

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC240049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Toscanelli

Beschluss und Urteil vom 17. Februar 2025

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Advokatin Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des
Bezirksgerichtes Hinwil vom 29. August 2024; Proz. FE240107**

Rechtsbegehren:

Der Gesuchsteller (anlässlich der Anhörung vom 1. Juli 2024, sinngemäss):

Es sei die Ehe der Gesuchsteller zu scheiden und die Scheidungsvereinbarung zu genehmigen.

Des Gesuchstellers (act. 21, sinngemäss):

Die Scheidungsvereinbarung vom 1. Juli 2024 sei nicht zu genehmigen.

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 4)

1. Der vom Gesuchsteller mit Eingabe vom 18. August 2024 (sinngemäss) gestellte Antrag auf Nichtgenehmigung der Scheidungsvereinbarung vom 1. Juli 2024 wird abgewiesen.
2. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
3. Die Töchter C._____, geboren am tt.mm.2017, und D._____, geboren am tt.mm.2021, werden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Gesuchsteller belassen.
4. Die Töchter D._____ und C._____ werden unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
5. Die Vereinbarung der Gesuchsteller vom 1. Juli 2024 über die Scheidungsfolgen wird im Übrigen vorgemerkt und genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"1. Scheidung

Die Gesuchsteller beantragen dem Gericht gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe.

2. Elterliche Sorge, Obhut und Betreuung

a) Elterliche Sorge

Die Gesuchsteller beantragen dem Gericht, die elterliche Sorge für die Kinder:

- C._____, geboren am tt.mm.2017
- D._____, geboren am tt.mm.2021

beiden Eltern gemeinsam zu belassen.

Entsprechend sind die Gesuchsteller verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Gesuchstellern ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Gesuchsteller 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 Gesuchsteller beantragen, es sei die Obhut für die Kinder der Gesuchstellerin zuzuteilen.

c) Betreuungsregelung

Solange sich die Gesuchstellerin mit den Kindern in der Slowakei aufhält, ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder einmal im Monat von Freitag bis Sonntag sowie während drei Wochen in den Ferien zu betreuen.

Der Gesuchsteller ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten Wochenende von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag 19.00 Uhr;
- jeweils in den geraden Jahren vom 24. bis 28. Dezember und in den ungeraden Jahren vom 29. Dezember bis 2. Januar.

Fällt das Betreuungswochenende auf Ostern, ist der Gesuchsteller zusätzlich berechtigt und verpflichtet, die Kinder bereits ab Karfreitag, 09.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr, zu betreuen.

Fällt das Betreuungswochenende auf Pfingsten, verlängert sich die Betreuungsverantwortung des Gesuchstellers bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr.

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt und verpflichtet, die Kinder während der Kindergarten- bzw. Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Gesuchsteller sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsteller in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Gesuchstellerin betreut.

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

3. Erziehungsgutschriften

Die Gesuchsteller vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ausschliesslich der Gesuchstellerin angerechnet werden. Die Gesuchsteller werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

4. Kinderunterhalt

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

C._____:

- Fr. 1'597.- ab 1. August 2024 bis Rückkehr in die Schweiz (davon Fr. 1'020.- Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'522.- ab Rückkehr in die Schweiz bis und mit 31. Juli 2027 (davon Fr. 574.- als Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'645.- ab 1. August 2027 bis und mit 31. Juli 2031 (davon Fr. 513.- als Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'082.- ab 1. August 2031 bis 31. Juli 2033 (reiner Barunterhalt)
- Fr. 1'055.- ab 1. August 2033 (reiner Barunterhalt)

D._____:

- Fr. 1'597.- ab 1. August 2024 bis Rückkehr in die Schweiz (davon Fr. 1'020.- Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'522.- ab Rückkehr in die Schweiz bis und mit 31. Juli 2027 (davon Fr. 574.- als Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'445.- ab 1. August 2027 bis und mit 31. Juli 2031 (davon Fr. 513.- als Betreuungsunterhalt)
- Fr. 2'082.- ab 1. August 2031 bis 31. Juli 2033 (davon Fr. 950.- als Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'391.- ab 1. August 2033 bis 31. Juli 2037 (davon Fr. 236.- Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'055.- ab 1. August 2037

Diese Unterhaltsverpflichtung gilt bis zur Volljährigkeit des Kindes bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind zahlbar an die Gesuchstellerin und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats auch über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Gesuchstellerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsteller stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 100.- pro Ausgabeposition, z.B. Zahnartzkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.) übernehmen die [Gesuchsteller] je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die [Gesuchsteller] vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der

veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

5. Nachehelicher Unterhalt

Die Gesuchstellerin akzeptiert die Berechnung des Gerichts, wonach mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers kein nachehelicher Unterhalt zugesprochen werden kann. Gestützt darauf verzichtet sie auf nachehelichen Unterhalt.

6. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

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

Gesuchsteller:	Fr.	6'546.–	(100% Pensum)
Gesuchstellerin:	Fr.	1'900.–	ab Rückkehr Schweiz bis und mit 31. Juli 2033 (50% Pensum, hypothetisch)
	Fr.	3'040.–	ab 1. August 2033 bis und mit 31. Juli 2037 (80% Pensum, hypothetisch)
	Fr.	3'800.–	ab 1. August 2037 (100% Pensum, hypothetisch)
Kinder:			je die Familienzulage von derzeit Fr. 200.–/Fr. 250.–
<u>Vermögen</u> :			Für die Unterhaltsberechnung nicht massgebend

7. Teuerungsausgleich

Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Mai 2024 von 107.7 Punkten (Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2025, dem Stand des Index per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist der zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Gesuchsteller nach, dass sich sein Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

Fällt der Index unter den Stand von Ende Mai 2024, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

8. Vorsorgeausgleich

Die Gesuchsteller verpflichten sich zum Ausgleich der während der Ehe geäußerten Austrittsguthaben aus beruflicher Vorsorge.

Sie ersuchen das Gericht, nach Vorlage der Bestätigung der Vorsorgeeinrichtung des Gesuchstellers über die Höhe des Guthabens und die Durchführbarkeit der Teilung die Vorsorgeeinrichtung des Gesuchstellers anzuweisen, die Hälfte des Betrages, zuzüglich Zins ab 1. Juli 2024, auf ein Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin zu überweisen.

9. Familienwohnung

Die Gesuchsteller stellen fest, dass der Mietvertrag über die Wohnung an der E.____-strasse ... in ... F.____ nur auf den Gesuchsteller lautet und er weiterhin in dieser Wohnung bleibt. Die Gesuchstellerin hat die Wohnung bereits mit den Kindern verlassen.

10. Güterrecht

Der Gesuchsteller übernimmt im Innenverhältnis noch ausstehende Steuern bis zu getrennten Besteuerung vollumfänglich und hält die Gesuchstellerin schadlos, falls sie diesbezüglich belangt wird.

Abgesehen davon behält jeder Gesuchsteller, was er zurzeit besitzt respektive was auf seinen Namen lautet.

11. Saldoklausel

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

12. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

Verlangt ein Gesuchsteller die Begründung des Scheidungsurteils, trägt er die dadurch entstehenden Mehrkosten allein."

6. Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Freizügigkeitskonten, Elias-Canetti-Str. 2, 8050 Zürich, wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Freizügigkeitsguthaben des Gesuchstellers (A.____, geboren am tt. März 1985, E.____-strasse. ..., ... F.____, AHV-Nr. 1, Freizügigkeitskonto-Nr. 2) Fr. 14'637.45, zuzüglich Zins ab 1. Juli 2024, auf das Vorsorgekonto der Gesuchstellerin (B.____, geboren am tt. Mai 1981, AHV-Nr. 3, Vertrags-Nr. 4) bei der G.____ Pensionskasse, ... [Adresse], zu überweisen.
7. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt.

Verlangt keiner der Gesuchsteller eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

8. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchsteller werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt derjenige Gesuchsteller, der eine Begründung verlangt.

9. Vom gegenseitigen Verzicht der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
10. [Mitteilungen].
11. [Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei das ganze Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung eines schriftlichen kontradiktorischen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei Ziff. 1 und 4 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und die Kinder unter die Obhut des Ehemannes zu stellen und folglich sei Ziff. 5 des erstinstanzlichen Urteils aufzuheben und die darin genehmigte Scheidungsvereinbarung (bis auf Ziff. 5 derselben) nicht zu genehmigen bzw. Ziff. 4 der Vereinbarung aufzuheben.
3. Subeventualiter sei von der Ziff. 5 des Urteils, Scheidungsvereinbarung, nur die Ziff. 4, Kinderunterhalt, nicht zu genehmigen und zu entscheiden, dass solange die Kinder in der Slowakei leben, ein Unterhalt von Fr. 500.00 pro Kind zuzgl. allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen ist.
4. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.
5. Unter o/e-Kostenfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt.mm.2017 verheiratet und die Eltern der gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2017 und D._____, geb. tt.mm.2021. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) hatte an einem der Berufungsinstanz unbekanntem Datum ein Eheschutzbegehren unbekanntem Inhalts gestellt, worauf die Vorinstanz die Parteien auf den 1. Juli 2024 zur Eheschutzverhandlung vorlud. An dieser Verhandlung erläuterte die Einzelrichterin den Parteien den Unterschied zwischen einem Eheschutz- und einem Scheidungsverfahren, woraufhin die Parteien ihr Einverständnis mit der Durchführung eines Scheidungsverfahrens anstelle eines Eheschutzverfahrens erklärten.

Die Einzelrichterin befragte daraufhin in der gemeinsamen Befragung die Parteien zum Scheidungspunkt sowie den Scheidungsnebenfolgen, worüber ein zusammenfassendes Protokoll erstellt wurde (Prot. Vi S. 3 ff.). Während des darauffolgenden Verhandlungsunterbruchs arbeitete die Vorinstanz eine Scheidungskonvention aus, welche sie anschliessend mit den Parteien durchging. Letztere erklärten sich mit der Konvention einverstanden und bestätigten sodann in der folgenden getrennten Anhörung, sich erst nach guter und reiflicher Überlegung sowie aus freiem Willen zur Scheidung entschlossen zu haben und sich der Tragweite der einzelnen Punkte der Scheidungskonvention bewusst und damit einverstanden zu sein. Die Einzelrichterin händigte den Parteien eine Auflistung der noch benötigten Unterlagen aus und stellte die Genehmigung der Vereinbarung in Aussicht, sobald die benötigten Unterlagen vorlägen, nicht zuletzt auch betreffend den Vorsorgeausgleich (Prot. Vi. S. 7).

2. Mit Schreiben vom 29. Juli 2024 wurde den Parteien die Berechnung der Ausgleichszahlungen der beruflichen Vorsorge unterbreitet, mit Frist bis zum 20. August 2024 für allfällige Einwendungen (act. 5/17 f.). Der Berufungskläger gelangte am ersten Werktag nach der Zustellung dieses Schreibens telefonisch an die Vorinstanz und äusserte verschiedene Unklarheiten im Zusammenhang mit der Scheidungskonvention, primär den Kindesunterhalt betreffend. Der Gerichts-

schreiber versuchte daraufhin, ihm diese Unklarheiten zu erläutern (Prot. Vi. S. 10). Mit handschriftlicher Eingabe vom 18. August 2024 brachte der Berufungskläger vor, mit der Entscheidung des Gerichts nicht einverstanden zu sein und bezog sich erneut auf dieselben für ihn unklaren Punkte (act. 5/21). Mit Schreiben vom 20. August 2024 führte der Gerichtsschreiber aus, die Konvention werde vom Gericht genehmigt werden und das Urteil könne dann angefochten werden. Er erläuterte sodann dem Berufungskläger nochmals den Sinn der Unterhaltsstufenregelung und den Grund für die vom Gericht errechneten Unterhaltsbeiträge (act. 5/22). Nachdem die Gegenseite sich zu diesem Schriftenwechsel nicht vernehmen liess, erging am 29. August 2024 das angefochtene Urteil mit dem oben abgedruckten Dispositiv (act. 5/29 = act. 3/1 = act. 4, nachfolgend zitiert als act. 4).

3. Am 28. Oktober 2024 erhob der mittlerweile anwaltlich vertretene Berufungskläger rechtzeitig (act. 5/30 i.V.m. act. 2 S. 1) Berufung, mit welcher er hauptsächlich die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung zur Durchführung eines kontradiktorischen Scheidungsverfahrens verlangt (act. 2 S. 2, Abdruck der Anträge oben, S. 7). Mit Präsidialverfügung vom 14. November 2024 wurde eine Berufungsantwort eingeholt (act. 6). Die Verfügung wurde der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) am 15. November 2024 zur Abholung gemeldet, bis zum Ende der siebentägigen Abholfrist jedoch nicht abgeholt und anschliessend an das Gericht retourniert (act. 7 f.). Die Berufungsbeklagte als Partei in einem hängigen Verfahren musste im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mit einer Zustellung rechnen, zumal der letzte Kontakt mit dem Gericht, d.h. der Erhalt der begründeten Fassung des vorinstanzlichen Urteils (vgl. act. 5/30), vorliegend weniger als zwei Monate zurücklag (vgl. ZK ZPO-AMMANN/SEILER, 4. Aufl. 2025, Art. 138 N 15 f.). Die Verfügung vom 14. November 2024 gilt ihr damit als am 22. November 2024 als zugestellt. Die Frist zur Berufungsantwort begann damit am 23. November 2024 zu laufen und lief am 7. Januar 2025 ab. Innert Frist erstattete die Berufungsbeklagte keine Berufungsantwort, womit androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden ist (Art. 147 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

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 Urteil 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 Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ, 4. Aufl. 2025, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

III.

1. Der Berufungskläger macht in seiner Berufungsschrift einerseits geltend, die Scheidungsvereinbarung hätte von der Vorinstanz unter den gegebenen Umständen nicht genehmigt werden dürfen, vielmehr habe in der Genehmigung ein Verstoß gegen Art. 279 ZPO gelegen. Andererseits liege ein Irrtum vor, der die Vereinbarung (wegen Willensmangel) anfechtbar mache (act. 2 Rz. 3 ff.).

2. Das Scheidungsverfahren wird durch Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage eingeleitet (Art. 274 ZPO). Das vorliegende Verfahren wurde durch die Einreichung des Eheschutzbegehrens eingeleitet, doch hat die Vorinstanz anlässlich der hierfür angeordneten Anhörung festgestellt, dass beide Parteien mit der Scheidung einverstanden wären, woraufhin das Verfahren (zulässigerweise) als Scheidungsverfahren weitergeführt

wurde. Wie gesehen (oben, E. I.1.) hat die Vorinstanz sodann eine Anhörung durchgeführt und die Parteien über die Scheidungsnebenfolgen befragt, gestützt auf die Befragung in einem Verhandlungsunterbruch eine Scheidungsvereinbarung ausgearbeitet und den Parteien anschliessend die Vereinbarung vorgelegt und diese mit den Parteien besprochen.

Für die Genehmigung einer Vereinbarung gilt Art. 279 Abs. 1 ZPO: Das Gericht genehmigt die 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; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die berufliche Vorsorge. Diese Gesetzesbestimmung hat grundsätzlich primär die Konstellation im Blick, in welcher die Parteien eine Vereinbarung geschlossen haben und diese dem Gericht zur Genehmigung vorlegen. Möglich und in der Praxis nicht selten ist indes auch die umgekehrte Situation, in welcher das Gericht eine Vereinbarung entwirft und diese Vereinbarung sodann den Parteien vorlegt resp. als deren Vereinbarung vorschlägt. In dieser Konstellation, in welcher nicht die Parteien die Konvention selbst initiiert haben, ist umso grösseres Augenmerk darauf zu richten, dass die Vereinbarung wirklich dem Willen der Parteien entspricht. Damit sichergestellt ist, dass die Konvention dem Willen der Parteien entspricht, ist vorausgesetzt, dass die Parteien die vom Gericht ausgearbeitete resp. vorgeschlagene Konvention wirklich verstanden haben. Die Konvention und jede darin getroffene Regelung muss also für die Parteien klar sein. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, darf das Gericht die Konvention nicht genehmigen.

Bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren kann die Scheidung nicht nur wegen Willensmängeln angefochten werden (Art. 289 ZPO), sondern es kann darüber hinaus – in Bezug auf die Regelung der Nebenfolgen – auch eine Verletzung von Art. 279 Abs. 1 ZPO geltend gemacht werden. Wird Letzteres geltend gemacht, so kann die Berufungsinstanz ihre eigene Einschätzung der Genehmigungsfähigkeit der Konvention an die Stelle der vorinstanzlichen Einschätzung setzen, indem sie die von Art. 279 ff. ZPO vorgeschriebene Überprüfung der Kon-

vention erneut vornimmt (BGer 5A_683/2014 vom 18. März 2015, E. 6.1. m.w.H.). Die geltend gemachte Verletzung von Art. 279 ZPO ist nachfolgend zu prüfen.

3.1. Die Vorinstanz hat im Anschluss an die Anhörung Vergleichsgespräche mit den Parteien geführt und sodann während eines Verhandlungsunterbruchs eine Scheidungskonvention ausgearbeitet. Anschliessend, so die entsprechende Protokollnotiz weiter, sei die Einzelrichterin mit den Parteien die von ihr ausgearbeitete Konvention Punkt für Punkt durchgegangen (Prot. Vi S. 6). Es ist davon auszugehen, dass sie sich bei den nicht rechtskundigen Parteien erkundigt hat, ob diese die einzelnen Punkte auch verstanden hätten, auch wenn dies aus dem Protokoll nicht ersichtlich ist, geschweige denn, wie sie dies überprüft hätte. Gemäss dem vorinstanzlichen Protokoll erklärten sich die Parteien in der gemeinsamen Anhörung mit der vom Gericht entworfenen Scheidungskonvention einverstanden (Prot. Vi S. 7 oben).

3.2. Die Vorinstanz konnte die Konvention im Anschluss an die Verhandlung nicht sogleich genehmigen, nicht zuletzt, da verschiedene Unterlagen noch ausstehend waren. Noch bevor die Genehmigung erfolgen konnte, rief der Berufungskläger am 5. August 2024 (nachdem er das Schreiben betreffend Vorsorgeausgleichsberechnung zur Stellungnahme erhalten hatte) bei der Vorinstanz an und führte aus, ihm sei unklar, weshalb die Berufungsbeklagte mit den Kindern nun erst im Jahr 2027 in die Schweiz zurückkehren müsse statt wie besprochen in einem Jahr. Der Gerichtsschreiber erläuterte dem Berufungskläger daraufhin die Unterhaltsstufen gemäss Ziffer 4 der Scheidungskonvention (Prot. Vi S. 10), d.h. die betreffende Regelung, welche für den Berufungskläger unklar war. Der Berufungskläger wandte sich sodann mit handschriftlicher Eingabe vom 18. August 2024 an die Vorinstanz und teilte dieser mit, er könne "eure Entscheidung nicht akzeptieren" (act. 5/21, erster Satz). Er machte inhaltlich – und zwar sowohl bei seinem Anruf als auch in der handschriftlichen Eingabe – nebst der langen Verweildauer der Berufungsbeklagten mit den Kindern in der Slowakei geltend, die Unterhaltsbeiträge seien für die Zeit des Verbleibens in der Slowakei unangemessen hoch (Prot. Vi S. 10; act. 5/21).

In Ziffer 4 der Vereinbarung – welche der Berufungskläger mit dem Entscheid des Gerichts meinte – wurde der Kinderunterhalt geregelt. Entgegen der vom Berufungskläger der Vorinstanz gegenüber geäusserten Ansicht wurde dort nicht festgelegt, die Berufungsbeklagte könne mit den Kindern noch drei Jahre in der Slowakei bleiben, vielmehr wurden dort für die Unterhaltsbeiträge für die beiden Töchter fünf resp. sechs Phasen gebildet (vgl. act. 4 S. 4). Allerdings wurde auch nicht festgelegt, wann die Berufungsbeklagte mit den Kindern in die Schweiz zurückkehren würde, was für die Parteien und nicht zuletzt für den Berufungskläger in einem wesentlichen Punkt eine erhebliche Unklarheit mit sich brachte. Was die Höhe der zu leistenden Unterhaltsbeiträge anbelangt, so empfand der Berufungskläger diese für die Zeit des Verbleibs in der Slowakei als zu hoch. In der Tat fällt auf, dass die diesbezüglichen Unterhaltsbeiträge – bei beiden Kindern – betragsmässig höher ausfallen als nach der Rückkehr in die Schweiz (vgl. act. 4 S. 4, je Phasen 1 und 2), was jedenfalls keineswegs selbsterklärend ist. Der nachträglichen Erläuterung des Gerichtsschreibers zuhanden der Parteien lässt sich immerhin entnehmen, dass die dahinterstehende Überlegung war, dass nach Rückkehr der Berufungsbeklagten in die Schweiz von einer höheren Eigenversorgungskapazität ausgegangen wurde (act. 5/22 S. 2).

Damit zeigte sich noch vor der Genehmigung der Konvention, dass eine der beiden Parteien diese in einem wesentlichen Punkt nicht verstanden hatte und der betreffende Punkt – die Kinderunterhaltsbeiträge, und diese beinhaltend auch die Frage, wie lange die Kinder in der Slowakei weilen würden – offensichtlich in der Tat sich nach der Verhandlung als nicht klar erwies. Da es der Konvention insofern an der Genehmigungsvoraussetzung der Klarheit fehlte, wäre diese richtigerweise nicht zu genehmigen gewesen (Art. 279 Abs. 1 ZPO).

3.3. Der Vollständigkeit halber und da die Vorinstanz im angefochtenen Urteil auf den Widerrufsvorbehalt Bezug nimmt (act. 4 S. 7 E. 5) ist festzuhalten: Ein Widerrufsvorbehalt, wie von der Vorinstanz auch vorgeschlagen, wäre in der vorliegenden Situation eine gute Idee gewesen: Die Parteien waren zur Eheschutzverhandlung vorgeladen gewesen, welche auf Anregung der Vorinstanz am Termin selbst nicht als Eheschutz-, sondern als Scheidungsverhandlung durchgeführt wurde,

die in die vom Gericht ausgearbeitete Scheidungskonvention mündete. Unter diesen Umständen ist eine "reifliche" Überlegung wohl oft durch die Möglichkeit eines Widerrufs zu gewährleisten, ist doch diesem Kriterium eine gewisse Zeitspanne der Überlegung inhärent (vgl. FamKomm Scheidung II-STEIN, 4. Aufl. 2022, Anh. ZPO 279 N 13, mit dem Hinweis, dass dem Kriterium der reiflichen Überlegung seit der Aufhebung der zweimonatigen Bedenkfrist besondere Bedeutung zukomme). Indes ist aus dem Umstand, dass sich die Parteien dessen nicht bewusst waren und einen Widerrufsvorbehalt ausdrücklich nicht wünschten, nichts abzuleiten. Weder die Vorinstanzen noch die Parteien sind im Allgemeinen gehalten, in diesen Konstellationen stets einen Widerrufsvorbehalt zu implementieren, vielmehr ist stets der konkrete Einzelfall massgebend.

4. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass unter den gegebenen Umständen die Konvention nicht zu genehmigen gewesen wäre. Dies führt zur Gutheissung der Berufung und zur Rückweisung der Streitsache zwecks Durchführung eines kontradiktorischen Scheidungsverfahrens (Art. 288 Abs. 2 ZPO).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr des vorliegenden Berufungsverfahrens ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'800.– festzusetzen. Der Berufungskläger obsiegt mit seiner Berufung, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss der Berufungsbeklagten aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.1. Der Berufungskläger beantragt für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsvertretung (act. 2 S. 2; Wortlaut der abgedruckt oben, S. 7). In Bezug auf die Gerichtskosten ist dieses Gesuch infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. In Bezug auf die unentgeltliche Rechtsvertretung gilt was folgt.

2.2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, insbesondere der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegen-

heit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu bewilligen, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer, 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer, 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer, 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer, 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt worden ist (BGer, 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt (vorbehältlich der eben genannten Ausnahme) diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer, 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5). Ferner ist ein Gericht nicht verpflichtet, die Akten nach möglichen Hinweisen und Anhaltspunkten zu durchforsten, die darauf schliessen lassen könnten, dass kein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss besteht (BGer, 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2; 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2).

Der Berufungskläger stellt bei der Kammer weder ein Begehren um einen Prozesskostenvorschuss noch erläutert er, wieso er auf ein solches verzichtet hat. Nach seinem Vortrag in der Berufungsschrift ist die Berufungsbeklagte Eigentümerin eines Hauses und erwerbstätig (act. 2 Rz. 2, Rz. 6 f.). Es wären also auf jeden Fall Ausführungen zu machen gewesen, weshalb kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt wurde.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist damit abzuweisen.

3. Die Berufungsbeklagte ist ausgangsgemäss zu verpflichten, dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu leisten (Art. 106

Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Parteientschädigung ist nach Massgabe von § 2 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 und 13 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 2'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um umfassende unentgeltliche Rechtspflege wird bezüglich der Gerichtskosten als gegenstandslos abgeschrieben und bezüglich der unentgeltlichen Rechtsvertretung abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 29. August 2024 aufgehoben und die Streitsache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt und der Berufungsbeklagten auferlegt.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 ein 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 Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

M.A. HSG M. Toscanelli

versandt am: