

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC180013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 20. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Februar 2018; Proz. FE170096**

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2002 in Mazedonien. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor, nämlich C._____ (Jg. 2004), D._____ (Jg. 2006) und E._____ (Jg. 2015) (act. 20).

1.2. Am 17. Mai 2017 reichten die Parteien am Bezirksgericht Dietikon ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein und ersuchten um Regelung der Nebenfolgen (act. 1). Am 19. Juni 2017 wurde die Anhörung der Parteien durchgeführt (VI-Prot. S. 3 ff.). Am 5. Juli 2017 fand eine Anhörung der beiden älteren Töchter C._____ (Jg. 2004) und D._____ (Jg. 2006) statt (act. 23).

1.3. Anlässlich einer Vergleichsverhandlung vom 15. November 2017 schlossen die Parteien eine Scheidungsvereinbarung, wobei in Bezug auf den Kinderunterhalt, den nachehelichen Unterhalt und die Grundlagen der Unterhaltsberechnung folgende Regelung getroffen wurde (act. 37):

6. Kinderunterhalt

Die Parteien halten fest, dass die Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzurteil vom 17. Dezember 2015 mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners vom 19. Juni 2017 bis zum 15. April 2018 nicht geschuldet sind.

Der Vater verpflichtet sich, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen:

- Fr. 430.– pro Kind ab 16. April 2018 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung eines jeden Kindes (auch über die Volljährigkeit hinaus).

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Mutter zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Mutter lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Vater stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Mit den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen ist der gebührende Unterhalt der Kinder nicht gedeckt. Zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlen monatlich die folgenden Beträge:

- Fr. 282.40 für C._____ (davon Fr. 0.00 Betreuungsunterhalt)

- Fr. 333.40 für D. _____ (davon Fr. 0.00 Betreuungsunterhalt)
- Fr. 1'502.00 für E. _____ (davon Fr. 900.00 Betreuungsunterhalt)

7. Nachehelicher Unterhalt

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

8. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

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

- Gesuchstellerin: Fr. 2'050.00 (50%-Pensum)
- Gesuchsteller: Fr. 3'500.00 bis und mit 15. April 2018
Fr. 4'850.00 ab 16. April 2018 (hypothetisch und auf das Jahr berechneter durchschnittlicher Monatslohn)
- Kinder: je die Familienzulage von derzeit Fr. 250.00 resp. Fr. 200.00.

1.4. In Bezug auf das hypothetische Einkommen führte der Berufungskläger anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 15. November 2017 aus, dass er aktuell aufgrund eines Temporärarbeitsvertrages als Gleisbauer arbeite. Ab 1. März 2018 sei voraussichtlich von einem Monatseinkommen von Fr. 4'850.00 netto inkl. 13. Monatslohn sowie sämtlicher Zulagen (Schichtzulagen, Nachzulagen) und zuzüglich Spesen auszugehen (VI-Prot. S. 12).

1.5. Da das Bezirksgericht noch Abklärungen zu den Pensionskassenguthaben der Parteien treffen musste, ersuchte der Berufungskläger das Bezirksgericht, ihm vor der Fällung des Scheidungsurteils die Möglichkeit zu geben, zum Vorsorgeausgleich Stellung zu nehmen (VI-Prot. S. 13). Am 23. Januar 2018 orientierte das Bezirksgericht die Parteien über die Berechnung der Pensionskassenguthaben und stellte ihnen in Aussicht, dass ohne Gegenbericht bis am Freitag, 2. Februar 2018, das Scheidungsurteil gefällt würde (act. 51/1 und act. 51/2 [Exemplar an die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers]). Nachdem bis am 2. Februar 2018 kein Gegenbericht der Parteien einging, fällte das Bezirksgericht wie ange-

kündigt am 6. Februar 2018 das Scheidungsurteil (zunächst in unbegründeter Fassung) (act. 54).

1.6. Nach dem Abschluss der Scheidungsvereinbarung vom 15. November 2017 schloss der Berufungskläger am 4. Dezember 2017 mit der F._____ einen Arbeitsvertrag als "Mitarbeiter Verkauf Food". Der Vertragsbeginn war auf den 15. Dezember 2017 festgesetzt, und der Stundenlohn (inkl. Ferien-, Feiertags- und Urlaubstagezuschlag) betrug CHF 25.09 brutto (act. 60). Mit Schreiben vom 9. Februar 2018 – das heisst gut zwei Monate nach Abschluss der erwähnten Arbeitsvertrages und kurz nachdem das Scheidungsurteil vom 6. Februar 2018 gefällt worden war – teilte der Berufungskläger dem Bezirksgericht mit, dass er bei F._____ eine Stelle gefunden habe und CHF 25.09 brutto pro Stunde verdiene, was bei acht Stunden pro Tag und unter Berücksichtigung der Sozialabzüge und BVG-Prämien einem Nettolohn von rund Fr. 3'300.00 entspreche; bei einer Anstellung im Monatslohn, welche ihm in Aussicht gestellt worden sei, würde sein Lohn Fr. 3'500.00 netto pro Monat nicht übersteigen. Es könne daher nicht auf den höheren hypothetischen Lohn gemäss Scheidungsvereinbarung vom 15. November 2017 in der Höhe von Fr. 4'850.00 pro Monat ab dem 15. April 2018 abgestellt werden (act. 59).

1.7. Nach Eingang des Schreibens vom 9. Februar 2018 teilte das Bezirksgericht dem Berufungskläger mit, dass das Scheidungsurteil am 6. Februar 2018 bereits gefällt worden sei (act. 61). Darauf verlangte der Berufungskläger am 26. Februar 2018 die Zustellung des begründeten Urteils (act. 63). Am 11. April 2018 wurde dem Berufungskläger das begründete Scheidungsurteil zugestellt (act. 65 und act. 67a).

1.8. Mit Berufung vom 9. Mai 2018 stellte der unterdessen durch einen neuen Anwalt vertretene Berufungskläger folgende Anträge (act. 73 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgericht Dietikon, vom 6. Februar 2018 (FE170096) sei bezüglich Ziffer 3 (Genehmigung der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen) betreffend Unterziffer 6 (Kinderunterhalt) alinea 3 aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

'Fr. 100.- pro Kind ab 16. April 2018 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung eines jeden Kindes (auch über die Volljährigkeit hinaus)'.
'Fr. 3'800.- ab 16. April 2018' (statt Fr. 4'850.-).

2. Das Urteil des Bezirksgericht Dietikon, vom 6. Februar 2018 (FE170096) sei sodann bezüglich Ziffer 8 (Grundlagen der Unterhaltsberechnung) in alinea 6 wie folgt anzupassen:
'Fr. 3'800.- ab 16. April 2018' (statt Fr. 4'850.-).
3. Eventualiter sei die Streitsache unter vollständiger Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Durchführung eines Beweisverfahrens betreffend wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers an die Vorinstanz zurück zu weisen.
4. Die alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

In prozessualer Hinsicht stellte der Berufungskläger das Gesuch, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 73 S. 2).

1.9. Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 ZPO Abs. 1). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles, unzulässige Noven

2.1. Der Berufungskläger macht geltend, er habe sich beim Abschluss der Scheidungskonvention über seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinn von Art. 24 Ziff. 3 OR geirrt. Er sei irrtümlich davon ausgegangen, dass er einen Lohn von Fr. 4'850.00 monatlich werde erwirtschaften können (act. 73 S. 3 Rz. 1.2). Gemäss einem ärztlichen Attest von Dr. med. G. _____ vom 27. April 2018 hätten seine Arbeitsversuche als Gleisbauer bereits im Oktober und November 2017 abgebrochen werden müssen (act. 73 S. 3 Rz. 1.3). Er habe daher am 4. Dezember 2017 einen Arbeitsvertrag mit der F. _____ abgeschlossen, worin ein Stundenlohn von Fr. 21.95 vereinbart worden sei; in den ersten drei Monaten des Jahres 2018 habe er Einkünfte zwischen Fr. 2'654.35 und Fr. 4'239.20 erwirtschaftet, weshalb ihm höchstens ein Lohn von Fr. 3'800.00 netto pro Monat anzurechnen sei (act. 73 S. 3 f. E. 1.4.-1.7.).

2.2. Gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO genehmigt das Gericht eine Scheidungsvereinbarung, 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. Wenn die Parteien dem Gericht in Anwendung von Art. 111 ZGB eine Scheidungsvereinbarung mit umfassender Einigung einreichen, kann die Vereinbarung bis zur Genehmigung durch das Gericht von beiden Parteien frei widerrufen werden (BGE 135 III 193 E. 2.2. mit Hinweisen). Wenn die Parteien hingegen erst im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens (im Rahmen einer Scheidungsklage nach Art. 114 f. ZGB bzw. bei Vorliegen einer Teileinigung nach Art. 112 ZGB) eine Scheidungsvereinbarung abschliessen, ist umstritten, ob diese für die Parteien bis zur Genehmigung durch das Gericht bindend ist (vgl. Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 279 Rz. 25 mit Hinweis auf die kontroverse Literatur). Immerhin kann eine Partei, die sich von der im Verlauf des Verfahrens unterzeichneten Scheidungsvereinbarung lösen will, dem Gericht die Nichtgenehmigung der Scheidungsvereinbarung wegen Willensmängeln oder offensichtlicher Unangemessenheit (Art. 279 Abs. 1 ZPO, Art. 23 ff. OR) beantragen (BGE 5A_683/2014, Urteil vom 18. März 2015, E. 2.1).

2.3. Im vorliegenden Fall hätte der Berufungskläger Gelegenheit gehabt, bei der Vorinstanz vor der Fällung des Scheidungsurteils am 6. Februar 2018 zu beantragen, dass die am 15. November 2017 abgeschlossene Scheidungsvereinbarung wegen Irrtums oder offensichtlicher Unangemessenheit nicht zu genehmigen sei. Dies hat er unterlassen. Vielmehr beruft er sich erstmals im Berufungsverfahren auf einen Willensmangel. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Praxisgemäss wird zwischen echten und unechten Noven unterschieden. *Echte Noven* sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Aktenschluss des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 229 Abs. 1 ZPO) bzw. in Verfahren mit Untersuchungs- und Officialmaxime nach der Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO) entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug

nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. *Unechte Noven* sind Tatsachen und Beweismittel, die im erstinstanzlichen Verfahren bereits vor Aktenschluss (Art. 229 Abs. 1 ZPO) bzw. in Verfahren mit Untersuchungs- und Officialmaxime vor der Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO) entstanden sind. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Fall unechter Noven hat die betreffende Partei die Gründe detailliert darzulegen, weshalb die Tatsachen oder Beweismitteln nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43).

2.4. Die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Noven sind im vorliegenden Berufungsverfahren nicht erfüllt. Bereits aus formellen Gründen fällt die Berücksichtigung der neuen Behauptungen des Berufungsklägers ausser Betracht, weil er mit keinem Wort ausführt, weshalb er diese nicht bereits im Verfahren vor dem Bezirksgericht Dietikon hätte vorbringen können. Effektiv hätte der Berufungskläger bereits im Verfahren vor Bezirksgericht Dietikon geltend machen können, er habe sich in Bezug auf das hypothetische Einkommen beim Abschluss der Scheidungsvereinbarung am 15. November 2017 geirrt. Die Vorinstanz orientierte die Parteien mit Schreiben vom 23. Januar 2018 über die Berechnung der Pensionskassenguthaben und stellte dabei in Aussicht, dass ohne Gegenbericht bis am Freitag, 2. Februar 2018, das Scheidungsurteil gefällt würde (act. 51/1 und act. 51/2 [Exemplar an die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers]). Da in Verfahren mit Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) neue Vorbringen bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO) vorgetragen werden können, hätte der Berufungskläger vor Bezirksgericht Dietikon bis am 2. Februar 2018 vorbringen können und müssen, dass nur ein Monatseinkommen von Fr. 3'500.00 (so act. 59) bzw. Fr. 3'800.00 (so act. 73) – und nicht ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'850.00 pro Monat ab 15. April 2018 – angerechnet werden könne. Da der anwaltlich vertretene Berufungskläger am 4. Dezember 2017 mit F._____ einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, hätte er schon ab diesem Zeitpunkt vorbringen können, dass das in der Scheidungsvereinbarung angegebene hypothetische Einkommen nicht erreichbar sei und die Vereinbarung

daher nicht genehmigt werden könne. Überdies bringt der Berufungskläger unter Hinweis auf ein Attest von Dr. G. _____ vom 27. April 2018 selbst vor, es habe sich bereits bei einem Arbeitsversuch im Oktober und November 2017 bestätigt, dass ein Arbeitseinsatz im angestammten Bereich als Gleisbauer nicht möglich sei (act. 75/3), woraus sich ergibt, dass dem Beklagten schon beim Abschluss der Scheidungsvereinbarung am 15. November 2017 bekannt war bzw. sein musste, dass ein Einsatz als Gleisbauer fraglich sein könnte.

2.5. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass der Berufungskläger bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätte beantragen können, die Scheidungsvereinbarung sei nicht zu genehmigen. Der Berufungskläger bringt im vorliegenden Berufungsverfahren unzulässige (unechte) Noven vor. Da der Beklagte im Berufungsverfahren mit seiner neuen Behauptung, er habe sich beim Abschluss der Vereinbarung am 15. November 2017 in einem Irrtum befunden, nicht gehört werden kann, erweist sich die Berufung insoweit als unbegründet. Auch sonst findet sich in der Berufungsschrift nichts, was zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Die Berufung erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

3. Unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungspflicht

3.1. Der Berufungskläger beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung (act. 73 S. 2). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie bedürftig ist und wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos gilt ein Begehren, bei dem die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können; dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftigen Überlegungen 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 zumindest vorläufig nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich

aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 142 III 138 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Der anwaltlich vertretene Berufungskläger hätte im Verfahren vor Vorinstanz wochenlang bis zum Beginn der Urteilsberatung am 2. Februar 2018 Zeit gehabt, geltend zu machen, dass er wegen einem Willensmangel nicht an die Scheidungsvereinbarung gebunden sein wolle, worauf die Vorinstanz auf seine Argumentation hätte eingehen müssen. Dem Berufungskläger hätte ohne Weiteres klar sein müssen, dass er das im vorinstanzlichen Verfahren Versäumte nicht im Berufungsverfahren nachholen kann, weshalb sein Standpunkt aussichtslos ist. Damit muss nicht weiter auf die Voraussetzung der Bedürftigkeit eingegangen werden.

3.2. Da der Berufungskläger unterliegt, wird er kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Das Verfahren konnte ohne grossen Aufwand erledigt werden, weshalb eine Entscheidunggebühr von Fr. 1'000.00 angemessen ist (§§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG). Eine Entschädigungspflicht entfällt, weil der Berufungsbeklagten kein Aufwand entstanden ist, der zu entschädigen wäre.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 73 und act. 75/3-10, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: