

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC120013-O/U

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. B. Häusermann

## Beschluss vom 4. April 2012

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Dezember 2011 (FE110860)**

**Übereinstimmendes Rechtsbegehren der Parteien (Prot. I S. 5, S. 11):**

1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 111 ZGB zu scheiden und die Scheidungskonvention vom 22. November 2011 zu genehmigen.
2. Es sei beiden Gesuchstellern die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 2. Dezember 2011 (Urk. 33):**

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird gestützt auf Art. 111 ZGB geschieden.
2. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Gesuchsteller vom 22. November 2011 über die Scheidungsfolgen wird im Übrigen genehmigt. Sie lautet wie folgt:

**"A. Gemeinsames Scheidungsbegehren / Generelle Feststellungen**

1. Die Parteien haben am tt. Mai 2006 in D.\_\_\_\_\_ geheiratet. Sie leben seit dem 8. September 2009 getrennt.
2. Nach reiflicher Überlegung und in der Überzeugung, dass ihre Ehe nicht weiter geführt werden kann, begehren die Ehegatten gemeinsam und übereinstimmend die Scheidung und ersuchen das Gericht, die Scheidung im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZGB auszusprechen.
3. Die Ehegatten beantragen im Sinne von Art. 140 ZGB die gerichtliche Genehmigung ihrer Vereinbarung, die sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung abgeschlossen haben.

**B. Kinderbelange, Elternrechte und -pflichten**

4. Die Eltern beantragen, es sei das aus ihrer Ehe hervorgegangene Kind C.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2008, unter die elterliche Sorge der Mutter zu stellen.
5. Die Mutter erklärt sich bereit, die aus der elterlichen Sorge fliessenden Befugnisse wenn immer möglich im Einvernehmen mit dem Vater auszuüben.

Die Mutter erklärt sich insbesondere bereit, den Vater über die Entwicklung der Kinder regelmässig zu informieren und wichtige, die Kinder betreffende Entscheidungen wie Wahl der Schule, Nachhilfe- und Stützunterricht, Ausbildungsrichtung, Berufswahl, Abschluss von Lehrverträgen, medizinische Eingriffe von einiger Tragweite und anderes mit ihm zu besprechen.

- 6.1. Die Eltern einigen sich im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruches des Kindes und des Vaters auf angemessenen persönlichen Verkehr.
- 6.2. Falls eine Einigung nicht zustande kommt, gilt die folgende Regelung:

Der Vater wird berechtigt erklärt, das Kind C. \_\_\_\_\_

jeweils am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag, 09.00 Uhr, bis und mit Sonntag, 17.30 Uhr,

jeweils am zweiten und vierten Wochenende eines jeden Monats von Montag, 7.45 Uhr, bis und mit Dienstag, 09.00 Uhr,

jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr (von 08.00 Uhr bis 20.00 Uhr),

sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage/von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage/von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag,

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter wird der Vater berechtigt erklärt, das Kind jährlich während zwei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Vater wird der Mutter die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anmelden beziehungsweise mit der Klägerin absprechen.
- 7.1. Der Vater verpflichtet sich, der Mutter an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung von C. \_\_\_\_\_ bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung des Kindes, auch über die Mündigkeit hinaus, die folgenden monatlichen, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zum Voraus zahlbaren Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfällig vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen zu bezahlen:
  - 7.1.1. Ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum zurückgelegten 8. Altersjahr: Fr. 1'000.00
  - 7.1.2. danach bis zum zurückgelegten 12. Altersjahr. Fr. 1'100.00
  - 7.1.3. danach bis zur vollen Erwerbsfähigkeit Fr. 1'200.00
- 7.2. An ausserordentlichen und notwendigen Auslagen für C. \_\_\_\_\_ (z. Bsp. für Zahnkorrekturen, schulische Fördermassnahmen u.ä.) beteiligt sich der Vater zur Hälfte nach Vorlage der entsprechenden Rechnungen, soweit nicht Dritte, insbesondere Versicherungen, für diese Kosten aufkommen. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, vorgängig das Einverständnis des Gesuchstellers einzuholen.
- 7.3. Der Vater wird die vorstehenden Unterhaltsbeiträge für C. \_\_\_\_\_ über dessen Mündigkeit hinaus weiterhin der Mutter zuhanden von C. \_\_\_\_\_ überweisen, solange sich dieses in einer angemessenen Erstausbildung befindet, bei der Mutter wohnhaft ist und nicht selbständig Ansprüche aus Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Vater stellen oder eine andere Zahlstelle bezeichnen.
- 7.4. Die vorstehenden Unterhaltsbeiträge für C. \_\_\_\_\_ beruhen auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Oktober 2011 von 99.6 (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie werden jeweils auf den 1. Februar, erstmals auf den 1. Februar 2013, nach Massgabe des Indexstandes per Dezember des vorangegangenen Jahres nach folgender Formel angepasst:

$$\text{neuer Betrag} = \frac{\text{ursprünglicher Betrag} \times \text{Index per Dezember des vorangegangenen Jahres}}{99.6}$$

**C. Vermögensrechtliche Vereinbarungen unter den Ehegatten**

Güterrechtliche Auseinandersetzung

8. Die Parteien stellen fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht bereits vollständig auseinandergesetzt sind und demzufolge jede Seite mit Aktiven und Passiven behält, was sie gegenwärtig besitzt resp. was auf ihren Namen lautet

Nachehelicher Unterhalt

9. Die Parteien verzichten gegenseitig auf nacheheliche Unterhaltsbeiträge.

Altersvorsorge

10. Die Parteien verzichten gegenseitig auf eine Teilung ihrer während der Dauer der Ehe angesparten Freizügigkeitsleistungen.

**D. Grundlagen der Scheidungsvereinbarung**

11. Die vereinbarte Verzicht auf Unterhalt basiert auf folgenden Bemessungsgrundlagen:

11.1. Derzeitiges jährliches Nettoeinkommen des Ehemannes von Fr. 65'725.-- gemäss Steuererklärung 2010.

11.2. Derzeitiges jährliches Nettoeinkommen der Ehefrau von Fr. 50'951.-- gemäss Steuererklärung 2010.

**E. Vereinbarungen im Hinblick auf das Scheidungsverfahren**

12. Die Ehegatten übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte. Verlangt ein Ehegatte ein begründetes Scheidungsurteil, so gehen die entsprechenden Mehrkosten zu seinen Lasten.

13. Die Ehegatten verzichten beidseits auf Umtriebs- und Prozessentschädigung.

**F. Schlussbestimmung**

14. Mit Erfüllung dieser Scheidungsvereinbarung sind beide Ehegatten per Saldo aller ehe-, scheidungs- und güterrechtlichen Ansprüche auseinandergesetzt."

4. Vom gegenseitigen Verzicht auf Ausgleich der während der Ehe geäußerten Austrittsguthaben aus der beruflichen Vorsorge wird Vormerk genommen.

5. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.-- (Pauschalgebühr) festgesetzt.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

6. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Gesuchstellerin jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchstellerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. Die Mehrkosten für den begründeten Entscheid werden dem Gesuchsteller auferlegt.
7. Vom gegenseitigen Verzicht der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
8. (Mitteilungssatz)
9. (Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungsanträge des Gesuchstellers (Urk. 37 S. 2):**

1. Die Dispositivziffern 2 bis 7 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Dezember 2011 seien aufzuheben und das Scheidungsverfahren sei zur Neuregelung der Scheidungsnebenfolgen an die erste Instanz zurückzuweisen.
2. Dem Berufungskläger sei eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– zuzusprechen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

**Erwägungen:**

1. Zwischen den Parteien ist seit dem 16. September 2011 ein Scheidungsverfahren hängig (Urk. 1 S. 1). Am 2. Dezember 2011 erliess das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) das hiavor aufgeführte Urteil. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Ausführungen im Entscheid der Vorinstanz vom 2. Dezember 2011 verwiesen werden (Urk. 33 und Urk. 38, je Ziff. I bzw. S. 2-5). Dieser Entscheid (begründete Version)

wurde den Parteien am 13. Februar 2012 zugestellt. Mit Eingabe vom 14. März 2012 erhob der Gesuchsteller fristgerecht Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 2. Dezember 2011 mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 37 S. 1 f.). Eine Stellungnahme der Gesuchstellerin zur Berufung wurde nicht eingeholt.

2. Die Scheidungsvereinbarung bzw. das diese genehmigende Urteil ist mit Berufung anfechtbar (Fankhauser in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 289 N 7).

3. Der Gesuchsteller bringt in der Berufungsschrift teilweise zusammengefasst und sinngemäss vor, er habe der Vorinstanz mit Eingabe vom 15. September 2011 ein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht. Anlässlich der Anhörung vom 22. November 2011 sei der Vorinstanz eine Scheidungskonvention eingereicht worden. Er sei bei der Ausarbeitung der Konvention stets davon ausgegangen, dass die Gesuchstellerin und somit auch das gemeinsame Kind C. \_\_\_\_\_ nach der Scheidung in der Schweiz bleiben würde. In diesem Sinn sei ein ausgedehntes Besuchsrecht vereinbart worden. Dass er davon ausgegangen sei, dass die Gesuchstellerin in der Schweiz bleiben werde, ergebe sich schon allein daraus, dass das vereinbarte Besuchsrecht nach einem Umzug der Gesuchstellerin in die Nähe von E. \_\_\_\_\_ nicht mehr umgesetzt werden könne. Sodann sei bei der Ausarbeitung der Konvention auch die Zuteilung der elterlichen Sorge ein wichtiges Thema gewesen. Nach längeren Diskussionen und vor dem Hintergrund des vereinbarten ausgedehnten Besuchsrechts habe er schliesslich in die Zuteilung der elterlichen Sorge für C. \_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin eingewilligt, dies selbstverständlich auch unter der Annahme, dass das Kind in der Schweiz bleiben werde. Die Gesuchstellerin habe ihm am 17. Januar 2012, unmittelbar nach dem vermeintlichen Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils, mitgeteilt, dass sie Ende Juli 2012 mit C. \_\_\_\_\_ in die Nähe von E. \_\_\_\_\_ ziehen werde; es sei jetzt am besten zum Umziehen, u.a. weil C. \_\_\_\_\_ in den Kindergarten komme. Dieses Vorhaben, d.h. die Absicht, nach E. \_\_\_\_\_ umzuziehen, habe sie ihm bei der Ausarbeitung der Konvention und anlässlich der Anhörung vom 22. November 2011 bewusst verschwiegen und ihn damit absichtlich getäuscht. Dies ergebe sich dar-

aus, dass im Entwurf zur Scheidungskonvention, den die Gesuchstellerin ausgearbeitet habe, das Besuchsrecht lediglich bis zum Eintritt des Kindes in den Kindergarten geregelt worden sei. Im Nachhinein werde klar, dass die wahren Absichten der Gesuchstellerin ungewollt Einfluss in den Entwurf gefunden hätten und dass die Gesuchstellerin ihren Wegzug bereits bei Ausarbeitung der Konvention geplant gehabt habe. Er sei hinsichtlich des weiteren örtlichen Aufenthalts des gemeinsamen Kindes und das im Endeffekt nicht durchführbare Besuchsrecht absichtlich getäuscht worden. Er sei bei Unterzeichnung der Konvention davon ausgegangen, dass die Gesuchstellerin in der Schweiz bleiben würde und dass das Besuchsrecht wie vereinbart umgesetzt werden könne. Bei Kenntnis des Vorhabens der Gesuchstellerin hätte er seine Zustimmung zur Scheidungskonvention nicht gegeben, sondern die Zuteilung der elterlichen Sorge an sich beantragt, zumal C.\_\_\_\_\_ mittlerweile selber den Wunsch geäussert habe, bei ihm, dem Vater, in der Schweiz bleiben zu dürfen. Mindestens als Eventualantrag hätte das Besuchsrecht anders ausgestaltet werden müssen, weil das Besuchsrecht gemäss Scheidungskonvention nicht umgesetzt werden könne (Urk. 37 S. 3-5).

4. Der Gesuchsteller stellt mit der Berufung keinen Antrag in der Sache. Er verlangt lediglich die teilweise Aufhebung des Urteils der Vorinstanz vom 2. Dezember 2011 und die Rückweisung der Sache zur Neuregelung der Scheidungsnebenfolgen an die Vorinstanz. Dass er bei Kenntnis der Absicht bzw. des Vorhabens der Gesuchstellerin die Scheidungskonvention nicht abgeschlossen und selber die alleinige elterliche Sorge beantragt hätte, kann nicht als Antrag in der Sache betrachtet werden. Aus diesem Vorbringen geht nicht klar hervor, dass der Gesuchsteller aktuell die alleinige elterliche Sorge beantragt. Vielmehr erklärt er damit, was er rückblickend gemacht bzw. nicht gemacht hätte. Hierbei handelt sich nur um eine hypothetische Erklärung, die allenfalls zur Begründung eines Willensmangels herangezogen werden kann. In der Berufungsschrift wird denn auch nicht begründet, dass bzw. inwiefern der Gesuchsteller besser als die Gesuchstellerin geeignet wäre, die elterliche Sorge wahrzunehmen. Der Hinweis auf einen Wunsch des Kindes ist als blosser Parteidarstellung zu betrachten, die allein noch nicht Anlass dazu gibt, die Zuteilung der elterlichen Sorge von Amtes wegen neu zu beurteilen. In der Berufungsschrift fehlt sodann jeglicher Hinweis, wie das

Besuchsrecht neu zu regeln wäre. Entsprechendes gilt mit Bezug auf den Vorsorgeausgleich, allfällige anderweitige vermögens-/unterhaltsrechtliche Belange sowie die Kosten- und Entschädigungsregelungen; in diesen Punkten mangelt es insbesondere auch an einer Bezifferung.

Im Ergebnis fehlt in der Berufungsschrift ein Antrag in der Sache. Es genügt nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. Vielmehr müssen ein Aufhebungsantrag und Anträge zur Sache gestellt werden (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 17). Es liegt ein Mangel vor, der nicht verbessert werden kann. Auf die Berufung kann daher nicht eingetreten werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO; vgl. Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 33-35).

5. Der Gesuchsteller hat mit der Berufung Anhaltspunkte geliefert, die darauf hindeuten, dass die Gesuchstellerin bereits bei der Ausarbeitung der Scheidungskonvention bzw. anlässlich der Anhörung der Parteien vor Vorinstanz die Absicht gehabt haben könnte, ihren Lebensmittelpunkt und damit auch jenen des gemeinsamen Kindes nach Deutschland zu verlegen. Falls es sich so verhalten hätte, wäre die Gesuchstellerin gehalten gewesen, den Gesuchsteller über eine solche Absicht aufzuklären. Insofern könnte sich der Gesuchsteller grundsätzlich auf absichtliche Täuschung bei Abschluss der Scheidungskonvention berufen (Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, 9. A., Zürich 2008, N. 861). Dafür wird jedoch zusätzlich vorausgesetzt, dass durch die Täuschung ein Irrtum erregt wurde (Art. 28 Abs. 1 OR). Vorliegend brachte der Gesuchsteller indes bereits vor der Genehmigung der Scheidungskonvention durch die Vorinstanz seine Befürchtung zum Ausdruck, dass die Gesuchstellerin ihren Lebensmittelpunkt mit dem gemeinsamen Kind nach Deutschland zurückverlegen könnte (Prot. I S. 13). Der Gesuchsteller schloss also nicht aus, dass die Gesuchstellerin die Schweiz verlassen könnte. Folglich hatte er keine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt. Es liegt kein Irrtum vor. Die Annahme einer absichtlichen Täuschung oder eines Grundlagenirrtums fällt somit ausser Betracht (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, a.a.O., N. 761 ff., N. 795 ff.). Die Berufung müsste daher abgewiesen werden, wenn auf sie einzutreten wäre.

6. Gemäss Scheidungskonvention einigen sich die Parteien im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruchs des Kindes und des Vaters auf angemessenen persönlichen Verkehr (Grundregel). Für den Konfliktfall haben sie ein ausgedehntes Besuchsrecht, u.a. wöchentlich alternierende Besuche von Samstag (09.00 Uhr) bis Sonntag (17.30 Uhr) respektive von Montag (07.45 Uhr) bis Dienstag (09.00 Uhr), vereinbart. Es ist davon auszugehen, dass mit der Grundregel mindestens ein der Konfliktregelung gleichwertiges Besuchsrecht gewährleistet sein soll. Es ist nicht auszuschliessen, dass sich die Parteien nach dem Wegzug der Gesuchstellerin aus der Schweiz auf ein derartiges gleichwertiges Besuchsrecht einigen können. Es wird Sache der Parteien, insbesondere der Klägerin, sein, zu einem solchen Besuchsrecht Hand zu bieten und dabei die durch den Wegzug geschaffene räumliche Distanz zu berücksichtigen. Das für den Konfliktfall vereinbarte Besuchsrecht dürfte sich nach einem tatsächlichen Wegzug wohl als unpraktikabel erweisen. Unter diesen Umständen sind an eine Abänderung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, falls sich die Parteien über eine allfällige Anpassung nicht einigen können.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Gesuchstellerin erwächst kein rechtserheblicher Aufwand. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind daher keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 37, 39 und 40/1-3, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

Die Vorinstanz wird darauf hingewiesen, dass ihr die Mitteilungen gemäss Dispositiv-Ziffer 8 des Scheidungsurteils obliegen.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Häusermann

versandt am:

ss