

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160036-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal.

Urteil vom 14. November 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 17. Februar 2016; Proz. FE130203

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. - 1.1 Die Parteien heirateten am tt. Februar 2004. Ihrer Ehe entsprossen keine Kinder (vgl. act. 3). Im Frühjahr 2012 nahmen sie ein "Getrenntleben" auf (vgl. act. 1/1 S. 3) und am 9. Juli 2013 gelangte der Ehemann, B. _____, mit folgendem Gesuch an das Bezirksgericht Bülach (vgl. a.a.O., S. 2):

1. Es sei die am tt. Februar 2004 geschlossene Ehe der Parteien in Genehmigung des gemeinsamen Ehescheidungsbegehrens zu scheiden.
2. Die Nebenfolgen der Scheidung sollen durch das Gericht beurteilt werden.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchstellers.

Das am Bezirksgericht Bülach zuständige Einzelgericht führte danach ein Verfahren durch mit im Wesentlichen folgenden Prozessschritten: Am 2. Oktober 2013 wurden die Parteien hinsichtlich ihres Scheidungswillens angehört (vgl. Vi-Prot S. 4-6 und dazu etwa act. 6); beide Parteien bekräftigten dabei ihren Scheidungswillen und ersuchten das Einzelgericht um die Regelung der übrigen Punkte; mit Verfügung vom 23. Januar 2014 wurde daher dem Ehemann für die kontradiktorische Fortsetzung des Verfahrens die Rolle des Gesuchstellers und Klägers (fortan nur: der Kläger) und der Ehefrau die Rolle der Gesuchstellerin und Beklagten (fortan nur: die Beklagte) zugewiesen und dem Kläger im Hinblick auf die Regelung der Nebenpunkte der Scheidung Frist zur schriftlichen Klagebegründung angesetzt; die Klageantwort wurde mit Verfügung vom 4. April 2014 eingeholt; am 3. November 2014 fand eine Hauptverhandlung statt (vgl. Vi-Prot. S. 10 ff.); im Nachgang dazu wurde am 8. Januar 2015 für "Replik und Duplik" das schriftliche Verfahren angeordnet ; die Parteien erstatteten darauf die entsprechenden Schriftsätze; am 12. Oktober 2015 kam es zu einer sog. Instruktionsverhandlung (vgl. Vi-Prot. S. 27 f.).

1.2 In der Instruktionsverhandlung vom 12. Oktober 2015 einigten sich die Parteien auf eine einvernehmliche Regelung (Vereinbarung) der Scheidungsfolgen, die in act. 70 schriftlichen Niederschlag fand und von den Parteien unterzeichnet wurde. Die Vereinbarung umfasste – neben anderem – die güterrechtliche Auseinandersetzung mit Regelungen zur Übertragung von Grundstücken ins Alleineigentum jeweils einer der Parteien, einer güterrechtlichen Ausgleichszahlung der Beklagten sowie eine Saldoklausel. Die Vereinbarung stand zudem unter gewissen Vorbehalten, so unter dem Vorbehalt grundbuchamtlicher Vorprüfung (vgl. act. 70 S. 7), unter dem Vorbehalt der Ablieferung von Unterlagen zur Regelung des Ausgleichs bei der beruflichen Vorsorge an das Gericht (vgl. a.a.O., S. 2), ferner unter dem Vorbehalt einer positiven Hypothekarzusage für die Beklagte sowie endlich unter einem Widerrufsvorbehalt bis Ende Oktober 2015 (vgl. act. 70 S. 8).

1.3 Bis Ende Oktober 2015 waren die Punkte, die Anlass zu Vorbehalten gegeben hatten, im Wesentlichen noch nicht geklärt (vgl. z.B. act. 71A: E-Mail des Notariates C. _____ vom 2. November 2015 mit Ergänzungsvorschlägen). Im November 2015 stellte das Einzelgericht fest, dass die Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 der Ergänzung bedurfte (vgl. act. 78 und act. 81/1-2: Anpassung von Ziffer 3 und Ziffer 4.2.4 der Vereinbarung). Am 25. November 2015 verlangte der Rechtsvertreter der Beklagten wegen Unstimmigkeiten in den Angaben des Klägers zur Durchführbarkeit des beruflichen Vorsorgeausgleichs Ergänzungen (vgl. act. 82 und dazu act. 84), an denen er im Dezember 2015 ausdrücklich festhielt (vgl. act. 87). Die den Parteien vom Gericht zugestellte Ergänzung der Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 unterzeichnete der Kläger am 26. November 2015 (vgl. act. 86), nicht hingegen die Beklagte (vgl. act. 93), die mit einem der – neben den vorhin erwähnten Ziffern 3 und 4.2.4 – neu aufgenommenen Punkte (Aufschub der Grundstückgewinnsteuer in Ziffer 4.2.3.I der Vereinbarung) nicht einverstanden war (vgl. act. 93 und act. 103). Der genaue Umfang der zum Ausgleich bei der beruflichen Vorsorge gelangenden Guthaben des Klägers führte zudem zu weiteren Abklärungen (vgl. etwa act. 96-102).

1.4 Am 18. Januar 2016 verzichtete der Kläger auf die Ergänzung der Vereinbarung im weiteren, neu aufgenommenen und strittig gebliebenen Punkt per Telefon (vgl. act. 105). Die Beklagte teilte dem Gericht gleichentags am Telefon mit (vgl. a.a.O.), sie habe Kenntnis davon erhalten, dass der Kläger Nebeneinkommen nicht versteuert habe und nun ein Nachsteuerverfahren laufe; in dieses war sie einbezogen worden (vgl. auch act. 108). Die Beklagte wünschte daher eine Ergänzung der Vereinbarung in Ziff. 4.2.6, und zwar ihre Schadloshaltung durch den Kläger mit Bezug auf das Nachsteuerverfahren (vgl. act. 105). Der Kläger stimmte dem am 19. Januar 2016 – wiederum per Telefon – zu und überliess die Formulierung der entsprechenden Ziffer der Vereinbarung der Beklagten (vgl. act. 106).

Ein entsprechender Vorschlag der Beklagten, der eine (vorübergehende) Überweisung der güterrechtlichen Ausgleichszahlung der Beklagten an den Kläger auf ein Sperrkonto vorsah, wurde dem Einzelgericht in der Folge zugestellt (vgl. act. 107). Der Kläger liess dem Gericht telefonisch mitteilen, er sei mit der Zahlung auf ein Sperrkonto nicht einverstanden (vgl. act. 109). Daran hielt er auch in der Folge (vgl. act. 110) schriftlich fest; seine entsprechende Eingabe datiert vom 12. Februar 2016 (vgl. act. 111).

1.5 Das Einzelgericht stellte die Eingabe des Klägers vom 12. Februar 2016 der Beklagten mit Kurzbrief vom 17. Februar 2016 zu (vgl. act. 112). Am gleichen Tag fällte es zudem das Scheidungsurteil in unbegründeter Fassung (vgl. act. 113). Seinem Urteil stellte es schliesslich noch das nachstehende sinngemässe Rechtsbegehren voran (vgl. a.a.O., S. 2):

"Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 111 ZGB zu scheiden und die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen vom 12. Oktober 2015 inkl. Ergänzungen zu genehmigen."

2. - 2.1 Mit Eingabe vom 17. Februar 2016, beim Einzelgericht eingegangen am 18. Februar 2016 (vgl. act. 119, S. 1), gelangte die Beklagte an das Einzelgericht und erklärte, sie sei vom kantonalen Steueramt vorläufig darüber informiert worden, dass die Nach- und Strafsteuern aufgrund bisher unbekanntem neuen Einkommens des Klägers einen vielfachen Betrag dessen ausmache, was sie dem Kläger gemäss vorgesehener Vereinbarung voraussichtlich als Ausgleichszahlung zu leisten habe (vgl. a.a.O., S. 2). Weiter teilte sie im Wesentlichen mit, sie gehe

davon aus, dass sie als Verfahrensbeteiligte des Nach- und Strafsteuerverfahrens bis Mitte März Genaueres zur Höhe der Nach- und Strafsteuer wisse. Weil dieser Punkt im Scheidungsverfahren wichtig sei ("von entscheidender Bedeutung"), er-
suche sie darum, mit der Fortsetzung des Verfahrens noch bis zum Zeitpunkt ihrer Information durch das Steueramt zuzuwarten (vgl. a.a.O.).

Das Einzelgericht übergab das unbegründete Urteil vom 17. Februar 2016 vier Tage nach Erhalt dieses Schreibens der Beklagten, nämlich am 22. Februar 2016, der Post zur Versendung. Den Rechtsvertretern der Parteien ging das unbegründete Urteil am 23. Februar 2016 zu (vgl. act. 114) und wurde damit gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO eröffnet.

2.2 Die Beklagte ersuchte daraufhin das Einzelgericht um eine schriftliche Begründung des Urteils vom 17. Februar 2016. Diese wurde vom Einzelgericht im Verlauf des Aprils 2016 erstellt (vgl. act. 149 [= act. 123 = act. 138]) und den Parteien danach am 29. April bzw. 2. Mai 2016 zugestellt (vgl. act. 124).

3. Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2016 act. 136-139 liess die Beklagte rechtzeitig die Berufung erheben. Weil das Einzelgericht versehentlich sein Urteil vom 17. Februar 2016 als rechtskräftig erachtet hatte, versandte es die Parteiakten (sog. Einlegerakten) an die Parteien zurück (vgl. auch act. 148) und veranlasste Vollstreckungshandlungen (u.a. Eigentumsübertragungen an den Grundstücken). Die Beklagte ersuchte, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hatte, die Kammer um den superprovisorischen Erlass einer einstweiligen Grundbuchsperrung (vgl. act. 142 f.). Diesem Anliegen wurde mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2016 stattgegeben (vgl. act. 144). Die Massnahme erwies sich in der Folge allerdings als unnötig (vgl. act. 150, act. 160), weil das Einzelgericht seine versehentlich erfolgten Anordnungen, ohne die Parteien und die Kammer darüber zu informieren, widerrufen hatte (vgl. act. 128-133). Mit Beschluss vom 5. Juli 2016 wurde die Beklagte für die ihr im Zusammenhang mit dem Gesuch um einstweilige Grundbuchsperrung unnötigerweise entstandenen Kosten aus der Gerichtskasse entschädigt (vgl. act. 162).

Mit Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde die Beklagte zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet; sie kam dieser Verpflichtung nach (vgl. act. 159).

Weiter wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen, soweit diese noch vorhanden waren, und die Parteien gebeten, die ihnen vom Einzelgericht zugesandten Parteiakten zuzusenden. Beide Parteien kamen dem nach (vgl. act. 153 ff.). Mit Verfügung vom 12. August 2016 konnte dem Kläger Frist angesetzt werden, um die Berufung schriftlich zu beantworten (vgl. act. 166). Die Berufungsantwortschrift (act. 169) ging fristgemäss ein und wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt, verbunden mit dem Hinweis, der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel sei abgeschlossen (vgl. act. 170 und act. 171). Die Beklagte liess darauf dem Gericht gleichwohl eine Stellungnahme zukommen (vgl. act. 172). Diese wurde dem Kläger zugestellt mit dem Hinweis, der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel sei bereits mit der Berufungsantwort abgeschlossen worden. Anlass zu Weiterungen bestehe daher keiner mehr (vgl. act. 173). Die Sache ist denn auch seit dem Eingang der Berufungsantwort spruchreif.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Erstinstanzliche Urteile mit denen eine Ehe geschieden wird und denen eine Vereinbarung zu den Scheidungsfolgen zugrunde liegt, welche das Gericht gemäss Art. 279 ZPO zu genehmigen hat, sind gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO mit der Berufung anfechtbar. Mit der Berufung ist dem Berufungsgericht vorab darzutun, wie es nach Auffassung der Partei, die Berufung erhebt, in der Sache zu entscheiden hat (sog. Antragserfordernis). Weiter sind eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz und/oder eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend zu machen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Fehlt es an einem Antrag oder an einer Begründung, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

Ist auf die Berufung einzutreten, so sind neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO dann noch ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht

schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625). Im Übrigen gilt Art. 57 ZPO.

1.2 Das Urteil des Einzelgerichts vom 17. Februar 2016 ist ein anfechtbarer Entscheidung i.S. des Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO. Die Beklagte hat ihre Berufung einlässlich begründet (act. 136) und verlangt von der Kammer zur Hauptsache, es sei die im Urteil vom 17. Februar 2016 aufgenommene Vereinbarung der Parteien vom 12. Oktober 2015 insgesamt für ungültig zu erklären, das Urteil vom 17. Februar 2016 aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen; weiter stellt sie Eventualbegehren (vgl. act. 136 S. 2). Einem Eintreten auf die Berufung steht insoweit nichts entgegen und sie ist in der Sache näher zu prüfen.

Der Kläger hat eine begründete Berufungsantwort eingereicht (vgl. act. 169) und beantragt der Kammer, es seien die Berufungsanträge vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil vom 17. Februar 2016 zu bestätigen (vgl. act. 169 S. 2). Ebenso das wird im Folgenden zu berücksichtigen sein.

2. - 2.1 Das Einzelgericht stützte sein Urteil (act. 149) hinsichtlich der Scheidungsfolgen auf die Vereinbarung, die die Parteien im Rahmen der Instruktionsverhandlung vom 12. Oktober 2015 unter seiner Mitwirkung abgeschlossen haben (vgl. a.a.O., S. 2/3) und hält zudem fest: "Diese Vereinbarung wurde nachträglich unter Mitwirkung der Parteien modifiziert" (a.a.O., S. 3). Das Einzelgericht hielt zudem dafür, das habe genügt, um das Scheidungsurteil auszusprechen, denn: "Die Parteien haben sich betreffend Scheidungspunkt sowie Nebenfolgen in einer umfassenden Konvention geeinigt" (a.a.O.) Weiter erwog das Einzelgericht, das Verfahren habe rund zweieinhalb Jahre gedauert, die Parteien seien anwaltlich vertreten gewesen und die Vertreter hätten sämtliche Vorträge gehalten. "Unter diesen Umständen" – so das Einzelgericht wörtlich – "kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien die ... Konvention aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben" (a.a.O.). Und es wertete die Konvention im Ergebnis seines Entscheides als klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen (vgl. a.a.O., S. 3, dort Erw. 1.1, sowie S. 4 ff, ab Erw. 4).

Zu den Änderungen der Vereinbarung vom 12. Oktober 2015, die ab November 2015 von den Parteien vereinbart worden seien, hielt das Einzelgericht u.a. in der Erw. 6.4 fest (vgl. a.a.O., S. 7 f.; Hervorhebungen durch die Kammer):

"Mit den übrigen Ergänzungen erklärte sich der Vertreter *anlässlich eines Telefonats* am 18. Januar 2016 hingegen ausdrücklich einverstanden (act. 105). Der Vertreter der Gesuchstellerin teilte dem Gericht gleichzeitig mit, die Gesuchstellerin habe erfahren, dass der Gesuchsteller Nebeneinkommen nicht deklariert habe, weshalb ein Nachsteuerverfahren eingeleitet worden sei. Der Vertreter ersuchte deshalb um dahingehende Ergänzung der Konvention, wonach sich der Gesuchsteller einverstanden erklären solle, die Gesuchstellerin mit Bezug auf das Nachsteuerverfahren schadlos zu halten (act. 105). Der Gesuchsteller bat den Vertreter der Gesuchstellerin, eine entsprechende Ziffer in die vom Gericht gesandte Konvention einzufügen. Mit dieser Ergänzung erklärte sich die Vertreterin des Gesuchstellers *mit Telefonat* vom 19. Januar 2016 einverstanden (act. 106). In der Folge teilte der Vertreter der Gesuchstellerin dem Gericht schriftlich mit, es sei eine zusätzliche Klausel in die Scheidungsvereinbarung anzubringen, worin sich die Gesuchstellerin verpflichte, die güterrechtliche Ausgleichszahlung von Fr. 100'000.– gemäss Ziffer 4.2.5. auf ein auf beide Parteien lautendes Konto zu bezahlen. Auszahlungen aus dem Konto seien nur mit schriftlicher Zustimmung beider Parteien zulässig. Der Betrag von Fr. 100'000.– werde dem Gesuchsteller aus dem Sperrkonto nach rechtskräftiger Erledigung des "Steuernach- und -strafverfahrens" sowie nach Tilgung der vom Gesuchsteller aus dem "Steuernach- und -strafverfahren" bezahlten Steuern ausbezahlt (act. 107). *Mit einer solchen Ergänzung* erklärte sich die Vertreterin des Gesuchstellers *nicht einverstanden* (act. 109-111), weshalb die Ergänzung auch *keinen Eingang in die Vereinbarung* der Parteien fand. Dem Vertreter der Gesuchstellerin wurde die entsprechende schriftliche Eingabe der Vertreterin des Gesuchstellers mit Schreiben vom 17. Februar 2016 zur Kenntnis gebracht (act. 112) *und der Entscheid mit den entsprechenden, von beiden Parteien akzeptierten Ergänzungen erlassen. ... Das Gericht erachtete es nicht als Grund für das Scheitern der Vereinbarung über das Güterrecht bzw. der ganzen Konvention, dass der Gesuchsteller ... nicht zustimmte*. Mit der Verpflichtung des Gesuchstellers, die Gesuchstellerin schadlos zu halten, wurde dem Umstand, dass die Gesuchstellerin von einer Nachzahlung im Nachsteuerverfahren betroffen sein könnte, bereits genügend Rechnung getragen".

2.2 - 2.2.1 Die Beklagte kritisiert das einzelgerichtliche Urteil unter diversen Gesichtspunkten, insbesondere auch die vorstehend zitierten Erwägungen (vgl. act. 136 S. 23 f.) und hält dafür, die zum Bestandteil des Urteils erhobene Konvention sei von den Parteien so nicht abgeschlossen worden und unterscheide sich sowohl von der Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 als auch von dem Text, den das Einzelgericht den Parteien in Ergänzung der Vereinbarung am 23. No-

vember 2015 zugesandt habe (vgl. act. 136 S. 15 [Rz. 32 f.]). Sie wirft dem Einzelgericht daher eine Verletzung von Art. 279 Abs. 1 ZPO vor (vgl. a.a.O., S. 27 f.). Gerügt wird ferner etwa die Protokollierung zur Instruktionsverhandlung vom 12. Oktober 2015 (vgl. a.a.O. S. 5).

Zudem macht sie geltend, sie hätte im Wissen um die von ihr nicht verschuldete Nachsteuerforderung, von der sie erst anfangs 2016 Kenntnis erhalten habe, der Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 niemals zugestimmt (vgl. a.a.O., Rz. 41), was das Einzelgericht aufgrund ihrer Eingaben im Januar und Februar 2016 habe erkennen können (vgl. a.a.O., S. 17/18).

Nach Erlass des Urteils habe sie mit Schreiben des kantonalen Steueramtes vom 29. Februar 2016 erstmals substantzierte Informationen zu Nachsteuerforderung erhalten sowie die Mitteilung, dass sie für eine Nachsteuerforderung in der Höhe von Fr. 131'159.40 nebst Zins und Kosten hafte. Zudem seien deswegen Arrestbefehle des Steueramtes von total Fr. 140'000.- an sie ergangen (vgl. a.a.O., S. 11). Aufgrund eines Steuerarrestes vom 21. März 2016 sei zudem das Grundstück in D._____ (dessen Übertragung in das Alleineigentum der Beklagten vorgesehen war), für eine Forderung von Fr. 288'000.- im Grundbuch mit einer Verfügungsbeschränkung belastet worden (vgl. a.a.O., S. 11). Verarrestiert worden sei auch der Miteigentumsanteil der Parteien an der Liegenschaft in E._____. Die Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 sei daher heute und zurzeit nicht vollstreckbar und es liege eine Unmöglichkeit i.S. des Art. 20 Abs. 1 OR vor. Der Austausch der Eigentumshälften an den Grundstücken sei wesentliche Grundlage der Vereinbarung vom 12. Oktober 2015 gewesen (vgl. a.a.O., S. 15 [Rz. 34]).

2.2.2 Der Kläger nimmt im Wesentlichen den Standpunkt ein, die Parteien hätten am 12. Oktober 2015 nach reiflicher Überlegung und in Kenntnis des von ihm nicht deklarierten Einkommens sowie in Anwesenheit beider Rechtsvertreter die Vereinbarung abgeschlossen. Die Vereinbarung sei in der Folge vom Gericht wie angekündigt im Wortlaut, jedoch nicht im Sinn angepasst und genehmigt worden (vgl. act. 169 S. 9). Die Beklagte könne sich nicht auf einen Grundlagenirrtum berufen, weil sie von der Steuerhinterziehung gewusst habe (vgl. a.a.O., ferner S. 6 [Ziff. 19]). Eine Beteiligung an den Nachsteuern sowie die Verarrestierung seien nur die Konsequenz davon (vgl. a.a.O., S. 6 und 9).

2.2.3 Es versteht sich von selbst, dass in einer kurzen Zusammenfassung der Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren wie hier nicht alles erwähnt wird, was insgesamt vorgebracht wurde. Im Folgenden werden indessen alle ihre (zulässigen) Vorbringen der Parteien in den act. 136 und 169 berücksichtigt, und zwar auch dann bzw. dort, wenn bzw. wo nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird.

3. - 3.1 Die Vereinbarung von Parteien über die Folgen der Scheidung ist kein Vergleich im herkömmlichen Sinn. Wie jeder Vergleich kann sie wegen ihrer vertraglichen Natur nur aufgrund des Austauschs übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien zustande kommen. Damit ist sie aber noch nicht gültig; zur Gültigkeit bedarf es überdies der gerichtlichen Genehmigung i.S. des Art. 279 ZPO (siehe Art. 279 Abs. 2 ZPO, ferner etwa BGer, Urteil 5A_214/2013 vom 16. Februar 2016, E. 1). Diese Genehmigung kann vom Gericht erst dann erteilt werden, wenn es sich erstens davon überzeugt hat, dass die Ehegatten die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung abgeschlossen haben, sowie wenn es zweitens aufgrund seiner Prüfung der Vereinbarung zum Ergebnis gekommen ist, die Vereinbarung sei klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen; hinsichtlich dieses zweitens Punktes bleiben zudem die Bestimmungen über die berufliche Vorsorge vorbehalten (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO). Die erteilte Genehmigung bewirkt im Übrigen, dass die Vereinbarung ihren vertraglichen Charakter verliert und vollständiger Bestandteil des Urteils wird (BGer, Urteil 5A_214/2013 vom 16. Februar 2016, E. 1). Ob und inwieweit eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen Bestandteil des Urteils wird, hängt also im Wesentlichen von zwei unterschiedlichen Rechtsakten ab, die zugleich erfüllt sein müssen, nämlich zum einem von einem rechtsgeschäftlichen Akt der Parteien, der in einem Vertragsschluss liegt, und zum anderen von einem hoheitlichen Akt, der in der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung liegt. Das ist noch etwas näher zu beleuchten.

3.1.1 Geprüft und genehmigt werden kann durch das Gericht nur das, was die Parteien vorgängig vereinbart haben. Ob eine solche Vereinbarung gültig zustande gekommen ist, beurteilt sich nach den Regeln der Art. 1 ff. OR, auch soweit

sich die Vereinbarung auf Punkte bezieht, die der Parteidisposition entzogen sind (vgl. SUTTER-SOMM/GUT, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. A., Zürich 2016, Art. 279 N 7: hinkendes Rechtsgeschäft bzw. gemeinsamer Antrag an das Gericht). Weil die Genehmigung die genaue Kenntnis des Gerichts über das Vereinbarte erfordert, ist wenigstens die (einfache) Schriftlichkeit der Vereinbarung vorausgesetzt (so schon zum früheren Recht etwa SUTTER/FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 111 N 13). Das ergibt sich nur schon daraus, dass die ZPO nur zwei Arten der Erklärungen von Parteien zuhanden des Gerichts kennt und zulässt, als da sind die Eingabe i.S. des Art. 130 ZPO sowie das zu Protokoll Erklärte (in diesem Sinn auch GLOOR, in: BSK Zivilgesetzbuch I, 5. A., Basel 2014, Art. 111 N 3). Auf die Notwendigkeit der Schriftlichkeit verweist zudem der Art. 285 ZPO: die Eingabe hat eine vollständige Vereinbarung zu enthalten; Eingaben wiederum haben schriftlich i.S. des Art. 130 Abs.1 ZPO und unterzeichnet zu sein. Die Regelung des Art. 286 ZPO für den Fall blosser Teileinigung knüpft ausdrücklich daran an (vgl. Art. 286 Abs. 3 ZPO). Unterbreiten die Parteien dem Gericht ihre Vereinbarung nicht als Eingabe i.S. des Art. 130 ZPO, so haben sie sie zu Protokoll zu geben und zudem das Protokoll, wie bei jedem Vergleich, zu unterzeichnen (vgl. Art. 241 ZPO). Insoweit ist die Schriftlichkeit der Vereinbarung, die dem Gericht vorzulegen ist, Formerfordernis i.S. des Art. 11 Abs. 2 OR. Analoges gilt daher sachgerecht auch für Abänderungen (vgl. Art. 284 Abs. 2 ZPO; siehe ferner etwa SUTTER-SOMM/GUT, a.a.O., Art. 279 N 9).

3.1.2 Geprüft und genehmigt werden kann durch das Gericht nur das, was ihm die Parteien als Vereinbartes im eben dargelegten Sinn vorgelegt haben. Je nach dem Ergebnis seiner Prüfung kann das Gericht die Vereinbarung grundsätzlich nur insgesamt genehmigen oder aber ihr die Genehmigung verweigern; denn nur schon durch die Nichtgenehmigung einzelner Punkte wird die gesamte Vereinbarung wirkungslos (gl. etwa DOLGE, in: Dike-Komm-ZPO, 2. A. Zürich 2016, Art. 279 N 14; SUTTER-SOMM/GUT, a.a.O., Art. 279 N 19, VAN DE GRAAF, in: KuKo ZPO, 2. A., Basel 2014, Art. 279 N 13, je mit Verweisen, ferner SIEHR/BÄHLER in: BSK ZPO, 2. A., Bern 2013, Art. 279 N 5a). Eine Teilgenehmigung ist lediglich ausnahmsweise zulässig, und zwar in den Grenzen, die der Art. 20 Abs. 2 OR

setzt (gl. z.B. TAPY, in: CPC commenté, Bâle 2011, Art. 279 N 25 mit Verweisen; ähnlich ferner etwa SUTTER-SOMM/GUT, a.a.O., Art. 279 N 20). Je nachdem, welcher Bereich der Vereinbarung von der Nichtgenehmigung betroffen ist, hat dann das Gericht wie bei einer Teileinigung i.S. des Art. 288 Abs. 2 ZPO vorzugehen und das Gehör der Parteien zu wahren (gl. etwa DOLGE, a.a.O., Art. 279 N 15, oder SIEHR/BÄHLER, a.a.O., Art. 279 N 5a), oder die Vereinbarung ohne die nichtige Bestimmung als genehmigt ins Urteil aufzunehmen; das ist indes nur dann überhaupt möglich, wenn die Vereinbarung auch ohne den genehmigten Punkt immer noch klar und vor allem vollständig ist.

Unzulässig ist hingegen die gerichtliche Ergänzung oder Abänderung der Vereinbarung (vgl. etwa BGer, Urteil 5C.114/2003, E. 5, ferner SUTTER-SOMM/GUT, a.a.O., Art. 279 N 19, unter Verweis auf das vorerwähnte Urteil). Das versteht sich vor dem eben skizzierten Hintergrund eigentlich von selbst. Denn die Vereinbarung gibt den Konsens der Parteien wieder und ist Anlass zur Prüfung und dann Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung durch das Gericht. Und bedarf die Vereinbarung nach Auffassung des Gerichts noch der Ergänzung, so ist sie offensichtlich nicht vollständig und darf so nicht genehmigt werden. Analoges gilt für Abänderungen, denn diese stellen nichts anderes dar als den Ersatz eines von den Parteien vereinbarten Punktes durch einen anderen, der dann, wollte ihn das Gericht zum Teil der Vereinbarung erheben, nicht vom Konsens der Parteien erfasst wäre und deshalb weder Prüfungs- noch Genehmigungsgrundlage sein kann. Eingang finden können gerichtliche Ergänzungen und/oder Abänderungen daher nie in die Vereinbarung, sondern sind – mangels entsprechender Einigung der Parteien – als gerichtliche Regelung im Scheidungsurteil aufzunehmen.

3.2 Das Einzelgericht hat eine Vereinbarung der Parteien genehmigt und dann als solche in sein Urteil aufgenommen, welche ihm die Parteien so weder schriftlich vorgelegt noch gemäss Art. 241 Abs. 1 ZPO zu Protokoll gegeben haben (vgl. act. 149 S. 9 ff.). Schriftlich vorgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet wurde einzig die Vereinbarung gemäss act. 70 (vgl. auch vorn Erw. I/1.3). Deren Inhalt floss sodann nicht unverändert, sondern ergänzt in die Vereinbarung ein, die im Urteil aufgeführt ist, weil sowohl das Gericht wie auch die Parteien die Vereinbarung gemäss act. 70 in einigen Punkten als ergänzungsbedürftig erachteten.

Die Parteien verhandelten in der Folge darüber sowie über Weiteres, teilweise über Telefonate, die sie mit einem Gerichtsmitarbeiter führten, und nicht miteinander (vgl. etwa act. 93, act. 103-106, 109). Das mag der Wendung, wer mit etwas nicht einverstanden sei, könne ja das Gericht anrufen, einen eigenen Sinn geben. Es genügt jedoch nicht der Erklärung zu Protokoll i.S. des Art. 241 Abs. 1 ZPO und ebenso wenig der Schriftlichkeit (vgl. dazu Art. 13 OR) und belegt keinen formkorrekten Konsens der Parteien. Das Einzelgericht genehmigte m.a.W. eine Vereinbarung, die formungültig bzw. formnichtig i.S. des Art. 11 Abs. 2 OR ist und daher gar nicht besteht. Insoweit lag am 17. Februar 2016 keine Vereinbarung vor, die hätte genehmigt werden können und liegt auch heute keine solche vor, was von Amtes wegen festzustellen ist. Das Einzelgericht hätte daher kein Urteil fällen dürfen, sondern so vorgehen müssen, wie es in vorstehender Erw. II/3.1.2 beschrieben ist. Und es bleibt dem noch anzufügen, dass das, was als Vereinbarung in das Urteil vom 17. Februar 2016 floss, eine unzulässige gerichtlich ergänzte bzw. abgeänderte Vereinbarung darstellt (vgl. dazu auch vorn Erw. II/2.1). Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Rückweisung der Sache an das Einzelgericht zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen.

3.3 Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine weitere Prüfung der Argumente der Beklagten, weshalb die im angefochtenen Urteil aufgeführte Vereinbarung ungültig sein soll, sowie zur übrigen Kritik der Beklagten am Verfahren und Urteil des Einzelgerichts.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Mit Blick auf die in Erw. I/3 geschilderten Bemühungen der Kammer sowie das Ergebnis dieses Berufungsverfahrens rechtfertigt es sich, bereits heute die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu treffen. Ausgangsgemäss (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) sind die Gerichtskosten dem Kläger und Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Ferner ist der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Es liegt primär eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit i.S.v. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1-2 GebVOG bzw. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 AnwGebV vor. Die Entscheidgebühr sowie die Parteientschädigung sind diesen Bestimmungen entsprechend festzusetzen, mit dem Bemerkten, dass für die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit dem Begehren um Erlass der vorsorglichen Grundbuchsperrung keine Kosten erhoben werden und eine Entschädigung bereits ausgerichtet wurde. Das führt zu einer Entscheidgebühr bzw. Parteientschädigung im Umfang einer einfachen Grundgebühr (vgl. auch § 11 Abs. 1 AnwGebV). Bei deren Bemessung ist zu berücksichtigen, dass die Sache keinen erheblichen Aufwand verursachte (weshalb § 5 Abs. 2 GebVOG bzw. AnwGebV nicht zum Zuge kommen), rechtlich keine besonderen Schwierigkeiten bot, indessen das streitwertige Interesse bzw. die anwaltliche Verantwortung indessen nicht unerheblich erscheinen und die Gebühren daher insgesamt noch knapp im unteren Drittel des vorgegebenen Gebührenrahmens liegen.

Mehrwertsteuerersatz ist mit der Parteientschädigung nicht abzugelten, weil entsprechendes nicht verlangt wurde (vgl. act. 136 S. 2-3 und S. 29 f.)

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass dem Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 17. Februar 2016 keine Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen zugrunde liegt. Demgemäss wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 4'000.- zu ersetzen.
4. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich primär um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Im Übrigen liegt der Streitwert über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: