

# ZH\_OBERGERICHT LC210011 vom 18. Juni 2021

ZH Obergericht, 2021-06-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC210011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC210011)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC210011 du 18 juin 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LC210011 del 18 giugno 2021

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien haben am tt. Januar 2005 geheiratet. Sie haben – nebst einem bereits Jahre vor der Heirat geborenen volljährigen Kind (act. 1 S. 1) – gemeinsam die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012. 2.1. Mit Eingabe vom 1. Juni 2020 machte der Gesuchsteller und Berufungsbe- klagte (nachfolgend Gesuchsteller) ein nur von ihm unterzeichnetes "Gemeinsa- mes Scheidungsbegehren" (Formular samt Beilagen) bei der Vorinstanz anhängig (act. 1-3). Die Vorinstanz machte den Gesuchsteller auf die fehlende Unterschrift der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) auf- merksam, woraufhin der Gesuchsteller das an ihn retournierte Formular am 1. Juli 2020 erneut einreichte, diesmal versehen mit der Unterschrift der Gesuchstellerin (act. 4, act. 2). Mit Verfügung vom 6. Juli 2020 wurde daraufhin beiden Parteien eine Frist von 14 Tagen zur Leistung je eines Kostenvorschusses gesetzt, und es wurde auf den 16. Oktober 2020 zur Anhörung und Vergleichsverhandlung vorge-

- 8 - laden (act. 6 Disp.-Ziff. 1 und 2). Der Gesuchsteller leistete den Kostenvorschuss am 30. Juli 2020, wie sich einer im Nachhinein den vorinstanzlichen Akten einge- fügten "Eingangsanzeige Kostenvorschuss § 98" entnehmen lässt (act. 8A [wer die Eingangsanzeige vom 21. Dezember 2020 erstellte und unterzeichnete und welcher § 98 gemeint sein sollte, ist nicht ersichtlich]; vgl. auch die nachträglich als act. 41A akturierte Kostenerfassung). Am 17. September 2020 rief die Ge- suchstellerin bei der Vorinstanz an und teilte mit, den Vorschuss nicht leisten zu können (act. 10). Mit Eingabe vom selben Datum liess der nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchsteller ein Gesuch um umfassende unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Verfahrenskosten sowie unentgeltliche Rechtsverbeiständung) stellen (act. 12). Am 22. September 2020 reichte (auch) die Gesuchstellerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege inklusive unentgeltliche Rechtsverbei- ständung ein, dies mittels handschriftlich ausgefülltem Formular samt Beilagen (act. 19 f.). Mit Verfügung vom 23. September 2020 wurde daraufhin den Parteien die längst nicht mehr laufende Frist zur Leistung der Kostenvorschüsse abge- nommen und es wurde darauf hingewiesen, dass am 16. Oktober 2020 auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt würde (act. 21). 2.2. Am 28. September 2020 gingen bei der Vorinstanz die Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen ein, betreffend das bis zur Einreichung des Scheidungsverfahrens dort hängige Kindesschutzverfahren (act. 23, act. 24/1-67). Zur Anhörung und Vergleichsverhandlung vom 16. Oktober 2020 erschienen beide Parteien ohne anwaltliche Vertretung und schlossen eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen (Prot. Vi S. 6; act. 35). 2.3. Am 2. November 2020 rief die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz an, um sich zu erkundigen, ob die geschlossene Vereinbarung schon durchgesetzt wer- den könne, was der

Gerichtsschreiber unter Hinweis auf die ausstehende Antwort auf den Kinderbrief verneinte. Die Gesuchstellerin trug sodann vor, ihr Mann schulde ihr Fr. 950.– monatlich; was sie machen könne, um das Geld zu erhalten. Der Gerichtsschreiber wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass gemäss Konvention (lediglich) ein Manko in der Höhe von Fr. 950.– festgestellt worden sei, und nicht eine Unterhaltspflicht. Auf den Einwand, das nicht so verstanden zu haben

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

### **E. 3**

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

### **E. 4**

Die Vorinstanz wird bei der Durchführung des Verfahrens zuerst über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu entscheiden haben. Die Gesuchstellerin hatte wie bereits geschildert am 22. September 2020 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung gestellt (act. 19), woraufhin die Vorinstanz mit

Verfügung vom 23. September 2020 darauf hinwies, dass am 16. Oktober 2020 auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt würde (act. 21). Aus dem vorinstanzlichen Protokoll ergibt sich indes, dass dies nicht der Fall war, wäre doch eine Verhandlung über unentgeltliche Rechtspflege zu protokollieren (Art. 235 Abs. 1 ZPO): Im auch im Übrigen dürftigen Protokoll der Verhandlung vom 16. Oktober 2020 findet sich indes nicht einmal eine Protokollnotiz (was allerdings in diesem Zusammenhang ohnehin ungenügend wäre), dass eine Verhandlung über unentgeltliche Rechts- pflege stattgefunden hätte, und auch in der Kopfzeile, welche den Gegenstand der Verhandlung nennt, wird die unentgeltliche Rechtspflege nicht erwähnt (Prot.

- 14 - Vi S. 5). Dieses Versäumnis trifft das Gericht, dem die Prozessleitung obliegt (Art. 124 Abs. 1 ZPO), nicht die Parteien. Es ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz – notabene nachdem die Gesuchstellerin das Gericht zweimal hatte darauf hinwei- sen müssen, dass über ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung noch nicht entschieden worden sei (act. 42, act. 48; vgl. oben, Ziff. I.2.3.) – ihrem Urteil am 4. Januar 2021 eine ergänzende Verfügung nachschob, wonach die rechtsun- kundige Gesuchstellerin ihr Gesuch in der Verhandlung vom 16. Oktober 2020 konkludent zurückgezogen habe, indem sie nicht erneut ihr Gesuch vorgebracht und sich auf die Verhandlung ohne Beisein einer Rechtsvertretung eingelassen habe (act. 50 E. 2.2.). Abgesehen davon, dass es in diesem Zusammenhang eine Einlassung nicht gibt: Hätte die Vorinstanz tatsächlich angenommen, die Gesuch- stellerin habe durch ihre vorbehaltlose Teilnahme an der Verhandlung ihr Gesuch wenn nicht ausdrücklich, so doch durch das Nichtinsistieren auf einem sofortigen Entscheid darüber zurückziehen wollen, so wäre sie gehalten gewesen, die Ge- suchstellerin diesbezüglich zu befragen (Art. 56 ZPO), umso mehr, als das Ge- richt ja selbst angekündigt hatte, es würde anlässlich jener Verhandlung auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt. Das Vorgehen der Vorinstanz war demnach auch unter den Aspekten von Treu und Glauben im Ver- fahren (Art. 52 ZPO) sowie der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht statt- haft, wie die Gesuchstellerin zu Recht rügt (act. 59 Rz 141 ff.). Der unterbliebene Entscheid über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverbei- ständung ist im vorliegenden Zusammenhang ein (weiterer) offensichtlicher Man- gel des angefochtenen Entscheides. Gleich wie das Urteil vom 16. November 2020 hat damit auch die ihm nach- geschobene Verfügung vom 4. Januar 2021 keinen Bestand, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, ob dieser nach dem Endentscheid ergangenen Verfü- gung überhaupt noch eigenständige Bedeutung zukam, nachdem sie nachträglich (nämlich in der begründeten Fassung) noch zum Bestandteil des bereits am 16. November 2020 ergangenen Entscheides gemacht wurde. Die Vorinstanz

- 15 - wird jedenfalls ihre versäumte Entscheidung über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung nachzuholen haben.

## **E. 5**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge- richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des

Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. I. Vourtsis versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.