

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC180008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Beschluss vom 10. Juli 2018

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 28. Juli 2017 (FE150222-M)**

**Rechtsbegehren (Urk. 45 S. 1):**

- "1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden.
2. Die elterliche Sorge über den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009 sei beiden Parteien zu belassen und die Obhut über C.\_\_\_\_\_ sei der Mutter zuzuteilen.
3. Dem Beklagten sei ein angemessenes Besuchsrecht zuzusprechen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an die Kinderkosten monatlich Fr. 1'000.-- zuzüglich allfällige Familienzulagen zu zahlen.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin angemessenen nachehelichen Unterhalt zu zahlen.
6. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt sind.
7. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein[en] Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.-- zu leisten, ev. sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Prozessvertretung zu bewilligen.
8. Kosten - und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Juli 2017 (Urk. 107, Urk. 114):**

1. Die Scheidungsklage wird zufolge zu kurzer Trennungszeit im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'500.-; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 262.50 Dolmetscherkosten.  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten durch Publikation im kantonalen Amtsblatt, an die KESB Bülach Süd gemäss Ziff. 10 der Massnahmeverfügung, sowie nach Eintritt der Rechtskraft
  - mit Formular an das für D.\_\_\_\_\_ zuständige Zivilstandsamt,
  - an das Migrationsamt des Kantons Zürich.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

#### **Berufungsantrag:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 113):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des BG Dietikon vom 28. Juli 2017 aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zwecks Durchführung des Scheidungsverfahrens infolge gemeinsamen Scheidungsbegehrens (Art. 292 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.
2. [...]
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zusätzl. MwSt.) zulasten des Beklagten."

#### **Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. November 2008 in Australien. Sie sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009 (Urk. 31). Am 27. Oktober 2015

machte die Klägerin die Scheidungsklage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 2. November 2016 beantragte der Beklagte, die Scheidungsklage sei abzuweisen (Prot. I S. 5 ff., Urk. 47). Mit Verfügung vom 15. November 2016 beschränkte die Vorinstanz das Prozessthema auf den Scheidungsgrund resp. auf die Frage der Dauer des Getrenntlebens der Parteien (Urk. 49). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 114 S. 3 ff.). Am 28. Juli 2017 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 91). Mit Eingabe vom 17. August 2017 ersuchte die Klägerin um die schriftliche Begründung des Urteils (Urk. 103). Das begründete Urteil (Urk. 107 = Urk. 114) wurde der Klägerin am 18. Januar 2018 zugestellt (Urk. 109/1). Die Mitteilungen an den Beklagten erfolgten am 11. August 2017 (unbegründet) und am 26. Januar 2018 (begründet) durch Publikation im kantonalen Amtsblatt (Urk. 94, Urk. 98; Urk. 108, Urk. 111).

2. Mit Eingabe vom 19. Februar 2018, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 20. Februar 2018, führt die Klägerin Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 113). Mit Verfügung vom 8. März 2018 wurde dem Beklagten (mittels Publikation im kantonalen Amtsblatt) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 117 bis Urk. 121). Innert Frist und bis heute ging keine Berufungsantwort ein.

## II.

1. Die Berufung wurde fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit. Die Klägerin stellt zwar nur einen Aufhebungs- und Rückweisungsantrag und keinen Antrag in der Sache. Dies ist aber als genügend anzusehen, da die Berufungsinstanz infolge der Verfahrensbeschränkung durch die Vorinstanz und fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann. Das Gericht entscheidet im Scheidungsurteil nicht nur über die Ehescheidung sondern auch über deren

Folgen (Art. 283 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung kann somit – unter dem Vorbehalt hinreichender Begründung – eingetreten werden (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel (sog. Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43, BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.).

3. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 27. November 2015 wurde der Beklagte unter Hinweis auf Art. 140 ZPO aufgefordert, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen und während des ganzen Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung für ein Zustellungsdomizil besorgt zu sein, widrigenfalls Zustellungen durch Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt erfolgen könnten. Dabei wurde der Beklagte darauf hingewiesen, dass er ohne gerichtliche Aufforderungen einen neuen Zustellungsempfänger oder Rechtsanwalt zu bezeichnen habe, wenn ein einmal bezeichneter Zustellungsempfänger oder Rechtsanwalt sein Mandat niederlege (Urk. 7). Diese Verfügung wurde dem Beklagten rechtshilfweise in Australien zugestellt (Urk. 32). Am 18. April 2017 bzw. 21. Dezember 2017 legten die von ihm beauftragten Rechtsanwälte Y1.\_\_\_\_\_ und Y2.\_\_\_\_\_ ihr Mandat nieder, ohne einen neuen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (Urk. 79, Urk. 80; Urk. 106; vgl. auch Urk. 82). Die am 22. August 2017 erfolgte Bevollmächtigung von Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ war der Vorinstanz am 26. September 2017 angezeigt worden (Urk. 104). Sowohl das Urteil der Vorinstanz vom 28. Juli 2017 als auch die Verfügung der Kammer vom 8. März 2018 wurden dem Beklagten somit rechtswirksam am jeweiligen Tag der Publikation im kantonalen Amtsblatt zugestellt (Art. 141 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 ZPO).

III.

1. Bei Beginn der Rechtshängigkeit wohnte die Klägerin noch in E. \_\_\_\_\_/ZH (Urk. 2). Die Vorinstanz bejahte gestützt auf Art. 59 lit. b IPRG und Art. 23 Abs. 1 ZPO die internationale und örtliche Zuständigkeit und gestützt auf Art. 62 IPRG (recte: Art. 61 IPRG) die Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts (Urk. 114 S. 6). Sie kam zum Ergebnis, die Parteien hätten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage noch nicht zwei Jahre getrennt gelebt, weshalb die Voraussetzungen für eine Scheidung nach Art. 114 ZGB nicht gegeben seien. Die Klägerin stellt diese Feststellung im Rahmen der Berufung nicht mehr in Frage (Urk. 113 S. 3). Sie macht aber geltend, sie habe am 9. Oktober 2017 durch Zustellung einer DHL-Sendung erfahren, dass der Beklagte seinerseits am 11. September 2017 in Sydney/Australien auf Scheidung der Ehe geklagt habe. Dieser Umstand sei als neue Tatsache im Berufungsverfahren zu berücksichtigen, da der Aktenschluss vor Vorinstanz bereits am 28. Juli 2017 eingetreten sei. Die Scheidungsklage des Beklagten sei als Zustimmung zur Scheidungsklage der Klägerin zu werten. Die zweijährige Trennungsfrist spiele daher keine Rolle mehr. Gestützt auf Art. 292 Abs. 1 ZPO sei das Verfahren nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortzusetzen. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Sache an diese zur Durchführung eines vollständigen Scheidungsverfahrens zurückzuweisen (Urk. 119 S. 5 ff.).

2. Die Express-DHL-Sendung wurde vom Beklagten am 6. Oktober 2017 aufgegeben (Urk. 116/6). Seitens des Beklagten blieb unbestritten, dass die Sendung die von der Klägerin eingereichten Dokumente (Urk. 116/5, Urk. 116/7+8) enthielt. Die "Application for Divorce" wurde in Sydney eingereicht am 11. September 2017 (Urk. 116/5). Das vorinstanzliche Urteil erging am 28. Juli 2017. Die von der Klägerin behaupteten neuen Tatsachen und Beweismittel konnten bei der Vorinstanz nicht mehr eingebracht werden. Sie wurden umgehend mit der Berufung geltend gemacht und sind von der Berufungsinstanz zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.1 Verlangt der beklagte Ehegatte die Abweisung des vor zweijähriger Trennungsfrist eingereichten Scheidungsbegehrens, macht er aber seinerseits eine Scheidungsklage anhängig, so dokumentiert er seinen Scheidungswillen im Sinne von Art. 292 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 139 III 482). Das Verfahren ist dann nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 285 ff. ZPO) fortzusetzen (Art. 292 Abs. 1 ZPO).

3.2 Aus den eingereichten Unterlagen (Application for Divorce, Acknowledgment of Service [Family Law Rules ~ Rule 7.13(2)], Affidavit, Marriage Certificate) geht hervor, dass der Beklagte beim Federal Circuit Court of Australia in Sydney am 11. September 2017 einen Antrag auf Scheidung der mit der Klägerin am 11. November 2008 geschlossenen Ehe gestellt hat (Urk. 116/5, Urk. 116/7+8). Das Verfahren ist unter der "File number" SYC5950/2017 registriert. Als "Court date" und "Court time" für eine Anhörung (hearing) ist der 4. Dezember 2017, 10.30 Uhr, vermerkt (Urk. 116/5). Die Klägerin wurde in einer "Notice of Application for Divorce" aufgeklärt, wie sie – auch mit Blick auf eine allfällige Stellungnahme – vorzugehen hat. Die klägerische Sachdarstellung, dass der Beklagte am 11. September 2017 beim Gericht in Sydney ein Scheidungsbegehren einreichte und der Klägerin die obgenannten Dokumente seitens des Beklagten am 9. Oktober 2017 zugestellt wurden (Urk. 116/6), blieb überdies unbestritten.

3.3 Mit dem in Sydney eingereichten Scheidungsbegehren brachte der Beklagte zum Ausdruck, dass er mit der Scheidung einverstanden ist (Art. 292 Abs. 1 lit. b ZPO). Demgegenüber blieb unangefochten, dass die Parteien bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch nicht seit mindestens zwei Jahren getrennt gelebt hatten (Art. 292 Abs. 1 lit. a ZPO). Damit ist das Verfahren nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortzusetzen. Aufgrund der zulässigen Noven liegt im Ergebnis eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz vor (vgl. zur Unrichtigkeit: ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 310 N 13). Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Scheidungsverfahrens nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

IV.

1. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

2. Die Klägerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung, ihre einzige Einnahmequelle sei die Kinderzulage, welche die SVA für Nichterwerbstätige ausrichte (Urk. 113 S. 2 ff.). Die Vorinstanz erwog, anhand der Darlegung der finanziellen Verhältnisse beider Parteien stehe ausser Frage, dass die finanzielle Bedürftigkeit der Klägerin ohne weiteres belegt sei und auch keine Leistungsfähigkeit seitens des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bestehe (Urk. 114 S. 32). Der nicht erwerbstätigen und vermögenslosen Klägerin (Urk. 46/3, Urk. 116/2-4), die zusammen mit ihrem Sohn bei ihren Eltern in D.\_\_\_\_\_ wohnt, kann die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden (Art. 117 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 28. Juli 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.-.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung

- an die Klägerin gegen Empfangsschein
- an den Beklagten durch Publikation des Dispositivs im Amtsblatt des Kantons Zürich mit dem Hinweis, dass dieser Beschluss bei der unterzeichnenden Stelle bezogen werden kann
- an die Vorinstanz gegen Empfangsschein

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

mc