

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC200025-O/U

Mitwirkend: Die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Dr. L. Hunziker Schnider und lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

Beschluss vom 23. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller, Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts
im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. Juli 2020
(FE170433-K)**

* * * * *

Rechtsbegehren:
(Urk. 1; sinngemäss)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller zu scheiden, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen.

Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht

Winterthur vom 29. Juli 2020:
(Urk. 97 S. 33 f. = Urk. 104 S. 33)

1. Vom Rückzug des Antrages der Klägerin auf Zusprechung von nachehelichem Unterhalt wird Vormerk genommen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht

Winterthur vom 29. Juli 2020:
(Urk. 104 S. 33 f.)

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 112 ZGB geschieden.
2. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine güterrechtliche Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 196'541.04 zu bezahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die Klägerin (im internen Verhältnis der Parteien) verpflichtet ist, die Hypothekarzinsen gegenüber der LGT-Bank in Lichtenstein zu bezahlen. Sie wird verpflichtet, den Beklagten schadlos zu halten, sofern er für ausstehende Hypothekarzinsen belangt werden sollte.
4. Der Antrag der Klägerin auf Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124e ZGB wird abgewiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 13'000.00 ; die weiteren Gerichtskosten betragen:
Fr. 1'620.40 Gutachtenskosten;
Fr. 14'620.40 Total
6. Die Kosten werden der Klägerin zu 9/10 und dem Beklagten zu 1/10 auferlegt.

7. Der geleistete Vorschuss wird mit dem auf den Beklagten entfallenden Anteil an den Gerichtskosten verrechnet.
8. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 19'200.– (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an
 - Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ im Doppel für sich und die Klägerin;
 - Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____, im Doppel für sich und den Beklagten und unter Beilage des Doppels von act. 96;sowie nach Eintritt der Rechtskraft
 - mit Formular an das für Winterthur zuständige Zivilstandsamt, je gegen Empfangsschein.
10. 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.

Bei einem gemeinsamen Scheidungsbegehren kann die Scheidung der Ehe nur wegen Willensmängeln angefochten werden (Art. 289 ZPO).

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 103 S. 2-4):

- "1. Es sei die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. Juli 2020 (Geschäftsnummer FE170433-K/U/us), wiedergegeben auf Seit 33 und 34 der Verfügung und des Urteils vom 29. Juli 2020, vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Sache an die Vorinstanz zur Beendigung des Hauptverfahrens und zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen.

Eventualiter

- 3a. Es sei die angefochtene Verfügung ersatzlos aufzuheben.
- 3b. Es sei Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Gesuchsteller, Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin unter allen güterrechtlichen Titeln per Rechtskraft des Scheidungsurteils Fr. 439'514.30 nebst 5% Verzugszins ab Eintritt der Fälligkeit zu bezahlen.
- 3c. Es sei Ziffer 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Gesuchsteller, Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin auf ein noch zu errichtendes Freizügigkeitskonto respektive nach Rechtskraft des Scheidungsurteils auf ein noch anzugebendes Konto eine Entschädigung im Sinne von Art. 124e ZGB von Fr. 325'785.65 zu bezahlen.
- 3d. Es sei Ziffer 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich dem Gesuchsteller, Beklagten und Berufungsbeklagten aufzuerlegen unter Retournierung des geleisteten Vorschusses an die Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin.
- 3e. Es sei in Aufhebung von Ziffer 8 des angefochtenen Urteils der Gesuchsteller, Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin eine angemessene, nach Anwaltsgebührenverordnung festzulegende Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu lasten des Gesuchstellers, Beklagten und Berufungsbeklagten."

Prozessuales Gesuch um Prozesskostenbeitrag respektive unentgeltliche Rechtspflege:

- "1. Es sei der Gesuchsteller, Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen, mit welchem sie die Anwaltskosten für das Berufungsverfahren und den obergerichtlichen Gerichtskostenvorschuss bezahlen kann, mindestens jedoch von Fr. 25'000.–, zahlbar bei Rechtskraft Ihres Prozesskostenbeitragsentscheids.
2. Es sei bis zum Entscheid über den Prozesskostenbeitrag des Gesuchstellers, Beklagten und Berufungsbeklagten kein Gerichtskostenvorschuss zu verlegen und dieser erst auf den Zeitpunkt der Bezahlung des Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsteller, Beklagten und Berufungsbeklagten fällig zu stellen.

Eventualiter

3. Es sei der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege für das gesamte Berufungsverfahren zu gewähren, mithin der unentgeltliche Rechtsbeistand in meiner Person und die unentgeltliche Prozessführung.
4. Es sei demzufolge ein allfälliger Gerichtskostenvorschuss bis zum Berufungsendurteil auszusetzen."

des Gesuchstellers, Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 113 S. 1 f.):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen:
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % MWST) zu Lasten der Klägerin."

Prozessualer Antrag:

Es sei das Gesuch um Bezahlen eines angemessenen Prozesskostenbeitrags, mindestens jedoch CHF 25'000.00, des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7,7 % MWST, zu Lasten der Gesuchstellerin.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

1. Sachverhalt

1.1. Die Parteien haben am tt. September 1987 in C._____ [Ortschaft] geheiratet (Urk. 4) und haben eine gemeinsame - inzwischen volljährige - Tochter, D._____, die am tt. Juli 1989 geboren wurde (Urk. 4 S. 4). Die Parteien leben seit dem 11. April 2011 getrennt und schlossen am 12. April 2011 eine Trennungsvereinbarung (Urk. 5/4).

1.2. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 reichten die Parteien ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (Urk. 1). Mit Urteil vom 29. Juli 2020 sprach die Vorinstanz die Scheidung aus und nahm mit Verfügung gleichen Datums vom Rückzug des Antrages der Klägerin auf Zusprechung von nachehelichem Unterhalt Vormerk (Urk. 104 S. 33 f.).

2. Prozessverlauf

2.1. Der Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 104 S. 2 ff.). Der Entscheid konnte den Parteien am 17. August 2020 zugestellt werden (Urk. 98 S. 1-4). Die Klägerin hat mit Eingabe vom 14. September 2020 (Urk. 103) fristgerecht Berufung erhoben und ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 103 S. 4).

2.2. Mit Schreiben vom 18. September 2020 wurde dem Gesuchsteller und Beklagten mitgeteilt, dass die Gesuchstellerin und Klägerin gegen den vorinstanzlichen Entscheid Berufung erhoben habe (Urk. 106). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 ersuchte die Rechtsvertreterin des Beklagten um Ausstellung einer Rechtskraftbescheinigung bezüglich des Scheidungspunkts (Urk. 107). Mit Schreiben vom 15. Oktober 2020 teilte das Gericht der Rechtsvertreterin des Beklagten mit, dass, nachdem im Berufungsverfahren eine Anschlussberufung zulässig sei, eine

Bestätigung darüber, welche Teile des angefochtenen Urteils nicht angefochten und damit rechtskräftig seien, nicht vor Eingang der Berufungsantwort ergehen könne (Urk. 108). In der Folge teilte die Rechtsvertreterin des Beklagten mit Schreiben vom 19. Oktober 2020 mit, dass im Scheidungspunkt keine Anschlussberufung erhoben werde (Urk. 109). Mit Telefonat vom 21. Oktober 2020 teilte die Referentin der Rechtsvertreterin des Beklagten mit, dass die Klägerin die Aufhebung des ganzen vorinstanzlichen Entscheides beantragt habe, weshalb eine Teilrechtskraftbescheinigung des Scheidungspunktes nicht möglich sei (Urk. 110).

2.3. Mit Verfügung vom 4. Februar 2021 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten und zum Gesuch um Prozesskostenbeitrag Stellung zu nehmen (Urk. 112). Die Berufungsantwort datiert vom 11. März 2021 (Urk. 113) und wurde mit Verfügung vom 15. März 2021 samt der Doppel der Beilagen (Urk. 114 und 115/1) der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 116). Mit Eingabe vom 17. März 2021 ersuchte der klägerische Rechtsvertreter um Fristansetzung zur Stellungnahme (Urk. 117). Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 22. März 2021 eine einmalige Frist von 10 Tagen angesetzt, um das unbedingte Replikrecht wahrzunehmen (Urk. 118). Die Stellungnahme der Klägerin zur Berufungsantwort (Urk. 119) samt Beilagen (Urk. 120/1-2) gingen innert der angesetzten Frist ein und wurden mittels Stempelverfügung vom 22. April 2021 der Gegenseite zugestellt. Mit Eingabe vom 2. Juni 2021 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin dem Gericht mit, dass er vom 12. Juni bis 11. Juli 2021 geschäftlich bedingt auslandabwesend sei (Urk. 122). Mit Schreiben vom 8. Juni 2021 teilte die Referentin dem klägerischen Rechtsvertreter mit, dass das Gericht längere Abwesenheiten nicht berücksichtige und er dafür eine Vertretung organisieren müsse (Urk. 123). Mit Eingabe vom 14. Juni 2021 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin u.a. mit, für eine Stellvertretung gesorgt zu haben (Urk. 124). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

2.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Berufungsverfahren

1.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und auch Tatfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei seiner Prüfung weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Par-

teien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H. auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 und BGE 137 III 385 E. 3). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

1.2. Neue Tatsachen und Beweismittel (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 (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

2. Verletzung von Art. 228 ZPO und des rechtlichen Gehörs

2.1. Die Klägerin macht eine Verletzung von Art. 228 ZPO und des rechtlichen Gehörs geltend, nachdem weder eine Hauptverhandlung mit Parteibefragung noch ein Beweisverfahren durchgeführt worden sei. Weder sei der Sachverhalt korrekt eruiert, noch sei das Behauptungsverfahren korrekt abgeschlossen worden. Kurz gesagt, sei mitten im Verfahren ein Endurteil gefällt worden, obwohl die diesbezüglichen Voraussetzungen gefehlt hätten (Urk. 103 S. 18 f.). Das Behaup-

tungsverfahren bestehe grundsätzlich aus einer schriftlichen Klage und der Klageantwort (Art. 121 und 122 ZPO). Erforderten es die Verhältnisse, so könne das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 125 ZPO). Danach habe zwingend eine Hauptverhandlung stattzufinden. Auf die Durchführung der Hauptverhandlung könne nur verzichtet werden, wenn beide Parteien gemeinsam den entsprechenden Antrag stellten (Art. 233 ZPO). Ein solcher Verzicht liege hier nicht vor. Vielmehr habe die Vorinstanz willkürlich verfügt, dass sie keine Hauptverhandlung durchführen werde. Dieser eigenmächtige Entscheid beinhalte klar eine Bundesrechtsverletzung (Urk. 103 S. 19).

Die Hauptverhandlung habe eine dreigliedrige Struktur, weil sie der Bundeszivilprozessordnung und der ZPO Bern nachgebildet worden sei, die in die folgenden Unterabschnitte gegliedert sei: Parteiverhandlung, Beweisverhandlung und Schlussverhandlung. Für die Prozesshandlungen der Parteien und des Gerichts würden die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der vollen Spruchkörperbesetzung gelten. Die Parteien hätten persönlich zu erscheinen (Urk. 103 S. 20). Wie dargetan, habe diese Hauptverhandlung nie stattgefunden. Die Vorinstanz habe das wie folgt begründet: "Nach Erstattung der Duplik wäre nach Art. 228 ZPO zur Hauptverhandlung vorzuladen gewesen. In Anwendung von Art. 5 Covid-19-Verordnung Justiz- und Verfahrensrecht vom 16. April 2020 wurde indes mit Verfügung vom 28. April 2020 auf eine solche verzichtet, das Verfahren schriftlich fortgeführt und der Klägerin Frist zu schriftlichen Stellungnahme zu den Noven angesetzt". Dieser Verzicht sei unstatthaft gewesen.

Diese Begründung sei überdies nicht im Protokoll wiedergegeben gewesen. Keine Partei habe diesen Verzicht als absolut und abschliessend verstehen können. Dass nie mehr eine Hauptverhandlung stattfinden würde, habe aus der Verfügung nicht abgeleitet werden können. Ein solcher definitiver und abschliessender Verzicht wäre im Übrigen nach Art. 5 der Covid-19-Verordnung nur möglich gewesen, wenn die Durchführung auch mit Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen nicht möglich oder unzumutbar gewesen wäre, kumulativ Dringlichkeit bestanden hätte und keine wichtigen Gründe dagegen gesprochen hätten (Urk. 103 S. 21). Dass die diesbezüglichen Voraussetzungen gegeben gewesen seien, sei in der

Verfügung vom 28. April 2020 mit keinem Wort angedeutet gewesen, weshalb die diesbezüglich unbegründete Verfügung das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt habe (Urk. 103 S. 22).

Der Vertreter der Klägerin macht dazu weiter geltend, dass er davon habe ausgehen können und müssen, dass zwar in einem ersten Schritt auf die Hauptverhandlung verzichtet worden sei, um das Behauptungsverfahren schriftlich fortzuführen. Da die Hauptverhandlung aber dreigliedrig sei, habe er nicht damit rechnen dürfen und müssen, dass man nach der schriftlichen Stellungnahme der Klägerin sofort zum Urteilsstadium übergehen würde, was anscheinend im April 2020 bereits beabsichtigt gewesen sei. Das Fallenlassen der Hauptverhandlung habe dazu geführt, dass das Verfahren nicht ordnungsgemäss abgeschlossen worden sei und somit die Sache, wegen Verletzung von Art. 228 ZPO, an die Vorinstanz zurückzuweisen wäre, mit der Weisung, die Hauptverhandlung (dreigliedrig), durchzuführen (Urk. 103 S. 22).

2.2. Der Beklagte lässt in seiner Berufungsantwort ausführen, es sei falsch, dass das angefochtene Urteil mitten im Verfahren ergangen sei. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 28. April 2020 (Urk. 1/89) sei in den Erwägungen darauf verwiesen worden, dass gemäss Art. 228 ZPO zur Hauptverhandlung vorzuladen wäre, gestützt auf Art. 5 Verordnung des Bundesrates vom 16. April 2020 über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SR 272.81; Stand am 20. April 2020 und damit gültige Version am 28. April 2020; fortan COVID-19-VO) indes auf eine solche zu verzichten und das Verfahren schriftlich fortzuführen sei. Art. 5 COVID-19-VO laute (zusammengefasst), dass in Abweichung von Art. 228 ZPO auf die Durchführung einer Verhandlung verzichtet und das Verfahren schriftlich durchgeführt werden könne. Das heisse nichts anderes, als dass das Hauptverfahren schriftlich durchgeführt werde. Und genau dazu sei der anwaltlich vertretenen Klägerin Frist angesetzt worden. Sie wäre somit aufgefordert gewesen, anstelle des ersten mündlichen Vortrags anlässlich der Hauptverhandlung, diesen schriftlich zu erstatten. Die Klägerin habe daraufhin am 14. Juli 2020 eine Klagetripplik einreichen lassen. Eine solche sei jedoch im Zivilprozess nicht vorgesehen und die Anordnung des Ge-

richts sei eindeutig gewesen. Diese Eingabe habe die Vorinstanz somit zu Recht als erste schriftliche Eingabe im Hauptverfahren entgegengenommen. Da bereits zwei Schriftenwechsel durchgeführt worden seien, sei sodann auch die Novenschranke (Art. 229 ZPO) bereits gefallen gewesen. Das hätte auch für eine mündliche Verhandlung Gültigkeit gehabt. Unerheblich sei somit die Bezeichnung der Eingabe durch die Klägerin. Die Klägerin habe in der Eingabe vom 14. Juli 2020 keine echten Noven eingebracht, weshalb der Beklagte nicht mehr zu einer ersten schriftlichen Eingabe im Hauptverfahren aufgefordert werden müssen. Auch er sei mit Noven ausgeschlossen gewesen. Sämtliche Behauptungen und Beweise hätten dem Gericht vorgelegen. Im Übrigen sei die Anordnung der schriftlichen Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren sowohl zulässig als auch sinnvoll gewesen. Die Parteien seien anlässlich der Einigungsverhandlung vom 30. Mai 2018 sowie an einer weiteren Instruktionsverhandlung vom 26. August 2019 bereits persönlich vor Gericht anwesend gewesen. Beide Parteien gehörten zur Covid-19-Risikogruppe und der Rechtsvertreter habe seit Prozessbeginn wiederholt vorbringen lassen, der Gesundheitszustand der Klägerin, ebenso sein eigener, seien stark angegriffen. Unter diesen Umständen wäre ein persönliches Erscheinen vor Gericht unzumutbar gewesen. Angesicht der langen Verfahrensdauer und der Verpflichtung des Gerichts zur beförderlichen Verfahrenserledigung habe aber nicht zugewartet werden können, bis eine mündliche Verhandlung für alle Beteiligten möglich gewesen wäre. Die Parteien seien sodann anwaltlich vertreten gewesen, weshalb das schriftliche Verfahren zumutbar bzw. gar sinnvoll gewesen sei. Überdies sei ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden und es seien umfangreiche Unterlagen eingereicht worden. Sämtliche im Streit liegenden Regelungen unterstünden ferner der Dispositionsmaxime. Ausgenommen sei einzig die Regelung gemäss BVG, wofür keine weitere Parteibefragung notwendig gewesen sei, hätten auch hierzu sämtliche Belege bereits bei den Akten gelegen (Urk. 113 Ziff. 4 S. 5 ff.).

2.3. Vorliegend handelt es sich um ein Scheidungsverfahren. Das Scheidungsverfahren ist eine eigenständige Prozessart; die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) finden jedoch ergänzend Anwendung (KUKO ZPO-van de Graaf, Vor Art. 274-294 N 3). Nach Eingang der Klage, wird der be-

klagten Partei Frist zur Klageantwort angesetzt (Art. 222 ZPO). Wenn es die Verhältnisse erfordern, kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 225 ZPO). Gemäss Art. 228 ZPO ist eine Hauptverhandlung durchzuführen, auf welche die Parteien - soweit es um Güter- und/oder Unterhaltsrecht geht - gemeinsam verzichten können (Art. 233 ZPO, BSK ZPO-Willisegger, Art 233 N 26). In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsel oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven); oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven) (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Nach den Parteivorträgen nimmt das Gericht die Beweise ab (Art. 231 ZPO).

2.4. Die Vorinstanz hat nach einem zweiten Schriftenwechsel mit Verfügung vom 28. April 2020 der Klägerin das Doppel der Duplik zugestellt und ihr Frist zur Stellungnahme zu den Noven in der Duplik angesetzt, wobei sie in den Erwägungen dazu festhielt, dass nach Erstattung der Duplik nach Art. 228 ZPO zur Hauptverhandlung vorzuladen gewesen wäre. Gestützt auf Art. 5 COVID-19-VO sei indes auf eine solche zu verzichten und das Verfahren schriftlich fortzuführen (Urk. 89).

2.4.1. Die Klägerin rügt, dies sei unzulässig gewesen, weil die Voraussetzungen gemäss Art. 5 COVID-19-VO (Durchführung auch mit Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen nicht möglich oder unzumutbar, kumulativ Dringlichkeit und keine wichtige Gründe, die dagegen sprechen) nicht gegeben gewesen seien und zudem in der Verfügung der Vorinstanz mit keinem Wort begründet worden seien. Die Klägerin habe davon ausgehen können und müssen, dass zwar in einem ersten Schritt auf die Hauptverhandlung verzichtet worden sei, um das Behauptungsverfahren schriftlich fortzusetzen. Da die Hauptverhandlung aber dreigliedrig sei, habe sie nicht damit rechnen dürfen und müssen, dass man nach der schriftlichen Stellungnahme der Klägerin sofort zum Urteilsstadium übergehen werde (Urk. 103 S. 22).

2.4.2. Der Beklagte lässt dazu ausführen, dass der anwaltlich vertretenen Klägerin Frist angesetzt worden sei, anstelle des ersten mündlichen Vortrags anlässlich der Hauptverhandlung, diesen schriftlich zu erstatten. Die Klägerin habe daraufhin am 14. Juli 2020 eine Klage triplik eingereicht. Eine solche sei jedoch im Zivilprozess nicht vorgesehen und die Anordnung des Gericht sei eindeutig gewesen. Diese Eingabe habe die Vorinstanz somit zu Recht als erste schriftliche Eingabe im Hauptverfahren entgegengenommen (Urk. 113 S 6).

2.4.3. Soweit die Beklagte mit ihren diesbezüglichen Ausführungen geltend machen wollte, dass die Rügen der Klägerin verspätet seien, muss festgehalten werden, dass die vorinstanzliche Verfügung als prozessleitende Verfügung nicht sofort angefochten werden musste. Prozessleitende Verfügungen können mit dem Endentscheid angefochten werden (BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N 5a).

2.5. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz das Verfahren unter Hinweis auf Art. 5 COVID-19-VO schriftlich fortsetzen durfte.

2.5.1. Gemäss Art. 5 COVID-19-VO kann das Gericht in Abweichung von den Artikeln 228, 232, 233, 245 und 273 ZPO auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und das Verfahren schriftlich durchführen, wenn die Durchführung einer Verhandlung auch mit Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen nicht möglich oder unzumutbar ist, Dringlichkeit besteht und keine wichtigen Gründe dagegen sprechen.

2.5.2. Wie die Klägerin zutreffend rügt, hat die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 28. April 2020 nicht begründet, weshalb sie der Ansicht ist, dass die Voraussetzungen von Art. 5 COVID-19-VO erfüllt sind. Die diesbezüglichen Beweggründe der Vorinstanz müssen daher offen bleiben. Zu prüfen ist jedoch, ob die in Art. 5 COVID-19-VO genannten Voraussetzungen, welche kumulativ gegeben sein müssen (vgl. dazu ..., Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, in: Jusletter 4. Mai 2020, S. 18), im Zeitpunkt der entsprechenden Anordnung der Vorinstanz erfüllt waren.

2.5.3. Weder aus den Akten noch aus den Parteivorbringen geht hervor, dass eine Video- oder Telefonkonferenz nicht möglich oder unzumutbar gewesen wäre.

2.5.4. In Bezug auf die Dringlichkeit lässt der Beklagte ausführen, dass angesichts der langen Verfahrensdauer und der Verpflichtung des Gerichts zur beförderlichen Verfahrenserledigung nicht habe zugewartet werden können, bis eine mündliche Verhandlung für alle Beteiligten möglich gewesen wäre. Die Parteien seien anwaltlich vertreten gewesen, weshalb das schriftliche Verfahren zumutbar bzw. gar sinnvoll gewesen sei (Urk. 113 S. 6).

2.5.5. Das vorliegende Verfahren ist seit dem 20. Dezember 2017 hängig, wobei die Vorinstanz das Verfahren beförderlich geführt hat. Es geht dabei um den nahehelichen Unterhalt und das Güterrecht und nicht etwa um dringende Kinderbelange, die zu regeln wären. Eine besondere Dringlichkeit hat demnach nicht bestanden.

2.5.6. Der Beklagte lässt weiter ausführen, dass beide Parteien zur Covid-19-Risikogruppe gehörten und auch der Rechtsvertreter der Klägerin wiederholt vorgebracht habe, dass sowohl der Gesundheitszustand der Klägerin als auch sein eigener stark angegriffen sei, weshalb die Anordnung der schriftlichen Hauptverhandlung sowohl zulässig als auch sinnvoll gewesen sei (Urk. 113 S. 6).

2.5.7. In den Akten finden sich zwar diverse Hinweise, dass die Gesundheit der Klägerin angeschlagen ist (vgl. Urk. 37 S. 3 Ziff. 7, Urk. 91 S. 3), doch konnte sie immerhin an der Anhörung vom 30. Mai 2018 (Prot. I S. 3 ff.) und der Instruktionsverhandlung vom 26. August 2019 (Prot. I S. 12 f.) teilnehmen. Der Rechtsvertreter der Klägerin hat in seinem Fristerstreckungsgesuch vom 3. Dezember 2018 darauf hingewiesen, dass er in den Jahren 2015 und 2016 grosse gesundheitliche Probleme gehabt habe und mehrmals operiert worden sei, er sich in der Zwischenzeit recht gut erholt habe, aber er sich eigentlich etwas schonen sollte (Urk. 54 S. 2). Akute gesundheitliche Probleme der Parteien oder deren Rechtsvertreter ergeben sich aufgrund der Akten, auch für das hier relevante erste Halbjahr 2020, nicht. Zwar ist zutreffend, dass Personen ab ca. 65 Jahren bei Covid-19 zu den besonders gefährdeten Personen zählen, doch hätte die Vorinstanz die Parteien

entsprechend anfragen müssen, ob allenfalls vor diesem Hintergrund ein Verzicht auf die Hauptverhandlung angezeigt wäre, was unterblieben ist.

2.6. Es kann somit festgehalten werden, dass die kumulativen Voraussetzungen von Art. 5 COVID-19-VO nicht erfüllt waren und die Vorinstanz das schriftliche Verfahren nicht hätte anordnen dürfen.

2.7. Unerheblich ist in diesen Zusammenhang, ob die Anordnung des schriftlichen Verfahrens, wie vom Beklagten geltend gemacht (Urk. 113 S. 6), sinnvoll war.

2.8. Der Beklagte macht unter Hinweis auf seine Ausführungen zum Gesundheitszustand der Klägerin und deren Rechtsvertreter und zur Zugehörigkeit der Parteien zur Risikogruppe geltend, dass das persönliche Erscheinen vor Gericht unzumutbar gewesen sei (Urk. 113 S. 6).

2.8.1. Die behauptete Unzumutbarkeit aus gesundheitlichen Gründen ist kein Grund, keine Hauptverhandlung abzuhalten, ausser es läge eine Verhandlungsunfähigkeit vor, die lange dauert. Bei längerer Krankheit kann eine Partei vom persönlichen Erscheinen dispensiert werden. Ein Vertreter hätte in einem solchen Fall für seine Stellvertretung zu sorgen.

2.8.2. Anzuführen ist, dass seit der Wiederaufnahme des Verhandlungsbetriebes an den Gerichten diese zudem über ein umfangreiches Schutzkonzept verfügen, welches die Vorgaben von EDI (Eidgenössisches Departement des Innern) und WBF (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung) erfüllen. Dies hätte es erlaubt, in einem sicheren Rahmen Präsenzverhandlungen am Gericht durchzuführen.

2.9. Da weder die kumulativen Voraussetzungen von Art. 5 COVID-19-VO erfüllt waren noch ein Verzicht der Parteien auf die Hauptverhandlung vorlag, hätte eine solche zwingend stattfinden müssen.

2.10. Das vorinstanzliche Verfahren wurde somit nicht vollständig durchgeführt, wobei es unerheblich ist, ob, wie vom Beklagten geltend gemacht (Urk. 113 S. 6),

bereits die Novenschranke gefallen war. Bei der Nichtdurchführung der Hauptverhandlung handelt es sich um einen schwerwiegenden Verfahrensmangel. Ohne Durchführung eines vollständigen Hauptverfahrens war die Vorinstanz nicht in der Lage, die Streitsache zu beurteilen und insbesondere die Frage zu prüfen, ob Beweise abzunehmen seien. Es ist sodann auch nicht auszuschliessen, dass die Klägerin noch beachtliche tatsächliche Bestreitungen, Einreden oder rechtliche Bedenken hätte vorbringen können. Auch eine Klageänderung gemäss Art. 230 ZPO wäre noch möglich gewesen.

2.11. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz eine Hauptverhandlung gemäss Art. 228 ff. ZPO hätte durchführen müssen. Indem sie auf eine solche verzichtete und stattdessen das Verfahren schriftlich fortsetzte, hat sie das Recht unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO). Die Berufung ist deshalb gutzuheissen und die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. Juli 2020 sind aufzuheben.

2.12. Der schwere Verfahrensmangel kann im Berufungsverfahren nicht geheilt werden, da die Berufungsinstanz keine erstinstanzliche Hauptverhandlung durchführen kann und den Parteien kein uneingeschränktes Novenrecht zusteht (Art. 317 ZPO). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO), welche eine Hauptverhandlung durchzuführen haben wird. Sodann wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob bezüglich der Nebenfolgen der Scheidung ein Beweisverfahren durchzuführen ist, bevor sie neu entscheidet.

Damit erübrigt es sich, auf die weiteren in der Berufung erhobenen Rügen und Anträge einzugehen.

3. Gesuch der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren

3.1. Die Klägerin beantragt, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenbeitrag von mindestens Fr. 25'000.- zu bezahlen. Eventualiter beantragt sie, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung

zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren beizugeben (Urk. 103 S. 4).

3.2. Der Beklagte lässt die Abweisung des Gesuchs um Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags beantragen (Urk. 113 S. 2).

3.3. Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint (lit. b).

3.4. Zu ihrer finanziellen Situation lässt die Klägerin ausführen, dass sie zwar ein Einfamilienhaus besitze. Diese Liegenschaft könne sie nicht ohne weiteres verkaufen, weil sie dann auf der Strasse stehen würde und sie nicht wisse, wie hoch der effektive Verkaufserlös sein werde. Zudem wäre die Handänderungssteuer zu bezahlen, gleich wie die Grundstückgewinnsteuer und ebenfalls, je nach Ausgang der Berufung, eine Entschädigung für den Beklagten, sodass unter dem Strich gesehen, nicht viel übrigbleiben würde. Die Klägerin müsse auch damit rechnen, dass die derzeitige Coronakrise die Liegenschaftspreise unter Druck gesetzt habe. Obwohl die Klägerin Alleineigentümerin einer Liegenschaft sei, sei sie also trotzdem völlig illiquid. Der Markt sei schlecht, ihre Gesundheit sei angeschlagen und ein adäquater Liegenschaftsverkauf müsse gut vorbereitet werden. Das Vermögen, das in der Liegenschaft ruhe, sei unter keinem Titel liquid und könne auch mittelfristig sicher nicht liquid gemacht werden, um die Berufung zu finanzieren (Urk. 103 S. 12 Ziff. 4). In der Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 19. April 2021 hält die Klägerin unter Hinweis auf ein Schreiben der E. _____ Bank vom 12. April 2021 (Urk. 120/1) daran fest, dass die Liegenschaft nicht weiter belehnt werden könne. Auch verweist sie auf das aktuelle Arzteugnis von Dr. med. F. _____ vom 2. April 2021, wonach die Klägerin aufgrund von Krankheit bis auf weiteres nicht einsatzfähig sei (Urk. 120/2), weshalb die Klägerin nicht in der Lage sei, die Liegenschaft zu verkaufen (Urk. 119 S. 3).

3.5. Die Klägerin ist somit anerkanntermassen nicht mittellos. Gemäss ihren Ausführungen und dem eingereichten Schreiben der E. _____ Bank (Urk. 120/1) kann die Liegenschaft zwar nicht weiter belehnt werden, aber ihrer Begründung, weshalb die Liegenschaft nicht verkauft werden kann, kann nicht gefolgt werden. Wegen möglichen Schwierigkeiten bei einem Verkauf kann nicht von einem nicht vorhandenen oder verfügbaren Vermögenswert gesprochen werden. Soweit die Klägerin unter Hinweis auf das aktuelle Arzteugnis (Urk. 120/2) geltend macht, dass sie aufgrund ihrer gesundheitlichen Schwierigkeiten nicht in der Lage sei, die Liegenschaft zu verkaufen, kann darauf hingewiesen werden, dass für die Abwicklung eines Liegenschaftsverkaufes ohne weiteres Fachpersonen beigezogen und/oder beauftragt werden können. Anzeichen dafür, dass die Immobilienpreise wegen COVID-19 sinken würden, bestehen derzeit nicht.

3.6. Die Klägerin ist demnach nicht als mittellos anzusehen, weshalb ihre Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen sind.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 GebV OG ist eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.- festzusetzen.
2. Der Entscheid über die Kostentragung und eine allfällige Parteientschädigung ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 25'000.- für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. Juli 2020 werden aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.- festgesetzt.
5. Die Verteilung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von Urk. 122-124, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:

la