

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LC250034-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Stamm

Beschluss vom 11. Mai 2026

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster
vom 13. August 2024 (FE220092-I)**

Rechtsbegehren der Klägerin:

(Urk. 97 und 133)

- "1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009, und D._____, geb. tt.mm.2011, unter der alleinigen elterlichen Sorge der Klägerin zu belassen.
3. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009, und D._____, geb. tt.mm.2011, unter der alleinigen Obhut der Klägerin zu belassen.
4. Es sei dem Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
5. Es sei die Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB gemäss der Verfügung vom 3. August 2023 weiterzuführen.
6. Der Beklagte sei zu verpflichten, angemessene Barunterhaltsbeiträge für die beiden Kinder zu bezahlen, sofern er leistungsfähig ist.
7. Die Erziehungsgutschrift für die Berechnung der AHV/IV-Renten seien vollumfänglich der Klägerin anzurechnen.
8. Es sei kein nachehelicher Unterhalt zuzusprechen.
9. Die Unterhaltsbeiträge seien gerichtsüblich zu indexieren.
10. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich auseinander-gesetzt sind.
11. Vom Ausgleich allfälliger Guthaben aus beruflicher Vorsorge sei abzusehen.
12. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzli-che Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten."

Rechtsbegehren des Beklagten:

(Urk. 125 und 145)

- "1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu schei-den.
2. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009, und D._____, geb. tt.mm.2011, unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien zu stellen.
3. Es seien die Kinder C._____ und D._____ unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen.
4. Es sei festzuhalten, dass die Kinder in den Wochen der geraden Kalenderwochen von der Klägerin und in den Wochen der unge-raden Kalenderwochen vom Beklagten betreut werden.

Es seien die Parteien zu verpflichten, die Ferien jeweils drei Monate im Voraus abzusprechen. Für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt, sei der Klägerin in den Jahren mit gerader Jahreszahl und dem Beklagten in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht zuzusprechen.

Eventualiter, für den Fall, dass die Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt werden, sei der Beklagte für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder während mindestens acht Wochen pro Jahr während den Schulferien zu sich auf Besuch zu nehmen.

5. Es sei die Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB gemäss der Verfügung vom 3. August 2023 weiterzuführen.
6. Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatliche, auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - je mindestens Fr. 1'160.– (davon Fr. 344.– Betreuungsunterhalt) ab Rechtskraft des Scheidungsurteils während 12 Monaten;
 - danach je mindestens Fr. 816.– bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung, auch über die Mündigkeit hinaus.
7. Es seien die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Antrag Ziff. 6 gerichtsüblich zu indexieren.
8. Es seien die Erziehungsgutschriften der AHV/IV-Renten den Parteien je zur Hälfte anzurechnen.
9. Es sei festzustellen, dass sie die Parteien gegenseitig keinen nachehelichen Unterhalt schulden.
10. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich bereits vollständig auseinandergesetzt sind.
11. Es sei auf einen Ausgleich der Guthaben aus beruflicher Vorsorge zu verzichten.
12. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, zulasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 13. August 2024:

(Urk. 171 S. 45f. = Urk. 174 S. 45f.)

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.

2. Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2011, werden unter der alleinigen elterlichen Sorge der Klägerin belassen.

Die Klägerin ist verpflichtet, den Beklagten regelmässig über besondere Ereignisse im Leben der Kinder zu benachrichtigen und ihn vor wichtigen Entscheidungen über die Lebensgestaltung der Kinder (z.B. Schul- und Berufswahl, medizinische Eingriffe von einiger Tragweite) anzuhören. Über einen Aufenthaltswechsel der Kinder hat sie ihn frühzeitig zu informieren.

Die Parteien sind hinzuweisen auf das Recht des Beklagten, sich bei Personen zu erkundigen, welche mit der Pflege, Erziehung, Ausbildung oder Behandlung der Kinder betraut sind.

3. Der Klägerin wird die alleinige Obhut über die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2011, zugeteilt.
4. Die Parteien und die Kinder einigen sich im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruchs der Kinder und des Beklagten auf angemessenen persönlichen Verkehr.

Falls eine Einigung nicht zustande kommt, wird der Beklagte für berechtigt erklärt, die Kinder zwei Mal pro Jahr für 3–5 Tage während den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Das Ferienbesuchsrecht ist mindestens drei Monate im Voraus unter den Parteien schriftlich abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt der Klägerin in den Jahren mit gerader Jahreszahl und dem Beklagten in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu. In jedem Fall haben die Parteien die Wünsche der Kinder zu berücksichtigen.

Sollte der Beklagte in die Schweiz zu Besuch kommen, sprechen sich die Eltern frühzeitig über eine Besuchsmöglichkeit ab.

Eine Erweiterung des Ferienbesuchsrechts bleibt vorbehalten, sofern sich die Eltern einig sind und diese dem Wohl der Kinder entspricht.

5. Die mit Verfügung des hiesigen Gerichts vom 3. August 2023 angeordnete und mit Entscheiden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf vom 28. Juni 2022 errichtete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2011, wird unverändert weitergeführt. Die Aufgaben der genannten Beistandsperson werden unverändert belassen.
6. Die mit Verfügung des hiesigen Gerichts vom 3. August 2023 erteilten Weisungen an die Klägerin gelten unverändert weiter. Der Klägerin bleiben gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB – sowie unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) – die Weisungen erteilt,
 - die von den medizinischen, schulischen und schulexternen Fachpersonen empfohlenen Unterstützungsmassnahmen umzusetzen;
 - mit der von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf bezeichneten Beistandsperson zusammenzuarbeiten.
7. Es wird festgestellt, dass der Beklagte mangels Leistungsfähigkeit einstweilen nicht in der Lage ist, Kinderunterhaltsbeiträge zu leisten.
8. Es wird gestützt auf die nachfolgenden Grundlagen der Unterhaltsberechnung festgestellt, dass der gebührende Unterhalt der Kinder nicht gedeckt ist:
 - Einkommen Klägerin: Fr. 6'479.–
 - Einkommen Beklagter: nicht bestimmbar
 - Vermögen Klägerin: Fr. 0.–
 - Vermögen Beklagter: Fr. 0.–
 - Manko Barbedarf C._____: Fr. 1'064.–
 - Manko Barbedarf D._____: Fr. 1'011.–
9. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV/IV-Renten werden allein der Klägerin angerechnet. Es ist Sache der Parteien, die betroffenen Ausgleichskassen zu informieren.

10. Es wird kein nachehelicher Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB zugesprochen.
11. Von einem Ausgleich der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge (Vorsorgeausgleich) wird infolge Geringfügigkeit abgesehen.
12. Die Parteien werden in güterrechtlicher Hinsicht als vollständig auseinandergesetzt erklärt. Jede Partei behält zu Eigentum, was sie gegenwärtig besitzt und was auf ihren Namen lautet, und hat allfällig auf ihren Namen lautende Schulden allein zu tragen.
13. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 6'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 480.– Dolmetscher.
14. Die Entscheidgebühr sowie die weiteren Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Zuzugabe der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege werden die ihnen auferlegten Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht von Art. 123 ZPO hingewiesen.
15. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
16. (Mitteilungssatz)
17. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 173 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung, Durchführung des Beweisverfahrens und Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter:

- 2.1. Es sei Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009, und D._____, geb. tt.mm.2011, unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien zu stellen.
- 2.2. Es sei Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und es seien die Kinder C._____ und D._____ unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen.
- 2.3. Es sei Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und es sei festzuhalten, dass die Kinder in den Wochen der geraden Kalenderwochen von der Klägerin und in den Wochen der ungeraden Kalenderwochen vom Beklagten betreut werden.

Es seien die Parteien zu verpflichten, die Ferien jeweils drei Monate im Voraus abzusprechen. Für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt, sei der Klägerin in den Jahren mit gerader Jahreszahl und dem Beklagten in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht zuzusprechen.

Eventualiter, für den Fall, dass die Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt werden, sei der Beklagte für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder während mindestens acht Wochen pro Jahr während den Schulferien zu sich auf Besuch zu nehmen.

- 2.4. Es sei die Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatliche, auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - je mindestens CHF 1'160 (davon CHF 344 Betreuungsunterhalt) ab Rechtskraft des Scheidungsurteils während 12 Monaten;
 - danach je mindestens CHF 816 bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung, auch über die Mündigkeit hinaus.
- 2.5. Es seien die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Antrag Ziff. 4 gerichtlich zu indexieren.
- 2.6. Es sei Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils Uster vom 13. August 2024 aufzuheben und es seien die Erziehungsgutschriften der AHV/IV-Renten den Parteien je zur Hälfte anzurechnen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu lasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 178 S. 3):

- "1. Es sei die Berufung bezüglich des Hauptantrags (Ziffer 1) vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 13. August 2024 sei nicht aufzuheben und das Verfahren sei nicht an die Vorinstanz zwecks Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung, eines Beweisverfahrens und Vervollständigung des Sachverhalts zurückzuweisen.
2. Der prozessuale Antrag des Berufungsklägers und Beklagten gemäss Ziffer 2 sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers und Beklagten."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 2006 in E.____ (Urk. 3). Aus ihrer Ehe gingen die beiden gemeinsamen Kinder C.____, geboren am tt.mm.2009, und D.____, geboren am tt.mm.2011, hervor (Urk. 3). Nach mehreren Eheschutzverfahren und der schliesslich definitiven Trennung der Parteien im Jahr 2018 (Prot. Vi. S. 10, vgl. auch Urk. 97 Rz. 4 und Urk. 125 Rz. 9) reiste der Beklagte aus der Schweiz aus und hält sich seitdem gemäss seinen Angaben ohne gültigen Aufenthaltstitel in F.____ (Spanien) auf (vgl. Prot. Vi. S. 8 f.). Eine Einreise in die Schweiz wäre für ihn nur mit Visum möglich. Die Klägerin und die gemeinsamen Kinder blieben in der Schweiz wohnhaft.

Mit Eingabe vom 20. April 2022 reichte die Klägerin vor Vorinstanz die Scheidungsklage ein (Urk. 1). Da der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) das benötigte Visum für die Einreise in die Schweiz nicht erhältlich machen konnte, führte die Vorinstanz am 24. Oktober 2022 die Einigungs- und Instruktionsverhandlung per Videotelefonie durch (Urk. 47, 64-65, Prot. Vi S. 5ff.). Weder anlässlich dieser Verhandlung noch in anschliessenden aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen, noch mit einem unpräjudiziellen Vergleichsvorschlag seitens des Gerichtes (Urk. 67) konnte zwischen den Parteien eine Vereinbarung gefunden werden, weshalb das Verfahren in der Folge schriftlich weitergeführt wurde. Die Kinder wurden am 6. Dezember 2022 vom Gericht angehört (Urk. 73

und Prot. Vi. S. 17ff.). Am 3. August 2023 erging eine Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 129), welche unangefochten in Rechtskraft erwuchs.

Nach zweimaligem Schriftenwechsel und mehreren Novenstellungnahmen teilte das Gericht den Parteien mit Schreiben vom 14. Juli 2024 mit, dass das Verfahren spruchreif sei und in das Stadium der Urteilsberatung trete (Urk. 164). Das vorinstanzliche Urteil erging am 13. August 2024 (Urk. 174). Der weitere erstinstanzliche Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden.

2. Das begründete Urteil wurde den Parteien am 15. bzw. 16. September 2025 zugestellt. Der Beklagte erhob am 15. Oktober 2025 fristgerecht Berufung mit eingangs zitierten Begehren (Urk. 173 S. 3). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

Mit Verfügung vom 27. November 2025 (Urk. 176) wurde der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Klägerin) Frist für die Berufungsantwort angesetzt. Diese erging innert Frist am 15. Januar 2026 (Urk. 178; Urk. 180/1-29). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Der Beklagte verlangt mit seiner Berufung die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache zur weiteren Beurteilung an die Vorinstanz (Urk. 173). Eventualiter stellt er mehrere materielle Anträge betreffend Änderung des Scheidungsurteils.

2. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Anfechtungsobjekt der Berufung ist ein erstinstanzlicher Entscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO der nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1, Art. 142f. und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO sowie Urk. 173 und Urk. 172) und der Beklagte ist zu deren Erhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ist auf die

Berufung einzutreten. Der zweitinstanzliche Entscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechtsstreits vorliegt. Sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Berufungsbegründung umrissen.

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen (Art. 310 ZPO). 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 bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 I 93 E. 8.2). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

Weiter ist zu beachten, dass das vorliegende (ordentliche) Verfahren mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts grundsätzlich der Verhandlungsmaxime unterliegt (Art. 55 ZPO). Es ist demnach grundsätzlich Sache der Parteien, dem Gericht das für die Rechtsanwendung relevante Tatsachenfundament zu präsentieren, d.h. den entscheidungswesentlichen Sachverhalt zu behaupten und die Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen anzugeben. Das Gericht darf seinem Entscheid nur behauptete (und unbestritten gebliebene oder bewiesene) Tatsachen zugrunde legen. Unbestrittene Tatsachen(-behauptungen) hat es (unter dem Vorbehalt von Art. 153 Abs. 2 ZPO) als erstellt zu betrachten. Soweit

das vorliegenden Verfahren Kinderbelange betrifft, gelangen indessen die uneingeschränkte Untersuchungs- und die Officialmaxime zur Anwendung (Art. 58 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Das Sammeln des Prozessstoffes bleibt jedoch auch bezüglich der Kinderbelange in erster Linie Sache der Parteien, welche nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet sind, da sie den Prozessstoff am besten kennen (BGer 5A_219/2014 vom 26. Juni 2014 E. 4.2.2; BGer 5A_394/2008 vom 2. März 2009 E. 2.2). Die Geltung der Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien also weder von ihrer Mitwirkungs-pflicht noch von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast (BGE 140 III 485 E. 3.3; BGE 128 III 411 E. 3.2.1; BGer 5A_70/2013 vom 11. Juni 2013 E. 4.3). Dies gilt verstärkt bei anwaltlicher Vertretung der Parteien (OGer ZH LE190027 vom 18. Dezember 2019 E. B.3, m.w.H.).

III. Materielles

1.1 Der Beklagte rügt mit seiner Berufung, dass die Vorinstanz keine Hauptverhandlung durchgeführt und damit sein Recht auf persönliche Teilnahme und das Recht auf Beweis gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO sowie Art. 155 ZPO, Art. 228ff. ZPO und Art. 297 Abs. 1 ZPO verletzt habe. Die Durchführung der Hauptverhandlung in eherechtlichen Verfahren und das persönliche Anhörungsrecht stelle ein Obligatorium dar, welches in Art. 6 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV verankert sei (Urk. 173 Rz. 8ff.). Weiter habe die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen sein Recht auf Beweis, welches ebenfalls einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle, verletzt (Urk. 173 Rz. 10). Es sei ihm formell bis heute keine einzige Frage gestellt worden. Er habe in seiner Klageantwort und Duplik seine persönliche Befragung als Beweismittel offeriert und ein Erziehungsfähigkeitsgutachten der Klägerin beantragt (Urk. 173 Rz. 12).

Die Vorinstanz begründe in ihrem Entscheid mit keinem Wort, wieso sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet hat. Im Gegenteil habe sie die

Parteien nicht einmal darüber in Kenntnis gesetzt, dass keine Hauptverhandlung erfolge und auch keine Möglichkeit gegeben, einen (schriftlichen) Schlussvortrag einzureichen. All dies stelle eine Verletzung elementarster Verfahrensrechte und des rechtlichen Gehörs dar (Urk. 173 Rz. 11).

1.2 Die Klägerin führt mit ihrer Berufungsantwort aus, es sei wohl zutreffend, dass die Vorinstanz von einer Hauptverhandlung und einem Beweisverfahren abgesehen habe. Die Vorinstanz habe indessen den Parteien mit Schreiben vom 14. Juni 2024 mitgeteilt, dass das Verfahren spruchreif sei und ins Stadium der Urteilsberatung eintrete (Urk. 164). Dies, nachdem eine Eingabe der Klägerin vom Beklagten unbeantwortet geblieben sei. Trotz Kenntnis des Schreibens der Vorinstanz habe der Beklagte weder gegen den Verzicht auf eine Hauptverhandlung, noch auf das Beweisverfahren opponiert oder in irgendeiner Form mit der Vorinstanz Kontakt aufgenommen. Auch wenn er gegen das Schreiben vom 14. Juni 2024 kein formelles Rechtsmittel habe ergreifen können, wäre es doch an ihm gewesen, dem Gericht mitzuteilen, dass er in dessen Vorgehen eine Verletzung seiner Verfahrensrechte sieht. Das Gericht hätte dann auf seinen Entscheid betreffend Spruchreife zurückkommen können. Der Beklagte habe sich aber bis zum Urteilsdatum, mithin während eineinviertel Jahren, nicht beim Gericht gemeldet. Aufgrund des Schweigens des Beklagten habe die Vorinstanz in guten Treuen von dessen Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung ausgehen können. Aufgrund dieses Verzichtes liege weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, noch auf persönliche Teilnahme an Verhandlungen oder des Rechts auf Beweis vor (vgl. zum Ganzen Urk. 178 Rz. 10).

Weiter habe es der Beklagte mit seiner Berufung unterlassen, auszuführen, was er im Rahmen einer persönlichen Befragung zusätzlich zu den Ausführungen seines Rechtsvertreters in dessen schriftlichen Eingaben noch hätte vorbringen wollen. Auch erkläre er nicht im Geringsten, was eine Hauptverhandlung mit persönlicher Befragung sowie die Durchführung eines Beweisverfahrens hätte bringen sollen (Urk. 178 Rz. 11). Es habe bereits eine viereinhalbstündige Einigungsverhandlung via Skype stattgefunden, an welcher sich die Parteien zum Scheidungsgrund, den Kinderbelangen und den Scheidungsfolgen hätten äussern können

und das Gericht sich einen persönlichen Eindruck habe verschaffen können. Es liege daher weder eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, noch des rechtlichen Gehörs noch von Art. 297 ZPO vor (Urk. 178 Rz. 12). Aufgrund der Vorbringen der Parteien sowohl in der Einigungsverhandlung als auch in ihren schriftlichen Eingaben, hätte das Gericht auch unter Berücksichtigung des Kindeswohls über eine ausreichende Grundlage verfügt, um einen sachgerechten Entscheid fällen zu können. Die Abnahme weiterer angebotener Beweismittel sei daher nicht mehr notwendig gewesen. Auch daher liege somit auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine Verletzung des Rechtes auf Beweis vor (Urk. 178 Rz. 13).

Die Aufhebung eines vorinstanzlichen Entscheides sollte aus ihrer Sicht den Ausnahmefall darstellen und nur erfolgen, wenn der Sachverhalt von der Vorinstanz massgeblich zu vervollständigen wäre. Der Beklagte unterlasse es indessen auszuführen, in welchen Punkten der Sachverhalt zu vervollständigen wäre. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren habe der Beklagte durch sein Verhalten klar gemacht, dass es ihm hauptsächlich darum gegangen sei und gehe, die Scheidung hinauszuzögern, um eine Möglichkeit zu finden, an eine Aufenthaltsgenehmigung in der Schweiz zu kommen. Seit seiner Ausweisung im Jahre 2018 habe er kaum Interesse an seinen Kindern gezeigt, was sich auch im Scheidungsverfahren nicht geändert habe. So habe er weder mit dem Beistand der Kinder Kontakt aufgenommen, noch habe er am von ihr organisierten Schulgespräch teilgenommen. Der Wunsch, sich um seine Kinder kümmern zu wollen und elterliche Verantwortung wahrzunehmen, stehe somit offensichtlich nicht im Vordergrund. Das Verhalten des Beklagten sei widersprüchlich und verdiene gestützt auf Art. 2 ZGB keinen Schutz (Urk. 178 Rz. 15f.). Insgesamt stelle sich die Frage, ob sein Verhalten allenfalls gar rechtsmissbräuchlich sei (Urk. 178 Rz. 16).

2. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung kann das Gericht nicht von sich aus von einer Hauptverhandlung absehen, weil es diese als unnötig erachtet. Die Initiative für den Verzicht kann wohl vom Gericht ausgehen und es ist zulässig, dass aufgrund des Verhaltens der Parteien auf einen konkludenten Verzicht auf Hauptverhandlung geschlossen wird. Eine mündliche Verhandlung dient indessen der Wahrung von grundrechtlichen Ansprüchen, weshalb nicht leichthin

von einer konkludenten Willensäusserung ausgegangen werden darf. Ein Verzicht auf eine mündliche Verhandlung ist daher insgesamt nicht leichthin anzunehmen (vgl. BGE 140 III 450 E. 3.2.; DIKE-Komm ZPO-Pahud, Art. 233 N 9; BSK ZPO-Willisegger, Art. 233 N9ff.). Gerade bei familienrechtlichen Verfahren wie dem vorliegenden, in welchem auch Kinderbelange zu regeln sind und damit die strenge Untersuchungsmaxime gilt, ist die Wahrung des rechtlichen Gehörs unabdingbar. Ein Verzicht auf eine Hauptverhandlung seitens der Parteien ist daher nur in Ausnahmefällen, wenn überhaupt, möglich (KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 233 N 6 mit Verweis auf Botschaft 7342; BSK ZPO-Willisegger, Art. 233 N 14).

Vorliegend ist den vorinstanzlichen Akten kein Verzicht der Parteien gemäss Art. 233 ZPO oder irgendwelche Bemühungen der Vorinstanz in Bezug auf einen solchen Verzicht zu entnehmen, was auch von der Klägerin bestätigt wird (Urk. 178 Rz. 10). Das Gericht hat den Parteien lediglich in einem Schreiben angezeigt, dass das Verfahren nun spruchreif sei und in die Phase der Urteilsberatung eintrete (Urk. 164). Der Brief des Gerichtes enthält keine Aufforderung an die Parteien (allenfalls bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) anzuzeigen, dass die Durchführung einer Hauptverhandlung gewünscht werde, ansonsten von einem Verzicht auf eine solche ausgegangen werde.

Die Vorinstanz hält in ihrem Entscheid sodann weder fest, dass sie von einem impliziten Verzicht der Parteien ausgegangen sei, noch erwähnt sie allgemein, wieso sie auf eine mündliche Hauptverhandlung verzichtet hat (Urk. 174). Vorliegend war es (wohl aufgrund der Auslandabwesenheit des Beklagten) in einem verhältnismässig aufwendigen Verfahren inklusive einem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur zu einer mündlichen Verhandlung – welche via Skype durchgeführt worden war – gekommen - dies anlässlich der Einigungs-/Instruktionsverhandlung und mithin fast drei Jahre vor Erlass des Urteils. Die Parteien haben zwei minderjährige Kinder, welche nach der Einigungsverhandlung vom Gericht angehört wurden. Wohl erhielten die Parteien via ihrer Rechtsanwälte die Möglichkeit, sich zum ganzen Prozessstoff schriftlich zu äussern, eine abschliessende persönliche mündliche Stellungnahme der Parteien fand jedoch nicht statt.

Der Klägerin ist insofern zuzustimmen, als der Beklagte sich nicht auf das Schreiben der Vorinstanz, mit welchem der Eintritt in die Beratungsphase angezeigt worden war, gemeldet und auf eine Hauptverhandlung bestanden hat. Es liegt indessen auch nicht an den Parteien, proaktiv eine Hauptverhandlung zu verlangen. Vielmehr ist es Aufgabe des Gerichtes, die Parteien zur Abgabe eines Verzichtes auf eine solche Verhandlung aufzufordern, falls es zum Schluss kommt, dass eine solche nicht notwendig erscheint. Es sind jedoch auch in diesem Fall grundsätzlich die Parteien, die entscheiden, auf eine Hauptverhandlung verzichten zu wollen. Das Schreiben des Gerichtes vom 14. Juni 2024 enthält sodann auch keine Aufforderung, bis zu einem gewissen Zeitpunkt einen Verzicht auf Durchführung der Hauptverhandlung abzugeben (Urk. 164). Selbst wenn sich der Beklagte sodann in den Kinderbelangen derart passiv verhalten haben sollte, wie dies die Klägerin vorbringt, kann auch daraus nicht konkludent auf ein Einverständnis zur Beendigung des Verfahrens ohne Durchführung einer Hauptverhandlung geschlossen werden. Wie bereits erwähnt, erscheint es grundsätzlich fraglich, ob bei Kinderbelangen, in welchen die strenge Untersuchungsmaxime gilt, überhaupt auf eine Hauptverhandlung verzichtet werden kann (vgl. den ersten Absatz von E. III. 2).

3. Zusammengefasst hätte die Vorinstanz daher vor Erlass des angefochtenen Entscheides eine Hauptverhandlung gemäss Art. 228ff. ZPO durchführen müssen. Indem sie auf eine solche verzichtete, hat sie das Recht unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO). Die Berufung ist deshalb gutzuheissen und das Urteil vom 13. August 2024 aufzuheben. Der schwere Verfahrensmangel kann im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht geheilt werden, da die Berufungsinstanz keine erstinstanzliche Hauptverhandlung durchführen kann, in der den Parteien ein 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 und danach zu entscheiden haben wird, ob aufgrund der Vorbringen der Parteien ein Beweisverfahren als notwendig erscheint oder sogleich ein Urteil ergehen kann.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1 Beide Parteien verlangen in der Berufungsschrift sowie in der Berufungsantwort die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, wobei beide darauf hinweisen, dass sie dies aus formaljuristischen Gründen tun. Beide Parteien verweisen sodann darauf, dass der jeweils anderen Partei vor Vorinstanz infolge Mittellosigkeit die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist (Urk. 173 Rz. 17f.; Urk. 178 Rz. 26f.). Eventualiter beantragen beide Parteien die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Bestellung des jeweiligen Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

1.2 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Die aus der ehelichen Beistandspflicht fließende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1.; 5A_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4). Ein Prozesskostenvorschuss setzt – wie die unentgeltliche Rechtspflege – voraus, dass die ersuchende Person mittellos ist und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zudem ist vorausgesetzt, dass es der zu verpflichtenden Gegenpartei möglich ist, der anderen Partei die benötigten Kosten zu bevorschussen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine gesuchstellende Partei entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen hat, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4; 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2).

1.3 Als bedürftig (vgl. Art. 117 lit. a ZPO) gilt eine Person, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (BGE 141 III 369 E. 4.1 S. 371; BGE 35 I 221 E. 5.1 S. 223; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Dazu gehören nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; BGE 124 I 97 E. 3b S. 98; je mit Hinweisen).

Die prozessuale Bedürftigkeit der Parteien ist ohne weiteres ausgewiesen. Der Beklagte lebt als Sans-Papier in Spanien und verfügt dort über keinen gültigen Aufenthaltstitel, weshalb es ihm auch nicht erlaubt ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Urk. 173 Rz. 16). Es ist vor diesem Hintergrund auch glaubhaft, dass er über kein Vermögen verfügt. Die Klägerin ist gemäss ihren Vorbringen immer noch arbeitslos und erhält monatliche Arbeitslosengelder von Fr. 5'428.– (Urk. 178 Rz. 19 und 179/1). Mit diesen Einkünften ist sie nicht in der Lage, das Existenzminimum von sich und den Kindern zu decken (Urk. 179/2-26). Sodann verfügt sie per 9. Januar 2026 über ein Vermögen von lediglich gerundet Fr. 4'210.–, dem jedoch Schulden in sechsstelliger Höhe gegenüberstehen (Urk. 179/27 und 28 sowie Urk. 179/29, 15, 17-19, 21 und 24).

1.4. Nach dem Gesagten ist beiden Parteien im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen. Angesichts ihrer prozessualen Bedürftigkeit sind beide Gesuche um Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages abzuweisen.

2. Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO) nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Fällt diese einen Rückweisungsentscheid, kann sie die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO allerdings auch der Vorinstanz überlassen. Diese fakultative "Kann"-Bestimmung gibt der Rechtsmittelinstanz die Wahl, entweder die zweitinstanzlichen Prozesskosten in ihrem Rückweisungsentscheid selbst direkt und definitiv zu regeln oder die Kosten nur festzusetzen, deren Verteilung aber der ersten Instanz zu überlassen. Das Gesetz favorisiert keine dieser beiden Vari-

anten, sondern stellt sie ins freie Ermessen der Rechtsmittelinstanz (BGer 4A_523/2013 vom 31. März 2014, E. 8.1; BGer 5A_614/2022 vom 7. Februar 2023, E. 1.2.3 m.w.Hinw.).

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d, 5 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG festzusetzen. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.– als angemessen. Im Übrigen wird die Vorinstanz über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens gemäss Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden haben.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beklagten auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Klägerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
3. Dem Beklagten wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Der Klägerin wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeistandin bestellt.
5. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 13. August 2024 wird aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
7. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 178, 179 und 180/1-29 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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, 11. Mai 2026

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Stamm

versandt am:
Im