

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC230031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et. phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Beschluss und Urteil vom 16. Februar 2024

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (1. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Juni 2023; Proz. FE220335

Zuletzt aufrechterhaltenes (modifiziertes) Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 1 S. 2 ff.; act. 29; act. 41; act. 45 S. 2; act. 60 S. 2; sinngemäss)

1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Die Teil-Scheidungsvereinbarungen der Parteien vom 22. September 2022 und vom 15. Dezember 2022 seien zu genehmigen bzw. sei davon Vormerk zu nehmen.
3. Der Kläger sei für berechtigt zu erklären, das Kind C._____, geb. tt.mm.2018, ab dem Jahre 2023 für die Dauer von vier Wochen pro Jahr (wovon mindestens zwei zusammenhängend) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei sich die Parteien über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate in Voraus abzusprechen haben und das Vorwahlrecht in ungeraden Jahren dem Kläger und in geraden Jahren der Beklagten zusteht.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 32'959 zzgl. 5% Verzugszins ab dem 01.02.2023 zu bezahlen.
5. [...]
6. Dem Kläger sei sodann Gelegenheit einzuräumen, sein vorstehendes Rechtsbegehren Nr. 4 den allfällig neuen Erkenntnissen anzupassen, sobald die Beklagte ihrer Editionsspflicht vollständig nachgekommen ist.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt-Zusatz) zu Lasten der Beklagten.

Zuletzt aufrechterhaltenes (modifiziertes) Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 52 S. 2 f.; act. 29; act. 41; act. 78A S. 2; sinngemäss)

1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Die Teil-Scheidungsvereinbarungen der Parteien vom 22. September 2022 und vom 15. Dezember 2022 seien zu genehmigen bzw. sei davon Vormerk zu nehmen.
3. Der Kläger sei für berechtigt zu erklären, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2018, ab dem Jahre 2025 für die Dauer von drei Wochen pro Jahr (wovon maximal eine am Stück) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei sich die Parteien über die Aufteilung der Ferien jeweils im Januar des betreffenden Jahres absprechen und das Wahlrecht in ungeraden Jahren dem Kläger und in geraden Jahren der Beklagten zusteht. Die Sommerferien sind dabei von beiden Parteien jeweils zu Beginn oder am Ende der Schulsommerferien zu beziehen.

Eventualiter sei ein zweiwöchiges Ferienbesuchsrecht des Kindsvaters bereits 2024 vorzusehen, wobei diese Ferien in der Schweiz zu verbringen sind.

4. Das klägerische Rechtsbegehren, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger den Betrag von Fr. 32'959 zzgl. 5% Verzugszins ab dem 01.02.2023 zu bezahlen, sei im Umfang von Fr. 1'774.42 gutzuheissen; im Mehrbetrag sei es abzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2018, wird unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
3. Die Obhut für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2018, wird der Beklagten zugeteilt.
4. Die Teil-Scheidungsvereinbarungen der Parteien vom 22. September 2022 und vom 15. Dezember 2022 über die Scheidungsfolgen werden im Übrigen genehmigt. Sie lauten im Volltext wie folgt:

I. Teilvereinbarung vom 22. September 2022:

" 1. Scheidung

Die Parteien stellen übereinstimmend fest, dass sie bei Einreichung der Klage bereits länger als zwei Jahre getrennt gelebt haben. Gestützt darauf anerkennt die beklagte Partei den geltend gemachten Scheidungsgrund (Art. 114 ZGB).

2. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

a) Elterliche Sorge

Die Parteien beantragen dem Gericht, die elterliche Sorge für den Sohn

– C._____, geboren am tt.mm.2018

beiden Eltern gemeinsam zu belassen.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Par-

teien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel des Sohnes der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und dem Kind hat.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für den Sohn der Mutter zuzuteilen.

c) Besuchsrecht

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten Wochenende von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr.

Ab November 2022 gilt folgendes Besuchsrecht:

- an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend, 18.30 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr. Am Samstagabend vor dem Schlafengehen darf der Sohn jeweils die Mutter anrufen.

Übergabeort ist der Wohnort der Mutter. Der Vater wartet im Parterre und klingelt bei Bedarf. C._____ geht vom vierten Stock ins Parterre runter, wo er seinen Vater trifft.

Zudem wird der Vater für berechtigt und verpflichtet erklärt, das Kind C._____

- in Jahren mit ungerader Jahreszahl jeweils am ersten Tag der Weihnachtsfeiertage, d.h. am 25. Dezember, und in geraden Jahren jeweils am zweiten Tag der Weihnachtsfeiertage, d.h. am 26. Dezember, jeweils von 10.00 Uhr bis am anderen Tag, 10.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl über die Neujahrsfeiertage vom 31. Dezember bis am 1. Januar und in ungeraden Jahren am zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar, jeweils von 10.00 Uhr bis am anderen Tag, 10.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend- oder Feiertagskontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Beistandschaft

[...]

4. Erziehungsgutschriften

Die Parteien vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ausschliesslich der Mutter angerechnet werden. Die Parteien werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

5. Vorsorgeausgleich

Der Kläger verpflichtet sich, der Beklagten von seinem während der Ehe ge-
öffneten Vorsorgeguthaben (derzeit bei der Pensionskasse D._____, künftig
bei der E._____, AHV Nr. 1) den Betrag von **CHF 1'695.-**, zuzüglich Zins ab
13. Mai 2022, auf das Konto der Beklagten (AHV Nr. 2; Vers.–Nr. 3) bei der
Pensionskasse D._____ zu übertragen.

Die Parteien beantragen dem Gericht gemeinsam, die beteiligten Vorsorge-
einrichtungen entsprechend anzuweisen.

6. Vorsorgliche Massnahmen

[...]."

II. Teilvereinbarung vom 15. Dezember 2022:

" 1. Kinderunterhalt

Der Vater verpflichtet sich, für den Sohn monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl.
Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

- CHF 1'300.- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils (davon CHF 300.-
als Betreuungsunterhalt)
- CHF 1'200.- ab 1. Juli 2030 (davon CHF 0.- als Betreuungsunterhalt)

Diese Unterhaltsverpflichtung gilt bis zur Volljährigkeit des Kindes bzw. bis
zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Volljährigkeit
hinaus.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind zahlbar an die Mutter,
und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats auch über die
Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Mutter lebt und keine
eigenen Ansprüche gegenüber dem Vater stellt bzw. keinen anderen Zah-
lungsempfänger bezeichnet.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als CHF 300.- pro Ausgabeportion,
z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.)
übernehmen die Parteien je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kosten-
tragung ist, dass sich die Parteien vorgängig über die ausserordentliche Aus-
gabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlas-
sende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtli-
che Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

Die Parteien halten fest, obschon eine Veränderung der Verhältnisse auf-
grund des Zuzugs der neuen Partnerin sowie des Kindes des Klägers in die
Schweiz zum jetzigen Zeitpunkt voraussehbar ist, eine Berechnung des sich
verändernden Kinderunterhaltes aufgrund unbekannter Zahlen momentan
nicht möglich ist. Die Parteien halten übereinstimmend fest, dass der Zuzug
der neuen Partnerin sowie des Kindes des Klägers in die Schweiz einen
Grund für eine Abänderungsklage darstellen.

Die Parteien halten übereinstimmend fest, dass sie sich bei Zuzug der neuen
Partnerin sowie des Kindes des Klägers in die Schweiz um eine gütliche Eini-
gung bemühen werden.

2. Nachehelicher Unterhalt

Die Parteien verlangen gegenseitig keinen nachehelichen Unterhalt.

3. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Kläger: CHF 4'217.- (100% Pensum)
- Beklagte: CHF 2'856.- bis und mit 30. Juni 2030 (60% Pensum)
CHF 3'786.- ab 1. Juli 2030 (80% Pensum, hypothetisch)
- C._____: die Familienzulage von derzeit CHF 200.-

Vermögen: je vernachlässigbar

familienrechtlicher Bedarf:

- Kläger: CHF 2'445.-
- Beklagte: CHF 3'167.-
- C._____: CHF 1'193.-

4. Teuerungsausgleich

Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende November 2022 von 104.6 Punkten (Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2024, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Fällt der Index unter den Stand von Ende November 2022, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

5. Vorsorgliche Massnahmen

[...]."

5. Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2018, während der Kindergarten- bzw. späteren Schulferien wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen:

- im Jahr 2023: Für die Dauer von 2 Wochen (maximal 1 Woche am Stück, in der Schweiz),
- im Jahr 2024: Für die Dauer von 4 Wochen (maximal 2 Wochen am Stück, maximal 2 Wochen im Ausland),
- ab dem Jahr 2025: Für die Dauer von 4 Wochen, ohne jegliche Einschränkung.

Sollte ein für C._____ zuständiger Kinderarzt (z.B. F._____) bereits vor dem Jahr 2025 schriftlich bestätigen, dass sich der Gesundheitszustand von C._____ derart verbessert hat, dass mit Bezug auf Ferien im In- oder Ausland aus ärztlicher Sicht keine Bedenken mehr bestehen, gilt bereits ab diesem Zeitpunkt ein 4-wöchiges Ferienbesuchsrecht des Vaters ohne jegliche Einschränkung.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils im Januar des betreffenden Jahres ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Die Mutter wird ermahnt, das Ferienbesuchsrecht des Vaters nicht zu vereiteln.

6. Die mit Beschluss der KESB der Stadt Zürich vom 18. November 2021 errichtete Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2018, wird weitergeführt. Der Beistandsperson kommen neu bzw. ergänzend die folgenden Aufgaben zu:

- eine sozialpädagogische Familienbegleitung (SPF) zu installieren, diese zu begleiten und um deren Finanzierung besorgt zu sein. Die Familienbegleitperson soll dabei:
 - Einsätze bei beiden Elternteilen leisten, wobei diese im Verhältnis 2/3 bei der Mutter und 1/3 beim Vater sowie zeitnah zu den erlebten Übergängen/Übergaben zu erfolgen haben;

- die Eltern in ihrem und C.____s Erleben im Alltag begleiten;
 - die Eltern beraten, unterstützen und in ihren Stärken fördern, dies mit dem Ziel, dass C.____ nicht mehr unter dem Elternkonflikt und den Spannungen leidet und nicht mehr in einem Loyalitätskonflikt steht;
 - den Eltern die Gelegenheit geben, Fragen betreffend die Erziehung und Betreuung von C.____ zu stellen, und die Eltern diesbezüglich beraten;
 - in einer zweiten Phase Einsätze gestalten, bei denen beide Elternteile dabei sind, insbesondere moderierte Elterngespräche (ggf. zusammen mit der Beistandsperson) führen, dies mit dem Ziel, die Erziehung und Betreuung von C.____ zu harmonisieren (z.B. zum Thema Gesundheit von C.____), und die Eltern dabei zu unterstützen, im Sinne von C.____ zu handeln;
 - die Eltern in ihrer Sorge um C.____ zu unterstützen und ihnen mit Rat und Tat zur Seite zu stehen;
 - im Fall von Konflikten zwischen den Eltern zu vermitteln;
 - die Eltern bei der Ausübung des Besuchsrechts zu unterstützen und zu beraten;
 - nötigenfalls bei den behandelnden Ärzten Berichte über den Gesundheitszustand von C.____ einzuholen;
 - nötigenfalls mit den Eltern Anpassungen des Besuchsrechts zu vereinbaren, eine neue einvernehmliche Besuchsregelung zu treffen oder bei der zuständigen Behörde entsprechend Antrag zu stellen;
 - die Eltern in ihren Bemühungen zur Förderung der Vertrauensbildung, zur Verbesserung ihrer Kommunikationsfähigkeit in Bezug auf die Kinderbelange sowie beim Informationsaustausch untereinander zu unterstützen.
7. Die KESB der Stadt Zürich wird ersucht, für die Weiterführung der Beistandschaft gemäss vorstehender Dispositiv-Ziffer 6 besorgt zu sein und die Beistandsperson mit den vorgenannten Aufgaben zu betrauen.
8. Den Parteien wird die Weisung erteilt, mit der sozialpädagogischen Familienbegleitung zusammenzuarbeiten und regelmässig mitzuwirken.
9. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV/IV-Renten werden allein der Beklagten angerechnet. Es ist Sache der Beklagten, die betroffenen Ausgleichskassen zu informieren.

10. Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, ... [Adresse], wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorsorgekonto des Klägers (Freizügigkeitskonto Nr. 4; AHV Nr. 1) den Betrag von **CHF 1'695.-**, zuzüglich Zins ab 13. Mai 2022, auf das Vorsorgekonto der Beklagten (AHV Nr. 2; Vers.-Nr. 3) bei der Pensionskasse D._____, ... [Adresse], zu überweisen.
11. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine güterrechtliche Ausgleichszahlung in der Höhe von CHF 11'172.22 zzgl. 5% Verzugszins ab dem 1. Februar 2023 zu bezahlen; zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Scheidungsurteils.
12. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:
CHF 5'400.00 ; die weiteren Gerichtskosten betragen:
CHF 1'605.00 Dolmetscher

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
13. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
14. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
15. (Mitteilungen)
16. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(act. 106 S. 2)

1. Dispositivziffer 11 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin ihren Schmuck dreissig Tage nach Eintritt der Rechtskraft auszuhändigen; eventualiter - bei Nichtbeibringung des Schmuckes - sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine Ausgleichszahlung in der Höhe von nur noch Fr. 3'920.22 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. März 2015 geheiratet. Aus ihrer Ehe ist ein gemeinsames Kind, C._____, geboren am tt.mm.2018, hervorgegangen. Mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung (Geschäfts-Nr. EE200179-L), vom 29. Januar 2021, bzw. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer (Geschäfts-Nr. LE210013-O), vom 27. September 2021, wurde festgehalten, dass die Parteien seit dem 1. April 2020 getrennt leben, und es wurde das Getrenntleben geregelt (beigezogene Akten Bezirksgericht Zürich, Geschäfts-Nr. EE200179-L, act. 32; act. 40). Im Laufe des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens wurde der Kläger zum zweiten Mal Vater. Seine neue Lebenspartnerin G._____ gebar am tt.mm.2022 den gemeinsamen Sohn H._____ (act. 38/36). Die Kindsmutter und das Kind leben gegenwärtig im Kosovo (Prot. S. 16).

2. Mit Eingabe vom 13. Mai 2022 reichte der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) die Scheidungsklage ein. An der Einigungsverhandlung vom 22. September 2022 schlossen die Parteien eine Teil-Scheidungsvereinbarung betreffend elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht [ausgenommen Ferienregelung], Beistandschaft, Erziehungsgutschriften und Vorsorgeausgleich (act. 29). Deren Ziffern 2 und 3 (betreffend elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht [ausgenommen Ferienregelung] sowie Beistandschaft) wurden mit Verfügung vom 26. September 2022 als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens genehmigt (act. 30).

Im Rahmen der Fortsetzung der Einigungsverhandlung vom 15. Dezember 2022 schlossen die Parteien eine weitere Teil-Scheidungsvereinbarung, diesmal betreffend Kinderunterhalt und nachehelichen Unterhalt (act. 41). Hinsichtlich des Güterrechts und des Ferienbesuchsrechts konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 18). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 wurde Ziffer 1 der Teil-

Scheidungsvereinbarung vom 15. Dezember 2022 (betreffend Kinderunterhalt) als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens genehmigt (act. 43).

Mit Verfügung vom 9. Januar 2023 wurden die jeweiligen Gesuche der Parteien betreffend Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen und es wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (act. 50). Nach einem doppelten Schriftenwechsel zum Ferienbesuchsrecht und einem einfachen Schriftenwechsel zum Güterrecht fand am 2. Juni 2023 die Hauptverhandlung statt, an welcher der Kläger den prozessualen Antrag, die güterrechtliche Auseinandersetzung sei in ein separates Verfahren zu verweisen, zurückzog, während Vergleichsgespräche ergebnislos blieben, worauf die Vorinstanz am 19. Juni 2023 (act. 110) das eingangs wiedergegebene Urteil fällte.

3. Mit Eingang vom 20. August 2023 (act. 106) erhob die Beklagte (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit dem eingangs genannten Antrag. In prozessualer Hinsicht verlangte sie die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

4. Als der Kläger Kenntnis vom Berufungsverfahren erhielt, verlangte er mit Schreiben vom 23. August 2023 (act. 111) eine Rechtskraftbescheinigung betreffend den Scheidungspunkt. Mit Verfügung vom 8. September 2023 wurde ihm Frist angesetzt um die Berufung zu beantworten mit der Möglichkeit zur Erhebung einer Anschlussberufung (act. 114). Mit elektronischer Eingabe vom 12. September 2023 erklärte der Kläger den Verzicht auf die Erhebung einer Anschlussberufung und stellte die Beantwortung der Berufung innert der angesetzten Frist in Aussicht. Im Übrigen ersuchte er um eine rasche Feststellung der Rechtskraft des Scheidungspunktes (act. 115). Daraufhin wurde mit Beschluss vom 13. September 2023 (act. 118) festgestellt, in welchen Punkten das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden ist (in allen Teilen mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 11 betreffend Güterrecht), und es wurden die entsprechenden Mitteilungen versandt. Mit Eingabe vom 28. September 2023 (act. 133) beantwortete der Kläger die Berufung. Die Berufungsantwort wurde am 8. Dezember 2023 der Beklagten zuge-

stellt (act. 140), die sich dazu nicht mehr vernehmen liess. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz sprach dem Kläger eine güterrechtliche Ausgleichsforderung von CHF 12'278.92 zu. Nach Verrechnung mit einer Genugtuungsforderung der Beklagten gegen den Kläger in der Höhe von CHF 1'106.70 aus einem rechtskräftigen Strafurteil ergab das eine Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von CHF 11'172.22 (act. 110 S. 60 f. und S. 69 Disp.-Ziffer 11).

Die Berufung bezieht sich auf eine weitere, von der Vorinstanz nicht berücksichtigte Gegenforderung der Beklagten auf Herausgabe von Schmuck, den sie aus Eigengut erworben habe, oder auf Verrechnung der güterrechtlichen Forderung des Klägers mit einer dem Wert dieses Schmucks aufgrund des heutigen Goldpreises entsprechenden Ersatzforderung von CHF 7'252.00, woraus eine Reduktion der Forderung des Klägers auf CHF 3'920.22 resultieren würde (act. 106 S. 5 Ziff. 12).

2. Die Vorinstanz hielt die Existenz des fraglichen Schmucks, bestehend aus Goldmünzen, für unbestritten und erachtete den Erwerb durch die Beklagte als hinreichend belegt. Als Schmuck und damit als Gegenstände für den persönlichen Gebrauch der Beklagten handle es sich dabei um Eigengut (act. 110 S. 57 f.).

Der Beklagten, welche mit Bezug darauf die Beweislast trage, gelinge es jedoch nicht, den (vom Kläger bestrittenen) Besitz des Klägers an diesen Goldmünzen zu beweisen. Sie behaupte nicht, die Goldmünzen befänden sich in seinem Besitz, sondern im Haus seines Vaters im Kosovo, was der Kläger jedoch bestreite. An dort gelegenen Gegenständen habe der Kläger jedoch keine tatsächliche Gewalt und mithin auch keinen Besitz i.S. von Art. 919 ZGB (act. 110 S. 58).

Da nicht erwiesen sei, dass sich die Goldmünzen im Besitz des Klägers befänden, seien die Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch nicht gegeben. Worauf sie einen Ersatzanspruch stütze, führe die Beklagte weder in tatsächlicher

noch in rechtlicher Hinsicht aus. Eine Ersatzforderung sei daher bereits mangels Substantiierung nicht gegeben (act. 110 S. 58 f.).

3. Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, die Begründung der Vorinstanz, der Kläger habe an den Gegenständen im Haus seines Vaters keine tatsächliche Gewalt, mithin keinen Besitz, und könne den Schmuck daher nicht aushändigen, greife zu kurz. Die Eigentumsverhältnisse an diesem Haus im Kosovo seien nicht relevant für die Frage des Besitzes am Schmuck. Auch eine Mietwohnung stehe nicht im Eigentum der jeweiligen Mieterschaft und dennoch habe diese Besitz an sämtlichen Gegenständen in der angemieteten Wohnung.

Die Eltern des Klägers besäßen ein zweistöckiges Haus im Kosovo. Sie bewohnten das untere Stockwerk, während der obere Stock von den Parteien bewohnt und für sie bestimmt gewesen sei, wenn sie sich dort aufgehalten hätten. Dort sei von ihnen ein komplettes Schlafzimmer und ein Kinderzimmer eingerichtet worden. Der fragliche Schmuck sei im Schlafzimmer im Schminktisch aufbewahrt worden (act. 106 S. 3).

Der Kläger habe nie bestritten, dass die Parteien den oberen Stock jenes Hauses bewohnt hätten. Es entspreche auch der Lebenserfahrung, dass insbesondere männlichen Kindern von in der Diaspora lebenden Ausländern das ihnen später als Erbe ohnehin zukommende Grundstück bereits vorgängig zu Wohnzwecken zur Verfügung gestellt werde. Es sei davon auszugehen, dass die Parteien die tatsächliche Gewalt an den Gegenständen in der dortigen Wohnung gehabt hätten. Freilich habe die Beklagte das Haus im Kosovo nach der überaus strittigen und konfliktgeladenen Trennung seit April 2020 nicht mehr betreten können und sei ihr die Möglichkeit genommen worden, auf die dortigen Gegenstände zuzugreifen. Der Kläger hingegen wohne - wenn er sich im Kosovo befinde - in diesem Haus wie eh und je. Mittlerweile lebe wohl seine neue Lebenspartnerin mit seinem neuen Sohn da. Damit verfüge er über die tatsächliche Gewalt über die dortigen Gegenstände, zumindest im von ihm bewohnten ersten Stock. Dass das Haus im Eigentum seines Vaters stehe, sei irrelevant (act. 106 S. 4).

Wie bereits in der Klageantwort ausgeführt worden sei, werde der fragliche Schmuck an festlichen Anlässen und ausschliesslich im Kosovo getragen. Die Behauptung, die Beklagte habe Schmuck in diesem Wert verlegt, sei lebensfremd. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Beklagte den mehrere tausend Franken teuren Schmuck, wenn sie ihn nur im Kosovo trage und er nur dort Bedeutung habe, hätte in die Schweiz verbringen und für jeden Anlass im Kosovo auf Reisen nehmen sollen (act. 106 S. 5 Ziff. 10).

Aus all diesen Überlegungen ergebe sich, dass sich der als Eigengut zu betrachtende Schmuck der Beklagten nach wie vor im Haus im Kosovo befinde und ihr auszuhändigen sei. Sollte der Schmuck nicht in natura beigebracht werden können, sei ihr der heutige Wert dieser Gegenstände in der güterrechtlichen Auseinandersetzung anzurechnen und ihre Ausgleichszahlung entsprechend zu reduzieren (act. 106 S. 5).

4. Der Kläger weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass der Erwerb der Münzen durch die Beklagte von der Vorinstanz lediglich mit Bezug auf einen Teil bestätigt worden sei, und dass er nach wie vor bestreite, dass sie die übrigen Käufe überhaupt bzw. aus eigenem Geld getätigt habe (act. 133 S. 3).

Die Beklagte könne die Verfügungsgewalt des Klägers an irgendwelchen Gegenständen im Haus im Kosovo nicht beweisen, sondern stelle lediglich unbelegte Behauptungen und Mutmassungen auf. Sie räume selbst ein, dass die Verfügungsgewalt heute nicht mehr bestehe, falls sie überhaupt je bestanden habe, was bestritten werde. Sollte die unbelegte und bestrittene Mutmassung zutreffen, dass die neue Lebenspartnerin des Klägers dort wohne, hätte diese gegebenenfalls die tatsächliche Verfügungsgewalt an den Münzen, da der Kläger und sie bekanntlich nicht zusammenwohnten (act. 133 S. 4).

Es sei notorisch, dass die kosovarische Diaspora traditionelle Feste auch in der Schweiz feiere. Dass der Schmuck nie in die Schweiz verbracht worden sei, sei deshalb eine gänzlich unbehelfliche und unbelegte Schutzbehauptung. Ebenso sei notorisch, dass nicht alltägliche Gegenstände durchaus verlegt werden könnten, gerade weil sie nicht täglich im Gebrauch seien (act. 133 S. 4).

Die Beklagte könne nicht nachweisen, dass der Kläger im Besitz des Schmucks sei oder je gewesen sei und könne folglich auch keine güterrechtlich anrechenbare Forderung begründen (act. 133 S. 5).

5. Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung gilt der Verhandlungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Das Gericht untersucht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen, sondern würdigt die von den Parteien zu ihren Behauptungen angebotenen Beweismittel. Fehlt es an substantiierten Behauptungen oder liegt Beweislosigkeit vor, kommt es auf die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast an. Diese beruht auf dem Grundsatz von Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet.

6. Laut der insoweit nicht bestrittenen Darstellung der Beklagten befanden sich die von ihr beanspruchten Schmuckgegenstände im oberen Stockwerk des Elternhauses des Klägers im Kosovo. Diese Räume im väterlichen Haus seien für den Kläger und seine Familie bestimmt gewesen und von den Parteien eingerichtet worden, die sie bei ihren Aufenthalten im Kosovo jeweils benutzt hätten. Heute würden sie mutmasslich von der neuen Partnerin des Klägers mit dem gemeinsamen Kind bewohnt. Unabhängig vom vertraglichen Verhältnis zwischen dem Kläger und seinem Vater als Eigentümer der Wohnung ist diese Situation gleich zu behandeln wie bei Gegenständen in einer Mietwohnung, wo der Besitz grundsätzlich beim Mieter und nicht beim Vermieter liegt. Der Berufung ist also insoweit zuzustimmen, als die Vorinstanz zu Unrecht auf die Eigentumsverhältnisse am Haus abstellte und die Passivlegitimation des Klägers aus diesem Grund verneinte.

7. Die Vorinstanz erachtete sowohl die Existenz der Schmuckgegenstände als auch den Erwerb durch die Beklagte für den persönlichen Gebrauch und damit die Qualifikation als Eigengut als erwiesen. Was dagegen vorgebracht wird, ist unsubstantiiert und vermag nicht zu überzeugen. Weil der Anspruch aus anderen Gründen dennoch abzuweisen ist, erübrigt sich eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Einwänden.

Wie oben gezeigt wurde, geht es um eine Art Ferienwohnung im gemeinsamen Herkunftsland der Parteien, die sich im Elternhaus der einen von ihnen befindet. Das heisst die Parteien hatten daneben ein ordentliches Domizil in der Schweiz. Im Zentrum steht die Frage, was sich mit Bezug auf die Behauptungs- und Beweislast aus dieser Ausgangslage für Folgerungen ergeben: Muss die Beklagte beweisen, dass sich die Schmuckgegenstände auch heute noch in der Wohnung des Klägers in seinem Elternhaus im Kosovo befinden, oder genügt es, dass sie beweist, dass sie sich dort befunden haben? Und wird daraus abgeleitet, dass sie noch immer dort sind, wenn nicht der Kläger den Beweis (oder allenfalls den Gegenbeweis) erbringt, dass ihn die Beklagte wieder von dort weggebracht hat?

8. Bei Schmuck wäre grundsätzlich zu vermuten, dass die Beklagte diesen bei der Trennung mitgenommen hätte, als sie die gemeinsame Wohnung verliess. Bei Schmuck, der sich in einer Ferienwohnung befand, war das jedoch nicht möglich, ausser die Trennung geschah, als sich die Parteien dort aufhielten, was nicht behauptet wird. Wenn sich die Ferienwohnung im Elternhaus der Gegenpartei befindet, ist es durchaus plausibel, dass die Beklagte den Schmuck seither nicht abholen konnte und er sich also immer noch dort befindet, falls er damals dort war.

Aus dem Wert des Schmucks lässt sich daher nichts Entscheidendes ableiten. Es ist sowohl riskant, den mehrere Tausend Franken teuren Schmuck auf Reisen mitzunehmen (act. 106 S. 6 Ziff. 10), als auch ihn bei der Abreise in der Ferienwohnung zurückzulassen. Dass sich die Ferienwohnung im dauerhaft bewohnten Haus der Schwiegereltern befindet, wo er nicht unbewacht ist, ist heute kein Vor-, sondern ein Nachteil, weil sie aus diesem Grund keinen Zugang mehr dazu hat.

9. Während es bei Mobiliar üblich ist, dass dieses auch ausserhalb von Aufenthalt in der Ferienwohnung bleibt, ist das bei Kleidern und anderen Gebrauchsgegenständen in der Regel nicht der Fall, sondern werden diese jeweils mitgenommen. Ausnahmen sind Gegenstände, die man mehrmals besitzt und nicht jedes Mal transportieren will, z.B. Hausschuhe oder ein Regenschirm. Schmuck gehört nicht zu dieser Kategorie von Gegenständen.

Eine weitere Ausnahme sind Gegenstände, die überwiegend in der Ferienwohnung benutzt und deshalb dauernd dort deponiert werden. Ein Beispiel ist eine Sammlung von Puzzles oder Spielen oder bei einem Ferienhaus in den Bergen die Skiausrüstung. Auf einen analogen Fall beruft sich die Beklagte, wenn sie geltend macht, dass sie den Schmuck nur im Kosovo benutze (act. 106 S. 5 Ziff. 5).

10. Goldmünzen, die als Schmuck getragen werden, sind kein Modeschmuck. Ein Bezug zu den Traditionen liegt auf der Hand. Davon, dass dieser Schmuck bei traditionellen Festen getragen wird, wie die Beklagte behauptet, ist daher auszugehen. Bei Traditionen, die aus dem Kosovo stammen, erscheint es naheliegend, dass entsprechende Feste im Kosovo stattfinden und dass der Schmuck, der laut Kaufquittungen in der Schweiz erworben wurde, somit in den Kosovo mitgenommen wurde.

Die Argumentation der Beklagten steht und fällt mit der Behauptung, derartiger Schmuck werde nur im Kosovo verwendet, weshalb davon auszugehen sei, dass sich der einmal dorthin gebrachte Schmuck immer noch dort befinde. Damit beruft sie sich auf Sitten und Gebräuche der kosovarischen Diaspora. Diese sind in der Schweiz nicht notorisch, sondern wären von ihr zu beweisen, wenn sie daraus etwas ableiten will. Das hat sie jedoch nicht getan, sondern sie hat nur zum Erwerb des Schmucks und zur Verwendung an einer Hochzeit im Kosovo Beweise angeboten (act. 133 S. 5 m.H. auf act. 78A S. 7 f.).

Aus der fotografisch dokumentierten Verwendung des Schmucks an einer traditionellen Hochzeitsfeier im Kosovo kann nicht gefolgert werden, dass der Schmuck ausschliesslich dort verwendet wurde. Vielmehr erscheint die gegenteilige Darstellung des Klägers, dass solche traditionellen Feste auch in der Schweiz gefeiert werden, so dass der Schmuck auch in der Schweiz benutzt worden sei, angesichts der Grösse und Bedeutung der kosovarischen Diaspora in der Schweiz durchaus plausibel (act. 133 S. 4).

Daraus, dass der Schmuck nach dem Erwerb in der Schweiz in den Kosovo mitgenommen und dort bei traditionellen Festen getragen wurde, kann daher nicht geschlossen werden, dass er dauerhaft im Kosovo aufbewahrt wurde, sondern es

ist anzunehmen, dass er bei der Rückkehr in die Schweiz mitgenommen wurde und sich ausserhalb von Ferienaufenthalten der Parteien hier befand. Für ihre von dieser Annahme abweichende Darstellung lieferte die Beklagte keine Beweise, sondern sie versuchte, den heutigen Aufbewahrungsort indirekt daraus abzuleiten, dass er sich früher einmal dort befunden habe, was nicht schlüssig ist.

11. Die Beklagte, welche für die Anspruchsgrundlagen die Beweislast trägt, konnte demnach nicht nachweisen, dass sich ihr Schmuck im Besitz des Klägers befindet. Damit ist eine Voraussetzung für ihren Herausgabeanspruch nicht erfüllt. Dieser ist somit abzuweisen.

Für den Fall, dass der Schmuck nicht in natura beigebracht werden sollte, beantragt die Beklagte eventualiter die Anrechnung des heutigen Werts dieser Gegenstände an die güterrechtliche Ausgleichszahlung und deren entsprechende Reduktion (act. 106 S. 5 Ziff. 12). Trotz der Formulierung ist das kein Eventualantrag, sondern sie macht damit vorsorglich eine Ersatzforderung geltend, die nicht anstelle, sondern nach der Gutheissung ihres Hauptantrags bei Problemen in der Vollstreckung zum Tragen käme, im Sinne einer Umwandlung der geschuldeten Leistung in eine Geldleistung gemäss Art. 345 Abs. 1 lit. b ZPO. Dafür wäre das Vollstreckungsgericht zuständig. Auf diesen Antrag ist daher nicht einzutreten.

12. Die Berufung ist somit im Hauptantrag auf Herausgabe des Schmucks abzuweisen, während auf den Eventualantrag auf Anrechnung des Werts des Schmuckes an die güterrechtliche Ausgleichszahlung nicht einzutreten ist. Die güterrechtliche Auseinandersetzung im vorinstanzlichen Urteil ist demnach zu bestätigen.

III.

1. Beide Parteien beantragen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Als Begründung für ihre Mittellosigkeit verweisen beide auf die vor der ersten Instanz gemachten Ausführungen und die dazu eingereichten Unterlagen sowie auf den vorinstanzlichen Entscheid, insbesondere auf die dort festgehaltenen

Grundlagen der Unterhaltsberechnung (act. 106 S. 6 Ziff. 15; act. 133 S. 5 Ziff. 10).

2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist vor jeder Instanz neu zu beantragen und ihre Voraussetzungen, insbesondere die Mittellosigkeit, sind grundsätzlich jedes Mal neu zu begründen. Waren die finanziellen Verhältnisse Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens, was bei der Festsetzung von Kinderunterhalt regelmässig der Fall ist, und liegt diese Überprüfung nicht weit zurück und beruht auf aktuellen Grundlagen, kann darauf ausnahmsweise verwiesen werden.

3. Aus der Unterhaltsberechnung im vorinstanzlichen Urteil geht hervor, dass unter Berücksichtigung der vom Kläger zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge bei der Beklagten kein Manko resultiert, aber dass auch dem Kläger unter Berücksichtigung seiner Unterhaltsverpflichtung für ein Kind, das er inzwischen mit seiner neuen Partnerin hat, kein Überschuss resultiert.

4. Die Voraussetzung der Mittellosigkeit ist also bei beiden Parteien erfüllt. Die Berufung wurde zwar abgewiesen, aber deswegen kann sie noch nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung ist auch mit Bezug auf das Güterrecht zu bejahen. Beiden Parteien ist daher die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

5. Ausgehend vom behaupteten Wert des Goldschmucks ist von einem Streitwert von CHF 7'252.00 auszugehen und die Entscheidgebühr auf CHF 1'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss ist diese der Beklagten zu auferlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

6. Ausgangsgemäss ist die Beklagte zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten, die angesichts des oben erwähnten Streitwerts auf CHF 1'200.00 (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen ist. Da beide Parteien mittellos sind und somit von Uneinbringlichkeit auszugehen ist, ist die Parteientschädigung

aus der Staatskasse an den unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers auszurichten, mit der Folge dass der Anspruch gegen die Beklagte auf die mutmasslich uneinbringliche Parteientschädigung an den Staat übergeht.

7. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beklagten wird aus der Gerichtskasse entschädigt, nachdem er dem Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat (§ 23 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Der Berufungsklägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Dem Berufungsbeklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
Dispositiv-Ziffer 11 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Juni 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf CHF 1'000.00 festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Berufungsklägerin wird auf die Nachzahlungspflicht hingewiesen (Art. 123 ZPO).
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'200.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Die Parteientschädigung wird aus der Gerichtskasse an den unentgeltlichen Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten bezahlt und der Anspruch gegen die Berufungsklägerin geht an den Staat über.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 7'252.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw T. Rumpel

versandt am: