

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler.

Beschluss und Urteil vom 4. März 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. November 2015; Proz. FE140162

Rechtsbegehren:

(act. 23 S. 1 f.)

- "1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden;
2. es sei von der Verpflichtung der Parteien zur Zahlung von nachehelichen Unterhaltsbeiträgen an die je andere Partei abzusehen;
3. es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen;
4. es seien die während der Ehedauer von den Parteien erworbenen und noch zu bestimmenden Austrittsleistungen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge je hälftig zu teilen und gegenseitig auszugleichen und wird das Gericht um entsprechende Anweisung an die Pensionskassen gestützt auf Art. 22 FZG sofort nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ersucht;
5. es seien die Kosten des Verfahrens ausgangsgemäss der Beklagten zu auferlegen und sei diese zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Entschädigung für seine Anwaltskosten gemäss einer vor Abschluss des Verfahrens einzureichenden Honorarnote des unterzeichneten Rechtsvertreters [lic. iur. Y._____] zu zahlen."

Modifiziertes Rechtsbegehren des Klägers:

(Prot. S. 37; sinngemäss)

1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden;
2. es sei von der Verpflichtung der Parteien zur Zahlung von nachehelichen Unterhaltsbeiträgen an die je andere Partei abzusehen;
3. es sei festzustellen, dass die Parteien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind;
4. es seien die während der Ehedauer von den Parteien erworbenen und noch zu bestimmenden Austrittsleistungen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge je hälftig zu teilen und gegenseitig auszugleichen und wird das Gericht um entsprechende Anweisung an die Pensionskassen gestützt auf Art. 22 FZG sofort nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ersucht;
5. es seien die Kosten des Verfahrens ausgangsgemäss der Beklagten zu auferlegen und sei diese zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Entschädigung für seine Anwaltskosten gemäss einer vor Abschluss des Verfahrens einzureichenden Honorarnote des unterzeichneten Rechtsvertreters [lic. iur. Y._____] zu zahlen.

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 35 S. 2)

- "1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keinen nachehelichen Unterhalt zu bezahlen haben.
3. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen und die konkrete Bezifferung der Vorschläge nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen.

- 4 Es sei die Teilung der Austrittsleistungen gestützt auf Art. 122 ZGB vorzunehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten des Klägers."

Modifiziertes Rechtsbegehren der Beklagten:

(Prot. S. 38; sinngemäss)

1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keinen nachehelichen Unterhalt zu bezahlen haben.
3. In güterrechtlicher Hinsicht sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 9'602.– zu bezahlen.
Eventualiter sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt seien.
4. Es sei die Teilung der Austrittsleistungen gestützt auf Art. 122 ZGB vorzunehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten des Klägers."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 27. November 2015:

(act. 100 S. 18 ff.)

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Es werden keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
3. Die Pensionskasse C.____, ... [Adresse], wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorsorgekonto des Klägers (AHV-Nr. ...) **Fr. 6'541.75** auf das Freizügigkeitskonto der Beklagten (Vers.-Nr. ..., AHV-Nr. ...) bei der D.____ für die obligatorische berufliche Vorsorge, c/o D.____ AG, ... [Adresse], zu überweisen.
4. Es wird festgestellt, dass die Parteien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind.
5. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 975.00 Dolmetscherkosten.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten werden dem Kläger zu 2/5 und der Beklagten zu 3/5 auferlegt, der Anteil der Beklagten wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine um 4/5 reduzierte Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 2'200.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung
9. Berufung

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 98 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffer 4. des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2015 sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten in güterrechtlicher Hinsicht SFr. 9602.-- und Euro 10'000.-- zu bezahlen.

Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2015 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten in güterrechtlicher Hinsicht SFr. 9602.-- zu bezahlen.
2. Dispositiv Ziffern 6. und 7. seien aufzuheben die Kosten- und Entschädigungsfolge ausgangsgemäss zu verlegen.
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Appellaten-"

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. November 2008 in Zürich (act. 7). Am 29. November 2011 schlossen sie im Rahmen eines Eheschutzverfahrens eine Trennungsvereinbarung, mit Urteil und Verfügung vom 19. Dezember 2011 nahm die Eheschutzrichterin von der Vereinbarung Vormerk, mithin u.a. davon, dass die Parteien seit 17. August 2011 getrennt leben. Alsdann ordnete sie die Gütertrennung mit Wirkung per 27. September 2011 an (act. 5/8). Am 3. März 2014 reichte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage im Sinne von Art. 114 ZGB ein (act. 1). Die Parteien wurden auf den 15. Mai 2014 zur Einigungsverhandlung vorgeladen; die dort geführten Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung. Nachdem der Kläger ein mit der Klage eingereichtes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückgezogen und der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war (act. 21), erstattete die Beklagte die schriftliche Klageantwort. Im Folgenden wurden die Parteien zur Hauptverhandlung mit anschliessender Beweisverhandlung und Parteibefragung auf den 18. Dezember 2014 vorgeladen, an welcher sie ihren zweiten Parteivortrag hielten und Stellung nehmen konnten zu den jeweiligen Noven (Prot. S. 20 ff.). Im Anschluss daran wurden die Parteien befragt (act. 50 und 51). Die Schlussvorträge erstatteten die Parteien am 1. September 2015 (Prot. S. 36ff.). Am 27. November 2015 erging das erstinstanzliche Urteil (act. 100). Es wurde den Parteien am 13. bzw. 19. Januar 2016 zugestellt (act. 94 und 95).

2. Am 18. Februar 2016 erhob die Beklagte Berufung. Gegenstand der Berufung bilden das Güterrecht sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Des weitern beantragt die Beklagte auch für das Berufungsverfahren, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (act. 98 S. 2). Die Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die von der Beklagten erhobene Berufung erging rechtzeitig (act. 98 i.V.m. act. 95). Sie ist schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen (Art. 311 ZPO)

und richtet sich gegen ein erstinstanzliches Scheidungsurteil, mithin eine grundsätzlich nicht vermögensrechtliche Angelegenheit (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Gegenstand des Berufungsverfahrens sind indes einzig noch vermögensrechtliche Fragen, die güterrechtliche Regelung und die Kosten- und Entschädigungsregelung. Bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt das Streitwertfordernis gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO. Zur Berechnung des Streitwertes im Rechtsmittelverfahren wird auf die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren abgestellt, ein vor erster Instanz zurückgezogenes Begehren gilt damit nicht als aufrechterhalten (REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3. Aufl., Art. 308 N 38 und 39).

Soweit die Beklagte eventualiter Beschwerde erhebt mit der Begründung, das Güterrecht sei eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit und der Streitwert reduziere sich auf unter CHF 10'000.--, wenn das Obergericht wie die Vorinstanz davon ausgehe, die Forderung über EUR 10'000.-- sei zurückgezogen worden (act. 98 S. 4), ist ihr im ersten Punkt zuzustimmen, im Übrigen indes festzuhalten, dass sich der Streitwert nicht danach bestimmen kann, wie die angerufene Rechtsmittelinstanz in einer Frage entscheidet. Vorliegend wendet sich die Beklagte gegen die vorinstanzliche Auffassung, dass das Begehren über EUR 10'000.-- als zurückgezogen zu betrachten sei und sie hält in der Berufung im Hauptantrag ausdrücklich an der Zusprechung der EUR 10'000.-- fest. Dieser Betrag ist damit Teil des Streitwertes, insgesamt liegt dieser damit im Rechtsmittelverfahren über CHF 10'000.--. Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt und im Weiteren die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Anwendung der massgeblichen internationalrechtlichen Normen bejaht. Dies wie auch die Erwägungen betreffend das anwendbare Recht blieb in der Berufung zu Recht unangefochten. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden. Für die noch im Streit liegenden Fragen kommt Schweizer Recht zur Anwendung.

3.1 Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid davon aus, dass die Beklagte im Rahmen der Schlussvorträge an ihrer Forderung über EUR 10'000.--

nicht mehr festgehalten habe. Es könne diesbezüglich von einem Rückzug ausgegangen werden (act. 100 S. 9).

3.2 Dem hält die Beklagte in der Berufung entgegen, sie habe bereits in der Klageantwort vom 13. Oktober 2014 und auch an der Hauptverhandlung ihren Bruder als Beweisofferte bezüglich des Geschenks an beide Eheleute über EUR 20'000.-- angeboten, was in der Beweisverfügung vom 27. Oktober 2014 denn auch erwähnt worden sei. Die Vorinstanz habe indes ausgeführt, dass diesbezüglich noch keine Beweissätze gebildet werden könnten. Als dann das Gericht mit Schreiben vom 23. April 2015 verfügt habe, dass keine weiteren Beweisabnahmen mehr erforderlich seien, habe sich die beklagtische Rechtsvertretung in ihren Schlussvorträgen auf den gemäss Vorinstanz verbleibenden Prozessstoff, mithin den eingebrachten Schmuck der Beklagten, beschränkt. Insoweit sei es richtig, dass sich der beklagtische Rechtsvertreter anlässlich der Schlussvorträge für die Bezifferung auf die Ersatzforderung beschränkte. Die Schlussvorträge im Sinne von Art. 232 ZPO bezögen sich indes nur auf das Beweisergebnis und damit nicht auf die EUR 10'000.--, zu denen keine Beweisabnahme erfolgt sei. Auch wenn Mängel in der Beweisführung hätten gerügt werden können, sei dies obsolet gewesen, nachdem das urteilende Gericht ausdrücklich davon habe absehen wollen. Die Beweisofferte werde nunmehr im Berufungsverfahren neu angeboten, da das Berufungsgericht Beweise abnehmen könne. Bevor der zum Beweis angerufene Zeuge nicht angehört worden sei, sei die Sache noch nicht entscheidungsreif, mithin der Sachverhalt unrichtig bzw. unvollständig festgestellt, ohne dass der Beklagten ein prozessuales Versäumnis angelastet werden könnte (act. 98 S. 3 und 4).

3.3. In der Klageantwort hatte die Beklagte u.a. beantragt, es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen und die konkrete Bezifferung der Vorschläge sei nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen (act. 35 S. 2). In der Begründung hatte sie ausführen lassen, dass der Bruder der Beklagten den Eheleuten einen Geldbetrag von EUR 20'000.-- geschenkt habe, damit sich diese zunächst finanziell nicht sorgen müssten. Der Bruder habe dafür einen Kredit aufgenommen und das Geld zuhänden beider Eheleute dem Kläger übergeben. Zum

Nachweis berief sich die Beklagte auf die Parteibefragung und die Zeugenbefragung des Bruders (act. 35 S. 4). In der Beweisverfügung vom 27. November 2014 erwog die Vorinstanz, dass bezüglich der EUR 20'000.-- noch keine Beweissätze gebildet werden können (act. 39 S. 2). In der Replik hatte der Kläger ausführen lassen, dass es zwar möglich sei, dass die Eheleute zur zeremoniellen Hochzeit von Verwandten Geld geschenkt erhalten hätten, dieses wäre aber für die rund CHF 80'000.-- teure Hochzeitsfeier längst verbraucht gewesen (act. 46 S. 3/4). Die Beklagte wiederum hielt in der Duplik daran fest, dass die EUR 20'000.-- als Geschenk an beide Parteien dem Kläger übergeben worden seien und alsdann verschwunden blieben (Prot. VI S. 24). Dem hielt wiederum der Kläger entgegen, wenn denn das Geld übergeben worden sei, handle es sich um Errungenschaft der Eheleute, die längst verbraucht sei (Prot. VI S. 30), worauf die Beklagte wiederum ausführen liess, dass der Kläger finanziell nicht in der Lage gewesen sei, den Thali – der Schmuck für die Ehefrau persönlich, mit welchem die Ehe traditionellerweise geschlossen werde – zu bezahlen. Das Geld dafür sei aus den EUR 20'000.-- gekommen, welche zuvor dem Kläger durch den Bruder des Beklagten übergeben worden sei (Prot. VI S. 31). Im Rahmen ihres Schlussvortrages konkretisierte die Beklagte ausdrücklich die Klageantwort und bezifferte ihren güterrechtlichen Anspruch wie folgt: "Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten Fr. 9'602.-- zu bezahlen. Eventualiter sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt seien". Anschliessend äusserte sie sich zum Beweisergebnis (Prot. VI S. 38).

3.4 Entgegen der Auffassung der Beklagten beziehen sich die Schlussvorträge nicht nur auf das Beweisergebnis. Sie dienen auch dazu, zur Sache insgesamt Stellung zu nehmen. Die Parteien können "zum Beweisergebnis und zur Sache" Stellung nehmen (Art. 232 Abs. 1 ZPO). Der Inhalt bezieht sich wohl in aller Regel auf die Wertung der abgenommenen Beweismittel, es können aber auch rechtliche Ausführungen gemacht werden und bei der unbezifferten Forderungsklage ist die Forderung zu beziffern (Art. 85 Abs. 2 ZPO; LEUENBERGER, ZK ZPO, 3. Aufl., Art. 232 N 1; PAHUD, DIKE-Komm ZPO, Art. 232 N 1 [Online-Stand 20. 10. 2013]). Gerade letzteres hatte sich die Beklagte hinsichtlich der güterrechtlichen Forderung in der Klageantwort vorbehalten. In ihrem Schlussvortrag nahm sie alsdann

hierauf Bezug und bezifferte diesen Anspruch ausdrücklich auf CHF 9'602.-- (Prot. VI S. 38). Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage davon ausging, sie habe die Forderung über EUR 10'000.-- zurückgezogen, ist dies nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat sich auf ihrem Antrag behaften zu lassen. Ein Wiedereinbringen der ursprünglich zusätzlich geltend gemachten Forderung über EUR 10'000.-- als neuer Antrag im Berufungsverfahren ist nicht zulässig. Es erübrigt sich bei diesem Ergebnis auch die Durchführung der in diesem Zusammenhang beantragten Zeugeneinvernahme. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

4. Die Beklagte hält in der Berufung im Weiteren an ihrem bereits vorinstanzlich gestellten Antrag, es sei ihr in güterrechtlicher Hinsicht CHF 9'602.-- als Wertersatz für den Heiratsschmuck zu bezahlen, fest (act. 98 S. 2).

4.1 Die Vorinstanz erwog hiezu im angefochtenen Entscheid zunächst, es sei unbestritten, dass sämtliche Schmuckstücke in einem Schrankfach der Credit Suisse, Filiale Zürich-..., aufbewahrt worden seien, zu welchem beide Parteien unabhängig voneinander Zugang gehabt hätten. Nicht in Abrede gestellt worden sei, dass die Beklagte neben dem Hochzeitsschmuck auch diverse voreheliche Schmuckstücke in die Ehe eingebracht habe, welche in ihrem Alleineigentum standen. Anerkannt sei ferner, dass der gesamte Schmuck irgendwann aus dem Bankschliessfach verschwunden sei, wogegen umstritten sei, wer den Schmuck an sich genommen habe, wer das Schliessfach an welchem Datum aufgesucht habe und welche Beweiskraft den von der Beklagten ins Recht gelegten Quittungen (act. 36/1-10) zukäme. Die Vorinstanz erwog weiter, die Aussagen der Beklagten mit Bezug auf den verlangten Wertersatz in der Höhe von CHF 9'602.-- für den Heiratsschmuck hätten sich in mehrfacher Hinsicht als widersprüchlich erwiesen; dies insbesondere hinsichtlich der Fragen, wann wer am Schrankfach der Crédit Suisse gewesen sei, wo der Schmuck aufbewahrt worden sei. Aufgrund der Widersprüche und Unklarheiten vermöchten die Ausführungen auch dem herabgesetzten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht zu genügen. Die Zugangsdaten der Crédit Suisse könnten keine Auskunft darüber geben, ob und was dem Schrankfach allenfalls entnommen worden sei. Davon

abgesehen sei die Forderung der Beklagten insofern ungenügend substantiiert, als sie nicht dargelegt habe, für welche Schmuckstücke sie konkret einen Wertersatz verlange, so dass eine entsprechende Zuordnung der eingereichten Quittungen unmöglich vorgenommen werden könne. All dies gelte auch für die von der Beklagten behauptete Entwendung des Thali bzw. allfälliger weiterer vom Vater des Klägers erworbener Schmuckstücke. Im Ergebnis sei deshalb festzustellen, dass die Parteien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt seien (act. 100 E. 4.3 S. 13 - 17).

4.2 Die Beklagte bestreitet in der Berufung das ihr von der Vorinstanz vorgeworfene widersprüchliche Aussageverhalten. Sie habe angeführt, sie sei im April 2011 letztmals am Schrankfach gewesen, als der Schmuck noch vorhanden gewesen sei. Anfang Juni bis am 6. August 2011 sei sie unbestrittenermassen landesabwesend gewesen. Damit sei erstellt, dass der Kläger am 17. Juni und am 3. August 2011 allein am Schrankfach gewesen sei. Am 6. August 2011 sei sie von Sri Lanka zurück gekommen, als sie erfahren habe, der Kläger würde den Schmuck nur zurück geben, wenn sie in die Scheidung einwillige. Der Kläger bestreite zwar, dass am 10. August 2011, als – wie aus den Zugangsdaten ersichtlich – die Beklagte das Schrankfach öffnete, dieses leer gewesen sei, nicht aber, dass er bei der dortigen Nachschau wie auch am 6. Oktober 2011 dabei gewesen sei; und er behaupte auch nicht, dass die Beklagte dann ihren Schmuck mitgenommen hätte. Die Beklagte weist weiter auf Ungereimtheiten in den klägerischen Ausführungen hin, ebenso auf den Umstand, dass der Kläger selbst habe ausführen lassen, er sei nicht sicher, ob sich der persönliche Schmuck bei den Eltern des Klägers befinde, wozu er aber keine weiteren Angaben mehr machen könne, da sein Vater von den Geschehnissen derart enttäuscht sei, dass er nicht mehr mit ihm reden wolle. Die Beklagte kommt zum Schluss, es sei rechtsgenügend erstellt, dass der Kläger den persönlichen vorehelichen Schmuck der Beklagten aus dem Safe entfernte und womöglich zu Hause deponierte. Ausserdem sei durch die von der Beklagten ins Recht gelegten Quittungen der Wert des Schmuckes zumindest mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen (act. 98 S. 4 - 7).

4.3 Es steht fest und ist unbestritten, dass die Parteien dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung unterstanden. Gemäss Art. 207 Abs. 1 ZGB sind Errungenschaft und Eigengut jedes Ehegatten nach ihrem Bestand im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes auszuscheiden. Wer eine Beteiligungsforderung geltend macht, hat nachzuweisen, dass die entsprechenden Vermögenswerte zum Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes vorhanden gewesen sind (Art. 8 ZGB; BGer. 5A_51/2014, Urteil vom 14. Juli 2014, E. 2.1; BGE 118 II 27 E. 2-4). Für den Wert der Vermögenswerte ist der Zeitpunkt des Abschlusses der güterrechtlichen Auseinandersetzung massgebend. (Art. 214 Abs. 1 ZGB). Die güterrechtliche Beweisregel gemäss Art. 200 ZGB bestimmt sodann, dass wer behauptet, ein bestimmter Vermögenswert sei Eigentum des einen oder andern Ehegatten, dies beweisen muss. Gelingt der Beweis nicht, wird Miteigentum beider Ehegatten und – bis zum Beweis des Gegenteils – Errungenschaft und nicht Eigengut angenommen.

4.4 Vorliegend wurde mit Urteil der Eheschutzrichterin vom 19. Dezember 2011 per 27. September 2011 die Gütertrennung angeordnet (act. 5/5 S. 4). Die Beklagte hat mithin zu beweisen, dass in jenem Zeitpunkt die von ihr behaupteten und geforderten Vermögenswerte, d.h. der Heiratsschmuck, vorhanden war. Unbestritten ist, dass dieser in einem Bank-Schrankfach deponiert worden war, zu welchem beide Parteien Zugang hatten. Was sich in einem bestimmten Zeitpunkt in einem Schrankfach befunden hat oder was in einem bestimmten Zeitpunkt einem Schrankfach entnommen wurde, lässt sich gegen den Schrankinhaber nach der Natur der Sache regelmässig nicht beweisen, weshalb das Bundesgericht für diesen Fall eine Ausnahme vom Regelbeweismass und damit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als Nachweis genügen lässt (BGer. 5A_51/2014, E. 2.2 und 2.3; BGE 128 III 271 E. 2b). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 98 S. 7) kann dieses herabgesetzte Beweismass indes nicht für den Wert des in Frage stehenden Schmuckes gelten.

Der Bestand von Heiratsschmuck ist vorliegend an sich nicht streitig. Beide Parteien erklärten, dass solcher vorhanden war und beide differenzierten auch zwischen dem Schmuck, der eigens für die Heirat gekauft wurde und demjenigen,

welchen die Beklagte aus ihrem Heimatland mitgebracht hatte (act. 23 S. 5, 35 S. 4, 46 S. 6, Prot. VI S. 25 und 27, act. 50 und act. 51). Beide Parteien scheinen vor Vorinstanz auch davon ausgegangen zu sein (Prot. VI S. 25 und S. 27 sowie S. 40; act. 50 S. 3), dass sich im Schrankfach nicht nur der für die Heirat erworbene, sondern sämtlicher Schmuck befunden haben soll. Strittig ist, wer ihn dort wieder entnommen hat. Die Beklagte hat noch in ihrem Schlussvortrag vor Vorinstanz zu Recht ausführen lassen (Prot. VI S. 39), dass sich allein aufgrund der Aussagen der Parteien und der von der Bank erhältlich gemachten Zugangsdaten nicht eruieren lasse, wer den Schmuck letztlich an sich genommen habe. Was sie in der Berufung dem widersprechend vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Insbesondere trifft nicht zu, dass der Kläger vor Vorinstanz nicht behauptet hat, die Beklagte hätte bei ihren Besuchen im August und Oktober 2011 ihren Schmuck mitgenommen (act. 98 S. 6 oben). Sowohl in der Klagebegründung (act. 23 S. 5/6) wie auch in der Replik (act. 46 S. 7) hatte der Kläger dies sehr wohl behauptet. Die aus der unzutreffend vorgebrachten Nichtbehauptung gezogenen Schlussfolgerungen der Beklagten haben daher keinen Bestand.

Unabhängig von der Frage, wer wann welchen Schmuck dem Schrankfach entnommen hat, blieb vor Vorinstanz überdies unklar, wer den fraglichen Schmuck erworben hat und ob es sich dabei um ein Geschenk an die Beklagte allein oder an beide Brautleute gehandelt hatte. In der Beweisverfügung wurde festgehalten, dass hierfür die Beklagte die Hauptbeweislast treffe und es wurden die von den Parteien angebotenen Beweise abgenommen (act. 39 S. 4). Der Kläger hatte in der Befragung erklärt, den Heiratsschmuck für das Hochzeitsfest selber gekauft zu haben. Er habe den sog. Thali, den runden Halsreif mit drei Anhängern, wie es Tradition sei, gekauft und der Braut um den Hals gebunden; der Thali sei aber kein Geschenk an die Braut. Ebenfalls gekauft habe er den Ring am Ringfinger der Beklagten sowie die Armkette an seinem rechten Arm (er bezog sich dabei auf die ins Recht gelegten Fotos, act. 24/3). Den restlichen Schmuck auf den Fotos habe die Beklagte aus Sri Lanka mitgebracht (act. 50 S. 1 und 2). Die Klägerin erklärte demgegenüber, dass ihr Bruder und die Schwester des Klägers ihnen den Schmuck geschenkt hätten. Der Armreif des Klägers sei von ihrer Schwester aus Sri Lanka gebracht worden. Ihre Familie habe dem Kläger sodann

EUR 20'000.-- gegeben, mit welchen der Thali gekauft worden sei. Der Ring an ihrer Hand sei vom Kläger gekauft worden und sie habe ihrerseits ihm gemäss Tradition ebenfalls einen Ring gekauft. Der Thali sei ihr alleine geschenkt worden und gehöre ihr (act. 51 S. 2). Die Aussagen der Parteien stehen sich gegenüber, weitere Beweismittel hatten die Parteien zur Frage nicht bezeichnet und es ergibt sich auch aus den weiteren Akten keine weitere Klärung. Der der Beklagten obliegende Beweis, dass der Heiratsschmuck ihr alleine gehöre, hat die Beklagte damit nicht erbringen können. Mit Bezug auf den persönlichen Schmuck hatte der Kläger in der vorinstanzlichen Replik im Übrigen auch behauptet, dass die Beklagte diese zusammen mit den andern persönlichen Effekten bereits an sich oder mit sich genommen habe (act 46 S. 2), wogegen die Beklagte in der Duplik an der Herausgabe des Schmucks festhält und dabei nicht differenziert zwischen persönlichem und Heiratsschmuck. Schliesslich hat die Beklagte zwar Kaufquittungen für verschiedene Schmuckstücke der herausverlangten Art, d.h. Collier, Armreifen, Ringe, eingereicht (act. 36/1-10), um welche ganz konkreten Schmuckstücke es sich dabei handelt und wer sie gekauft hat, lässt sich daraus aber nicht klar ableiten. Überdies datieren die Quittungen von 2007 und 2008 (act. 36/1-9). Wenn die Vorinstanz insgesamt zum Schluss kam, der Beklagten sei der Nachweis ihres güterrechtlichen Anspruchs nicht gelungen und die Parteien seien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt, ist dies nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für das Berufungsverfahren grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig. Mit der Berufungsbegründung liess sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen und sie verwies zur Begründung vorab auf das bereits vor Vorinstanz Vorgebrachte sowie die vor Vorinstanz eingereichten Beilagen mit dem Hinweis darauf, dass sich die Verhältnisse nicht verändert hätten. Die Prozessarmut sei offensichtlich, dies zumal die Beklagte zur Zeit überdies in Folge der nicht erneuerten Bewilligung nicht arbeite (act. 98 S. 8).

Vor Vorinstanz war der Beklagten mit Verfügung vom 3. Juli 2014 gestützt auf die von ihr eingereichten Unterlagen die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden und es wurde ihr in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 29 i.V.m. act. 17/1-8 und act. 28/1-2).

2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist gemäss Art. 117 ZPO zu bewilligen, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Gerichtskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsvertretung zu tragen und überdies ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt, in welchem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wurde (BGE 124 I 304 E. 2c und 3c; BGE 122 I 267 E. 2b mit Hinweisen).

Der Zeitpunkt der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz liegt heute gut eineinhalb Jahre zurück. Auch wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die finanziellen Verhältnisse der Beklagten entgegen den Ausführungen ihres Rechtsvertreters zu ihrem Vorteil verändert haben, wären zur Prüfung des neuerlichen Gesuches aktualisierte Einkommens-, Bedarfs- und Vermögensnachweise einzuholen. Dies kann vorliegend unterbleiben, da gestützt auf die vorstehenden Erwägungen davon ausgegangen werden muss, dass die Gewinnaussichten der Berufung insbesondere hinsichtlich des Hauptantrages, aber auch mit Bezug auf den Eventualantrag von Anfang als wesentlich geringer einzustufen waren als die Verlustgefahren. Wegen Aussichtslosigkeit muss das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege daher abgewiesen werden.

3. Die Gerichtsgebühr ist ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 20'000.-- und unter Berücksichtigung des verhältnismässig geringen Aufwandes in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung vom 8. September 2010 auf CHF 2'000.-- festzusetzen. Eine Entschädigung ist dem Kläger mangels erheblicher Aufwendungen nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten und Berufungsklägerin, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, Einzelgericht, vom 27. November 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 98, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, Einzelgericht und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 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 rund CHF 20'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: