

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC170022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H.A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil und Beschluss vom 23. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 23. März 2017 (FE150683-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

"Es sei die Ehe der Parteien zu scheiden, und es seien die strittigen Nebenfolgen gerichtlich zu beurteilen und zu regeln."

Nebenfolgen:

1. Es sei festzustellen, dass gegenseitig keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB geschuldet sind.
2. Es seien die während der Ehe angesparten Vorsorgeguthaben im Sinne von Art. 122 ZGB hälftig zu teilen.
3. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind,

unter Abweisung widersprechender oder anderslautender Anträge des Beklagten und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu dessen Lasten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, Einzelgericht,
vom 23. März 2017:**

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Es werden gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB zugesprochen.
3. Es wird festgestellt, dass die Parteien in ehescheidungs- und güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind.
4. Die Freizügigkeitsstiftung der C._____, ... [Adresse], der Klägerin wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Freizügigkeitskonto der Klägerin (Konto-Nr. 1) **CHF 1'638.--**, auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten (Konto-Nr. 2) bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Freizügigkeitskonten, Postfach, 8036 Zürich, zu überweisen.
5. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:

CHF 5'000.00; die weiteren Gerichtskosten betragen

CHF 431.25 Dolmetscher

6. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, eine Entschädigung in der Höhe von CHF 10'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zuzugleich offensichtlicher Uneinbringlichkeit wird Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ diese Entschädigung von Fr. 10'000.-- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt mit der Folge, dass der Anspruch der unentgeltlichen Rechtsvertreterin gegen den Beklagten vollumfänglich auf die Gerichtskasse übergeht.

(8./9. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 95 S. 2):

- „1. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 23. März 2017 (Geschäfts-Nr.: FE150683-L) sei aufzuheben und die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils eine güterrechtliche Ausgleichszahlung in der Höhe von CHF 2'800.00, zuzüglich seit 10. September 2015 aufgelaufene Zinse, zu bezahlen.
2. Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Dispositiv-Ziffern 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben und über die Kosten- und Entschädigungsfolge im vorinstanzlichen Verfahren sei gemäss dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens zu entscheiden.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten.“

Der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 106 S. 2):

„Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers.“

Erwägungen:

I.

Die Parteien haben am tt. März 2007 in Zürich geheiratet. Die Ehe ist kinderlos geblieben. Seit dem 1. September 2013 leben die Parteien getrennt. Mit Verfügung vom 14. November 2013 schrieb die Vorderrichterin ein Eheschutzverfahren ab, nachdem die Parteien über die Nebenfolgen des Getrenntlebens eine Vereinbarung abgeschlossen hatten. Mit Urteil vom 23. März 2017 schied die Vorinstanz die Ehe der Parteien und regelte die Nebenfolgen. Mit seiner Berufung will der Beklagte eine güterrechtliche Ausgleichszahlung von Fr. 2'800.– gestützt auf den für die vormals eheliche Wohnung einbezahlten Genossenschaftsanteil von Fr. 5'600.– sowie eine Neuberechnung des ihm zustehenden Anspruchs aus beruflicher Vorsorge erreichen.

II.

1. Die vorliegende Klage wurde am 9. September 2015 bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1; Art. 62 Abs. 1 ZPO). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 96 S. 2 f.). Der Beklagte hat gegen das ihm am 2. Juni 2017 zugestellte Urteil in der begründeten Fassung rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 94 und 95). Die Beru-

fungsantwort datiert vom 18. September 2017 und wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 106 und 109).

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheidung nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

2. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und voll-

streckbar. Vorliegend ist deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 23. März 2017 in den nicht angefochtenen Teilen mit Eingang der Berufungsantwort am 19. September 2017 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 315 N 6 und 15). Dies ist vorzumerken.

III.

1. a) Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil festgestellt, dass die Parteien in ehescheidungs- und güterrechtlicher Hinsicht auseinandergesetzt seien (Urk. 96 S. 18 Disp. Ziff. 3). Mit seinem Berufungsantrag Ziffer 1 verlangt der Beklagte, diese Dispositivziffer sei aufzuheben und die Klägerin sei zu verpflichten, ihm innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils eine güterrechtliche Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 2'800.– zuzüglich seit 10. September 2015 aufgelaufene Zinsen zu bezahlen.

b) Unbestritten ist, dass für die vormals eheliche Wohnung an der D._____-Strasse ... in Zürich ein Genossenschaftsanteilschein für Fr. 5'600.– erworben wurde. Die Vorinstanz erwog, die Zinsabrechnung der Baugenossenschaft E.____ vom 22. Juni 2009 laute auf den Namen der Klägerin; diese habe nachweisen können, dass das Genossenschaftskapital aus ihrem Eigengut bezahlt worden und daher nicht zu teilen sei (Urk. 96 S. 13 f.).

Der Beklagte hält dem entgegen, aus der Zinsabrechnung ergebe sich einzig, dass das betreffende Konto sachenrechtlich dem Vermögen der Klägerin zuzuordnen sei. Diese habe nicht bewiesen, dass sie den Genossenschaftsanteil mit dem Depot ihrer vorehelichen Wohnung finanziert habe. Das Genossenschaftskapital gelte in Anwendung von Art. 200 Abs. 3 ZGB als Errungenschaft, weshalb der Beklagte Anspruch auf eine Ausgleichszahlung in der Höhe der Hälfte von Fr. 5'600.– habe (Urk. 95 S. 5 f.).

Nach Auffassung der Klägerin ist entscheidend, dass ihre Errungenschaft am güterrechtlich massgeblichen Stichtag, am 10. September 2015, einen negativen Saldo aufgewiesen habe. Der Saldo ihres einzigen Privatkontos sei an die-

sem Tag Fr. 82.07 im Minus gewesen. Zudem habe sie in diesem Zeitpunkt Steuerschulden von Fr.13'788.95 und zwei offene Darlehen im Gesamtbetrag von Fr. 8'600.– gehabt. Diese bereits vor Vorinstanz gemachten Ausführungen seien unbestritten geblieben. Es habe daher ein Rückschlag im Sinne von Art. 210 ZGB vorgelegen, der den Wert des Genossenschaftsanteilscheins bei weitem übersteige. Ein Rückschlag sei gemäss Art. 210 Abs. 2 ZGB unbeachtlich, weshalb die Vorinstanz zu Recht entschieden habe, die Parteien seien güterrechtlich auseinandergesetzt (Urk. 106 S. 4 f.).

c) Wie die Vorinstanz unangefochten festgestellt hat, unterstanden die Parteien dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Massgeblicher Stichtag für die Auflösung des Güterstandes ist der 10. September 2015 (Urk. 96 S. 8). Weist die Errungenschaft eines Ehegatten nach Abzug der auf ihr lastenden Schulden einen positiven Saldo auf, so bildet dies den Vorschlag (Art. 210 Abs. 1 ZGB). Jeder Ehegatte hat Anspruch auf die Hälfte des Vorschlags des andern Ehegatten, wobei die Forderungen verrechnet werden (Art. 215 ZGB). Ein Rückschlag wird nicht berücksichtigt (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Die Vorinstanz hat die Standpunkte der Parteien zur güterrechtlichen Auseinandersetzung ausführlich wiedergegeben und u.a. erwähnt, die Klägerin habe für den massgeblichen Stichtag eigene Schulden von Fr. 22'471.02 geltend gemacht. Die Klägerin sei der Ansicht, die Parteien seien güterrechtlich auseinandergesetzt, während der Beklagte verschiedene Forderungen aus Güterrecht erhoben habe. Diese hielt die Vorinstanz allesamt für unbegründet. Zusammenfassend kam sie zum Schluss, dass beide Parteien keine zu teilenden Errungenschaften bzw. nur Schulden hätten. Für die Schulden der Klägerin wies die Vorinstanz auf Urk. 29/28 (Kontoauszug des auf die Klägerin lautenden Privatkontos bei der UBS mit einem Negativsaldo von Fr. 82.07 per 9. September 2015), Urk. 29/29 (Bestätigung von F._____, der Klägerin am 3. Oktober 2014 ein Darlehen von Fr. 2'000.– gewährt zu haben) und Urk. 29/12 (Konto-Auszüge zu den Staats- und Gemeindesteuern 2012-2015 mit Ausständen von insgesamt Fr. 13'788.95) hin (Urk. 96 S. 8 ff., S. 16). Die Feststellung der Vorinstanz, dass beide Parteien (im massgeblichen Zeitpunkt) keine zu teilende Errungenschaft bzw. nur Schulden

gehabt hätten, ficht der Beklagte im Berufungsverfahren nicht an. Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, könnte er aber einen güterrechtlichen Anspruch nur begründen, wenn er darlegen würde, dass bei der klägerischen Errungenschaft trotz der unbestritten vorhandenen Schulden nicht ein Rückschlag, sondern ein Vorschlag von (mindestens) Fr. 5'600.– vorhanden wäre. Dafür genügt es nicht zu behaupten, das Genossenschaftskapital bilde Errungenschaft der Klägerin. Der Antrag des Beklagten, die Klägerin sei zu verpflichten, ihm eine güterrechtliche Ausgleichszahlung von Fr. 2'800.– nebst seit 10. September 2015 aufgelaufener Zinsen zu bezahlen, ist abzuweisen.

d) Weshalb die vorinstanzliche Feststellung, die Parteien seien ehescheidungsrechtlich auseinandergesetzt, aufzuheben sei, begründet der Beklagte mit keinem Wort. Bezüglich dieses Antrags ist auf die Berufung nicht einzutreten.

2 a) Der Beklagte beantragt, Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und die Sache sei zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Die Berufung muss Berufungsanträge enthalten. Weil die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, genügt es nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, § 11 N 877). Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Guttheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 4.3 und 6.2).

c) In Dispositivziffer 4 wies die Vorinstanz die C._____ an, vom Freizügigkeitskonto der Klägerin Fr. 1'638.– auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG zu überweisen.

Der Beklagte macht in seiner Berufungsschrift geltend, die Vorinstanz habe bei der Berechnung des Vorsorgeausgleichs nicht sämtliche relevanten Guthaben miteinbezogen. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Klägerin im Zeitraum vom 20. März 2007 bis 31. Dezember 2016 Fr. 3'754.65 und der Beklagte Fr. 478.60 angespart habe, weshalb der zu überweisende Betrag Fr. 1'638.– zugunsten des Beklagten betrage. Dass sich auf dem Freizügigkeitskonto der Klägerin bei der C._____ Fr. 120'854.10 befunden hätten, erwähne die Vorinstanz mit keinem Wort. Richtig sei, dass die Teilung der angesparten Pensionskassenguthaben für den Zeitraum vom 20. März 2007 bis 1. Januar 2017 zu erfolgen habe. Wie die Vorinstanz auf Seiten der Klägerin auf einen zu teilenden Betrag von Fr. 3'754.65 komme, erhelle nicht. Korrekt sei der Betrag von Fr. 855.– auf dem Freizügigkeitskonto bei der Pensionskasse der Stadt Zürich. Wie sich die Fr. 2'899.65 gemäss Schreiben der Vorinstanz vom 7. März 2017 aus dem Freizügigkeitskonto bei der C._____ zusammensetze, sei ein Rätsel. Es sei offensichtlich, dass eine falsche Berechnung vorgenommen und nicht sämtliche relevanten Beträge und Belege berücksichtigt worden seien. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz den Betrag von Fr. 120'854.10 stillschweigend als vorehelich qualifiziere. Der Sachverhalt sei in wesentlichen Teilen unvollständig geblieben und es könne aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht festgestellt werden, wie hoch das während der Dauer der Ehe angesparte Pensionskassen- bzw. Freizügigkeitsguthaben der Klägerin sei, weshalb die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Als Beweismittel beantragt der Beklagte „Auszüge von Pensionskassen- und Freizügigkeitskonten der [Klägerin] mit Angabe des Kontostands per Eheschliessung“, von der Klägerin zu edieren bzw. von der Vorinstanz einzuholen (Urk. 95 S. 7 ff.).

d) Da die Berufungsinstanz sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen und auch Beweise abnehmen kann (Art. 310 und Art. 316 Abs. 3 ZPO), liegt kein Fall vor, bei dem die Berufungsinstanz nur kassatorisch entschei-

den könnte. Der Beklagte hätte einen Antrag in der Sache stellen müssen. Dies hat er nicht getan. Auch aus der Berufungsbegründung ergibt sich kein solcher Antrag, während der Beklagte vor Vorinstanz noch einen Vorsorgeausgleich in der Höhe von Fr. 60'514.70 bzw. Fr. 60'277.10 verlangt hatte (Urk. 37 S. 1 f.). Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 ist daher nicht einzutreten.

e) Dem Berufungsantrag Ziffer 2 wäre aber auch in der Sache kein Erfolg beschieden:

aa) Gemäss Art. 277 Abs. 3 ZPO gilt für die Belange der beruflichen Vorsorge die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Auch im Verfahren mit Untersuchungsmaxime bleibt es aber grundsätzlich Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streites vorzutragen und die Beweismittel zu nennen (Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 277 N 6 und 8).

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgebend (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Die Bestimmungen der Prozessordnung über den sogenannten Aktenschluss und das Novenrecht sind zwingender Natur. Neue Tatsachen, welche die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllen, sind deshalb auch dann unbeachtlich, wenn sie von der Gegenpartei nicht bestritten oder gar anerkannt werden (vgl. *OGer ZH NE160001 vom 11.08.2016, E. 3.2.2*).

bb) Mit Schreiben vom 7. März 2017 teilte die Vorinstanz beiden Parteien mit, dass sie für die Zeit vom tt. März 2007 [Heiratsdatum] bis 1. Januar 2017 [Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen zum Vorsorgeausgleich bei Scheidung; BBI 2015 4883; AS 2016 S. 2313] aufgrund der eingereichten Unterlagen für die Klägerin von einer zu teilenden Austrittsleistung von Fr. 3'754.65 und beim Beklagten von einer zu teilenden Austrittsleistung von Fr. 1'119.95 ausgehe. Gleichzeitig setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um zu den Unterlagen Stellung zu nehmen, und fügte bei, ohne Stellungnahme gehe sie davon aus, die Parteien seien mit der Berechnung einverstanden (Urk. 82). Der Beklagte reichte innert Frist keine Stellungnahme ein. Im Berufungsverfahren weist er nicht nach, wo er im vorinstanzlichen Verfahren die Edition bzw. den Beizug weiterer Unterlagen im Hinblick auf die Höhe des Vorsorgeguthabens der Klägerin per Datum der Eheschliessung beantragt hätte. Dieser Beweisantrag ist daher verspätet. Er ist aber auch unsubstantiiert, da der Beklagte weder die Pensionskassen- noch die Freizügigkeitskonti bezeichnet, von denen Auszüge beigezogen werden sollen.

cc) Die Klägerin weist in ihrer Berufungsantwort auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz hin, wonach sie in den Jahren 2007 bis August 2014 kein BVG-pflichtiges Einkommen generiert habe. Die im Zusammenhang mit ihrem Eintritt in die Pensionskasse der Stadt Zürich im August 2014 erfolgte Einlage von Fr. 117'426.05 umfasse daher offenkundig Mittel aus der vorehelichen Zeit. Der Beklagte habe diese Darstellung nicht bestritten (Urk. 106 S. 8; Urk. 28 S. 11). Letzteres ist zutreffend (Urk. 37 und 51; Prot. I S. 21 f.). Die Klägerin hat belegt, dass in den Jahren 2007 bis 2015 ihr höchstes jährliches Einkommen bei der Stadt Zürich Fr. 17'908.– betrug (Urk. 29/22 und Urk. 47/3), also nicht BVG-pflichtig war (Art. 7 Abs. 1 BVG i.d.F. vom 3. Oktober 2003, AS 2004 1678). Wenn der Beklagte nunmehr erstmals geltend macht, die Klägerin habe in der massgeblichen Zeit mehr als die von der Vorinstanz berücksichtigen Fr. 3'754.65 als Vorsorgekapital angespart, so erfolgt dieses Vorbringen verspätet, wie die Klägerin zu Recht moniert (Urk. 106 S. 9 f.).

dd) Könnte auf den Berufungsantrag Ziffer 2 eingetreten werden, wäre er demnach abzuweisen und Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen.

IV.

1. Beide Parteien haben für das vorliegende Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung gestellt (Urk. 95 S. 2; Urk. 106 S. 2). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

2. Der Beklagte wies zur Begründung seines Gesuchs darauf hin, dass er aufgrund eines Unfalls im Jahre 2010 zu 100 % arbeitsunfähig sei. Er erhalte nach wie vor keine IV-Rente und sei vollumfänglich auf Sozialhilfe angewiesen (Urk. 95 S. 15). Diese Unterstützung wird durch den Leistungsentscheid des Sozialzentrums G. _____ für die Zeit vom 1. Oktober 2016 bis 30. September 2017 belegt (Urk. 98/2). Gemäss Urteil der Vorinstanz vom 23. März 2017 ist der Beklagte seit mehreren Jahren arbeitsunfähig (Urk. 96 S. 6). Über Vermögenswerte verfügt er offensichtlich nicht (vgl. Urk. 96 S. 16; Urk. 65/14). Seine Mittellosigkeit ist ausgewiesen. Dagegen muss die Berufung des Beklagten von vornherein als aussichtslos gewertet werden, wie sich aus den Erwägungen unter Ziff. III ergibt. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

3. Die Klägerin erzielt nach ihren Angaben monatliche Einkünfte von gesamthaft Fr. 5'147.55. Diesen Einkünften stellt sie einen monatlichen Bedarf von Fr. 5'239.95 gegenüber, der sich wie folgt zusammensetzt (Urk. 106 S. 12 f.):

Grundbetrag	Fr. 1'200.00
Mietzins	Fr. 917.00
Krankenkasse	Fr. 478.65
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 21.00

Telefon	Fr. 120.00
Billag	Fr. 39.00
Cablecom	Fr. 49.30
Fahrkosten	Fr. 105.00
Gesundheitskosten	Fr. 90.00
Unterstützung Eltern	Fr. 950.00
Abzahlung Steuerschulden 2012	Fr. 300.00
Darlehensrate	Fr. 600.00
Laufende Steuern	<u>Fr. 370.00</u>
Total	Fr. 5'239.95

Folgende Positionen geben zu Bemerkungen Anlass:

Unterstützung Eltern: Die Klägerin führt dazu aus, sie unterstütze ihre in Kroatien lebenden Eltern, soweit es die finanzielle Situation ermögliche. Allein bis August habe sie ihnen im laufenden Jahr über Fr. 7'600.– überwiesen (Urk. 106 S. 13). Unterstützungsleistungen an Verwandte sind auch dann in die Bedarfsrechnung einzusetzen, wenn sie nur moralisch geschuldet sind und ins Ausland fließen. Voraussetzung ist aber, dass sie bisher regelmässig und nicht in unverhältnismässiger Höhe geleistet wurden. Ihre effektive Zahlung muss belegt und der Empfänger aufgrund seiner ökonomischen Lage darauf angewiesen sein (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 167, m.w.H.; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 47). Die Klägerin hat für die ersten acht Monate des Jahres 2017 Zahlungen an ihre Eltern in der Höhe von insgesamt Fr. 7'600.– belegt (Urk. 108/11). Vor Vorinstanz hatte die Klägerin in ihrer Eingabe vom 24. November 2015 noch geltend gemacht, sie unterstütze ihre Eltern monatlich mit Fr. 300.–, während sie ihnen im Jahre 2014 über Fr. 6'200.– überwiesen habe (Urk. 20 S. 6). Inwiefern die Eltern auf Unterstützung angewiesen sind, hat die Klägerin nicht dargelegt. Es rechtfertigt sich daher lediglich, einen monatlichen Betrag von Fr. 300.– in die Bedarfsrechnung aufzunehmen.

Darlehensrate: Nach Darstellung der Klägerin nahm sie bei H. _____ zwei Darlehen auf, um all ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen zu können. Das erste Darlehen vom Mai 2015 in der Höhe von Fr. 7'200.– habe sie bis auf

Fr. 2'200.– zurückbezahlt, zuletzt mit einer Rate von Fr. 600.–. Das zweite Darlehen vom Dezember 2016 in der Höhe von Fr. 7'000.– sei noch offen und ebenfalls in monatlichen Raten von Fr. 600.– zurückzubezahlen (Urk.106 S. 14). Ausgewiesene und fällige Schuldverpflichtungen sind zu berücksichtigen, sofern deren bisherige regelmässige Amortisation nachgewiesen ist (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 198). Aus dem Darlehensvertrag vom 30. Mai 2015 ergibt sich, dass das Darlehen von Fr. 7'200.– in 12 monatlichen Raten à Fr. 600.– zurückzubezahlen war, erstmals per 31. Juli 2015 (Urk. 108/14). Gemäss den handschriftlichen Notizen auf dem Vertrag hat die Klägerin am 29. Februar 2016 Fr. 4'200.– und am 31. August 2017 Fr. 600.– bezahlt. Eine regelmässige Amortisation fand also nicht statt. Hätte diese stattgefunden, wäre das Darlehen am 30. Juni 2017 getilgt gewesen. Das zweite Darlehen hätte ab Ende Januar 2017 in 11 monatliche Raten à Fr. 600.– und einer monatlichen Rate à Fr. 400.– zurückbezahlt werden müssen (Urk. 108/15). Amortisationszahlungen sind für dieses Darlehen nicht belegt. Eine Darlehensrate kann daher im Bedarf nicht berücksichtigt werden.

Damit reduziert sich der monatliche Bedarf der Klägerin um Fr. 1'250.– auf gerundet Fr. 3'990.–, womit ihr ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 1'150.– verbleibt. Mit diesem ist die Klägerin in der Lage, die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren innert weniger Monate zu tilgen, sollte die zuzusprechende Parteientschädigung vom Beklagten nicht erhältlich sein. Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung ist daher abzuweisen. Da die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen sind, wird das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos.

V.

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Für das Berufungsverfahren ist ein Streitwert von rund Fr. 45'000.– zu veranschlagen, da der Beklagte offenbar davon ausgeht, von den am 10. September 2015 an die Freizügigkeitsstiftung der C._____ überwiesenen Fr. 120'554.25 seien Fr. 33'647.– vorehelich erworben worden (Urk. 95 S. 8). Die

Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beklagten aufzuerlegen und er hat der Klägerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die folgenden Dispositivziffern des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, Einzelgericht, vom 23. März 2017 am 19. September 2017 in Rechtskraft erwachsen sind:
 1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
 2. Es werden gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB zugesprochen.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das für Zürich zuständige Zivilstandsamt, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Pensionskasse Freizügigkeitsstiftung der C._____, ... [Adresse] (im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffern 1 und 4 des vorinstanzlichen Urteils), an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Freizügigkeitskonten, Postfach, 8036 Zürich (im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffern 1 und 4 des vorinstanzlichen Urteils) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc