

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC120050-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.  
J. Freiburghaus

## **Beschluss und Urteil vom 4. April 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung (Teilung Austrittsleistung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Hinwil vom 10. Mai 2012 (FE110028)**

### Rechtsbegehren:

Die Ehe der Parteien sei zu scheiden und es seien die Nebenfolgen zu regeln.

### Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht in Zivilsachen, vom 10. Mai 2012:

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1995, wird unter die elterliche Sorge der Klägerin gestellt.
3. Die Aufteilung der Anwartschaften des Beklagten aus beruflicher Vorsorge (2. Säule) wird verweigert.
4. Im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen genehmigt und vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:
  - "1. [...]
  2. [...]
  3. Angesichts des Alters von C.\_\_\_\_\_ wird auf eine detaillierte Regelung des Besuchsrechts verzichtet.
  4. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung C.\_\_\_\_\_, längstens jedoch bis zum Eintritt des Beklagten in das ordentliche AHV-Rententalter einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– (inklusive allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelter Kinderzulagen) zu bezahlen.

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines Monats. Die Unterhaltsbeiträge sind so lange an die Klägerin zu bezahlen, als C.\_\_\_\_\_ mit ihr im selben Haushalt wohnt und keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
  5. Die Parteien verzichten gegenseitig auf persönliche Unterhaltsbeiträge.
  6. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 4 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik vom Januar 2012 von 98.9 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Die Beiträge werden jeweils auf den 1. Januar, erstmals auf den 1. Januar 2013, nach Massgabe des Indexstandes per November des vergangenen Jahres angepasst.
$$\text{neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Indexstand}}{\text{ursprünglicher Indexstand (98.9)}}$$
  7. Basis der vereinbarten Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 4 bildet Folgendes:

Einkommen der Klägerin (Bruttogewinn Geschäft):	Fr. 1'678.35
Vermögen der Klägerin:	vernachlässigbar

Nettoeinkommen des Beklagten (inkl. 13. Monatslohn): Fr. 6'520.25  
Vermögen des Beklagten: vernachlässigbar

8. Die Parteien halten fest, dass sie in güterrechtlicher Hinsicht bereits vollständig auseinandergesetzt sind. Im Übrigen behält jede Partei zu Eigentum, was sie gegenwärtig besitzt oder auf ihren Namen lautet.
  9. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte. Diejenige Partei, welche eine schriftliche Begründung des Urteils verlangt, übernimmt die daraus entstehenden Mehrkosten allein.
  10. Die Parteien verzichten gegenseitig auf Parteientschädigung.
  11. Mit Erfüllung dieser Teilvereinbarung sind die Parteien mit Ausnahme der strittigen, durch gerichtliche Entscheidung zu regelnden Thematik des Vorsorgeausgleichs gemäss Ziffer 12 per Saldo aller ehe-, scheidungs-, und güterrechtlicher Ansprüche auseinandergesetzt.
  12. [...]"
5. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
  6. Die Kosten des unbegründeten Urteils werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.  
Die Mehrkosten für ein begründetes Urteil trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
  7. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

### **Berufungsanträge:**

#### **der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 49 S. 2):**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. Mai 2012 sei in Ziffer 3 aufzuheben.
2. Der Berufungsbeklagten (recte: der Berufungsklägerin) sei die Hälfte der während der Ehe akkumulierten Altersguthaben aus beruflicher Vorsorge zuzusprechen.

#### **des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 55 S. 2):**

1. Es sei die Berufung abzuweisen.
2. Es sei entsprechend dem Urteil und der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. Mai 2012 die Auf-

teilung der Anwartschaften des Beklagten aus der beruflichen Vorsorge (2. Säule) im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB zu verweigern.

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. Die Parteien haben am tt. März 1987 in D1. \_\_\_\_\_ [Stadt im südamerikanischen Staat D. \_\_\_\_\_] geheiratet. Sie unterstanden von Anfang an dem Güterstand der Gütertrennung (Urk. 21 S. 5 i.V. mit Urk. 22/7 und Urk. 26 S. 7 Ziff. 7). Aus ihrer Ehe sind die beiden Töchter E. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1988, und C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1995, hervorgegangen. Die Parteien lebten vorerst in D. \_\_\_\_\_, danach einige Jahre in der Schweiz. 1997 zog die Familie wieder nach D. \_\_\_\_\_, wo die Parteien mit dem Pensionskassengeld des Beklagten von über Fr. 100'000.– die Firma F. \_\_\_\_\_ S.A. erwarben. 2004 wurden alle Gesellschaftsanteile auf die Klägerin, deren zwei Söhne aus früherer Ehe und den Vater der Klägerin übertragen. Nach Darstellung des Beklagten wurde die Firma umfirmiert in G. \_\_\_\_\_ S.A. de CV und wurde danach als Handelsfirma betrieben. Nach Darstellung der Klägerin wurde diese Gesellschaft inzwischen liquidiert. Im Jahre 2008 kehrte der Beklagte in die Schweiz zurück. Die Parteien lebten seither getrennt. Die noch in der Ausbildung stehende volljährige Tochter E. \_\_\_\_\_ ist heute beim Beklagten wohnhaft, während dem die jüngere Tochter C. \_\_\_\_\_ weiterhin mit der Klägerin in D. \_\_\_\_\_ lebt.

2. Mit Eingabe vom 15. Februar 2011 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz Klage ein und beantragte gestützt auf Art. 114 ZGB die Scheidung der Ehe und die gerichtliche Regelung der Nebenfolgen. Für den Verlauf des Verfahrens vor Bezirksgericht Hinwil kann auf die entsprechende Wiedergabe im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 50 S. 3-5). Wesentlich ist, dass die Parteien eine Vereinbarung schlossen, mit der sie mit Ausnahme der Aufteilung der Anwartschaften des Beklagten aus beruflicher Vorsorge alle strittigen Punkte regelten (Urk. 39 und 41). Am 10. Mai 2012 fällte die Vorinstanz das oben wiedergegebene Urteil, mit welchem eine Aufteilung der Anwartschaften des Beklagten aus beruflicher Vorsorge verweigert wurde. Die Klägerin ersuchte fristgerecht um Be-

gründung des vorerst unbegründet zugestellten Entscheides (Urk. 45). Der begründete Entscheid wurde den Parteien am 24./30. Oktober 2012 zugestellt (Urk. 48).

3. Mit Eingabe vom 23. November 2012 erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung (Urk. 49), mit welcher sie lediglich die verweigerte Aufteilung der Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge des Beklagten beanstandete. Ausserdem stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 49 S. 3 Ziff. 8). Mit Verfügung vom 17. Dezember 2012 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 54). Die Berufungsantwort, mit welcher der Beklagte die Abweisung der Berufung beantragte und die der Klägerin zugestellt wurde, datiert vom 16. Januar 2013 (Urk. 55). In der Folge wurde mit Beschluss der Kammer vom 1. Februar 2013 festgehalten, dass alle Punkte des erstinstanzlichen Urteils mit Ausnahme der Regelung des Ausgleichs der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge mit dem 17. Januar 2013 in Rechtskraft erwachsen sind (Urk. 58, Disp. Ziff. 1). Weiter wurde der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihr Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 58, Disp. Ziff. 3). Im Hinblick auf die noch zu beurteilende Frage des Ausgleichs der beruflichen Vorsorge wurde sodann die H. \_\_\_\_\_ Personalvorsorgestiftung ersucht, das Austrittsguthaben des Beklagten per 17. Januar 2013 mitzuteilen (Urk. 58, Disp. Ziff. 2 und Urk. 60). Mit Zuschrift vom 19. Februar 2013 teilte die I. \_\_\_\_\_ Vorsorge namens der Personalvorsorgestiftung H. \_\_\_\_\_ Holding AG mit, dass sich die zu teilende Austrittsleistung per 17. Januar 2013 auf Fr. 55'584.40 belaufen habe, und dass eine Teilung grundsätzlich durchführbar sei (Urk. 62 und 63). Mit Verfügung vom 20. Februar 2013 wurde den Parteien Frist angesetzt, um hierzu Stellung zu nehmen (Urk. 64). Währenddem sich die Klägerin mit Eingabe vom 7. März 2013 ergänzend äusserte und gestützt auf Disp. Ziff. 2 der Berufungsanträge den von ihr verlangten Betrag zum Ausgleich der beruflichen Vorsorge nunmehr mit Fr. 27'792.20 bezifferte (Urk. 65), nahm der Beklagte nicht weiter Stellung. Die Eingabe der Klägerin wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zu gestellt (Prot. II S. 8).

### **Erwägungen:**

#### I.

Die Klägerin lebt in D.\_\_\_\_\_, der Beklagte in der Schweiz. Sie sind beide Schweizer Bürger. Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, dass die angerufenen Gerichte zuständig seien und dass schweizerisches Recht anzuwenden sei. Dies blieb unbestritten und auch die Vorinstanz ging sinngemäss hievon aus. Die Zuständigkeit ergibt sich denn auch aus Art. 59 lit. a IPRG und es war für die Scheidung schweizerisches Recht anzuwenden (Art 61 Abs. 1 IPRG). Im Berufungsverfahren ist einzig noch über den geltend gemachten Vorsorgeausgleich zu befinden. Da der Vorsorgeausgleich dem selben Recht untersteht wie die Scheidung, ist bei der Beurteilung des klägerischen Anspruchs ebenfalls auf schweizerisches Recht abzustellen (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, 2. A., Anh IPR N 55 mit Hinweis auf BGE 131 III 289).

#### II.

1. Die Art. 122 f. ZGB regeln die Ansprüche aus beruflicher Vorsorge, wenn ein Ehegatte oder beide Ehegatten einer Einrichtung einer beruflichen Vorsorge angehört bzw. angehören und bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten ist. Grundsätzlich müssen die Austrittsleistungen der Ehegatten hälftig geteilt werden (Art. 122 ZGB). Das Bundesgericht hat die unbedingte Natur der Forderung betont und festgestellt, dass sie unabhängig von der Aufgabenteilung zwischen den Ehegatten während der Ehe ist, genau wie die hälftige Teilung der Erzungenschaften. Der Ausgleich ist voraussetzungslos geschuldet. Kommt keine Vereinbarung der Parteien zustande, stehen jedoch die massgeblichen Austrittsleistungen fest, so entscheidet das Gericht über das Teilungsverhältnis, legt den zu überweisenden Betrag fest und holt bei den beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge eine Bestätigung über die Durchführbarkeit der in Aussicht genommenen Regelung ein (Art. 281 Abs. 1 ZPO). Ausnahmsweise kann das Gericht die Teilung der Austrittsleistungen ganz oder teilweise verweigern, wenn eine solche Teilung aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirt-

schaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Art. 123 Abs. 2 ZGB muss jedoch zurückhaltend angewendet werden, um zu verhindern, dass der Grundsatz der hälftigen Teilung der Vorsorgeguthaben untergraben wird.

2. a) Die Vorinstanz hat eine Teilung der Austrittsleistung des Beklagten verweigert. In ihren Erwägungen geht sie davon aus, dass die Klägerin in D. \_\_\_\_\_ bleiben werde, wo die Lebenshaltungskosten bedeutend geringer seien. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin nach Eintritt in das AHV-Alter infolge des AHV-Splittings eine Rente aus der 1. Säule erhalten werde. Diese wenn auch bescheidene Rente könnte ihr in Anbetracht des tieferen Lebensstandards in D. \_\_\_\_\_ die Vorsorge sichern. Dies allein genüge allerdings noch nicht, um eine Teilung des Vorsorgeanspruchs zu verweigern. Es sei aber weiter zu berücksichtigen, dass die Klägerin über eine Firma verfüge, die mit dem vom Beklagten bei der Ausreise nach D. \_\_\_\_\_ bezogenen Altersguthaben von rund Fr. 100'000.– finanziert worden sei. Die Mittel seien in die Firma F. \_\_\_\_\_ geflossen. Die Gesellschaftsanteile des Beklagten seien auf die Klägerin und ihre Familie übertragen worden, wobei - wie bereits eingangs erwähnt - der Name der Firma auf G. \_\_\_\_\_ S.A. de CV geändert worden sei. Die Vorinstanz erwähnte aber auch, dass unbestritten geblieben sei, dass diese Firma aufgelöst und statt dessen eine gleichnamige Einzelfirma gegründet worden sei. Sie erachtete indes die Angaben der Klägerin als unglaubhaft, wonach die Nachfolgefirma nur einen monatlichen Bruttogewinn von Fr. 1'678.35 abwerfe, wenn die Klägerin gleichzeitig monatliche Steuern von Fr. 700.– zahlen müsse. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die vom Beklagten bezogenen Vorsorgemittel letztlich in das Unternehmen der Klägerin geflossen seien, das mit seinem Ertrag den Lebensunterhalt der Klägerin sicherstelle. Die Klägerin sei damit vorsorgerechtlich bereits abgefunden (Urk. 50 S. 8-10). Ausserdem verbliebe dem Beklagten nur noch eine kurze Zeit, um seine Altersvorsorge zu verbessern. Er werde über eine AHV-Rente von zur Zeit höchstens Fr. 2'320.– pro Monat und eine Rente aus der Pensionskasse von höchstens monatlich Fr. 442.– verfügen können. Diese Renten würde nicht einmal zur Deckung des Existenzbedarfs genügen. Die Klägerin könne dagegen noch während längerer Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen und damit ihre Situation verbes-

sern, zumal nicht auszuschliessen sei, dass die Firma G.\_\_\_\_\_ in Zukunft höhere Gewinne abwerfen könnte. Eine Teilung der 2. Säule sei daher mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig (Urk. 50 S. 11 f.).

b) Die Klägerin hält mit der Berufung daran fest, dass die G.\_\_\_\_\_ S.A. de CV aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst worden sei. Wenn der Beklagte gelten machen wolle, die Auflösung habe nur bedeutet, dass die Klägerin die alleinige Führung des Betriebes übernommen habe, und dass sie damit über entsprechende Mittel verfügen könne, so sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz der Beklagte hiefür behauptungs- und beweispflichtig. Das vom Beklagten bezogene Vorsorgekapital stelle zwar grundsätzlich Eigentum des Beklagten dar, doch sei darüber nicht mehr zu befinden, da die Parteien in Ziff. 8 der Scheidungsvereinbarung festgehalten haben, dass sie güterrechtlich auseinandergesetzt sind. Sodann habe die Vorinstanz verkannt, dass die Klägerin derzeit über keine Altersvorsorge verfüge; sie werde nach der Pensionierung lediglich mit einer AHV-Rente auskommen müssen, die aufgrund der fehlenden Beitragsjahre bescheiden sein werde. Entgegen der Vorinstanz resultiere auch kein wirtschaftliches Ungleichgewicht, das eine Teilung als unbillig erscheinen liesse (Urk. 49 S. 5-7).

Der Beklagte wies mit der Berufungsantwort vorweg auf seine finanzielle Situation hin, wonach einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 6'593.– Auslagen von Fr. 6'551.– entgegen stünden (Urk. 55 S. 2 f.). Sodann machte er erneut geltend, dass sein Pensionskassenkapital von rund Fr. 100'000.– zum grössten Teil für den Aufbau der Existenz in D.\_\_\_\_\_ verwendet worden sei. Heute führe die Klägerin eine Einzelfirma unter dem Namen G.\_\_\_\_\_. Dieser Handelsbetrieb sei mit dem Verkauf von Maschinen aus der aufgelösten Aktiengesellschaft finanziert worden. Weiter hielt der Beklagte fest, dass seine AHV-Rente ab Oktober 2014 Fr. 1'606.– betragen werde. Seine Pensionskassenrente würde sich ohne Teilung auf Fr. 442.– belaufen, womit er insgesamt nur Fr. 2'048.– pro Monat beziehen könne. Mit einer Teilung des Vorsorgeguthabens würde sich sein monatliches Einkommen auf Fr. 1'827.– reduzieren. Die Klägerin werde eine nicht wesentlich kleinere AHV-Rente erhalten, womit sie angesichts des Kauf-

kraftunterschiedes zwischen D. \_\_\_\_\_ und der Schweiz über eine ebenbürtige Vorsorge verfüge. Sie sei daher nicht auf eine Teilung des Vorsorgekapitals angewiesen (Urk. 55 S. 3).

3. a) Wie bereits erwähnt, ist die Möglichkeit, die Teilung der Vorsorgeansprüche gegen den Willen des Berechtigten zu verweigern, restriktiv geregelt. Die Verweigerung ist nur dann zu lässig, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Wesentlich ist, dass es sich bei dem mit der Scheidungsrevision auf den 1. Januar 2000 neu eingeführten Anspruch auf Teilung der Vorsorgeansprüche gemäss Art. 122 ZGB um ein neues Rechtsinstitut handelt, das grundsätzlich zwingend ist. Der Ausgleich des Vorsorgeanspruch ist voraussetzungslos geschuldet (FamKomm Scheidung, 2. A., Baumann/Lauterburg, Art. 122 N 2). Ein bloss erhebliches wirtschaftliches Gefälle schliesst die Teilung der zweiten Säule in keiner Weise aus; ebenso genügt ein allgemeines Ungleichgewicht bei der Rente nicht (Baumann/Lauterburg, a.a.O., Art. 123 N 59 f.). Die Verweigerung der Teilung ist daher mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Teilung nur äusserst zurückhaltend anzuordnen (Thomas Geiser, Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich, AJP 2008, S. 444), d.h. nur wenn von einem krassen Ungleichgewicht auszugehen ist. Das Bundesgericht verweigerte in Beachtung dieser Vorgaben die Teilung der von der Ehefrau angesparten Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge in einem Verfahren, in dem der nicht mehr erwerbstätige Ehemann über ein Einkommen von Fr. 8'600.– und ein Vermögen in nicht bezifferter Höhe verfügte, die Ehefrau dagegen lediglich einen Mietertrag von Fr. 750.– und ein Erwerbseinkommen von Fr. 1'500.– erzielte und weiter davon auszugehen war, dass sie bei der Pensionierung hauptsächlich auf ihre AHV und eine Rente aus dem bisherigen Vorsorgekapital von Fr. 172'862.10 angewiesen sein werde. Unter diesen Umständen wurde angenommen, dass die hälftige Teilung der Freizügigkeitsleistung das bereits beträchtliche Missverhältnis zwischen der finanziellen Situation der Parteien vergrössern würde, weshalb ein Teilung zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führen würde (Pra 2009 Nr. 100 = BGE 135 III 153). Bereits in einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die wirtschaftlichen Ver-

hältnisse nach der Scheidung eine Verweigerung rechtfertigen könnten (Pra 2004 Nr. 6 = BGE 129 III 577). Solche Gründe werden vom Beklagten geltend gemacht und wurden von der Vorinstanz denn auch zur (ergänzenden) Begründung der Verweigerung der Teilung herangezogen.

Nachfolgend ist in erster Linie zu prüfen, ob die vom Beklagten vorgebrachten Behauptungen, nämlich das Vorliegen von unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, eine Teilung als unbillig erscheinen lassen. Dabei ist allerdings das vom Beklagten behauptete Vermögen der Klägerin nicht weiter zu beachten. Er hat ihr (und ihren Söhnen aus früherer Ehe) die Firma F. \_\_\_\_\_ S.A. übertragen, ohne zu erläutern, welches Rechtsgeschäft dieser Übertragung zu Grunde lag, und er hat im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung keine Ansprüche gestellt, sondern die Parteien haben vielmehr festgehalten, dass sie güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt sind und dass jede Partei behält, was sie gegenwärtig besitzt (Urk. 34 und 39, Ziff. 8). Zudem fehlt es an konkreten Behauptungen, welche genauen Beträge in die Firma F. \_\_\_\_\_ S. A. investiert wurden, erklärte doch der Beklagte, dass die Familie auch von seinem Vermögen gelebt habe, und dass es auch Fehlinvestitionen gegeben habe (Prot. I S. 13). Schliesslich wäre zu beachten, dass der Beklagte sein Pensionskassenkapital erst beim 1997 erfolgten Umzug nach D. \_\_\_\_\_ bezogen hat. Ein Teil des Kapitals ist daher offensichtlich während der 1987 geschlossenen Ehe angespart worden und wäre damit auszugleichen gewesen. Die nicht näher substantiierte Behauptung des Beklagten, wonach die Klägerin mit dem "Eigentum am Geschäft" bereits mehr als die Hälfte am "damaligen und heutigen Pensionskassenguthaben bezogen habe" (Urk. 21 S. 6), steht daher einer Teilung des Vorsorgeanspruchs nicht entgegen.

Zu beachten bleibt aber, dass im Rahmen der Teilung der Vorsorgeguthaben der Sachverhalt von Amtes wegen zu klären ist (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Dies gilt auch für die Frage, ob eine Teilung des Vorsorgeanspruchs zu verweigern ist, da eine solche als unbillig erscheint (Baumann/Lauterburg, a.a.O., Art. 123 N 71 f. und Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 10 f. zu Art. 123 ZGB). Damit waren im erstinstanzlichen Verfahren auch die weiteren Vorbringen der Parteien zu beachten. Zu berücksichtigen waren von der Vo-

rinstanz vorab die von den Parteien geltend gemachten Bedarfswerte und insbesondere auch der von der Klägerin anerkannte Kaufkraftunterschied zwischen der Schweiz und D.\_\_\_\_\_, wonach das Preisniveau in D.\_\_\_\_\_ rund 43% des schweizerischen Niveaus beträgt (Urk. 26 S. 6).

b) Im erstinstanzlichen Verfahren hatte die Klägerin mit der Klagebegründung zur Situation nach der Pensionierung lediglich vorgebracht, sie sei nicht in einer Pensionskasse versichert (Urk. 1 S. 8, Urk. 17 S. 6 und Urk. 26 S. 7). Der Beklagte führte dagegen mit der Klageantwort aus, dass die Klägerin neun Jahre jünger sei und daher noch länger Zeit habe, sich eine Altersvorsorge aufzubauen, was es rechtfertige, von einer hälftigen Teilung des bescheidenen Altersguthabens abzusehen (Urk. 21 S. 6). Mit der Duplik hielt der Beklagte vorerst fest, er wisse nicht, ob die Klägerin über eine Altersvorsorge verfüge, hielt dann aber fest, dass sie in der gemeinsamen Zeit in D.\_\_\_\_\_ weder über Alters- noch Gesundheitsvorsorge verfügt hätten. Er hielt weiter - allerdings auch ohne nähere Angaben - nochmals fest, dass die Klägerin noch genügend Zeit habe, um sich eine Altersvorsorge aufzubauen (Prot. I S. 13). Weitere Behauptungen wurden im erstinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Frage der Teilung des Vorsorgeguthabens nicht vorgebracht.

c) Mit der Berufungsbegründung blieb unbestritten, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Pensionierung nur über eine AHV-Rente von höchstens Fr. 2'320.- und eine Rente von lediglich Fr. 442.- pro Monat verfügen werde (Urk. 49 S. 6). Allein schon mit dieser Zugabe steht aber fest, dass der Bedarf des Beklagten von mindestens Fr. 3'000.- pro Monat (ohne Berücksichtigung von E.\_\_\_\_\_ und unter Weglassen der Positionen Fahrtkosten und auswärtige Verpflegung sowie einer erheblichen Reduktion der Position Steuern, vgl. Urk. 26 S. 4 unten) nicht gedeckt werden kann. Dies gilt erst recht, wenn die vom Beklagten im Berufungsverfahren eingereichte Bestätigung, wonach er bloss über eine AHV-Rente von Fr. 1'606.- pro Monat verfügen können, mitberücksichtigt wird. Eine Teilung des Vorsorgeanspruches des Beklagten würde sodann bewirken, dass die Pensionskassenrente des Beklagten erheblich reduziert würde, womit sein Bedarf erst recht nicht gedeckt wäre. Dies ist indes zu beachten, denn bei

der Prüfung der Unbilligkeit aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung ist auch die Vorsorgesituation der geschiedenen Ehegatten zu berücksichtigen (Botschaft des Bundesrates über die Änderung des ZGB vom 15. November 1995, S. 105).

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Teilung der Vorsorgeansprüche, die zu einer Vergrösserung des Mankos des Beklagten führen würde, als unbillig im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB zu bezeichnen ist, wenn die Klägerin andererseits in der Lage erscheint, ihren Bedarf im Zeitpunkt der Pensionierung zu decken bzw. wenn davon auszugehen ist, dass sie - auch ohne Teilung des Vorsorgeanspruchs des Beklagten - auf jeden Fall einen grösseren Anteil ihres Bedarfes wird decken können. In diesem Sinne hat die Vorinstanz mit ihren ergänzenden Erwägungen denn auch festgehalten, dass dem Beklagten nur noch zwei Jahre verblieben, um aus seinem derzeitigen Freibetrag von Fr. 312.– eine zusätzliche private Vorsorge anzusparen. Auch wenn die finanziellen Verhältnisse der Klägerin als ebenfalls knapp bezeichnet wurden, wurde doch darauf hingewiesen, dass die Klägerin noch während längerer Zeit einem Arbeitserwerb werde nachgehen können, womit sie besser abgesichert erscheine (Urk. 50 S. 11). Mit diesen Erwägungen hat sich die Klägerin nicht näher auseinandergesetzt. Vor der Berufungsinstanz ist jedoch vorausgesetzt, dass sich der Berufungskläger mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzt. Es ist eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid vorzunehmen (Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Art. 311 N 36). Das unsubstantiierte Vorbringen der Klägerin, wonach ihr Einkommen bescheiden sei und sie kaum die Möglichkeit habe, in der ihr noch verbleibenden Zeit eine private Altersvorsorge aufzubauen (Urk. 49 S. 7), genügt nicht. Die Klägerin behauptete allerdings, dass sie über keine Vorsorge verfüge, und dass sie angesichts von fehlenden Beitragsjahren nur eine bescheidene AHV-Rente werde beziehen können (Urk. 49 S. 7). Letzteres wurde vom Beklagten - wie bereits erwähnt - bestritten, nicht jedoch, dass die Klägerin über keine Vorsorge verfügt. Sowohl der Beklagte als auch die Klägerin unterliessen es, substantiierte Angaben zu der von der Klägerin zu erwartenden AHV-Rente zu machen. Die Klägerin machte bloss - auch ohne jegliche Bezifferung - geltend, dass

ihre AHV-Rente wegen fehlender Beitragsjahre bescheiden sein werde (Urk. 49 S. 7). Ihre AHV Rente wird jedoch aufgrund des Splittings für die Ehedauer, d.h. für die Zeit vom tt. März 1987 bis zum 17. Januar 2013, also für rund 26 Jahre, auf der selben Basis zu berechnen sein, wie diejenige des Beklagten. Ausserdem besteht für die Klägerin die Möglichkeit, weiterhin freiwillig Beiträge an die AHV zu zahlen, um so (weitere) fehlende Beitragsjahre zu vermeiden (Art. 2 Abs. 1 AHVG) . Wird von der vom Beklagten geltend gemachten AHV-Rente von Fr. 1'606.– ausgegangen, so würde ihre Rente - unter der Annahme, dass die Klägerin bis zur Heirat keine AHV-Beiträge geleistet hat, womit ihr acht Beitragsjahre fehlten (Art. 3 Abs. 1 AHVG und Art. 129bis Abs. 1 AHVG), und dass sie nun weiterhin freiwillig versichert bleibt - 81.82 % der Rente des Beklagten betragen (vgl. Art. 52 AHVV). Sie könnte demnach mit einer Rente von rund Fr. 1'310.– pro Monat rechnen.

Die Klägerin bemass ihren Bedarf unter Berücksichtigung des Preisniveaus in D.\_\_\_\_\_, inklusive den Aufwendungen für die Tochter C.\_\_\_\_\_, auf Fr. 3'426.– (Urk. 26 S. 6). Ohne die Aufwendungen für C.\_\_\_\_\_ beläuft sich der geltend gemachte Bedarf auf Fr. 2'670.–, allerdings unter Berücksichtigung von Arbeitswegkosten von Fr. 700.– für ein Auto und von sehr hoch erscheinenden Fr. 700.– für Steuern. Die erstere Position fällt jedoch mit der Pensionierung weg und die zweite ist zumindest auf rund die Hälfte zu kürzen, so dass der Bedarf der Klägerin nach der Pensionierung nur noch höchstens rund Fr. 1'600.– betragen dürfte. Mit einer AHV-Rente von Fr. 1'310.– kann die Klägerin daher rund 81% ihres dann-zumaligen Bedarfs decken.

Der Beklagte wird andererseits über eine AHV-Rente von Fr. 1'606.– und eine Pensionskassenrente von Fr. 442.– verfügen, mit welchen Beträgen von insgesamt Fr. 2'048.– er einen Bedarf von rund Fr. 3'000.– zu decken haben wird. Seine Renten lassen damit nur eine Deckung von rund 68% seines Bedarfes zu. Würde der Vorsorgeanspruch des Beklagten geteilt, was eine Reduktion seiner Pensionskassenrente um beinahe die Hälfte zur Folge hätte, so würde sich das Ungleichgewicht bezüglich der Leistungsfähigkeit der Parteien im Pensionierungsalter noch weiter zu Lasten des Beklagten verschieben. Damit erscheint mit

der Vorinstanz eine Aufteilung der Vorsorgeansprüche des Beklagten im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB als unbillig, zumal die Klägerin die Möglichkeit hat, bis zum Eintritt in das AHV-Alter im April 2022 weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und damit ihre finanzielle Situation zu verbessern. Die Teilung des Freizügigkeitsguthabens des Beklagten ist damit zu verweigern.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig, wobei die Kosten aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Eine Entschädigung an den Beklagten ist nicht auszurichten (Art. 123 Abs. 3 lit. c ZPO). Es sind keine besonderen Umstände geltend gemacht worden, die eine solche rechtfertigen würden; die aufgewendete Zeit für die Abfassung der Berufungsantwort ist nicht zu entschädigen (Suter/von Holzen in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Art. 95 N 41).

2. Da die Kosten der Klägerin aufzuerlegen sind, wird das Begehren des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos. Es ist entsprechend abzuschreiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Teilung des Vorsorgeguthabens (2. Säule) des Beklagten wird verweigert.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, 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 Fr. 27'792.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: js