

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC130007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Beschluss und Urteil vom 7. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. November 2012; Proz. FE120338**

Gemeinsames Scheidungsbegehren:

(act. 1 und 2 sinngemäss, Prot. VI S. 2)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller gestützt auf Art. 111 ZGB zu scheiden und die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen vom 17. September 2012 zu genehmigen.

**Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. November 2012:**

(act. 26, S. 6 f.)

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
2. Die Vereinbarung der Gesuchsteller vom 17. September 2012 über die Scheidungsfolgen wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:
 - a) Die Parteien verzichten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB.
 - b) Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, bei der Übertragung des Mietvertrages über die bisherige Wohnung der Familie an der C._____-Strasse ..., D._____, mit allen Rechten und Pflichten auf den Gesuchsteller mitzuwirken.
 - c) In güterrechtlicher Hinsicht behält jede Partei, was sie zurzeit besitzt respektive was auf ihren Namen lautet.
 - d) Jeder Gesuchsteller übernimmt die von ihm eingegangenen beziehungsweise auf ihn lautenden Schulden.
 - e) Die Parteien verzichten in Kenntnis der Rechtslage gegenseitig auf den Ausgleich der während der Ehe geäußneten Austrittsguthaben aus beruflicher Vorsorge.
 - f) Mit Vollzug dieser Vereinbarung sind die Parteien in ehe-, scheidungs- und güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt.
3. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 3'000.– (Pauschalgebür) festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. Verlangt keiner der Gesuchsteller eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebür auf zwei Drittel.
4. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt. Verlangt einer der Gesuchsteller die schriftliche Begründung dieses Entscheides, trägt er die daraus entstehenden Mehrkosten.

5. Vom gegenseitigen Verzicht der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

6./7. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 24, S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 1. November 2012 in Sachen B.____ / A.____ (Geschäftsnummer FE 120338-K/U/ch) teilweise aufzuheben und die zwischen den Parteien während der Ehe geäußerten Austrittsguthaben aus beruflicher Vorsorge hälftig zu teilen.
2. Unter Kostenfolge zulasten des Kantons Zürichs.
3. Unter Entschädigungsfolge von CHF 8'500.00 zulasten des Berufungsbe-
klagten (zzgl. 8% MWST). "

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil des Einzelgerichts Winterthur vom 1. November 2012 wurde die Ehe der Parteien auf gemeinsames Begehren hin geschieden und die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen genehmigt (act. 6). Mit Schreiben vom 9. November 2012 verlangte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) eine schriftliche Begründung, was der zuständige Einzelrichter unter Hinweis darauf, die Parteien hätten rechtsgültig auf Begründung und Berufung verzichtet, ablehnte (act. 10).
2. Am 30. November 2012 erhob die Berufungsklägerin eine erste Berufung gegen das Urteil mit den im vorliegenden Berufungsverfahren gestellten Anträgen. Mit Beschluss vom 21. Januar 2013 trat die Kammer auf die Berufung nicht ein. Sie erwog, dass kein rechtsgültiger Verzicht der Parteien auf Begründung und Berufung vorliege und die gegen das unbegründete Urteil gerichtete Berufung unzulässig sei (act. 12). Am 24. Januar 2013 ersuchte die Berufungsklägerin die

Vorinstanz erneut um Zustellung eines begründeten Urteils (act. 13). Das mit der korrekten Rechtsmittelbelehrung versehene, begründete vorinstanzliche Urteil ging der Berufungsklägerin am 30. Januar 2013 zu (act. 19 und 20).

3. Am 1. Februar 2013 erhob die Berufungsklägerin erneut Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 24). Nach Eingang des ihr mit Verfügung vom 7. Februar 2013 auferlegten Prozesskostenvorschusses (act. 27 und 29), wurde dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Gleichzeitig wurde der Berufungsbeklagte aufgefordert, einen Ausweis seiner Vorsorgekasse über die während der Ehe geäufteten Vorsorgeguthaben sowie eine Durchführbarkeitsbestätigung der Vorsorgekasse einzureichen (act. 30). Die Zusammenstellung bzw. Bestätigung der Vorsorgekasse datiert vom 2. April 2013 (act. 34) und wurde der Berufungsklägerin zur Stellungnahme zugestellt (act. 35). Die Stellungnahme der Berufungsklägerin ging dem Berufungsbeklagten am 27. April 2013 zu (act. 39). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Formelles

1. Der Berufungsbeklagte hat innert angesetzter Frist keine Berufungsantwort erstattet und auch keine Anschlussberufung erhoben. Androhungsgemäss (act. 30 S. 2) ist das Verfahren ohne die Berufungsantwort weiterzuführen.

2. Die Berufung richtet sich einzig gegen Ziff. 2.e des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs. Angefochten ist die Regelung betreffend Aufteilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge (act. 24 S. 2 und 6). Soweit das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten wurde, ist es mit Ablauf der unbenützten Berufungsantwortfrist in Rechtskraft erwachsen. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO war dies am 8. April 2013 der Fall (act. 30 und 31; Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Rechtskraft ist vorab vorzumerken.

III. Materielles

1. Die Berufungsklägerin erachtet die Genehmigung der Scheidungsvereinbarung hinsichtlich der Vorsorgeregelung als gesetzeswidrig. Sie macht geltend, die Regelung hätte nicht genehmigt werden dürfen, weil eine anderweitige Gewährleistung der Alters- und Invalidenvorsorge nicht vorgelegen habe (act. 24 S. 6 ff.).
2. Die Parteien verzichteten gemäss der bei der Vorinstanz eingereichten Vereinbarung "in Kenntnis der Rechtslage gegenseitig auf den Ausgleich der während der Ehe geäuften Austrittsguthaben aus beruflicher Vorsorge" (act. 2 S. 3 Ziff. 7). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung wurden die Vorsorgeguthaben der Parteien erhoben und es wurde den Parteien die gesetzliche Regelung erläutert, welche als Grundsatz die hälftige Teilung der Austrittsleistungen und die nur ausnahmsweise mögliche Genehmigung einer abweichenden Regelung vorsieht (Prot. VI S. 3). In Kenntnis ihres errechneten Anspruches von rund CHF 50'000.-- erklärte die Berufungsklägerin, darauf verzichten zu wollen (a.a.O.).
3. Zur Begründung der Genehmigung dieser Vereinbarung erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, die Berufungsklägerin sei im Scheidungszeitpunkt etwas über 32 Jahre alt, der Berufungsbeklagte bald 45jährig, mithin rund 12 ½ Jahre älter. Aufgrund ihres vergleichsweise jungen Alters und ihrer intakten Berufsaussichten sei es der Berufungsklägerin ohne weiteres möglich, in den kommenden 32 Jahren bis zu ihrer ordentlichen Pensionierung eine angemessene Altersvorsorge anzusparen und den errechneten Verzicht aufzuholen, wenn sie ihre Eigenverantwortung bei der Planung ihrer beruflichen Altersvorsorge bei Selbständigkeit wahrnehme. Die Parteien hätten die Vereinbarung erst rund einen Monat nach der Unterzeichnung dem Gericht eingereicht. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie sich bereits vor der Anhörung einlässlich mit dem Inhalt auseinandergesetzt hätten. Zusätzlich sei die Vereinbarung vor Schranken einlässlich erläutert worden, so dass keine Übereilung oder Willensmängel ersichtlich seien. Insgesamt erweise sich daher die ganze Scheidungskonvention und dabei insbesondere auch der Verzicht auf die Teilung der beruflichen Vorsorgegelder als genehmigungsfähig (act. 26 S. 5).

4. Mit Berufung kann geltend gemacht werden, die Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht (Bähler, DIKE-Komm-ZPO online, Art. 289 N 5). Die Berufungsklägerin macht wie gesehen geltend, die Vereinbarung der Parteien betreffend die berufliche Altersvorsorge verstosse gegen die zwingende Regelung von Art. 123 ZGB.

5. Gemäss Art. 280 Abs. 1 ZPO genehmigt das Gericht eine Vereinbarung über die Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge, wenn die Ehegatten sich über die Teilung und deren Durchführung geeinigt haben, eine Bestätigung der beteiligten Einrichtungen über die Durchführbarkeit und die Höhe der Gutschriften vorliegt und wenn sich das Gericht davon überzeugt hat, dass die Vereinbarung dem Gesetz entspricht. Verzichtet ein Ehegatte in der Vereinbarung ganz oder teilweise auf seinen Anspruch, so prüft das Gericht von Amtes wegen, ob eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist (Art. 280 Abs. 3 ZPO). Art. 280 Abs. 3 ZPO entspricht Art. 123 Abs 1 ZGB und stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, gemäss welchem während der Ehedauer geäufterte Vorsorgeguthaben der Ehegatten hälftig zu teilen sind (Art. 122 ZGB).

6. Der Vorsorgeausgleich ist zwingend und der Parteidisposition grundsätzlich entzogen (Botschaft zum Scheidungsrecht vom 15. November 1995 S. 100; Baumann/Lauterburg, FamKomm I, 2. Aufl., Art. 122 N 2 mit weiteren Hinweisen; Geiser, FamPra 2008, Heft 2 S. 309 ff.). Der Gestaltungsspielraum ergibt sich aus der Umschreibung der zulässigen Ausnahmen. Es gilt der Grundsatz der hälftigen Teilung ohne dass ehebedingte Nachteile vorausgesetzt wären (Entscheid 5A_79/2009, E.2; BGE 129 III 577 f. u.a.). Die zwingenden Regeln bilden auch den Massstab der gerichtlichen Prüfung. Die gerichtliche Überprüfungspflicht beschränkt sich nicht auf offensichtliche Unangemessenheit, sondern es gelten der Untersuchungs- und der Offizialgrundsatz (Mosimann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 280 N 19 und 26; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zvilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 10 N 31a; Baumann/Lauterburg, FamKomm II, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 280 N 15 ff.). Liegt weder eine hälftige Teilung noch eine zulässige Abweichung von dieser vor, ist die Genehmigung der Vereinbarung an sich ausge-

schlossen, was in der Praxis indes nicht immer eingehalten wird, wenn die Parteien an einer an sich nicht zulässigen Abweichung festhalten wollen. Dies ändert indes nichts daran, dass eine Genehmigung dem Gesetz widerspricht, wenn die Voraussetzungen des Verzichts nicht gegeben sind.

7. Art. 123 ZGB lässt einen Verzicht zu, wenn *"eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist."* Wann dies der Fall ist, wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet (vgl. Übersicht bei: Spycher, BK ZPO, Art. 280 N 16) und wurde höchstrichterlich bisher nicht entschieden. Umstritten ist, ob sich "entsprechend" auf das bezieht, was dem verzichtenden Ehegatten nach Gesetz zustehen würde (Baumann/Lauterburg, FamKomm I, a.a.O., Art. 123 N 16 ff.) oder ob eine den Verhältnissen der Ehegatten entsprechende Vorsorge ausreichend ist (Geiser, FamPra 2008, S. 309 f.). In der Literatur auch vertreten wurde, dass ein Verzicht möglich sei, wenn die berechtigte Partei wesentlich jünger ist und die Teilung bei ihr zu einer für ihr Alter übermässigen Vorsorge führe (Baumann/Lauterburg, a.a.O., Art. 123 N 18 unter Hinweis auf: Geiser, ZBJV 2000, 89, 94). Als vorausgesetzt muss gestützt auf den Wortlaut der Gesetzesbestimmung davon ausgegangen werden, dass der Verzicht ein vorsorgetaugliches Surrogat voraussetzt (Baumann/Lauterburg, a.a.O., Art. 123 N 11).

8. Vorliegend hat die Berufungsklägerin glaubhaft dargelegt und ist unbestritten, dass sie über keine beruflichen Vorsorgeguthaben verfügt (Prot. VI S. 3). Dies wurde auch im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Der Berufungsbeklagte weist gestützt auf den entsprechenden Nachweis der Vorsorgekasse E. _____ per 1. November 2012 ein Vorsorgeguthaben von CHF 227'453.75 aus (act. 34). Abzüglich der bis 1. November 2012 aufgezinsten Guthaben bei der Heirat äufnete er während der Ehedauer ein Guthaben von CHF 92'740.20. Gestützt darauf steht der Berufungsklägerin ein Guthaben von CHF 46'370.10 zu.

Auf diesen Anspruch konnte die Berufungsklägerin nur verzichten, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben waren.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Berufungsklägerin heute über irgendwelche Surrogate verfügt, welche die anderweitige Vorsorge gewährleisten würde. Die Vor-

instanz begründet die Gewährleistung der entsprechenden Alters- und Invalidenvorsorge ausschliesslich mit den der Berufungsklägerin aufgrund des Alters und des Berufes gegebenen künftigen Möglichkeiten, die – wie auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid festhält – davon abhängen, wie die Berufungsklägerin ihre Eigenverantwortung bei der Planung der beruflichen Altersvorsorge bei Selbstständigkeit wahrnimmt. Eine *Gewährleistung* anderweitiger Vorsorge liegt bei diesen Verhältnissen weder für die Zukunft und noch weniger für den Zeitpunkt des Verzichts vor, was vorauszusetzen wäre. Die Vorinstanz hätte unter den gegebenen Umständen den Verzicht der Berufungsklägerin nicht zulassen und die entsprechende Vereinbarung der Parteien nicht genehmigen dürfen.

Die Berufung erweist sich damit als begründet und es ist Dispositiv Ziff. 2 lit. e des Urteils des Einzelgerichts Winterthur vom 1. November 2012 aufzuheben.

9. Fehlt es an einem zulässigen Ausnahmetatbestand, so sind die während der Ehe geäußerten Vorsorgeguthaben unter den Ehegatten je hälftig zu teilen. Auf Seiten der Berufungsklägerin besteht kein Guthaben, weshalb auch eine Teilung entfällt. Beim Berufungsbeklagten wurde die Korrektheit der im Berufungsverfahren neu eingereichten Zusammenstellung der E._____ nicht in Zweifel gezogen und es ergeben sich auch keine Hinweise auf eine Unrichtigkeit.

Die Berechnung der Austrittsleistung ist nach der im Berufungsverfahren eingereichten Bestätigung (act. 34) nach wie vor auf den Scheidungszeitpunkt 1. November 2012 bezogen, obwohl mit der Ergreifung des Rechtsmittels auch der Zeitpunkt für die Rechtskraft der Scheidung hinausgeschoben wurde. Die Berufungsklägerin hat dies im Berufungsverfahren nicht moniert, was sinngemäss als Verzicht auf eine Neuberechnung gewertet werden muss. Angesichts der Geringfügigkeit der zu erwartenden Änderung erscheint ein solcher Verzicht als zulässig, so dass auf Weiterungen zu verzichten ist.

Der Berufungsklägerin steht ein Vorsorgeanspruch in der Höhe von CHF 46'370.10 zu. Die Vorsorgekasse des Berufungsbeklagten ist entsprechend anzuweisen, diesen Betrag auf ein von der Berufungsklägerin zu bezeichnendes Vorsorgekonto zu überweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Berufungsklägerin hat ausschliesslich Ziff. 2 e des Urteilsdispositivs angefochten (act. 24 S. 2 i.V.m. S. 6). Die Kosten- und Entschädigungsregelung des vorinstanzlichen Verfahrens blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Es bleibt damit kein Raum für die von der Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Ausführungen zu den Kosten geltend gemachte Kostentragung durch den Kanton Zürich für sämtliche Verfahren (act. 24 S. 9).

2. Im Berufungsverfahren liegt der während der Ehe geäußnete hälftige Vorsorgeanspruch im Streit. Der Streitwert beträgt damit CHF 46'370.10. Die Prozesskosten werden nach den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen den Parteien nach Obsiegen bzw. Unterliegen auferlegt (Art. 106 ZPO). Als im Rechtsmittelverfahren unterliegend kann eine Partei aber nur gelten, wenn sie sich geäußert hat. Wenn der korrigierte Entscheid allein auf einen Fehler des Gerichts und nicht auf einen Parteiantrag zurückgeht und sich der Rechtsmittelbeklagte mit dem Entscheid auch nicht identifiziert hat, kann er nicht als unterliegend betrachtet werden, weshalb ihm auch keine Kosten aufzuerlegen sind. Diesfalls sind die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Rüegg, BSK ZPO, N 5 Art. 106; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, N 39 Art. 318; OGer ZH, NK100014 vom 12. Januar 2011, E. 6). Eine Grundlage dafür, die Berufungsklägerin aus der Gerichtskasse zu entschädigen, besteht nicht (Entscheid OGer ZH PS110126 vom 19. Juli 2011 S. 5; Jenny, a.a.O., N 25 und 26 Art. 107).

3. Die Höhe von Gerichtsgebühr richtet sich nach §§ 4 und 12 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. November 2012 am 8. April 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
 2. Die Vereinbarung der Gesuchsteller vom 17. September 2012 über die Scheidungsfolgen wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:
 - a. Die Parteien verzichten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB.
 - b. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, bei der Übertragung des Mietvertrages über die bisherige Wohnung der Familie an der C.____-Strasse ..., D.____ mit allen Rechten und Pflichten auf den Gesuchsteller mitzuwirken.
 - c. In güterrechtlicher Hinsicht behält jede Partei, was sie zurzeit besitzt respektive was auf ihren Namen lautet.
 - d. Jeder Gesuchsteller übernimmt die von ihm eingegangenen beziehungsweise auf ihn lautenden Schulden.
 - e. .
 - f. Mit Vollzug dieser Vereinbarung sind die Parteien in ehe-, scheidungs- und güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt.
 3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– (Pauschalgebühr) festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
Verlangt keiner der Gesuchsteller eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.
 4. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt.

Verlangt einer der Gesuchsteller die schriftliche Begründung dieses Entscheides, trägt er die daraus entstehenden Mehrkosten.
 5. Vom gegenseitigen Verzicht der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 2 lit. e des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. November 2012 wird aufgehoben.
2. Die E. _____ wird angewiesen, von dem auf den Berufungsbeklagten B. _____ lautenden Freizügigkeitskonto (Versicherten Nr. ...) den Betrag von Fr. 46'370.10 auf ein von der Berufungsklägerin A. _____ zu bezeichnendes, auf ihren Namen lautendes Vorsorgekonto zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und bezüglich Ziffer 2 an die E. _____, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Fr. 46'370.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: