

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC150001-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und Dr. M. Schaffitz, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## Urteil vom 28. August 2015

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 16. Oktober 2014 (FE130412-K)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 14 S. 2)

- „1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Es sei das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, unter die elterliche Sorge der Klägerin zu stellen.
3. Es sei der Beklagte berechtigt zu erklären, die Tochter am ersten Samstag oder Sonntag jeden Monats von 09.00 Uhr - 20.00 Uhr auf seine Kosten zu besuchen. Der Besuch sei vier Wochen im voraus der Klägerin mitzuteilen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, an Kosten für Unterhalt und Erziehung für das Kind einen Betrag von Fr. 900.–/Monat, zahlbar monatlich im voraus und gerichtsüblich indexiert, bis zum Abschluss einer ersten ordentlichen Ausbildung zu bezahlen. Dieser Unterhaltsbeitrag sei auch über die Volljährigkeit hinaus zu bezahlen, sofern das Kind bei der Mutter wohnhaft ist, keine eigene Zahlstelle bezeichnet und sich in einer ersten ordentlichen Ausbildung befindet.
5. Es sei festzustellen, dass der Beklagte mangels ausreichender Leistungsfähigkeit nicht zur Bezahlung einer Rente an die Klägerin zur Deckung ihres gebührenden Unterhalts verpflichtet werden kann (Art. 129 Abs. 3 ZGB).
6. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind.
7. Es sei eine Vereinbarung der Parteien, die nachgereicht wird, zu genehmigen. Diese Vereinbarung beinhaltet, dass das Pensionskassenguthaben des Beklagten im Betrag von Fr. 23'000.– auf das Freizügigkeitskonto der Klägerin zu überweisen sei und damit sämtliche offenen persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin, welche der Beklagte gemäss Eheschutzverfügung vom 31. August 2009 bis zur rechtskräftigen Scheidung schuldet, als beglichen gelten.
8. Eventualiter: Es sei auf eine Teilung der Pensionskassenguthaben zu verzichten.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

**Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht  
Winterthur vom 16. Oktober 2014:**

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Der Klägerin wird die alleinige elterliche Sorge für die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, übertragen.
3. Die Obhut für die Tochter C.\_\_\_\_\_ wird der Klägerin zugeteilt.
4. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ am ersten Samstag oder Sonntag jeden Monats von 09.00 Uhr bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu betreuen.  
Die Parteien haben die Ausübung des Besuchsrechts mindestens vier Wochen im Voraus miteinander abzusprechen. Können sich die Parteien darüber nicht einigen, kommt dem Beklagten in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht über die Termine zu. In Jahren mit ungerader Jahreszahl hingegen kommt der Klägerin das Entscheidungsrecht über die eigenen Termine zu.
5. Mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten werden keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.
6. Mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten wird kein nachehelicher Unterhalt zugesprochen.
7. Die Pensionskasse D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorsorgekonto der Klägerin (Versicherten-Nr. ..., AHV-Vers.-Nr. ...) CHF 6'259.20 auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten (Konto Nr. ...) bei der Stiftung Auffangeinrichtung E.\_\_\_\_\_ zu überweisen.
8. Es wird festgestellt, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind.
9. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 3'600.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.  
Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.
10. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
11. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteienschädigung in der Höhe von CHF 4'500.– (ohne 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(12./13 Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 39 S. 2):

- „1. Es sei Ziff. 6 des Dispositives des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei der Beklagte zu verpflichten, für die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, an Kosten für Erziehung und Unterhalt einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.–/Monat ab Rechtskraft des Scheidungsurteils, gerichtsüblich indexiert, zahlbar monatlich im voraus, bis zum vollendeten 18. Altersjahr der Tochter zu bezahlen. Dieser Unterhaltsbeitrag sei auch über die Volljährigkeit hinaus zu bezahlen, sofern die Tochter sich noch in einer ersten Ausbildung befindet, bei der Mutter wohnhaft ist und keine eigene Zahlstelle bezeichnet.
- 1.2. Es sei Ziff. 4 des Dispositives des angefochtenen Scheidungsurteils zu ergänzen, indem der Beklagte als berechtigt zu erklären sei, mit der Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, eine Woche im August in den Schulferien jedes Jahr die Ferien bei den Eltern des Beklagten in Italien zu verbringen. Dieses Ferienbesuchsrecht sei vom Beklagten drei Monate im voraus der Klägerin schriftlich mitzuteilen.
- 1.3. Es sei Ziff. 7 der Dispositives des Scheidungsurteils zu ändern und es auf das Vorsorgekonto der Klägerin (Versicherten-Nr. ..., AHV-Vers-Nr. ...) Fr. 23'000.– vom Freizügigkeitskonto des Beklagten (Konto Nr. ...) bei der Stiftung Auffangeinrichtung E.\_\_\_\_\_ zu überweisen.
- 1.4 Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 45, sinngemäss):

Gutheissung der klägerischen Berufungsanträge.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Die Parteien haben am tt. August 2001 in Winterthur geheiratet. Sie sind die Eltern der gemeinsamen Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004. Seit dem Frühsommer 2009 leben die Parteien getrennt. Das Getrenntleben wurde mit Verfügung der Eheschutzrichterin am Bezirksgericht Winterthur vom 31. August 2009 geregelt, wobei die Tochter unter die Obhut der Klägerin gestellt und dem Beklagten ein gerichtsübliches Besuchsrecht eingeräumt wurde. Mit Eingabe vom 25.

November 2013 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz die Scheidungsklage ein. Der Beklagte beteiligte sich am vorinstanzlichen Verfahren nicht. Mit Urteil vom 16. Oktober 2014 sprach die Vorinstanz die Scheidung aus und regelte die Nebenfolgen. Dabei wurde der Klägerin die elterliche Sorge und Obhut über die Tochter zugeteilt und dem Beklagten ein Besuchsrecht von einem Tag pro Monat zugesprochen. Mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten wurde dieser zu keinen Unterhaltszahlungen verpflichtet. Die Pensionskasse der Klägerin wurde angewiesen, auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten Fr. 6'259.20 zu überweisen. Die Vorinstanz stellte überdies fest, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt seien.

Mit ihrer Berufung möchte die Klägerin erreichen, dass das Besuchsrecht des Beklagten mit einem Ferienbesuchsrecht ergänzt wird, dieser zu Unterhaltszahlungen für die Tochter verpflichtet wird und vom Vorsorgekapital des Beklagten ein Betrag von Fr. 23'000.– zur Abgeltung von Unterhaltsschulden auf das Vorsorgekonto der Klägerin übertragen wird, wie das die Parteien vereinbart hätten. In einer schriftlichen Stellungnahme widersetzt sich der Beklagte diesen Anträgen nicht.

## II.

Über den Gang des vorinstanzlichen Verfahrens gibt das angefochtene Urteil Auskunft (Urk. 40 S. 3 f.). Gegen das Urteil hat die Klägerin mit Eingabe vom 6. Januar 2015 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 39). Mit Verfügung vom 10. Februar 2015 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 44). Mit Eingabe vom 18. März 2015 nahm er Stellung (Urk. 45). Mit Beschluss vom 15. April 2015 wurde vorgemerkt, dass das angefochtene Urteil in den Dispositivziffern 1-3, 6, 8-11 (betr. Scheidung, Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut, nahehelichen Unterhalt, güterrechtliche Auseinandersetzung, Kosten- und Entschädigungsfolgen) am 1. April 2015 in Rechtskraft erwachsen ist. Zudem wurde beiden Parteien Frist angesetzt, um Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 46). Von den Vorsorgeeinrich-

tungen der Parteien wurden Auskünfte über die Höhe der Austrittsleistungen per 1. April 2015 und Erklärungen zur Durchführbarkeit der Teilung eingeholt (Urk. 49-54). Am 13. Mai 2015 fand die Anhörung der Tochter C.\_\_\_\_\_ durch eine Gerichtsdelegation statt (Prot. II S. 9 ff.). Die Klägerin reichte Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen mit Eingabe vom 6. Mai 2015 ein (Urk. 56-58). Der Beklagte blieb dagegen säumig (vgl. Urk. 60). Mit Beschluss vom 26. Juni 2015 wurde der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwältin Dr. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Zudem wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Protokoll der Kindesanhörung und zu den von den Vorsorgeeinrichtungen eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen (Urk. 61), wobei innert Frist keine Stellungnahmen eingegangen sind.

### III.

1. Es liegt ein internationaler Sachverhalt, d.h. ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vor. Die Klägerin und die Tochter C.\_\_\_\_\_ haben Wohnsitz in der Schweiz, der Beklagte in Italien. Es ist daher zu prüfen, ob die schweizerischen Gerichte zuständig sind, und gegebenenfalls das anwendbare Recht zu ermitteln (vgl. FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, Anh. IPR N 1 f.).

Die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beklagten und der Tochter gehört zu den Kindesschutzmassnahmen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 30). Gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG kommt für den Schutz von Kindern in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und das anwendbare Recht das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (kurz Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011) zur Anwendung. Die Anwendung des Kindesschutzübereinkommens beschränkt sich auf seine Vertragsstaaten (Art. 51 HKsÜ). Italien hat das Abkommen nicht ratifiziert. Daher ist das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit

der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; SR 0.211.231.01) anwendbar (Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen, BBl 2007, S. 2629; BSK IPRG-Schwander, Art. 85 N 37). Gemäss Art. 1 MSA sind die Gerichte des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Die schweizerischen Gerichte sind daher zur Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beklagten und seiner Tochter zuständig und wenden dabei schweizerisches Recht an (Art. 2 MSA).

Die internationale Zuständigkeit für den Kindesunterhalt richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ); nach dessen Art. 5 Ziff. 2 lit. c ist das Scheidungsgericht auch für die Regelung des Kindesunterhalts zuständig. Bezüglich des anwendbaren Rechts gilt das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211.213.01; Art. 83 Abs. 1 IPRG). Art. 4 Abs. 1 dieses Übereinkommens bestimmt, dass das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend ist. Somit kommt schweizerisches Recht zu Anwendung.

Das Scheidungsgericht ist für den Vorsorgeausgleich zuständig (Art. 63 Abs. 1 IPRG; BSK IPRG-Bopp, Art. 63 N 26). Anwendbar ist schweizerisches Recht (Art. 63 Abs. 2 IPRG), zumal vorliegend keine im Ausland liegenden Vorsorgegelder involviert sind (vgl. BSK IPRG-Bopp, Art. 63 N 28 f.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist schweizerisches Prozessrecht, insbesondere die Schweizerische Zivilprozessordnung, anwendbar (Sutter-Somm/Seiler in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 2 N 3).

2. 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. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid 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 in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36 f.). 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.

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). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (BGE 138 III 626 f. E 2.2).

3. Wie soeben erwähnt, ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen, soweit vorliegend Kinderbelange zu regeln sind (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Zudem ist das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

#### IV.

1. a) Die Vorinstanz hat die massgeblichen Gesichtspunkte für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Elternteil, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und dem unmündigen Kind zutreffend dargelegt; es kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (Urk. 40 S. 11 f.).

Die Vorinstanz hat den Beklagten für berechtigt erklärt, seine Tochter am ersten Samstag oder Sonntag jeden Monats von 09.00 Uhr bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu betreuen. Dies entsprach dem Antrag der Klägerin vor Vorinstanz (Urk. 14 S. 2). Zur Begründung führte die Vorinstanz u.a. aus, der Beklagte habe die Tochter seit seinem Umzug nach Süditalien anfangs 2013 nicht mehr gesehen. Er rufe sie ab und zu an. C.\_\_\_\_\_ habe dem Gericht in einem kurzen Schreiben mitgeteilt, für sie sei der bisherige Kontakt in Ordnung. Der Beklagte sei suchtkrank – nach Angaben der Klägerin bezüglich Alkohol, Tabletten und Heroin (Urk. 14 S. 4). Eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls durch ein auch nur begrenztes Zusammensein, welche einen völligen Verzicht auf ein Besuchsrecht des Beklagten zur Folge hätte, ergebe sich aus diesen Gegebenheiten nicht. Vielmehr lägen auch bei den dargelegten Umständen zur Gestaltung einer persönlichen Beziehung des Beklagten zum Kind regelmässige Besuche in dessen Interesse. Dem Gefährdungspotenzial aufgrund der Suchterkrankung des Beklagten könne durch zeitlich eingeschränkte Besuche ohne Übernachtungen begegnet werden. Dadurch liessen sich die potentiell nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs für die zehnjährige C.\_\_\_\_\_ in vertretbaren Grenzen halten. Daneben entspreche eine derartige Regelung der Besuche auch der konkreten Wohn- und Lebenssituation der Beteiligten und nehme Rücksicht darauf, dass Vater und Tochter seit geraumer Zeit lediglich in sporadischem telefonschem Kontakt stünden (Urk. 40 S. 14).

b) Im Berufungsverfahren beantragt die Klägerin zusätzlich ein einwöchiges Ferienbesuchsrecht pro Jahr. Zur Begründung wird ausgeführt, der Beklagte habe der Klägerin am 6. November 2014 einen Brief geschrieben, in welchem er ihr erklärt habe, es gehe ihm jetzt gut, er habe sich integriert und lebe drogenfrei. Er könne arbeiten und habe sein Leben in den Griff bekommen. Der Beklagte wünsche ein jährliches Ferienbesuchsrecht von einer Woche im August in Italien bei seinen Eltern. Am 27. Dezember 2014 habe die Klägerin die Eltern des Beklagten, welche in F.\_\_\_\_\_ (Italien) lebten, getroffen, um mit ihnen zu besprechen, ob es möglich sei, dass C.\_\_\_\_\_ bei ihnen zusammen mit dem Beklagten eine Woche im Jahr die Ferien verbringen könne. Die Eltern des Beklagten seien dazu gerne bereit (Urk. 39 S. 3 und 5).

c) Im von der Klägerin eingereichten Schreiben des Beklagten vom 6. November 2014 teilt dieser mit, er habe es mit Hilfe von G.\_\_\_\_\_ und ihren Eltern, mit denen er zusammenlebe, geschafft, sich zu integrieren. Er bestätigt, dass er drogenfrei sei. Das wichtigste sei jetzt, dass er sich nicht von seinen täglichen Schuldgefühlen überrennen lasse, was C.\_\_\_\_\_ betreffe. In der Schweiz habe er als Vater nichts gebracht. Hier sei er gesund und arbeitsfähig. Er würde gerne den Kontakt, auch wenn mit mehr Distanz, zu C.\_\_\_\_\_ wieder aufnehmen in Form von Ferien, hier in H.\_\_\_\_\_ oder in F.\_\_\_\_\_ bei den Grosseltern (Urk. 42/2). Den Wunsch nach Ferien mit der Tochter wiederholte der Beklagte in einem Faxschreiben vom 22. Dezember 2014 (Urk. 42/3).

Anlässlich der Kindesanhörung vom 13. Mai 2015 sagte C.\_\_\_\_\_, bevor ihr Vater nach Italien ausgewandert sei, habe sie ihn regelmässig, etwa alle zwei Wochen, gesehen. Danach habe sie zunächst keinen Kontakt mehr gehabt. Seit letzten Dezember würden sie etwa einmal pro Woche telefonieren. Sie hätten auch schon über einen Besuch gesprochen, aber wegen der grossen Arbeitslast des Vaters sei dies nicht zustande gekommen. Sie sei schon oft bei ihren Grosseltern in Italien zu Besuch gewesen. An Weihnachten seien sie zwei bis drei Tage in der Schweiz zu Besuch gewesen und hätten ihr ein Geschenk mitgebracht. Sie sprächen gut genug Schweizerdeutsch, dass sie sich verständigen könnten. Sie könne sich vorstellen, zu den Grosseltern zu Besuch zu gehen, wenn die Mutter sie an den Flughafen bringe und wieder abhole. Der Vater könne dann bei den Grosseltern vorbeikommen. Sie würde lieber bei den Grosseltern als beim Vater wohnen, da sie ihn doch schon länger nicht mehr gesehen habe (Prot. II S. 10).

Die Parteien beantragen übereinstimmend die Festlegung eines einwöchigen Ferienbesuchsrechts. Auch die Tochter kann sich vorstellen, ihren Vater in Italien zu besuchen. Da sich Vater und Tochter seit rund zweieinhalb Jahren nicht mehr gesehen haben und sich ein regelmässiger telefonischer Kontakt offenbar erst seit gut einem halben Jahr eingestellt hat, erscheint es angebracht, das Ferienbesuchsrecht auf eine Woche zu beschränken. Der Beklagte ist daher für berechtigt zu erklären, seine Tochter jährlich eine Woche auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, und zwar während der Sommerschulferien,

wobei er den genauen Zeitpunkt der Klägerin mindestens drei Monate im voraus schriftlich mitzuteilen hat. Der Beklagte wehrt sich nicht dagegen, das Besuchsrecht bei seinen Eltern auszuüben, was auch dem Wunsche der Tochter entspricht. Dem Beklagten ist daher eine entsprechende Weisung zu erteilen.

2. a) Die Vorinstanz hat davon abgesehen, den Beklagten zu Unterhaltszahlungen zu verpflichten. Gestützt auf einen Kaufkraftvergleich der UBS, Preise und Löhne, Ausgabe 2012, ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beklagte als Maler in Süditalien höchstens Fr. 1'900.– netto verdienen könne und einen Notbedarf von etwa Fr. 2'000.– bis 2'200.– habe. Zudem sei er suchtkrank. Er sei offensichtlich nicht in der Lage, ein über seinen Notbedarf hinausgehendes Einkommen zu erzielen (Urk. 40 S. 18).

In der Berufungsschrift kritisiert die Klägerin, dass die Vorinstanz auf den erwähnten Kaufkraftvergleich abgestellt habe, der sich auf Rom beziehe, während der Beklagte in H.\_\_\_\_\_ bei der Familie seiner Freundin wohne. Vor Vorinstanz habe er nicht bestritten, dass er € 3'500.– pro Monat verdienen könnte. Da er sich in einem Faxschreiben an die Klägerin bereit erklärt habe, Fr. 700.– pro Monat als Unterhaltsbeitrag für die Tochter zu bezahlen, sei dieser Betrag angemessen (Urk. 39 S. 4).

Mit Beschluss vom 15. April 2015 war der Beklagte aufgefordert worden, Unterlagen über seine finanziellen Verhältnisse einzureichen (Urk. 46). Er blieb indessen säumig. Daher ist die konkrete Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht bekannt.

b) Im erwähnten Faxschreiben des Beklagten an die Klägerin vom 22. Dezember 2014 teilte er mit, dass er beruflich recht gut habe Fuss fassen können. Mit ein paar öffentlichen Aufträgen habe er sich einen Namen gemacht und sei daher sehr gut ausgelastet (Urk. 42/3). Dass er als Maler arbeitet, bestätigte C.\_\_\_\_\_ in der Kindesanhörung (Prot. II S. 11). Offenbar war er bereits in der Schweiz als solcher tätig. Die Taggeldabrechnung der I.\_\_\_\_\_ vom 13. August 2009 für den Beklagten nennt in der Policenbezeichnung „J.\_\_\_\_\_ AG, ... [Ortschaft]“ (Urk. 4/6/2). Im Eheschutzbegehren vom 2. Juli 2009 führte die Klägerin

beim Beklagten als Beruf „gel. Maler“ auf, gemeint wohl „gelernter Maler“ (Urk. 4/1).

Gemäss der Webseite [www.iltuosalarario.it](http://www.iltuosalarario.it) der Stiftung WageIndicator verdient ein Maler in Italien mit fünfjähriger Berufserfahrung durchschnittlich € 1'788.– pro Monat, mit zehnjähriger Erfahrung € 1'923.–. Allerdings dürfte der Lohn im Süden des Landes eher tiefer liegen. Mangels konkreter Anhaltspunkte sind auch für die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs statistische Werte heranzuziehen. Der durchschnittliche Unterhalt (Median) betrug im Jahre 2012 nach Angaben des Istituto nazionale di statistica für eine Familie in K. \_\_\_\_\_ (zu welcher Region die Provinz H. \_\_\_\_\_ gehört) € 1'611.– ([www.istat.it/it/archivio/95184](http://www.istat.it/it/archivio/95184), Prospetto 5), wobei auch Einpersonenhaushalte als „Familie“ erfasst wurden. Für eine alleinstehende Person im Alter zwischen 35 und 64 Jahren betrug der Median auf ganz Italien bezogen € 1'714.– (d.h. 82,48 % der Durchschnittsfamilie ganz Italiens; Prospetto 3). Dies entspricht einem Wert von € 1'328.– für eine Einzelperson in K. \_\_\_\_\_. Allerdings wohnt der Beklagte offenbar nicht alleine, sondern bei der Familie L. \_\_\_\_\_, was sich vor allem auf die Wohn- und Energiekosten auswirkt. Von den € 1'611.– für eine Durchschnittsfamilie in K. \_\_\_\_\_ entfallen 27,7 % + 5,1 % darauf (= € 528.–). Bei einer Einzelperson sind es 36,2 % (Prospetto 3), was bezogen auf einen Gesamtbedarf von € 1'328.– € 480.– ergibt. Nimmt man an, dass sich der Beklagte zur Hälfte an den Wohn- und Energiekosten beteiligt, beträgt sein Bedarf noch € 1'112.– ( $\text{€ } 1'328.- - \text{€ } 480 + \{\text{€ } 528:2\}$ ). Bei einem Einkommen von € 1'800.– verbleibt dem Beklagten ein Überschuss von € 688.– bzw. Fr. 743.– (Umrechnungskurs 1 € = Fr. 1.08). Der Beklagte ist daher antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt der Tochter C. \_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– zu bezahlen, zahlbar ab Rechtskraft des Scheidungsurteils, d.h. ab 1. April 2015. Im Urteilsdispositiv sind Einkommen und Vermögen der Parteien (vgl. für die Klägerin Urk. 58/5) sowie die Indexierung der Unterhaltsbeiträge festzuhalten (Art. 282 Abs. 1 lit. a und d ZPO).

3. a) Die Klägerin hatte vor Vorinstanz eine Vereinbarung der Parteien vom 1. bzw. 8. Juli 2014 eingereicht, wonach vom Vorsorgeguthaben des Beklagten

Fr. 23'000.– auf das Freizügigkeitskonto der Klägerin zu übertragen seien und im Gegenzug die persönlichen Unterhaltsbeiträge, welche der Beklagte gestützt auf die Eheschutzverfügung vom 31. August 2009 bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils schulde, getilgt seien (Urk. 14 S. 6; Urk. 20). Die Vorinstanz hat die Teilung der Austrittsleistungen aus beruflicher Vorsorge nach Gesetz durchgeführt und ist der Parteivereinbarung nicht gefolgt; dies im Wesentlichen mit der Begründung, der Beklagte habe einen Anspruch aus beruflicher Vorsorge von Fr. 6'259.20 und es sei nicht einsichtig, inwiefern seine Alters- und Invaliditätsvorsorge bei der vereinbarten Übertragung von Fr. 23'000.– gleichwohl gewährleistet wäre (Urk. 40 S. 20).

Im Berufungsverfahren hält die Klägerin an ihrem Antrag fest, wonach Fr. 23'000.– vom Freizügigkeitskonto des Beklagten auf ihr Vorsorgekonto zu übertragen seien. Der Beklagte habe gegenüber der Klägerin Schulden von mindestens Fr. 23'000.–. Er lebe in Italien und werde voraussichtlich weiterhin dort in relativ bescheidenen Verhältnissen leben und das Geld von seiner Pensionskasse in der Schweiz nicht beziehen müssen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass er der Klägerin die Schulden „für Unterhalt für sie persönlich und das Kind“ nicht werde begleichen können. Dagegen sei die Klägerin auf eine gewisse Altersvorsorge in der Schweiz angewiesen. In diesem Zusammenhang verweist die Klägerin darauf, dass sie ein bescheidenes Einkommen habe, wegen der Kinderbetreuung noch etliche Jahre nicht voll erwerbstätig sein könne und der Beklagte keinen persönlichen Unterhaltsbeitrag inkl. Beitrag für die Vorsorge bezahlen könne. Eine hälftige Aufteilung der Pensionskassenguthaben erscheine daher unbillig. Die Vorinstanz habe die Vereinbarung der Parteien zu Unrecht nicht genehmigt, zumal die Gerichtspraxis diesbezüglich sehr grosszügig sei, wenn die Parteien sich über die güterrechtliche Auseinandersetzung im Hinblick auf eine Vereinbarung betreffend die Pensionskassenguthaben, die von der hälftigen Teilung abweiche, geeinigt hätten (Urk. 39 S. 5).

b) Gemäss Auskunft der Pensionskasse der Klägerin beträgt die von ihr während der Ehe erworbene Freizügigkeitsleistung per Rechtskraft des Scheidungsurteils (1. April 2015) Fr. 56'457.– (Urk. 53). Die Stiftung Auffangeinrichtung

E.\_\_\_\_\_ teilte mit, die entsprechende Freizügigkeitsleistung des Beklagten betrage Fr. 40'855.20 (Urk. 51). Nach Art. 122 Abs. 1 ZGB hat jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der Austrittsleistung des andern Ehegatten. Bei gegenseitigen Ansprüchen ist der Differenzbetrag zu teilen (Abs. 2). Der Beklagte hätte daher Anspruch auf Zuweisung von Fr. 7'800.90.

Art. 123 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass ein Ehegatte in der Vereinbarung auf seinen Anspruch ganz oder teilweise verzichten kann, wenn eine entsprechende Alters- oder Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist. Dies hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 280 Abs. 3 ZPO). Das Gericht kann ausserdem die Teilung ganz oder teilweise verweigern, wenn sie aufgrund der gütterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre (Abs. 2). Vorliegend hat der Beklagte in der Vereinbarung auf mehr als die Hälfte der ihm zustehenden Austrittsleistung verzichtet. Ob dies überhaupt zulässig ist, ist umstritten (vgl. BSK ZGB I-Walser, Art. 123 N 9, m.w.H.). Die Frage kann aber vorliegend offenbleiben.

Der Teilungsanspruch bezweckt einen Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung und dient der wirtschaftlichen Selbständigkeit jedes Ehegatten nach der Scheidung. Er ist Ausdruck der mit der Ehe verbundenen Schicksalsgemeinschaft. Widmet sich ein Ehegatte während der Ehe der Haushaltführung und der Kinderbetreuung und verzichtet er deshalb ganz oder teilweise auf eine Erwerbstätigkeit, soll er bei der Scheidung von der Einrichtung der beruflichen Vorsorge seines Partners einen Teil der von diesem während der Ehe aufgebauten Vorsorge erhalten. Die Teilung der Austrittsleistung bezweckt den Ausgleich seiner Vorsorgelücke und erlaubt ihm, sich in die eigene Vorsorgeeinrichtung wieder einzukaufen. Sie zielt auch auf seine wirtschaftliche Unabhängigkeit nach der Scheidung ab. Diese Formulierung darf aber nicht in dem Sinn verstanden werden, dass ein Anspruch auf Vorsorgeausgleich nur besteht, wo aufgrund der Aufgabenteilung während der Ehe ein vorsorgerechtlicher Nachteil entstanden und insoweit eine Art ehebedingter Vorsorgescha-den nachgewiesen ist. Vielmehr ist der Teilungsanspruch als Folge der Schicksalsgemeinschaft nicht davon abhängig, wie sich die Ehegatten während

der Ehe die Aufgaben geteilt haben. Der Ausgleich findet mit anderen Worten – wie dies auch bei der hälftigen Teilung der Errungenschaft der Fall ist – voraussetzungslos statt; die hälftige Teilung der Leistungen orientiert sich am abstrakten Kriterium der formellen Ehedauer (bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils) und nicht an der tatsächlich gelebten ehelichen Gemeinschaft. Der gesetzliche Verweigerungsgrund von Art. 123 Abs. 2 ZGB erfordert, dass – erstens – die Teilung offensichtlich unbillig ist und – zweitens – die offensichtliche Unbilligkeit ihren Grund in der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder den wirtschaftlichen Verhältnissen nach der Scheidung hat. Diese Bestimmung ist restriktiv anzuwenden, um das Prinzip der hälftigen Teilung der Vorsorgeguthaben nicht auszuhöhlen. Bei der Beurteilung der offensichtlichen Unbilligkeit ist das Sachgericht auf sein Ermessen verwiesen (BGE 136 III 452 f.). In BGE 133 III 505 anerkannte das Bundesgericht, dass das Gericht die Teilung der Austrittsleistungen nicht nur dann ganz oder teilweise verweigern kann, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre; eine Verweigerung falle auch dort in Betracht, wo die Teilung im konkreten Einzelfall und bei Vorliegen eines dem gesetzlichen vergleichbaren oder ähnlichen Tatbestandes gegen das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs verstiesse (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Für weitere Verweigerungsgründe bleibe hingegen kein Raum.

Ein Verzicht ist nur unter der einzigen Voraussetzung möglich, dass die entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist. Dies gilt auch beim (geringfügigen) Teilverzicht. Das Surrogat müsste in quantitativer und qualitativer Hinsicht dem entsprechen, worauf verzichtet wird (CHK-Gloor/Umbricht, ZGB 123 N 3). Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern die Alters- und Invalidenvorsorge des Beklagten auf andere Weise gewährleistet ist. Aus Güterrecht erhielt der Beklagte nichts. Die Klägerin führte vor Vorinstanz aus, mangels Errungenschaften bestünden keine Forderungen aus Güterrecht (Urk. 14 S. 6). Vielmehr hat der Beklagte gemäss klägerischer Darstellung Unterhaltsschulden, worauf die Vorinstanz zu Recht hingewiesen hat (Urk. 40 S. 20). Die dargelegten Verdienstmöglichkeiten des Beklagten lassen nicht erwarten, dass er die Vorsorgelücke wird schliessen können. Ein Teilungsverzicht seitens des Be-

klagen ist daher nicht zulässig. Die Teilung der Austrittsleistungen ist aber auch nicht deshalb unbillig, weil die Klägerin (ebenfalls) in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebt (vgl. Urk. 61) und der Beklagte ihr gegenüber Unterhaltsschulden hat. Weder hat sich der Beklagte rechtsmissbräuchlich verhalten noch besteht nach der Scheidung ein krasses wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien.

Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Genehmigung der Parteivereinbarung verweigert (Art. 280 Abs. 1 lit. c und Abs. 3) und die Teilung der Austrittsleistungen angeordnet. Da die Teilung der Officialmaxime unterliegt (vgl. BK ZPO-Spycher, Art. 280 N 5), wird das Verbot der reformatio in peius im Berufungsverfahren durchbrochen (Blickensdorfer, DIKE-Komm-ZPO, Vor Art. 308-334, N 94; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 448). Die Pensionskasse der Klägerin ist somit anzuweisen, Fr. 7'800.90 auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten bei der Stiftung Auffangeinrichtung E. \_\_\_\_\_ zu überweisen.

## V.

Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens sind nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO), wobei in Kinderbelangen (ohne Kindesunterhalt) praxisgemäss die Kosten hälftig auferlegt werden. Das Besuchsrecht ist mit einem Drittel zu gewichten. Den Parteien ist daher vorab je 1/6 der Kosten aufzuerlegen. Im Übrigen obsiegt die Klägerin bezüglich des Kindesunterhalts (Gewichtung 1/2) und unterliegt bezüglich des Vorsorgeausgleichs (Gewichtung 1/6). Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin einen Drittel und dem Beklagten zwei Drittel der zweitinstanzlichen Kosten aufzuerlegen und letzteren zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– – ohne Mehrwertsteuerzuschlag, da ein solcher nicht beantragt wurde – zu bezahlen. Der Kostenanteil der Klägerin ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ am ersten Samstag oder Sonntag jeden Monats von 09.00 Uhr bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu betreuen.

Die Parteien haben die Ausübung des Besuchsrechts mindestens vier Wochen im Voraus miteinander abzusprechen. Können sich die Parteien darüber nicht einigen, kommt dem Beklagten in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht über die Termine zu. In Jahren mit ungerader Jahreszahl hingegen kommt der Klägerin das Entscheidungsrecht über die eigenen Termine zu.

Der Beklagte ist überdies berechtigt, die Tochter C.\_\_\_\_\_ jährlich eine Woche auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, und zwar während der Sommerschulferien, wobei er den genauen Zeitpunkt der Klägerin mindestens drei Monate im voraus schriftlich mitzuteilen hat. Dem Beklagten wird die Weisung erteilt, das Ferienbesuchsrecht bei seinen Eltern auszuüben.

2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt der Tochter C.\_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus ab 1. April 2015 bis zum vollendeten 18. Altersjahr der Tochter. Dieser Unterhaltsbeitrag ist auch über die Volljährigkeit hinaus zu bezahlen, sofern die Tochter sich noch in einer ersten Ausbildung befindet, bei der Mutter wohnhaft ist und keine eigene Zahlstelle bezeichnet.
3. Diese Unterhaltsregelung beruht auf folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien:

Klägerin:	Einkommen	Fr. 3'942.– monatlich inkl. Kinderzulagen
	Vermögen	Fr. 0.–
Beklagter	Einkommen	€ 1'800.– monatlich
	Vermögen	€ 0.–

4. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 2 hiervor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Juli 2015 mit 97.8 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2016, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

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

5. Die Pensionskasse D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, vom Vorsorgekonto der Klägerin (Versicherten-Nr. ..., AHV-Vers.-Nr. ...) Fr. 7'800.90 auf das Freizügigkeitskonto des Beklagten (Konto Nr. ...) bei der Stiftung Auffangeinrichtung E.\_\_\_\_\_ zu überweisen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
7. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt. Der Kostenanteil der Klägerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositivauszug Ziff. 5 und 9 an die Pensionskasse D.\_\_\_\_\_, c/o D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], und an die Stiftung Auffangeinrichtung E.\_\_\_\_\_, Freizügigkeitskonten, ... [Adresse], sodann an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein bzw. an den Beklagten gegen Rückschein (AR).

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

10. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. August 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Kenny

versandt am:

mc