

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC140006-O/U.doc

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

Urteil vom 8. Oktober 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Y. _____

betreffend **Ergänzung Scheidungsurteil**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 19. Dezember 2013 (FP100007-F)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.1996, D._____, geb. tt.mm.1998 und E._____, geb. tt.mm.2002, unter die elterliche Sorge der Kindesmutter zu stellen und ihr zur Erziehung und Obhut zuzuweisen.
2. Der Kindesvater sei berechtigt zu erklären, die Kinder jeweils am 1. Wochenende eines jeden Monats von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr sowie während 2 Wochen in den Schulferien (Ferien sind 3 Monate im Voraus mit der Kindesmutter abzusprechen) zu sich zu Besuch zu nehmen.
3. Der Kindesvater sei zu verpflichten, an den Unterhalt und die Erziehung der gemeinsamen Kinder monatlich vorschüssig mit Wirkung ab dem 1.10.2009 je Fr. 3'000.– zuzüglich Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen (mit Nachklagerecht unter dem Vorbehalt des Beweisergebnisses mit Anrechnung der zwischenzeitlich geleisteten Kinderalimente).
Absolviert das Kind im Zeitpunkt der Mündigkeit eine Ausbildung (Lehre, Anlehre oder Gymnasium) so dauert die Zahlungspflicht bis zu deren Abschluss, wobei bei weiter andauerndem gemeinsamem Haushalt mit der Kindesmutter die Alimente ohne Widerspruch des Kindes weiterhin via Kindesmutter zu bezahlen sind.
4. Diese Kinderunterhaltsbeiträge seien nach der gerichtsblichen Formel alljährlich auf den 1.1. mit Basis November des Vorjahres der Teuerung anzupassen.
5. Die gescheiterte Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB sei aufzuheben, nachdem der Kindesvater insbesondere nicht bereit war, sich für den heute in der Sek. A befindlichen C._____ einzusetzen/zu unterstützen und dieser ein Lebensjahr in der Kleinklasse verlor (ähnlich gegen jüngeren D._____).
6. Der Kindesvater sei gestützt auf den zwingenden Art. 122 ZGB zu verpflichten, der Kindesmutter die Hälfte seines während der Ehe geäuften Pensionskassenguthabens auf ein noch zu eröffnendes Freizügigkeitskonto der Kindesmutter zu überweisen.

UKEF."

Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Dezember 2013:

1. Das Urteil des Amtsgerichts Schöneberg vom 16. Mai 2007 wird in der Hauptsache (Scheidungspunkt) anerkannt.
Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 25. August 2009 rechtskräftig geschieden sind.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.1996, D._____, geboren am tt.mm.1998, und E._____, geboren am tt.mm.2002, werden unter die elterliche Sorge und Obhut der Klägerin gestellt.

3. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, E. _____ jeweils am ersten Sonntag des Monats von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
4. Der Beklagte ist berechtigt, die Tochter E. _____ während der Schulferien im Jahr 2013 für eine Woche und ab dem Jahr 2014 für die Dauer von 2 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus der Klägerin anzumelden.

5. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.
6. Die bestehende Beistandschaft für die drei Kinder gemäss Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB wird fortgeführt.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder C. _____, D. _____ und E. _____ folgende Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich gesetzlicher und/oder vertraglicher Ausbildungs- resp. Kinderzulagen, zu bezahlen:

- Fr. 2'180.- für C. _____ und D. _____ ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils bis zum Erreichen der Mündigkeit;
- Fr. 2'050.- für E. _____ ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils bis zum 31. August 2014;
- Fr. 2'180.- für E. _____ ab dem 1. September 2014 bis zum Erreichen der Mündigkeit.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

8. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 7 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen Beklagter (netto, ohne Kinder-/Ausbildungszulagen, inkl. Boni und weitere Gratifikationen, inkl. Ertrag aus der Liegenschaft ... [Adresse]): Fr. 25'000.-

Vermögen Beklagter:

Aktiven: Liegenschaften in ... [Adresse], und ... [Adresse], abzgl. Schulden von Fr. 1'661'650.-.

9. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 7 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende November 2013 von 99,1 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2015, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{99,1}$$

10. Die Pensionskasse F._____ Vorsorgeeinrichtung, ... [Adresse], wird angewiesen, mit Rechtskraft des vorliegenden Urteils vom Vorsorgekonto des Beklagten (AHV-Nr. ..., Personal Nr. ...) **Fr. 94'536.10.-** zuzüglich 0,8 % Zins pro Jahr seit dem 26. August 2009 bis zur Auszahlung auf ein von der Klägerin (AHV-Nr. ...) noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.
11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 10'000.00 ; die weiteren Gerichtskosten betragen
Fr. 29'905.50 Gutachterkosten
12. Die Kosten werden dem Beklagten zu 2/3 und der Klägerin zu 1/3 auferlegt.

Die geleisteten Vorschüsse werden mit den gesamten Gerichtskosten verrechnet, unabhängig davon, von wem sie geleistet wurden. Es wird festgestellt, dass die Klägerin keinen Vorschuss geleistet hat und der Beklagte einen solchen in der Höhe von total Fr. 14'451.-. Der Fehlbetrag wird von den Parteien gemäss ihrer tatsächlichen Zahlungspflicht nachgefordert.
13. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'000.- (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%) zu bezahlen.

(14./15. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 248 S. 2 f.):

- "1. Dispositiv Ziffer 10 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. FP100007-F, Beleg B S. 60-61) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

'Der Antrag der Klägerin auf Überweisung der Hälfte des vom Beklagten während der Ehe geäußerten Pensionskassenguthabens auf ein von der Klägerin noch zu eröffnendes Freizügigkeitskonto wird abgewiesen.'

2. Disp. Ziff. 12 Absatz 1 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. FP100007-F, Beleg B S. 61) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

'Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.'

3. Disp. Ziff. 13 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. FP100007-F, Beleg B S. 61) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

'Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.'

4. Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens seien vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
5. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 256 S. 2):

- "1. Die Berufung vom 17.2.2014 des Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens seien vollumfänglich dem Berufungskläger aufzuerlegen.
3. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine tarifgemässe Parteientschädigung (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen."

Erwägungen:

I.

Die Parteien haben am tt. Mai 1994 in G._____ [Deutschland] geheiratet. Zuvor hatten sie am tt. Mai 1994 vor dem Notar in G._____ einen Ehevertrag ge-

geschlossen, in dem sie den Vorsorgeausgleich ausschlossen, Gütertrennung vereinbarten und gegenseitig auf nahehelichen Unterhalt verzichteten; der Beklagte verpflichtete sich für den Fall der Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen, der Klägerin die Liegenschaft ... [Adresse] zu übertragen. Die Parteien haben drei gemeinsame Kinder. Seit dem Jahr 2004 leben die Parteien getrennt. Die Ehe wurde mit Urteil des Amtsgerichts Schöneberg in Berlin vom 16. Mai 2007 geschieden, ein Vorsorgeausgleich wurde nicht angeordnet und die "Folgesachen Kindes- und Ehegattenunterhalt" wurden abgewiesen. Mit Urteil vom 20. August 2008 verpflichtete das Kammergericht in Berlin-Schöneberg den Beklagten auf Berufung der Klägerin hin, dieser monatlich eine Unterhaltsrente von € 650.00 zu bezahlen. Die Scheidung ist seit dem 25. August 2009 rechtskräftig. Mit der im Jahre 2010 bei der Vorinstanz eingereichten Klage strebte die Klägerin die Ergänzung des deutschen Scheidungsurteils bezüglich Kinderbelange und Vorsorgeausgleich an. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Regelung der Kinderbelange blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Bezüglich des Vorsorgeausgleichs bejahte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit und sprach der Klägerin die Hälfte des während der Ehe in der Schweiz geäufteten Vorsorgeguthabens des Beklagten zu; in Bezug auf den nicht vorgenommenen Vorsorgeausgleich des schweizerischen Pensionskassenguthabens könne das deutsche Scheidungsurteil nicht anerkannt werden. Der Beklagte ist der Auffassung, eine Ergänzung des deutschen Urteils sei in diesem Punkt nicht zulässig.

II.

Die Klage wurde am 20. April 2010 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Über den Gang des erstinstanzlichen Verfahrens gibt das angefochtene Urteil vom 19. Dezember 2013 Bescheid (Urk. 249 S. 2 ff.). Gegen dieses Urteil hat der Beklagte mit Eingabe vom 17. Februar 2014 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 248). Der Prozessvorschuss von Fr. 8'000.– wurde vom Beklagten rechtzeitig geleistet (Urk. 254). Die Berufungsantwort ging am 7. Mai 2014 ein (Urk. 256). Mit Beschluss vom 8. Mai 2014 wurde vorgemerkt, dass das erstinstanzliche Urteil in den Dispositivziffern 1-9, 11 und 12 Abs. 2 am 7. Mai 2014 in

Rechtskraft erwachsen ist (Urk. 261). Mit Eingabe vom 2. Juni 2014 nahm der Beklagte zu den mit der Berufungsantwort eingereichten Beilagen Stellung (Urk. 265). Diese Stellungnahme wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

III.

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: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 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. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). 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, 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).

IV.

1. Unbestritten ist, dass die Vorinstanz für die Ergänzung des Scheidungsurteils hinsichtlich des Vorsorgeausgleichs gestützt auf Art. 64 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 59 IPRG zuständig war (Urk. 249 S. 14 und 15 f.; Urk. 248 S. 4; Urk. 256 S. 6).

2. a) Ob eine ausländische Entscheidung lückenhaft oder ergänzungsbedürftig ist, beurteilt sich nach dem in der Sache anwendbaren Recht, der *lex causae* (Urk. 249 S. 30; Bopp/Grolimund, FamPra.ch 2003 S. 513, unter Hinweis auf BGer 5C.173/2001, E. 2b; BSK IPRG-Bopp, Art. 64 N 8; Leuba, Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité, in: Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011, S. 123).

b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass auf die Ergänzung nicht das tatsächlich auf die Scheidung angewandte Recht, sondern das Scheidungsstatut nach Art. 61 IPRG und damit schweizerisches Recht anwendbar sei (Urk. 249 S. 16, unter Hinweis auf BGE 131 III 289, E. 2.4; BSK IPRG-Bopp. Art. 64 N 10 und 12; Urk. 249 S. 16).

c) Der Beklagte anerkennt, dass der Vorsorgeausgleich (auch) im Ergänzungsverfahren dem Scheidungsstatut untersteht. Als dieses sei aber durch die deutschen Gerichte rechtskräftig das deutsche Recht bestimmt worden. Das deutsche Scheidungsurteil sei von der Vorinstanz im Scheidungspunkt vorbehaltlos anerkannt worden. Das für die Anerkennung anwendbare bilaterale Abkommen vom 2. November 1929 (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 2. November 1929 {Vollstreckungsabkommen}, SR 0.276.191.361) sehe nirgends

vor, dass die Schweiz im Fall eines von deutschen Gerichten und unter Anwendung des deutschen Heimatrechts deutscher Scheidungsparteien (wenn auch mit Wohnsitz in der Schweiz) ausgesprochenen, rechtskräftigen Scheidungsurteils das Scheidungsstatut ändern könnte. Selbst wenn man der von der Vorinstanz zitierten Auffassung von Bopp im Allgemeinen folgen möchte, wonach in Art. 61 IPRG auf das anwendbare und nicht auf das tatsächlich angewandte Scheidungsstatut verwiesen werde, erweise sich das im vorliegenden Fall als unzulässig. Die Vorinstanz übersehe, dass Staatsverträge dem IPRG vorgingen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) und dass sich eine solche "Umdeutung" des Scheidungsstatuts nicht auf das anwendbare bilaterale Abkommen stützen lasse (Urk. 248 S. 5 f.).

d) In BGE 131 III 289 (E. 2.4 f.) hat das Bundesgericht entschieden, dass sich der Vorsorgeausgleich nach dem auf die Scheidung selbst anzuwendenden Recht richtet (bestätigt in BGE 134 III 661 E. 3.1). Im Urteil 5A_874/2012 (E. 4.1) hat das Bundesgericht ausgeführt, demgegenüber sei für die Höhe der Anwartschaften und die Frage, wie die Aufteilung vollzogen werden könne, die auf die einzelne Vorsorgeeinrichtung anwendbare Rechtsordnung massgebend. Entsprechend komme grundsätzlich das schweizerische Recht unabhängig davon, in welchem Land die Ehegatten über Vorsorgeguthaben verfügten, auf den Vorsorgeausgleich – nicht aber auf das Verhältnis der Parteien zu den einzelnen Vorsorgeeinrichtungen – zur Anwendung, wenn die Scheidung in der Schweiz ausgesprochen werde oder eine Ergänzung in der Schweiz erfolge (Art. 61 Abs. 1, 3 und 4 IPRG). Eine Ausnahme bestehe indessen, wenn beide Ehegatten die gleiche ausländische Staatsangehörigkeit hätten und nur einer in der Schweiz Wohnsitz habe. Diesfalls sei das gemeinsame Heimatrecht für den Vorsorgeausgleich massgeblich (Art. 61 Abs. 2 IPRG), sofern es die Scheidung nicht verunmögliche oder übermässig erschwere (Art. 61 Abs. 3 IPRG). Damit ist auch gleich gesagt, dass das nach schweizerischem IPR auf die Scheidung anwendbare Recht - vorliegend also schweizerisches Recht – und nicht das vom ausländischen Gericht angewandte materielle Scheidungsrecht gemeint ist, wie dies die Vorinstanz unter Hinweis auf BSK IPRG-Bopp zutreffend festgehalten hat (ebenso Schwander, FamPra.ch 2009 S. 861; Stutzer, FamPra.ch S. 255; Bopp/Grolimund, FamPra.ch

2003 S. 514 f.; AR GVP 18/2006 Nr. 3480 [Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 20. Juni 2006]).

Die (bereits erfolgte) Anerkennung des ausländischen Scheidungsurteils ist Voraussetzung für die Ergänzung. Durch die Anerkennung wird ein ausländisches Urteil einem schweizerischen gleichgestellt, es werden ihm diejenigen Wirkungen zuerkannt, die einem entsprechenden Urteil in der Schweiz zukommen. Damit wird das Scheidungsstatut, nach welchem der ausländische Richter entschieden hat, nur im Hinblick auf die Statusfrage festgemacht, nicht aber für die Nebenfolgen, über die nicht – oder jedenfalls nicht mit Wirkung für das Inland – entschieden wurde und die daher der Ergänzung bedürfen (Bopp/Grolimund, a.a.O., S. 515). Der Einwand des Beklagten, das Vollstreckungsabkommen (das die Ergänzung von Scheidungsurteilen nicht regelt) stehe der Anwendung des schweizerischen Rechts im Ergänzungsverfahren im Wege, geht daher fehl.

Dass das deutsche Scheidungsstatut im Ergänzungsverfahren gestützt auf die Ausnahmeklausel von Art. 15 Abs. 1 IPRG zur Anwendung gelangen müsse, macht der Beklagte zu Recht nicht geltend. Es stellt sich daher auch nicht die Frage einer Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 IPRG (Urk. 248 S. 7 ff., lit. d-g)

3. a) Zu prüfen ist, ob das deutsche Scheidungsurteil eine der Ergänzung zugängliche Lücke aufweist, was der Beklagte in Abrede stellt (Urk. 248 S. 4 f.). Eine Ergänzung kommt nur dann in Frage, wenn im bisherigen Urteil über eine bestimmte Frage nicht entschieden worden ist. Ist im Scheidungsurteil ein bestimmter Anspruch beurteilt worden, und sei es auch, dass der Anspruch aus materiellen oder formellen Gründen abgelehnt worden ist, so ist eine Ergänzung nicht mehr möglich. Vielmehr kann dann nur noch eine Abänderung zur Diskussion stehen, welche regelmässig an weitere Voraussetzungen gebunden ist (BGer 5A_874/2012, E. 2.1 Abs. 2). Immerhin verlangt das Bundesgericht, dass das ausländische Gericht Kenntnis von der Höhe des schweizerischen Vorsorgeguthabens hat, wenn es eine Ausgleichszahlung festlegt, damit diese Regelung von den schweizerischen Gerichten willkürfrei anerkannt werden kann (BGer 5A_835/2010, E. 2.5; vgl. auch BGE 131 III 289, E. 2.8 f.).

b) Das Familiengericht am Amtsgericht Schöneberg hat in seinem Urteil vom 16. Mai 2007 für Recht erkannt, dass der Versorgungsausgleich nicht stattfindet (Urk. 85/1 S. 1). Dieser Urteilsspruch blieb in den nachfolgenden Rechtsmittelverfahren bestehen.

c) Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass nach schweizerischem Recht bei der Scheidung grundsätzlich ein hälftiger Vorsorgeausgleich zu erfolgen habe (Art. 122 Abs. 1 aZGB; recte: ZGB). Ein Verzicht resp. Ausschluss sei nur im engen Rahmen von Art. 123 Abs. 1 aZGB (recte: ZGB) möglich. Insbesondere könne nicht im Voraus, beispielweise mittels Ehevertrag, auf die Teilung der Guthaben aus beruflicher Vorsorge verzichtet werden (unter Hinweis auf BSK ZGB I-Walser, 3. Aufl., Art. 123 N 3). Das Bundesgericht habe sodann explizit festgehalten, dass ein Verzicht auf den Vorsorgeausgleich im Rahmen eines Ehevertrags ungültig sei (BGer 5A_623/2007, E. 4.1). Demnach müsste ein in der Schweiz ergangenes Urteil, in welchem zwischen den Ehegatten keinerlei Ausgleich über das in der Schweiz geäußnete Vorsorgeguthaben bei einer schweizerischem Recht unterstellten Vorsorgeeinrichtung vorgenommen worden sei, als lückenhaft qualifiziert und ergänzt werden. Bereits daraus ergebe sich, dass das deutsche Scheidungsurteil in Bezug auf die Regelung des Vorsorgeausgleichs als lückenhaft und somit nach schweizerischem Recht und bundesgerichtlicher Rechtsprechung als ergänzungsbedürftig zu qualifizieren sei (Urk. 249 S. 31 f.).

d) Der Beklagte hat – wenn auch in anderem Zusammenhang – ausgeführt, das Amtsgericht Schöneberg habe zwar in erster Instanz in seinem Urteil vom 16. Mai 2007 den Versorgungsausgleich gemäss § 1587 BGB infolge des Ehevertrags der Parteien im Sinne von § 1408 und § 1410 BGB ausgeschlossen. Demgegenüber sei das Kammergericht Berlin als zweite Instanz in seinem Urteil vom 20. August 2009 materiell auf die dagegen erhobene Berufung der Klägerin eingetreten. Es habe erwogen, diese verkenne in ihrer Argumentation völlig, dass sie mit der ihr zugedachten Immobilie bei der Scheidung einen Vermögenswert erhalte, der selbst einen beträchtlichen eigenständigen Altersvorsorgewert habe. Ferner habe es das Kammergericht Berlin nicht bei einer abgestuften Wirksamkeitsprüfung zum Ehevertrag der Parteien belassen, sondern auch eine eigene und

einlässliche Ausübungskontrolle nach § 242 BGB vorgenommen. Mit Blick auf Art. 15 IPRG zeige sich, dass die Frage des Vorsorgeausgleichs zwischen den Parteien im Rahmen des anwendbaren Scheidungsstatuts mit einlässlicher Begründung und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles geprüft und entschieden worden sei (Urk. 248 S. 7 f.).

e) Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, in den deutschen Urteilen sei nicht über das in der Schweiz liegende BVG-Guthaben des Beklagten entschieden worden. Dieses werde mit keinem einzigen Wort konkret erwähnt und es würden darüber auch keine Berechnungen erstellt. Im Dispositiv werde es ebenfalls nicht erwähnt. Damit sei bereits die Ergänzungsbedürftigkeit des deutschen Scheidungsurteils hinsichtlich der obligatorischen BVG-Aufteilung als Nebenfolge erstellt (Urk. 256 S. 8). Von den deutschen Gerichten sei nicht berechnet worden, wie sich das Renteneinkommen der Berufungsbeklagten nach ihrer eigenen Pensionierung entwickle ("= Lücke im deutschen Urteil bezüglich wirtschaftlicher Folgen in der Schweiz"; Urk. 256 S. 10).

f) Dem Urteil des Kammergerichts Berlin ist zu entnehmen, dass die Klägerin beantragte, den Versorgungsausgleich nach den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen (Urk. 85/3 S. 10). Das Gericht erachtete für den Versorgungsausgleich das deutsche Recht für anwendbar (Urk. 85/3 S. 16). Es befand, die Berufung müsse in diesem Punkt wegen der grundsätzlichen Wirksamkeit der Ausschlussregelung im Ehevertrag aus sachlichen Gründen insgesamt erfolglos bleiben (Urk. 85/3 S. 15). Der Ausschluss vom Vorsorgeausgleich und Zugewinnausgleich sei schon für sich genommen unbedenklich, da das Gesetz entsprechende Abbedingungsmöglichkeiten hinsichtlich dieser gesetzlichen Scheidungsfolge sowie vom gesetzlichen Güterstand abweichende Güterrechtsregelungen in § 1408 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB ausdrücklich vorsehe. In diesem Zusammenhang wies das Kammergericht auch auf die der Klägerin zugeordnete Immobilie hin, welche einen beträchtlichen eigenständigen Altersvorsorgewert habe (Urk. 85/3 S. 19; vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4/d/cc/bbb, S. 21 ff.). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die deutschen Gerichte die schweizerische Altersvorsorge der Parteien eruiert und beurteilt hätten, wobei sie aber in Bezug auf das in der Schweiz

und auch bei einer Vorsorgestiftung mit Sitz in der Schweiz geäußerte Vorsorgeguthaben des Beklagten nicht nach schweizerischen Teilungsgrundsätzen geteilt hätten (Urk. 249 S. 33, unter Hinweis auf Urk. 85/4-7). Das Kammergericht Berlin hatte Kenntnis davon, dass der Beklagte in der Schweiz einer Pensionskasse angeschlossen war, und hatte den Pensionskassenausweis beigezogen (Urk. 85/7). Es hat über den Vorsorgeausgleich geurteilt, indem es in diesem Punkt die Berufung der Klägerin zurückwies und damit den Entscheid des Amtsgerichts Schöneberg bestätigte, wonach kein Versorgungsausgleich stattfindet. Eine der Ergänzung zugängliche Lücke enthält damit das deutsche Scheidungsurteil bezüglich des Vorsorgeausgleichs nicht.

4. a) Die Vorinstanz ist der Auffassung, das deutsche Scheidungsurteil sei auch deshalb ergänzungsbedürftig, weil die Ablehnung des Vorsorgeausgleichs *Ordre public*-widrig sei und daher diesbezüglich nicht anerkannt werden könne. Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Vollstreckungsabkommens sei einem ausländischen Urteil die Anerkennung zu versagen, wenn durch die Entscheidung ein Rechtsverhältnis zur Verwirklichung gelangen solle, dem im Gebiete des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht werde, aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit, Verfolgbarkeit oder Klagbarkeit versagt sei. Der Wortlaut dieses Artikels entspreche zwar nicht wörtlich, aber inhaltlich Art. 27 IPRG, weshalb die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung analog anzuwenden sei. Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG liege ein Grund zur Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Urteils insbesondere dann vor, wenn eine Anerkennung mit dem schweizerischen *Ordre public* offensichtlich unvereinbar wäre. Dies sei dann der Fall, wenn ein ausländisches Urteil gegen qualifiziert zwingende Bestimmungen des schweizerischen Rechts verstosse und somit in krasser Weise grundlegenden Rechts- und Sittenauffassungen des schweizerischen Rechts zuwider laufe (unter Hinweis auf BGE 130 III 336, 340, E. 2.4, und BSK IPRG-Berti/Däppen, 2. A., Art. 27 N 5). Da das Bundesgericht in einer früheren Entscheidung die Regelung in einem ausländischen Urteil, wonach die Ausgleichung der Vorsorgeguthaben auf einen späteren Zeitpunkt als die Scheidung verschoben worden sei, als *Ordre public*-widrig qualifiziert habe, müsse dies konsequenterweise umso mehr dann gelten, wenn das ausländische Urteil überhaupt

keinen Vorsorgeausgleich vornehme. Inzwischen habe das Bundesgericht aber konkretisierend ausgeführt, dass ein ausländisches Urteil nicht als *Ordre public*-widrig zu qualifizieren sei, wenn es zwar eine Ausgleichszahlung zuspreche, diese aber nicht exakt dem hälftigen Anspruch gemäss Art. 122 aZGB (recte: ZGB) entspreche.

Vorliegend hätten die deutschen Gerichte den Ausschluss des Vorsorgeausgleichs in erster Linie mit der entsprechenden Passage im Ehevertrag der Parteien begründet, wobei sie diesen nicht als sittenwidrig gelten lassen wollten, da der Klägerin bei der Scheidung quasi als Abgeltung der güterrechtlichen, teilweise unterhaltsrechtlichen und vorsorgerechtlichen Ansprüche ein Mehrfamilienhaus an der ... [Adresse] übertragen worden sei. Selbst wenn man den im damaligen Urteil angenommenen monatlichen Bruttomiettertrag von DM 3'800.– (dies entspreche heute ca. Fr. 2'390.–) annehme, könne diese Liegenschaftsübertragung den nicht vorgenommenen Vorsorgeausgleich nicht aufwiegen. Ausserdem bestehe der Anspruch auf hälftige Teilung der Vorsorgeguthaben gemäss schweizerischem Recht grundsätzlich unabhängig von der güterrechtlich- oder unterhaltsrechtlich getroffenen Regelung. Die Klägerin verfüge über keinerlei eigenes Vorsorgeguthaben und werde ein solches aufgrund ihres Alters von inzwischen 48 Jahren und ihrer bereits lange zurückliegenden letzten Erwerbstätigkeit auch kaum mehr aufbauen können. Ausserdem sei ihre Altersvorsorge auch nicht anderweitig gesichert, sodass die Klägerin später möglicherweise auf Ergänzungsleistungen des Staates angewiesen sein werde. Hinzu komme, dass der Beklagte sein gesamtes angespartes Vorsorgeguthaben während des Zusammenlebens der Parteien in der Schweiz bei schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen habe aufbauen können, weshalb sein Vorsorgeguthaben einen rein schweizerrechtlichen Bezug aufweise. Insgesamt verstosse die im deutschen Scheidungsurteil getroffene Regelung in krasser Weise gegen das schweizerische Rechtsempfinden. Es sei nicht einzusehen, weshalb auf eine Teilung des schweizerischen Vorsorgeguthabens des Beklagten nur deshalb verzichtet werden solle, weil er die Scheidung zuerst in Deutschland anhängig gemacht habe. Aus diesem Grunde sei dem deutschen Scheidungsurteil diesbezüglich die Anerkennung in der Schweiz zu versagen, weshalb es in Bezug auf den Vorsorgeausgleich als ergän-

zungsbedürftig zu qualifizieren und folglich im vorliegenden Verfahren zu ergänzen sei (Urk. 249 S. 32 ff.).

b) Der Beklagte macht zunächst geltend, das erstinstanzliche Urteil sei bezüglich des Vorsorgeausgleichs vom Kammergericht Berlin und vom Bundesgerichtshof bestätigt worden (Urk. 248 S. 10). Letzteres trifft nicht zu; der Vorsorgeausgleich war kein Streitpunkt vor dem Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2011, XII ZR 11/09).

Sodann weist der Beklagte darauf hin, dass der Vorbehalt des *Ordre public* eine Ausnahmeklausel darstelle und restriktiv auszulegen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso im vorliegenden Fall die Übertragung der Liegenschaft an die Klägerin als Abgeltung güterrechtlicher, teilweise unterhaltsrechtlicher und vorsorgerechtlicher Ansprüche – statt der Teilung des schweizerischen Vorsorgeguthabens des Beklagten – einen schweizerischen Rechtsgrundsatz von ähnlicher Bedeutung verletze wie das Prinzip *pacta sunt servanda*, das Rechtsmissbrauchsverbot, den Grundsatz von Treu und Glauben oder das Verbot entschädigungsloser Enteignung. Auch nach schweizerischer Rechtsprechung genüge es für die Annahme eines Verstosses gegen den (materiellrechtlichen) *Ordre public* im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht schon, dass die Begründung des ausländischen Entscheids mit den hiesigen Rechtsvorstellungen unvereinbar sei. Vielmehr sei zu fragen, ob die Wirkungen bzw. das Ergebnis einer Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen gerichtlichen Anordnung im konkreten Fall geradezu schockierend und mit den schweizerischen Gerechtigkeitsvorstellungen schlicht unvereinbar wären, so dass diese Wirkungen in unerträglicher Weise gegen die grundlegenden Rechts- und Sittenauffassungen der Schweiz verstossen würden (unter Hinweis auf BGE 102 Ia 308, 313 ff.; Botschaft zum IPRG, Ziff. 217.3). Eine ergebnisbezogene Wertung der ausländischen Entscheidung stelle keine sachliche Nachprüfung derselben dar (unter Hinweis auf BSK IPRG-Berti/Däppen [2. A.], Art. 27 N 7 [recte: N 5]). Mit anderen Worten: Die Entscheidung dürfe nicht in der Sache selbst nachgeprüft werden; es sei nicht der ausländische Entscheid als solcher und seine Richtigkeit zu überprüfen, sondern nur dessen Ergebnis müsse mit den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsord-

nung offensichtlich unvereinbar sein. Die Vorinstanz kritisiere aber die Richtigkeit der deutschen Gerichtsentscheidung. Überdies sei die Annahme der Vorinstanz, das Mehrfamilienhaus sei auch in Anrechnung an unterhaltsrechtliche Ansprüche übertragen worden, unzutreffend, weil der naheheliche Unterhalt mit einer unbestimmten persönlichen Rente von € 650.– pro Monat abschliessend geregelt worden sei. Die Liegenschaft sei zudem nicht in teilweiser Abgeltung güterrechtlicher Ansprüche erfolgt, da solche wegen der vereinbarten Gütertrennung während der Ehe nicht entstanden seien. Die Übertragung der Liegenschaft habe daher nur in Abgeltung vorsorgerechtlicher Ansprüche erfolgen können, wobei der Wert von € 280'000.– bzw. Fr. 336'000.– das Dreieinhalbfache des Vorsorgeanspruchs betrage (Urk. 248 S. 11 ff.).

c) Die Klägerin ist der Auffassung, dass die "Schrottimmoblie" niemals € 280'000.– wert sei (Urk. 256 S. 4). In der Schweiz könne keinesfalls auf die Teilung des Vorsorgeguthabens verzichtet werden, wenn dieses in der Schweiz erwirtschaftet worden sei. Die Klägerin könne infolge fortgeschrittenen Alters von über 48 Jahren mit Studium zum veralteten EWR und lange zurückliegender eigener Erwerbstätigkeit als deutsche Versicherungsfachfrau keine relevante Altersvorsorge mehr aufbauen und wäre auf Ergänzungsleistungen angewiesen. Weil damit das deutsche Scheidungsurteil in krasser Weise gegen das schweizerische Rechtsempfinden verstosse und nicht einzusehen sei, weshalb auf die Teilung des schweizerischen Vorsorgeguthabens nur deshalb verzichtet werden solle, weil der Mann die Scheidung zuerst in Deutschland anhängig gemacht habe, müsse dem deutschen Urteil diesbezüglich die Anerkennung in der Schweiz versagt werden. Ergebnisorientiert verstosse es gegen grundlegende Rechts- und Sittenauffassungen der Schweiz, wenn es via "Scheidungsshopping" nach Berlin möglich sei, als sehr gut verdienender Verwaltungsrat und Direktionsmitglied mehrerer Firmen im F. _____ konzern, Rechtsanwalt und eingebürgerter Millionär die Ehefrau, welche die drei hyperaktiven, pubertierenden Kinder vollzeitig betreuen müsse und daher objektiv stark mit den Kindern beschäftigt sei, faktisch lebenslänglich dem schweizerischen Sozialstaat zu überlassen (Urk. 256 S. 7 und 12). Der Eingriff Deutschlands verstosse gegen den qualifiziert zwingenden Schweizer Versorgungsausgleich, wobei bei der Bewertung der deutschexterrito-

rialen Situation zentral hinzukomme, dass beide Ehegatten seit vielen Jahren nicht mehr in Deutschland wohnhaft seien und beide nicht mehr nach Deutschland zurückkehren würden. Im Gegensatz zum deutschen Rentensystem sei die obligatorische Altersvorsorge in der Schweiz in AHV und BVG (2. Säule) aufgeteilt, wobei das deutsche Gericht das BVG-Guthaben nicht als obligatorischen Anspruch erkenne. Hinzu komme, dass beide Ehegatten bei Unterzeichnung des "Überrumpelungs-Ehevertrages" von ihrem späteren Umzug in die Schweiz mit der anders gestalteten Altersvorsorge nichts gewusst hätten. Der Ehevertrag hätte zumindest nach der *clausula rebus sic stantibus* an die veränderten Verhältnisse angepasst werden müssen, indem das obligatorische BVG analog der deutschen obligatorischen Staatsrentenkasse behandelt und somit analog aufgeteilt worden wäre. Der Unterschied bestehe einzig darin, dass beim BVG zusätzlich ein Richterbeschluss für die zwingende Aufteilung benötigt werde, während es bei den Staatsrenten (inkl. AHV) automatisch geschehe. Vor diesem Hintergrund wäre es unbillig und stossend, den Altersvorsorgeanspruch der Ehefrau vom nur in der Schweiz zusätzlichen Richterbeschluss über die Aufteilung des BVG abhängig zu machen (Urk. 256 S. 13 f.).

d) aa) Die Klägerin macht sinngemäss geltend, der Beklagte habe rechtsmissbräuchliches *forum shopping* betrieben, indem er die Scheidungsklage in Deutschland eingereicht habe. Dieser Einwand kann auch im Ergänzungsverfahren erhoben werden; das Rechtsmissbrauchsverbot ist generell zu beachten (vgl. Schüpbach, Essai panoramique de définition de la reconnaissance et de l'exequatur en matière civile, RJN 1992, S. 335). Ob es als *Ordre public*-Vorschrift behandelt wird, kann vorliegend offen bleiben (vgl. Keller/Girsberger, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 15 N 92, und Vischer, ebda., Art. 17 N 19). Die Wahl des Gerichtsstandes im Sinne des *forum shopping* ist allgemein zulässig. Der Kläger darf mit der Wahl des Gerichtsstandes seine Interessen bestmöglich wahren (Michel Kähr, Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010, S. 26; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich • Basel • Genf 2010, S. 142 f.; Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern • Stuttgart • Wien 2012, S. 109). Rechtsmissbräuchlich könnte die Wahl des Gerichtsstands

etwa sein, wenn dieser durch eigenes Verhalten erst erschlichen wird (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 03.09.2009, RVJ 2010 S. 279), wenn ihm die Beziehungsnähe gänzlich fehlt, wenn die Schädigung des Prozessgegners im Vordergrund steht oder wenn die Wahl der Prozessverschleppung dient (Kähr, a.a.O., S. 26 ff.). Von all dem kann vorliegend nicht die Rede sein, im Gegenteil: Da die Parteien in Deutschland einen Ehevertrag geschlossen hatten, der überdies im Fall der Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen die Übertragung einer in Deutschland gelegenen Liegenschaft vorsah, gab es schon objektiv gute Gründe, die deutschen Gerichte anzurufen; ob sich der Beklagte damit ein besseres Prozessergebnis verspricht, ist nach dem Gesagten unerheblich.

bb) Den Einwand, der Ehevertrag hätte nach der *clausula rebus sic stantibus* an die veränderten Verhältnisse angepasst werden müssen, konnte die Beklagte im deutschen Scheidungsverfahren erheben. § 313 BGB sieht die Anpassung von Verträgen bei schwerwiegender Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss vor. Die Anwendung dieser Bestimmung kommt auch bei Eheverträgen in Betracht, u.a. wenn der Ausschluss des Versorgungsausgleichs der Ausübungskontrolle nicht standhält (Bamberger/Roth/Unberath, BGB, 3. A., München 2012, § 313 N 9, unter Hinweis auf BGH NJW 2005, 159). Die Klägerin hat vor dem Kammergericht Berlin ausführlich zu den insbesondere durch den Umzug in die Schweiz veränderten Verhältnissen plädiert (Urk. 85/3 S. 7 ff.). Wenn das Kammergericht einen Anpassungsbedarf hinsichtlich des Versorgungsausgleichs – nicht aber hinsichtlich des nahehelichen Unterhalts (Urk. 85/3 S. 23 und nachfolgend lit. cc/bbb) – verneinte, kann dies nicht im vorliegenden Verfahren überprüft werden, wo es nur noch um die Frage geht, ob die Verweigerung des Versorgungsausgleichs dem schweizerischen *Ordre public* standhält.

cc) aaa) Nicht strittig ist, dass die Anerkennung der ausländischen Vorsorge-
regelung unter dem Vorbehalt des materiellen *Ordre public* steht. Dieser ist namentlich dann verletzt, wenn ein ausländisches Urteil gegen qualifiziert zwingende Bestimmungen des schweizerischen Rechts verstösst. Wann von einer Verletzung des materiellen *Ordre public* auszugehen ist, lässt sich nur im Einzelfall eruieren (FamKomm Scheidung/Jametti Greiner, Anh IPR N 63; Volken, Zürcher

Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 27 N 48). Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen *Ordre public*, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden. Die Anwendung des *Ordre public*-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 27 Abs. 1 IPRG) restriktiver ("offensichtlich unvereinbar") als im Bereich der Anwendung des fremden Rechts gemäss Art. 17 IPRG. Es genügt nicht, dass die im Ausland getroffene Lösung von der nach schweizerischem Recht vorgesehenen abweicht oder in der Schweiz unbekannt ist. Die Anerkennung des ausländischen Entscheids bildet die Regel. Die Beurteilung, ob der *Ordre public* verletzt ist, darf nicht auf eine Nachprüfung des ausländischen Entscheids in der Sache hinauslaufen, die kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, sondern erfolgt durch vergleichende, ergebnisbezogene Wertung. Zurückhaltung in der Annahme eines Verstosses gegen den materiellen *Ordre public* ist dabei angezeigt, je entfernter oder zufälliger die Beziehungen des Sachverhalts zur Schweiz sind (BGer 5P.128/2005, E. 2.1). Die Vorinstanz hat zu Recht erwogen, dass die Rechtsprechung zu Art. 27 IPRG auf den Anerkennungsvorbehalt in Art. 4 Abs. 1 des Vollstreckungsabkommens analog anzuwenden ist (vgl. BGE 109 Ib 232, E. 2 a). Mit der Formulierung des Vorbehalts in Art. 4 Abs. 1 wurde versucht, den Anwendungsbereich der *Ordre public*-Klausel möglichst einzuschränken. Diese ist daher eng auszulegen und anzuwenden (BGE 103 Ia 199 E. 3 b).

Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 336, E. 2.4, ausgeführt, eine mit dem schweizerischen Scheidungs- und Freizügigkeitsrecht unvereinbare Regelung wie das Verschieben der Ausgleichung auf einen späteren Zeitpunkt als die Scheidung oder ein Splitting des Vorsorgeverhältnisses wäre der Anerkennung und Vollstreckung unzugänglich (bestätigt in BGE 134 III 661, E. 4.1). Das Bundesgericht hat dabei auf Sutter-Somm verwiesen, der schrieb, ein deutsches Gericht könne in Anwendung von deutschem Recht keine Anordnungen treffen, die zu dem schweizerischen Recht unbekanntem Rechtsinstituten führten, so z.B. in Anwendung von § 1587a BGB ein „Splitting“ des Vorsorgeverhältnisses anordnen

oder mittels § 1587I BGB den Ausgleichsanspruch auf einen späteren Zeitpunkt als die Scheidung verschieben; derartige Urteile seien in der Schweiz nicht vollstreckbar (Sutter-Somm, *Ausgewählte Verfahrensfragen im neuen Scheidungsrecht bei internationalen Verhältnissen*, in: *Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts*, Hrsg. Spühler, Zürich 2000, S. 91 Fn 27). Dar- aus kann aber entgegen der Vorinstanz nicht geschlossen werden, umso mehr sei ein ausländisches Urteil, das keinen Vorsorgeausgleich vornehme, *Ordre public*-widrig. Sutter-Somm verneint die Vollstreckbarkeit, weil das schweizerische Recht diese Möglichkeiten schlicht nicht kennt. Ausländische Versorgungsträger können denn auch nicht von deutschen Gerichten verpflichtet werden, den Aus- gleichsberechtigten in das Versorgungssystem aufzunehmen oder das Anrecht extern auszugleichen (Bamberger/Roth/Gutdeutsch, BGB, 3. A., VersAusglG § 19 N 8), sondern vielmehr können ausländische Anrechte nur schuldrechtlich ausge- glichen werden (BGH, Beschluss vom 3.9.2008, FamRZ 2008 S. 2263; Sutter- Somm, a.a.O., S. 99). Sutter-Somm begründet die fehlende Vollstreckbarkeit also nicht damit, dass diese Rechtsinstitute in unerträglicher Weise gegen die grundle- genden Rechts- und Sittenauffassungen der Schweiz verstossen würden. Es wä- re denn auch nicht einzusehen, dass das deutsche Versorgungsausgleichsrecht mit dem Splitting – der Übertragung von Anrechten der gesetzlichen Rentenversi- cherung zum Ausgleich der divergierenden Rentenrechte der Ehegatten (Vgl. Erman/Wellenhofer, BGB, 12. A., § 1587b N 7; seit dem 1. September 2009 wird der Versorgungsausgleich nicht mehr in den §§ 1587a ff. BGB, sondern durch das Gesetz über den Versorgungsausgleich {VersAusglG} geregelt.) – gegen funda- mentale schweizerische Wertvorstellungen verstossen würde. Das Gleiche gilt für den Aufschub der Ausgleichung: Einen solchen sah das deutsche Recht für den verschuldensrechtlichen Versorgungsausgleich vor, solange bei keiner Partei ein Vorsorgefall eingetreten war (§ 1587g Abs. 1 BGB). Die Ausgleichsrente sollte aus der laufenden Rente des Pflichtigen bezahlt werden, wobei zuvor allenfalls eine Abfindung nach § 1587I BGB in Betracht kam (Erman/Wellenhofer, a.a.O., § 1587g N 6). Die Ausgleichsrente war im Allgemeinen in einem späteren Verfah- ren festzusetzen, da im Zeitpunkt der Scheidung regelmässig noch kein Vorsorge- fall und somit die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs noch nicht eingetreten war

(Erman/Wellenhofer, a.a.O., §1587f N 3; zum neuen Recht s. § 20 ff. VersAusglG).

Nimmt das ausländische Gericht keinen Vorsorgeausgleich vor, so kann also nicht von vornherein gesagt werden, dies sei *Ordre public*-widrig, zumal selbst das schweizerische Recht unter bestimmten Voraussetzungen einen solchen Ausschluss kennt (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Dagegen ist eine vergleichende, ergebnisbezogene Wertung des Urteils des Kammergerichts Berlin vom 20. August 2008 mit dem schweizerischen Vorsorgeausgleich vorzunehmen, um zu prüfen, ob die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs gegen den schweizerischen *Ordre public* verstösst. Dabei ist, weil es auf das Ergebnis ankommt, nicht zu berücksichtigen, dass die Parteien vor der Eheschliessung einen – nach schweizerischem Recht unzulässigen (BGer 5A_623/2007, E. 4.1; BBl. 2013 S. 4917) – Ausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart hatten.

bbb) Im Vordergrund steht, dass die Klägerin bei der Scheidung die Liegenschaft an der ... [Adresse] zu Eigentum erhielt. Das Kammergericht erwog dazu, dass die Klägerin mit der Liegenschaft einen Vermögenswert erhalte, der selbst einen beträchtlichen eigenständigen Altersvorsorgewert habe, weil die Mieteinnahmen, die ihr zufließen würden, bei ordnungsgemässer Pflege und Unterhalt des Objekts, die aus den laufenden Mieterträgen finanziert werden könne [sic], auch auf langfristige Dauer im Alter und im Fall ihrer Erwerbsunfähigkeit zugute kommen würden (Urk. 85/3 S. 19). Auch für den vereinbarten Unterhaltsausschluss verwies das Kammergericht auf die Immobilie, deren kosten-, lasten- und steuerfreie Übereignung „als Ausgleich für den zu II. – V. vereinbarten Generalverzicht“ ihr zugesagt worden sei. Schon durch diese Übereignungspflicht habe die Fortführung des Lebensstandards aus eigenen Mitteln, durch die im Ehevertrag erwähnten „monatlichen Mieteinnahmen aus diesem Anwesen“ von ca. DM 3'800.–, als weitestgehend abgesichert erscheinen können. Durch die damals vereinbarte Übertragung der Liegenschaft sei der Klägerin ab Rechtskraft der Scheidung dauerhaft auch bis ins Alter hinein ein beträchtliches Sockeleinkommen aus laufenden Mieteinnahmen zugesichert gewesen, das ihr – weit über die Möglichkeiten bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen hinaus – bedarfsunabhän-

gig auch bei Wiederverheiratung oder sonstigem Vermögenserwerb und sogar bei eingeschränkter oder entfallender Leistungsfähigkeit des Beklagten zur Verfügung stehen würde. Und weiter: „Der Verzicht der [Klägerin] auf den ausgeschlossenen Altersunterhalt nach § 1572 BGB ist eben von vornherein dadurch gemildert gewesen, dass die Mieteinkünfte, die bei entsprechender Objektpflege, die aus den vom Wertgutachter bereits einkalkulierten Instandhaltungsrücklagen möglich wäre, aus einer Immobilie fortlaufend mit Mietsteigerungspotential erzielbar sind, auch bereits eine langfristige Alters- und sonstige Versorgung auf entsprechendem, jedenfalls etwa ihrer eigenen damaligen Erwerbsfähigkeit angemessenen Niveau sichern, die zu der aus ihren eigenen Möglichkeiten erwirtschafteten Rentenversorgung noch hinzukäme“ (Urk. 85/3 S. 20 f.). Im Zusammenhang mit der Frage des nahehelichen Unterhalts wies das Kammergericht darauf hin, dass die für die Klägerin effektiv nachteiligen Auswirkungen der 1998/99 vollzogenen Übersiedlung der Familie in die Schweiz – mit deutlich höheren Lebenshaltungskosten – nicht unberücksichtigt bleiben könnten. Eine Rückkehr nach Bayern könne derzeit von der Klägerin nicht erwartet werden. Dies erschwere ihre Chancen auf einen beruflichen Wiedereinstieg (Urk. 85/3 S. 25). Als ein weiterer, bei Ehevertragsabschluss nicht absehbarer Umstand mit gravierenden negativen Auswirkungen für die Klägerin sei zu berücksichtigen, dass sich die Mieteinkünfte reduziert hätten und ab September 2008 der Mietertrag sich auf € 1'869.99 belaufe. Nach Abzug der Bewirtschaftungskosten (einschliesslich Mietzinsausfällen und Instandhaltungskosten) seien im Jahr 2007 nur € 1'097.06 und in den ersten Monaten des Jahres 2008 € 1'057.79 verblieben, also deutlich weniger als die im Ehevertrag anvisierten DM 3'800.– (= € 1'942.91) bzw. € 1'360.04 nach Abzug der Bewirtschaftungskosten. Teuerungsbereinigt hätte die Klägerin aber € 1'704.81 haben müssen (Urk. 85/3 S. 27 ff.). Das Kammergericht schätzte das Nettoeinkommen, das die Klägerin bei normaler Entwicklung inklusive Inflationsausgleich und beruflichem Aufstieg hätte erzielen können, wenn sie ohne Kinder und sonstige ehebedingte Nachteile in ihrem vorehelich angelegten Berufsfeld geblieben wäre, auf € 2'230.– (= Bedarf, vgl. Urteil des Kammergerichts Berlin vom 14. März 2012, Urk. 186/10 S. 16) und erhöhte diesen Betrag wegen der erhöhten Lebenshaltungskosten in der Schweiz auf € 2'473.– (Urk. 85/3 S. 29 ff.).

Davon zog das Gericht ein hypothetisches Erwerbseinkommen von € 400.– und Mieterträge von € 1097.– ab, woraus sich ein ehebedingter Nachteil von € 975.– ergab, den der Beklagten zu zwei Dritteln, also im Umfang von € 650.– auszugleichen habe (Urk. 85/3 S. 32 f.). Das Kammergericht verurteilte daher den Beklagten, der Klägerin eine Unterhaltsrente von € 650.– zu bezahlen. Im Urteil vom 14. März 2012 entschied das Kammergericht Berlin, dass diese Unterhaltspflicht über den 31. Januar 2012 andauere, nachdem der Bundesgerichtshof diesbezüglich die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Kammergericht zurückgewiesen hatte (Urk. 186/10 S. 2; BGH, Urteil vom 2. Februar 2011, XII ZR 11/09; Urk. 107/1). Eine Befristung des Unterhaltsanspruchs war nicht angezeigt, da dieser durch die Betreuungsnotwendigkeit der Kinder begrenzt ist (§ 1570 BGB; Urk. 186/10 S. 16).

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Kammergericht Berlin die Mieterträge vollumfänglich an den nahehelichen Bedarf der Klägerin angerechnet hat, um die Höhe der Betreuungsunterhaltsrente nach § 1570 BGB zu ermitteln. Dagegen liess das Kammergericht die Frage offen, ob für die Klägerin überhaupt eine realistische Chance besteht, bei weitergehender Erwerbsobliegenheit ein höheres Einkommen als € 400.– zu erzielen, was einen Aufstockungsunterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 und 3 BGB vorausgesetzt hätte (Urk. 186/10 S. 16). Das Kammergericht betrachtete aber die Liegenschaftserträge als Ausgleich für den vereinbarten Unterhaltsausschluss.

ccc) Im schweizerischen Recht sieht Art. 122 ZGB die hälftige Teilung der Austrittsleistungen aus beruflicher Vorsorge vor. Da die Klägerin keiner Vorsorgeeinrichtung angehört (Urk. 249 S. 34), wäre die hälftige Austrittsleistung auf eine Freizügigkeitseinrichtung zu übertragen, wobei es der Klägerin freistünde, den Vorsorgeschutz durch eine Freizügigkeitspolice – für eine der Vorsorge dienende Kapital- oder Rentenversicherung – oder durch ein Freizügigkeitskonto zu erhalten (Art. 10 Abs. 1 FZV; BSK ZGB I-Walser, Art. 122 N 27). Bei einer Verzinsung der Freizügigkeitsleistung von Fr. 94'536.– mit 0,8 % ab 26. August 2009 (gemäss Urteil der Vorinstanz) bis zur Auszahlung (Annahme: 1. Januar 2015) ergäbe sich für die Klägerin eine bis Alter 64 aufgeschobene Jahresrente von Fr. 6'881.–

(bzw. monatlich Fr. 573.–) bei einem Kapitalisierungszinsfuss von 2 % (Berechnung mit Leonardo 13.03, 1.cap – capitalisator). Bei der zu teilenden Austrittsleistung geht es ausschliesslich um die güterstands- und verschuldensunabhängige Teilhabe eines Ehegatten an der Vorsorge des andern. Ein Teil der wirtschaftlichen Folgen der Scheidung, nämlich die Versorgungslücke des nicht oder nur teilweise erwerbstätigen Ehegatten, soll damit vermindert werden. Entsteht indes die Versorgungslücke erst nach der Scheidung, etwa weil sich die berufliche Eingliederung eines Ehegatten nicht bewerkstelligen lässt, so ist diesem Umstand bei der Festlegung des Unterhaltsbeitrags Rechnung zu tragen (BGE 131 III 289, E. 2.8). Die vom Kammergericht Berlin angerechneten Mieterträge von € 1'097.– entsprechen bei einem Umrechnungskurs von Fr. 1.20 einem Betrag von Fr. 1'316.– und wiegen daher die Monatsrente aus der Austrittsleistung um mehr als das Doppelte auf. Unter diesem Aspekt kann der verweigerte Vorsorgeausgleich nicht als stossend bezeichnet werden. Die von der Klägerin geltend gemachte Vorsorgelücke basiert nicht auf dem fehlenden Vorsorgeausgleich für die während der Ehe eingetretene Vorsorgelücke, sondern allenfalls auf der ungenügenden oder fehlenden Erwerbsmöglichkeit oder -tätigkeit der Klägerin nach der Scheidung, was bei der Festsetzung einer Unterhaltsrente nach Art. 125 ZGB zu berücksichtigen wäre (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB). Der naheheliche Unterhalt ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Nicht zu überprüfen ist der vom Kammergericht Berlin angenommene Mietertrag aus der Liegenschaft, da dies auf eine Nachprüfung des ausländischen Entscheids in der Sache hinauslaufen würde.

ddd) Die Klägerin hat darauf hingewiesen, dass angesichts des grossen Missbrauchspotentials der Schweizer Gesetzgeber bezüglich des Vorsorgestatuts tätig geworden sei. Für die Teilung schweizerischer BVG-Guthaben würden ausschliesslich die schweizerischen Gerichte als zuständig und das schweizerische Recht als zwingend anwendbar erklärt. Diese bevorstehende Gesetzesänderung sei im vorliegenden Härtefall zu berücksichtigen, weil damit auch das Bundesgericht seine ansteigende Ausnahmepraxis gemäss Art. 15 IPRG neu abstützen

könne, denn ohne diese drastischen Missbrauchsfälle wäre das neue Gesetz nicht auf den Weg gebracht worden (Urk. 256 S. 11).

Die Botschaft zu dieser Gesetzesrevision datiert vom 29. Mai 2013 (BBl. 2013 S. 4887 ff.). Der Ständerat hat das Geschäft als Erstrat am 12. Juni 2014 beraten. Die ausschliessliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für den Ausgleich schweizerischer Vorsorgeguthaben war umstritten (AB 2014 S 523, 527). Vorarbeiten zu einer Gesetzesrevision dürfen bei der Auslegung des geltenden Rechts berücksichtigt werden, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert und nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustandes angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden (BGE 125 III 401, E. 2, m.w.H., BGer 5P.308/1999 E. 2). Die Gesetzesrevision ist vom Nationalrat noch nicht beraten und vom Parlament noch nicht verabschiedet worden, weshalb ihr Inhalt noch nicht feststeht. Eine Vorwirkung des neuen Rechts kommt daher von vornherein nicht in Frage.

eee) Weiter hat die Klägerin Art. 89b (Abs. 1) BVG erwähnt, wonach Personen, die in der Schweiz oder im Gebiet eines Mitgliederstaates der Europäischen Gemeinschaft wohnen und für die Artikel 89a Absatz 1 gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund dieses Gesetzes wie Schweizer Staatsangehörige haben, soweit das Freizügigkeitsabkommen nichts anderes vorsieht. Art. 89 [recte: 89a] basiere – so die Klägerin – auf dem Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft vom 21. Juni 1999, welches in diesem Artikel die Rechte und Pflichten der Ausländer den Schweizern gleichstelle und als spätere *lex specialis* dem alten Abkommen mit dem Deutschen Reich von 1929 vorgehe. In casu ergebe sich somit das Recht der Klägerin auf den hälftigen BVG-Anteil des Beklagten (Urk. 256 S. 14).

Art. 89b BVG konkretisiert das Verbot der Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit. Die Vorschrift geht auf die Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates der Europäischen Union vom 14. Juni 1971 (SR 0.831.109.268.1) zurück, welche in Art. 3 jegliche Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit verbot (Müller, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 89b N 3 und 8; nunmehr Verordnung {EG} Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Art. 4 f.). Die Anwendung der Verordnung 1408/71 hatte lediglich Konsequenzen für die mögliche Barauszahlung der Austrittsleistung bei definitivem Verlassen der Schweiz (Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, 98.028, S. 6343). Ein ausländisches Scheidungsgericht ist befugt, den Teilungsschlüssel für den Vorsorgeausgleich festzulegen, auch wenn das zu teilende Vorsorgeguthaben ganz oder teilweise bei einer schweizerischen Vorsorgeeinrichtung liegt (Cardinaux, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge, Zürich • Basel • Genf 2008, S. 696 N 1599). Für die Anerkennung des deutschen Scheidungsurteils ist Art. 89b Abs. 1 BVG nicht massgebend.

fff) Im Ergebnis widerspricht die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs durch die deutschen Gerichte nicht dem schweizerischen materiellen *Ordre public*, weshalb auch kein Raum für eine ergänzende Aufteilung der Austrittsleistung des Beklagten besteht. Das entsprechende Rechtsbegehren der Klägerin ist abzuweisen.

V.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 Abs. 1 und § 12 GebV OG; § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Bei der Entschädigung ist ein Zuschlag von 8 % für die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen.

Für das erstinstanzliche Verfahren beantragt der Beklagte, die Gerichtskosten seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen, wenn er mit seiner Berufung durchdringe (Urk. 248 S. 16). Die Klägerin ist der Auffassung, dass das vom Beklagten initiierte Massnahmeverfahren wesentlich aufwändiger und angesichts seines erheblichen Vermögens auch mutwillig gewesen sei. Es gebe keinen Grund, die Kostenverlegung der Vorinstanz zu ändern (Urk. 256 S. 15). Die Vorinstanz hat zur Kostenaufteilung folgendes ausgeführt:

„Vorliegend hat keine der Parteien vollständig obsiegt, weshalb die Kosten verhältnismässig auf die Parteien zu verteilen sind. In Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten praxisgemäss den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. In Bezug auf die Ergänzung des Urteils bezüglich Vorsorgeausgleich hat die Klägerin vollständig obsiegt, wobei der dafür notwendige Aufwand aber deutlich geringer einzustufen ist, als derjenige zur Regelung der Kinderfragen. In Bezug auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 31. Oktober 2012 (act. 185) ist der Beklagte vollständig unterlegen. Dieses Verfahren hat sich sehr aufwändig gestaltet. Die darauf entfallenden Kosten hat der Beklagte zu tragen. Dafür hat aber die Klägerin das Begehren des Beklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 10. Mai 2012 (act. 158) durch ihr Verhalten provoziert, indem sie ihrer elterlichen Auskunftspflicht gemäss Art. 275a aZGB nicht nachgekommen ist. Insgesamt erscheint es angemessen, die Gerichtskosten dem Beklagten zu 2/3 und der Klägerin zu 1/3 aufzuerlegen.“

Gemäss Rechtsprechung des Obergerichts beschränkt sich die hälftige Kostenaufteilung auf Kinderbelange ohne den Kinderunterhalt (ZR 84 Nr. 41; KUKO ZPO-Schmid, N 4 zu Art. 107). Darunter fällt auch das Massnahmebegehren vom 10. Mai 2012, welches eine Auskunftserteilung betreffend C. _____ betraf. Bezüglich des Kinderunterhalts beantragte die Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 3'000.–, während der Beklagte für den Fall, dass ihm nicht die elterliche Sorge und Obhut zugeteilt werden sollte, je Fr. 1'500.– zu zahlen bereit war. Mit den im Wesentlichen zugesprochenen Fr. 2'180.– unterliegt die Klägerin geringfügig mehr als der Beklagte. Mit dem Massnahmebegehren vom 31. Oktober 2012 strebte der Beklagte die Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 1'500.– auf je Fr. 750.– an; er unterlag damit vollumfänglich, wobei gemäss Vorinstanz das Verfahren, wie ausgeführt, sehr aufwändig war. Andererseits unterliegt die Klägerin mit ihrem Antrag auf Übertragung der Hälfte der Austrittsleistung des Beklagten. Insgesamt rechtfertigt es sich, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Antrag der Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, der Kindesmutter die Hälfte seines während der Ehe geäufteten Pensionskassenguthabens auf ein noch zu eröffnendes Freizügigkeitskonto der Klägerin zu überweisen, wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzlichen Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
3. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu ersetzen.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'480.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 7ff. 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. 94'536.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Oktober 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
se