[AZA 0/2]
5C.111/2001/mks

II. Z I V I L A B T E I L U N G **********

29. Juni 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bianchi, Meyer und Gerichtsschreiber von Roten.

_____

In Sachen
X._____, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Fürsprecher Dr. René Müller, Steinackerstrasse 7, Postfach 160, 5201 Brugg,

gegen
Z._____, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Fürsprecherin Doris Leuthard, Kirchenfeldstrasse 6, Postfach, 5630 Muri,

betreffend
nachehelicher Unterhalt,
wird festgestellt und in Erwägung gezogen:

1.- Die Parteien, beide italienische Staatsangehörige, heirateten am 27. August 1972. Ihre aus der Ehe hervorgegangenen Töchter sind heute volljährig. Mit Urteil vom 28. Juni 1983 war die Ehe gerichtlich getrennt worden. Am 4. April 1997 stellte X._____ beim Gericht Begehren auf Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen.

Das Bezirksgericht Brugg schied die Ehe der Parteien und verpflichtete X._____, Z._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– bis zu seinem Eintritt in das AHV-Alter zu bezahlen; das Bezirksgericht legte dabei das monatliche Nettoeinkommen von X._____ auf Fr. 4'200.–, das monatliche Nettoeinkommen von Z._____ auf Fr. 1'313.– und den bei ihr zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlenden Betrag auf Fr. 1'315.– fest. Ferner wies das Bezirksgericht die Vorsorgeeinrichtung von X._____ an, Fr. 82'112.– auf das von Z._____ bezeichnete Freizügigkeitskonto zu überweisen. Die von X._____ in diesen zwei Punkten erhobene Appellation wies das Obergericht (1. Zivilkammer) des Kantons Aargau ab, berichtigte aber von Amtes wegen die Angabe des Fehlbetrags mit Fr. 503.– (Urteile vom 16. Mai 2000 und vom 30. März 2001).

X._____ beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das obergerichtliche Urteil aufzuheben, die Streitsache zu ergänzender Abklärung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen und dieses zu verhalten, das bezirksgerichtliche Urteil betreffend Rente und Vorsorge aufzuheben. Für das bundesgerichtliche Verfahren ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Obergericht hat auf das Anbringen von Bemerkungen verzichtet. Eine Berufungsantwort ist nicht eingeholt worden.

2.- Zur Bestimmung, ob und in welchem Umfang der eine Ehegatte dem andern nachehelichen Unterhalt bezahlen muss, hat das Obergericht den im Grundbetrag um zwanzig Prozent erhöhten und um gewisse Lasten erweiterten Notbedarf des Klägers (Fr. 2'249.–) bzw. der Beklagten (Fr. 2'516.–) den jeweiligen Einkommen (Fr. 4'200.– bzw. Fr. 1'313.–) gegenübergestellt und den Überschuss beim Kläger bzw. den Fehlbetrag bei der Beklagten errechnet. Es ist davon ausgegangen, der Kläger vermöge den von der Beklagten nicht angefochtenen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– zu decken (E. 2d-f S. 11 ff.). Der Kläger wendet vorab ein, die Beitragsfestlegung greife in sein Existenzminimum ein. Seine Kritik richtet sich auch gegen die Sachverhaltsfeststellungen des Obergerichts.

a) Der Kläger rügt die obergerichtliche Festlegung seines Existenzminimums als willkürlich, weil das Gericht bekannte Sachverhalte nicht berücksichtigt habe; dazu gehörten Abzahlungsraten für einen Kleinkredit von Fr. 1'096. 10 pro Monat, die er in der Klage behauptet und belegt habe, sowie Steuerschulden gemäss Eingabe vom 8. Mai 1998 (an das Bezirksgericht). Nach den Feststellungen des Obergerichts (E. 2a S. 8 f.) hat sich der Kläger im Appellationsverfahren zu seinem Existenzminimum nicht geäussert. Ob die schon vor erster Instanz aufgestellten Tatsachenbehauptungen und Beweisantretungen im Rechtsmittelverfahren wiederholt werden müssen, ist eine Frage der formellen Ausgestaltung des kantonalen Instanzenzugs und damit - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen (z.B. Art. 138 und Art. 148 f. ZGB; z.B. Art. 270a Abs. 2 OR: BGE 121 III 266 E. 2b S. 268; z.B.
Art. 48 OG: BGE 119 II 183 Nr. 37) - eine Frage des kantonalen Rechts (Art. 122 Abs. 2 BV; vgl. BGE 105 Ia 193 E. 4a S. 198, zum übereinstimmenden Art. 64 Abs. 3 aBV). Dessen Anwendung darf das Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüfen (Art. 43 Abs. 1 OG; BGE 126 III 370 E. 5 S. 372).
Der klägerische Einwand ist deshalb - und als Willkürrüge ohnehin (BGE 116 II 92 E. 2 S. 93) - unzulässig.

Ein Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG erblickt der Kläger offenbar in der obergerichtlichen Feststellung, er habe das vom Bezirksgericht als zumutbar erachtete Einkommen von Fr. 4'200.– im Appellationsverfahren nicht gerügt. An der verwiesenen Aktenstelle (S. 7 der Appellationsschrift) heisst es dazu bloss, in der Kurzbegründung (des Bezirksgerichts) sei von einem Einkommen des Klägers von Fr. 4'500.– ausgegangen worden, derweil in der Begründung des angefochtenen Entscheids noch Fr. 4'000.– geschätzt würden. Inwiefern mit diesem Vergleich die Festsetzung des Einkommens als tatsachen- oder rechtswidrig gerügt worden sein soll, ist nicht nachvollziehbar, zumal dann nicht, wenn in der Eingabe anschliessend erläutert wird, was nach Ansicht des Klägers jedoch entscheidend sei, die unrichtige Bemessung der Ausgabenverhältnisse der Beklagten nämlich. Ein Versehen des Obergerichts ist unter diesen Umständen nicht erkennbar. Auf bereits Gesagtes (Abs. 1 oben) kann verwiesen werden, soweit der Kläger es als willkürlich rügt, das Obergericht habe seine Eingabe vom 25. April 2000 nicht berücksichtigt, in der er dem Bezirksgericht über seine Einkommensverhältnisse umfassend berichtet habe.

Schliesslich macht der Kläger geltend, dass sich die Situation heute zu seinen Lasten verändert habe, weil die fünfzigprozentige Erwerbstätigkeit beim U._____ Lernwerk weggefallen sei. Das obergerichtliche Urteil enthält keine entsprechenden Feststellungen, weshalb das Tatsachenvorbringen als neu und unzulässig zu gelten hat; das gilt selbst für sog. echte Noven, d.h. Tatsachen, die sich erst nach Erlass des angefochtenen Urteils zugetragen haben sollen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; zuletzt: BGE 126 III 353 E. 2b/aa S. 359; anschaulich z.B. BGE 72 II 214 E. 7 S. 215).

b) Gegen die Berechnung des Existenzminimums der Beklagten wendet der Kläger in tatsächlicher Hinsicht ein, die Nichtbeachtung der von ihm in den Prozess eingeführten Wohnsitzbestätigung der italienischen Gemeinde O._____ sei willkürlich. Das Obergericht hat auf die erwähnte Wohnsitzbescheinigung indessen ausdrücklich Bezug genommen, darin aber keinen Beleg für einen Wohnsitz der Beklagten in Italien gesehen. Die behördliche Bestätigung aus Italien ist blosses Indiz für einen Wohnsitz dortselbst, dem aber offenbar die Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde P._____ in tatsächlicher Hinsicht entgegengestanden hat (vgl. BGE 125 III 100 E. 3 Abs. 3 S. 101). Unzulässig ist im Verfahren der eidgenössischen Berufung Kritik an der Würdigung von Indizien (BGE 109 II 338 E. 2d S. 344/345) gleichwie an der Beweiswürdigung überhaupt (zuletzt: BGE 126 III 189 E. 2a Abs. 3 S. 191; 125 III 78 E. 3a S. 79).

c) Nach Art. 125 Abs. 1 ZGB hat ein Ehegatte unter dem Titel "Nachehelicher Unterhalt" einen angemessenen Beitrag zu leisten, wenn dem andern Ehegatten nicht zuzumuten ist, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt.
Die Dauer der Ehe ist dabei ein Element für die Beantwortung der Frage, "ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange" (Art. 125 Abs. 2 ZGB, Ingress und Ziffer 2; zum Grundsätzlichen: BGE 127 III 136 Nr. 23).

Die Parteien haben im Sommer 1972 geheiratet und sich nach rund zehn Ehejahren getrennt bzw. im Som-

mer 1983 gerichtlich trennen lassen. Nach einer solchen Ehe von langer Dauer (vgl. etwa Schwenzer, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 48 zu Art. 125 ZGB) besteht ein Anspruch auf Fortführung der während der Ehe gelebten Lebenshaltung bzw. bei ungenügender Leistungsfähigkeit auf gleichwertige Lebensführung wie der Unterhaltspflichtige; ausser bei sehr bescheidenen oder ausgesprochen guten finanziellen Verhältnissen kann eine Überschussverteilung Platz greifen (statt vieler: Schnyder, Die ZGB-Revision 1998/2000, Zürich 1999, S. 62 f.). Die obergerichtliche Vorgehensweise verletzt somit kein Bundesrecht. Auf Grund der verbindlichen Feststellungen zum familienrechtlichen Notbedarf und zur Eigenversorgungskapazität der Ehegatten (Art. 63 Abs. 2 OG; E. 2a und b soeben) wird entgegen der Behauptung des Klägers nicht in sein Existenzminimum eingegriffen. Da die Beklagte die Zumessung des geschuldeten Unterhaltsbeitrags nicht angefochten hat und dem Kläger trotz Beitragspflicht ausreichend Mittel über dem Notbedarf verbleiben, kann letztlich offen bleiben, ob der obergerichtliche Zuschlag von zwanzig Prozent auf dem
Grundbetrag unter geltendem Recht angezeigt ist (zum Stand der Diskussion: Schwenzer, N. 33 zu Art. 125 ZGB; Stettler, Les pensions alimentaires consécutives au divorce, in: Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, S. 141, S. 153 f. Ziffer 2.3.1).

Der Kläger erachtet einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– für unangemessen, weil er im Trennungsurteil von 1983 zu Unterhaltsleistungen von lediglich Fr. 300.– pro Monat verurteilt worden sei. Auf die zutreffende Darstellung des Obergerichts zum Verhältnis von Ehescheidung nach vorausgegangener Ehetrennung kann verwiesen werden; der Scheidungsrichter ist an die Feststellungen im Trennungsurteil über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien nicht gebunden (E. 2b S. 9; vgl. Art. 117 Abs. 3 ZGB; Lüchinger/Geiser, Basler Kommentar, N. 13 zu aArt. 148 ZGB). Abgesehen davon, liegen offenkundig veränderte Verhältnisse vor: Haben seinerzeit für die Bestimmung des ehelichen Unterhalts Einkommen von Fr. 2'350.– und von Fr. 1'765.– zur Verfügung gestanden (E. 4 S. 12 f. des Trennungsurteils), belaufen sich heute die für den nachehelichen Unterhalt massgebenden Beträge auf Fr. 4'200.– und auf Fr. 1'313.–. Allein schon auf Grund des Zahlenvergleichs kann die Ermessensausübung des Obergerichts bei der Festlegung des Unterhaltsbeitrags nicht beanstandet werden (zur Ermessensprüfung: BGE 127 III 136 E. 3a S. 141).

3.- Gegen den obergerichtlichen Vorsorgeausgleich erhebt der Kläger dieselben Rügen wie im kantonalen Verfahren.
Sie sind allesamt nicht stichhaltig. Im Einzelnen ergibt sich, was folgt:

a) Es trifft nicht zu, dass das Vorsorgeguthaben der Beklagten nicht berücksichtigt worden ist. Gemäss dem bezirksgerichtlichen Urteil, das das Obergericht bestätigt hat, beträgt das Guthaben der Beklagten Fr. 10'177. 75 und dasjenige des Klägers Fr. 174'400. 75, so dass nach Aufteilung und Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche Fr. 82'111. 50 oder Fr. 82'112.– zu Gunsten der Beklagten verbleiben (E. 3b S. 17 des bezirksgerichtlichen Urteils).

Unbelegt ist die Behauptung des Klägers, es werde ein Vorsorgeguthaben ins Ausland transferiert, was Bedenken erwecke. Die Überweisung erfolgt auf ein Freizügigkeitskonto der Beklagten in der Schweiz, und das Obergericht ist davon ausgegangen, die Beklagte werde auch ihren Wohnsitz in der Schweiz beibehalten (E. 2d/bb S. 13 f.).

Belanglos ist die angeblich aktenwidrig unterbliebene Feststellung, dass der Vorsorgefall auch beim Kläger eingetreten sei. Denn nach Auffassung des Obergerichts (E. 4a S. 15 f.) genügt der unbestrittene Eintritt des Vorsorgefalls bei der Beklagten, damit Art. 124 ZGB ("Nach Eintritt eines Vorsorgefalls oder bei Unmöglichkeit der Teilung") statt Art. 122 ZGB ("Vor Eintritt eines Vorsorgefalls") zur Anwendung kommt (vgl. dazu Geiser, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 92 N. 2.96; Baumann/Lauterburg, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 16 zu Art. 122 ZGB und N. 7 f. zu Art. 124 ZGB). Diese Auslegung hat den klaren Wortlaut des Gesetzes für sich (Art. 122 Abs. 1 ZGB: "... und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten ..."; Art. 124 Abs. 1 ZGB: "Ist bei einem oder beiden Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten ..."), doch kann ihre Berechtigung mangels irgendwelcher Vorbringen des Klägers dazu offen bleiben (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3 S. 748 f.).

b) Entgegen der Ansicht des Beklagten hat die gerichtliche Trennung der Parteien keinen Einfluss auf den Vorsorgeausgleich, zumal die gegenseitigen Unterhaltsansprüche während der Trennung andauern (Geiser, a.a.O., S. 66 f.
N. 2.24; Baumbach/Lauterburg, N. 5 zu Art. 122 ZGB); die Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe - unter Ausnahme der Pflicht zum Zusammenleben - gelten weiterhin (Reusser, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 43 N. 1.103).

c) Dass eine hälftige Teilung der Vorsorgeguthaben "unangemessen" sein soll, vermag der Kläger nicht darzulegen.
Es trifft - wie gesagt (E. 3a soeben) - nicht zu, dass er allein das Vorsorgeguthaben geäufnet hat. Sein Einwand, er werde wegen der hälftigen Teilung nach der Pensionierung sein Existenzminimum nicht mehr erreichen, entbehrt der tatsächlichen Grundlage und ist deshalb unzulässig (BGE 126 III 59 E. 2a S. 65). Das Obergericht hat im Gegenteil festgehalten, er werde unter Ausschöpfung der Resterwerbsfähigkeit von fünfundsiebzig Prozent sein Vorsorgeguthaben im Gegensatz zur Beklagten weiter alimentieren können (E. 4b S. 17). Mit Blick auf die Vorbringen des Klägers hat es bei der obergerichtlichen Rechtsauffassung sein Bewenden, dass die zuerkannte Entschädigung, die der hälftigen Teilung der während der Ehe geäufneten Vorsorge entspricht, im vorliegenden Fall angemessen ist, aber nicht in jedem Fall angemessen zu sein braucht (statt vieler: Schneider/Bruchez, La prévoyance professionnelle et le divorce, in: Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, S. 193, S. 241 ff. Ziffer 4.5.2; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 18 zu Art. 124 ZGB).

4.- Die Berufung des Klägers muss aus den dargelegten Gründen abgewiesen werden, soweit sie überhaupt zulässig ist.
Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind erfüllt, so dass dem Gesuch des Klägers entsprochen werden kann (Art. 152 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Obergerichts (1. Zivilkammer) des Kantons Aargau vom 30. März 2001 wird bestätigt.

2.- Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und Fürsprecher Dr. René Müller, Steinackerstrasse 7, 5201 Brugg-Windisch, wird als amtlicher Vertreter des Klägers bestellt.

3.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird dem Kläger auferlegt, indes vorläufig auf die Gerichtskasse genommen.
4.- Fürsprecher Dr. René Müller wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'000.– ausgerichtet.

5.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (1. Zivilkammer) des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. Juni 2001

Im Namen der II. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: