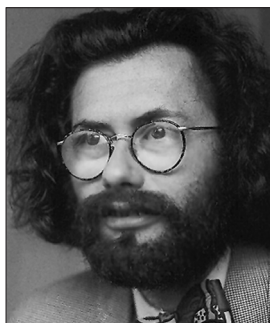


## Neuere Rechtsprechung zum Eherecht



**THOMAS GEISER**  
Prof. Dr. iur., Universität  
St. Gallen

### Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Eheschutz und Scheidungsverfahren
  - 2.1. Beschwerdefähigkeit
  - 2.2. Internationale Zuständigkeit
  - 2.3. Scheidungsverfahren und Kinder
  - 2.4. Ehegattenunterhalt während des Verfahrens
  - 2.5. Gegenstand des Scheidungsverfahrens
3. Scheidungsunterhalt
  - 3.1. Berechnungsmethoden für den Unterhalt
  - 3.2. Lebensprägung
  - 3.3. Vorsorgeunterhalt
  - 3.4. Fehlende Mittel
  - 3.5. BVG-Rente der geschiedenen Witwe
4. Vorsorgeausgleich
  - 4.1. Abgrenzung Art. 122 und 124 ZGB
  - 4.2. Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung
  - 4.3. Verzicht und Verweigerung
  - 4.4. Ausrichtung des Vorsorgeausgleichs
  - 4.5. Wiedereinkauf durch den Pflichtigen
  - 4.6. Verfahren
5. Güterrecht
6. Folgerung

## 1. Einführung<sup>1</sup>

1.1. Das Bundesgericht hält sich zurzeit sehr zurück mit der Publikation von Entscheidungen. Die grosse Zahl der nicht

<sup>1</sup> Schriftliche Fassung eines am 17. Dezember 2008 an einer Weiterbildungsveranstaltung des IRP-HSG in Zürich gehaltenen Vortrages.

amtlich publizierten Entscheidungen zeigt aber, dass das Familienrecht im Allgemeinen und das Scheidungsrecht im Besonderen für die Justiz einen hohen Stellenwert hat. Das ist insofern auch nicht erstaunlich, als Scheidungen sich uneingeschränkter Beliebtheit erfreuen und das Scheidungsrecht selber – wohl unvermeidbar – eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthält, welche den Gerichten ein grosses Ermessen einräumen. Dem Bundesgericht kommt dabei die wichtige Aufgabe einer Harmonisierung der Rechtsprechung zu.

1.2. Im Folgenden soll ein Überblick über einige wichtige Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben werden. Dabei kann allerdings keine Vollständigkeit angestrebt werden. Es musste eine Auswahl getroffen werden.

## 2. Eheschutz und Scheidungsverfahren

2.1. Der Eheschutz bezweckt einerseits – wie sein Name sagt – den Schutz der Ehe. Andererseits dient er aber auch dem Schutz der Persönlichkeit jedes Ehegatten.<sup>2</sup> Der Eheschutz setzt nicht voraus, dass die Ehe tatsächlich gerettet werden kann<sup>3</sup>. Er greift vielmehr auch, wenn eine Ehe hoffnungslos zerrütet erscheint, aber keine Scheidungsklage anhängig gemacht worden ist. Vorbehaltlich offensichtlicher Unzuständigkeit des Scheidungsgerichts können Eheschutzmassnahmen indessen nicht mehr angeordnet werden, sobald eine Klage oder ein Begehren auf Scheidung oder Trennung rechtshängig ist<sup>4</sup>. Dann ist für alle Massnahmen, welche die Zukunft betreffen, nur noch das Scheidungsgericht zuständig. Das gilt auch im internationalen Verhältnis<sup>5</sup>. Mit den vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren<sup>6</sup> können neue Massnahmen angeordnet, aber auch bestehende Eheschutzmassnahmen abgeändert werden<sup>7</sup>. Damit werden allerdings nicht in jedem Fall hängige Eheschutzverfahren obsolet. Die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts für die Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens

<sup>2</sup> HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar 1999, N 15 der Vorbem. zu Art. 171 ff. ZGB.

<sup>3</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 16 der Vorbem. zu Art. 171 ff. ZGB.

<sup>4</sup> BGE 101 II 2; HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 17 der Vorbem. zu Art. 171 ff. ZGB.

<sup>5</sup> BGE 134 III 328 f.; vgl. hinten Rz. 2.6.

<sup>6</sup> Art. 137 ZGB.

<sup>7</sup> Vgl. im Einzelnen CHRISTOPH LEUENBERGER, Basler Kommentar, 3. A., 2006, N 1 ff. zu Art. 137 ZGB.

bleibt nämlich erhalten<sup>8</sup>. Das ist dogmatisch zwar äusserst konsequent und richtig, aber kaum sehr praktisch. Es wäre prozessökonomischer, wenn eine Kompetenzattraktion beim Scheidungsgericht einträte.

2.2. Mit der Revision des Scheidungsrechts, welche 2000 in Kraft getreten ist, hat der Eheschutz an Bedeutung gewonnen. Nach dem nunmehr geltenden Scheidungsrecht setzt eine Scheidungsklage in aller Regel eine Trennung von zwei Jahren voraus. Ist die Ehekrise virulent, lässt sich regelmässig keine Einigung erzielen, so dass ein gemeinsames Scheidungsbegehren nicht möglich ist. Während vor der Gesetzesrevision in diesen Fällen rasch eine Scheidungsklage eingereicht werden konnte und es dann die Angelegenheit des Scheidungsgerichts war, das Getrenntleben zu regeln und die nötigen Massnahmen anzuordnen, bis sich die Ehegatten einigen konnten oder die Ehe rechtskräftig geschieden wurde, muss heute das Eheschutzgericht in dieser Phase die notwendigen Regeln treffen. Damit erhielt der Eheschutz die Aufgabe, die Scheidung vorzubereiten.

## 2.1. Beschwerdefähigkeit

2.3. Unter der Herrschaft des nunmehr aufgehobenen OG waren Eheschutzentscheide der kantonalen Gerichte nicht berufungsfähig. Sie galten nicht als Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG. Ebenfalls ausgeschlossen war die Berufung gegen Massnahmenentscheide des Scheidungsgerichts<sup>9</sup>. Zugelassen wurde jedoch die staatsrechtliche Beschwerde<sup>10</sup>. Diese Rechtsprechung ist in der Lehre auf Kritik gestossen<sup>11</sup>. Wohl ist es zutreffend, dass eine Abänderung sowohl der Eheschutzanordnungen wie auch der Massnahmenentscheide jederzeit möglich ist. Diese Abänderung erfolgt in aller Regel aber nur für die Zukunft und ändert die Folgen des bisherigen Entscheides folglich nur bedingt ab. Damit greift aber der einmal getroffene Entscheid endgültig in die Rechtsstellung der Ehegatten ein. Es kommt ihm damit die gleiche Wirkung wie einem Endentscheid zu. Das Bundesgericht hat diese Kritik aber nicht aufgenommen.

2.4. Mit Erlass des BGG hat sich die Rechtslage insofern grundsätzlich verändert, als das geltende Recht die Unterscheidung zwischen staatsrechtlicher Beschwerde und Berufung nicht mehr kennt. Vielmehr sind mit der zivilrechtlichen Beschwerde auch Verfassungsverletzungen vor Bundesge-

richt zu rügen. Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass es sich sowohl bei Massnahmen im Scheidungsverfahren wie auch beim Eheschutz um Zivilsachen im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG handelt, so dass die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich gegeben ist<sup>12</sup>. Weil aber solche Entscheide nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, so dass eine einfachere Abänderbarkeit als bei einem ordentlichen Urteil besteht, und überdies das Gericht in einem bloss summarischen Verfahren entscheidet, handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG, so dass nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann, nicht aber die Verletzung eines gewöhnlichen Gesetzes<sup>13</sup>. Es bleibt somit praktisch bei der gleichen beschränkten Prüfungsmöglichkeit wie im alten Prozessrecht<sup>14</sup>.

## 2.2. Internationale Zuständigkeit

2.5. Es liegt auf der Hand, dass mit der Globalisierung einerseits und der Personenfreizügigkeit im Rahmen der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU andererseits auch im Familienrecht immer mehr internationale Verhältnisse auftreten. Dabei kommt es immer wieder vor, dass ein Ehegatte mit ausländischer Staatsbürgerschaft in seinem Heimatland eine Scheidungsklage einreicht, auch wenn die Ehegatten lange Zeit hier in der Schweiz gelebt haben und der andere Ehegatte dies auch noch immer tut. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass Eheschwierigkeiten für einen Ausländer einen Grund darstellen können, in sein Heimatland zurück zu kehren. Dass dann im Ausland auf Scheidung geklagt wird, liegt teilweise auch in der rechtlichen Ausgestaltung des neuen Scheidungsrechts der Schweiz. Die Scheidungsklage kann nach schweizerischem Recht in der Regel erst nach einer zweijährigen Trennung eingereicht werden.<sup>15</sup> Die meisten ausländischen Rechte kennen keine solche Frist, so dass die Klage im Ausland schneller erhoben werden kann.

2.6. Die Zuteilung zwischen Eheschutz und vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren<sup>16</sup> hat auch im internationalen Verhältnis Bedeutung<sup>17</sup>. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass es drei Bestimmungen gibt, welche die Zuständigkeit für die Anordnung von solchen Massnahmen begründen können:

- Art. 62 IPRG sieht vor, dass das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungsklage hängig ist, *vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren* anordnen kann, wenn seine Unzuständigkeit nicht offensichtlich ist.

<sup>8</sup> BGE 129 III 63; MICHEL CZITRON, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses, Diss. St. Gallen 1995, 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 17 der Vorbem. zu Art. 171 ff. ZGB; LEUENBERGER (FN 7), N 10 zu Art. 137 ZGB.

<sup>9</sup> THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHAN, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 50 zu Art. 137 ZGB; LEUENBERGER (FN 7), N 60 zu Art. 137 ZGB.

<sup>10</sup> BGE 133 III 395; 127 III 476 ff.; 116 II 21 f.; 115 II 297 f.

<sup>11</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 24 ff. zu Art. 180 ZGB.

<sup>12</sup> BGE 133 III 396; FELIX UHLMANN, in: Marcel A. Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 11 zu Art. 90 BGG.

<sup>13</sup> BGE 133 III 396 f.

<sup>14</sup> Vgl. LEUENBERGER (FN 7), N 20 zu Art. 137 ZGB.

<sup>15</sup> Art. 114 ZGB.

<sup>16</sup> Vgl. vorne Rz. 2.1.

<sup>17</sup> BGE 134 III 328.

- Für *Eheschutzmassnahmen* sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt eines Ehegatten zuständig.<sup>18</sup>
- Schliesslich können nach Art. 10 IPRG schweizerische Gerichte vorsorgliche Massnahmen anordnen, auch wenn sie in der Sache selber nicht zuständig sind.

2.7. Ist nun eine Scheidungsklage im Ausland rechtshängig, und wäre ein ebenfalls allfälliges ausländisches Scheidungsurteil in der Schweiz zu anerkennen, so kann in der Schweiz keine zweite Scheidungsklage eingereicht werden. Die schweizerische Zuständigkeit nach Art. 62 IPRG entfällt. Auch Art. 46 IPRG kann nicht weiter helfen, weil wegen der Hängigkeit eines Scheidungsverfahrens im Ausland keine Eheschutzmassnahmen mehr erlassen werden können, auch von einem schweizerischen Gericht nicht mehr. Das kann insofern fatal sein, als im Ausland unter Umständen nur relativ schwierig rechtzeitig ein Rechtsschutz erlangt werden kann, namentlich wenn dieser auch noch in der Schweiz vollstreckt werden müsste.

2.8. Hier hilft das Bundesgericht mit Art. 10 IPRG weiter. Das Bundesgericht ging vor Erlass des IPRG davon aus, dass die schweizerische Zuständigkeit im Eheschutz nicht schon mit der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens im Ausland entfalle, sondern erst mit der konkreten Anordnung von Massnahmen.<sup>19</sup> Die Lehre hatte zu Recht festgestellt, dass es sich dabei materiell um vorsorgliche Massnahmen handelt, welche in der Schweiz während des im Ausland hängigen, grundsätzlich anerkennbaren Scheidungsverfahrens ergehen<sup>20</sup>. Das Bundesgericht stützt diese Praxis nun seit dem Inkrafttreten des IPRG auf Art. 10 IPRG<sup>21</sup>, was auch von der Lehre gutgeheissen wird<sup>22</sup>. Allerdings müssen – wie auch schon unter altem Recht – eine der folgenden fünf Voraussetzungen erfüllt sein<sup>23</sup>:

1. Das vom ausländischen Gericht anzuwendende Recht kennt keine Art. 137 ZGB entsprechende Regelung.

2. Ein Massnahmenentscheid des ausländischen Gerichts wäre in der Schweiz nicht zu anerkennen.
3. Die Massnahmen sind zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögenobjekte in der Schweiz anzuordnen.
4. Es ist Gefahr im Verzug oder
5. es ist nicht damit zu rechnen, dass das ausländische Gericht rechtzeitig entscheiden wird.

### 2.3. Scheidungsverfahren und Kinder

2.9. Die Revision des Scheidungsrechts hat die Verpflichtung gebracht, vor dem Entscheid über die Kinderbelange die Kinder auf geeignete Art anzuhören<sup>24</sup>. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass die Anhörung «durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson» zu erfolgen hat. Die Anhörung muss «persönlich» sein. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es nicht bloss um die Einholung einer Stellungnahme geht. Vielmehr ist Mündlichkeit vorausgesetzt. Es genügt auch nicht eine blossе Anschauung im Sinne einer Beobachtung. Vielmehr ist die Äusserung des Kindes erfragt<sup>25</sup>. Sie setzt aber nicht voraus, dass das Kind urteilsfähig ist. Formallogische Denkopoperationen sind erst ungefähr ab dem 11. bis 13. Altersjahr möglich<sup>26</sup>. Ob dies möglich ist, erweist sich aber auch nicht als die entscheidende Frage. Die Anhörung ist Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Kindes<sup>27</sup>. Überdies soll sich das Gericht ein selbständiges Bild vom Kind machen, bevor es entscheidet. Von der Anhörung kann allerdings abgesehen werden, soweit das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe gegen eine Anhörung sprechen<sup>28</sup>.

2.10. Was das Alter betrifft, hatte das Bundesgericht die Grenze für die Anhörung im Sinne einer Richtlinie auf die Vollendung des sechsten Altersjahr festgelegt<sup>29</sup>. Allerdings können die konkreten Umstände ein Abweichen von dieser Altersgrenze rechtfertigen. Zu beachten ist auch, dass ein Kind nicht immer wieder angehört werden soll. Es hat auch einen Anspruch darauf, in Ruhe gelassen zu werden, wenn es dies wünscht. Allerdings ist diesfalls sicher zu stellen, dass der Verzicht auf die Anhörung tatsächlich dem Wunsch des Kindes entspricht und nicht einfach das Verlangen eines Elternteils wiedergibt<sup>30</sup>. Namentlich kann von der Anhörung durch das Gericht abgesehen werden, wenn diese bereits

<sup>18</sup> Art. 46 IPRG.

<sup>19</sup> BGE 104 II 246.

<sup>20</sup> DANIEL CANDRIAN, *Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz*, Diss. St. Gallen 1994, 67; DANIEL TRACHSEL, *Konkurrierende Zuständigkeiten in internationalen Familienrechtsfällen – einige praktische Hinweise*, AJP 2003, 450 ff., spez. 450.

<sup>21</sup> BGE 134 III 330.

<sup>22</sup> IVO SCHWANDER, *Besprechung von BGer*, 5. März 1991, 5C.243/1990 in AJP/PJA 1992, 406 ff.; ANDREAS BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Basel 2004, Rz. 340; PAUL VOLKEN, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2004, N 10 zu Art. 2 IPRG. BERNARD DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3. A., Basel 2005, N 2 zu Art. 62 IPRG; LUKAS BOPP, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Basler Kommentar zum IPRG*, 2007, N 10 zu Art. 62 IPRG.

<sup>23</sup> BGE 134 III 330.

<sup>24</sup> Art. 144 Abs. 2 ZGB.

<sup>25</sup> BGE 131 III 556.

<sup>26</sup> WILHELM FELDER/HEINRICH NUFER, *Die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer Sicht*, in: Heinz Hausheer (Hrsg.): *Vom alten zum neuen Scheidungsrecht*, Bern 1999, 176 ff., N 4.131.

<sup>27</sup> THOMAS SCHÜTT, *Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren*, Diss. Zürich 2002, 50 ff.

<sup>28</sup> Art. 144 Abs. 2 ZGB.

<sup>29</sup> BGE 131 III 557, E. 1.2.3.

<sup>30</sup> BGE 131 III 558, E. 1.3.1.; Botschaft BBl 1996 I 144.

durch eine qualifizierte Drittperson erfolgt ist. Das Gesetz stellt die Anhörung durch das Gericht selber und diejenige durch eine beauftragte Drittperson auf gleiche Stufe. Das Bundesgericht hält allerdings fest, dass das Gericht die Anhörung nicht systematisch an Dritte delegieren soll. Es anerkennt aber auch, dass sehr wohl Dritte geeigneter sein können.<sup>31</sup> Die Drittpersonen müssen aber qualifiziert sein. Die Anhörung durch den die Besuche begleitenden Beistand genügt diesen Anforderungen ebenso wenig wie der blosser Bericht eines Therapeuten, der mit dem Kind keine Gespräche geführt hat.<sup>32</sup>

## 2.4. Ehegattenunterhalt während des Verfahrens

2.11. In konstanter Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass von einem Schuldner Unterhalt nur gefordert werden kann, wenn dieser über genügend Mittel verfügt, so dass ihm sein *Existenzminimum verbleibt*<sup>33</sup>. Diese Regel rechtfertigt sich damit, dass auch eine familienrechtliche Bindung nicht zur Selbstaufgabe verpflichtet. Die familiäre Solidarität mag jemanden verpflichten, seine Nächsten bis zum Abgrund zu begleiten. Es kann aber nicht verlangt werden, mit ihnen auch einen Schritt weiter zu gehen<sup>34</sup>. Diese Begrenzung hat zur Folge, dass die *Reihenfolge der Berechtigten* ein grosses Gewicht bekommt, wenn mehrere Unterhaltsgläubiger in Konkurrenz stehen.

2.12. Das Gesetz enthält keine Regeln zur Rangordnung der verschiedenen Unterhaltsgläubiger<sup>35</sup>. Lehre und Rechtsprechung haben diesbezüglich Grundsätze entwickelt:

- Dabei liegt es auf der Hand, dass *mehrere Ehegatten* grundsätzlich *gleichgestellt* sind.<sup>36</sup> Entsprechend kann der geschiedene Ehegatte auch gegenüber dem aktuellen kein Vorrecht in Anspruch nehmen. Die Wiederverheiratung des Unterhaltsschuldners kann einen Grund für die Abänderung der Scheidungsrente darstellen.
- Streitig ist die Lehre in der Frage der Konkurrenz zwischen dem (geschiedenen) *Ehegatten und den gemeinsamen, unmündigen Kindern*. HAUSHEER/SPYCHER legen mit überzeugenden Argumenten dar, dass hier eine *Gleichstellung* angemessen ist, so dass bei ungenügenden Mitteln eine gleichmässige Reduktion stattfindet<sup>37</sup>. Damit

steht nicht im Widerspruch, dass bei reichlichen Mitteln die Erhöhung der Kinderalimente nicht zu einer Kürzung der Scheidungsrente an den Ehegatten führen muss.<sup>38</sup>

- Fraglich kann dies erscheinen, wenn es um den *Ehegatten und die nicht gemeinsamen, unmündigen Kinder* geht. Diesfalls haben die Argumente, welche in der Lehre für einen *Vorrang des Kinderunterhaltes* vorgebracht werden, mehr Gewicht, weil sich das Kind ja nicht an den anderen Elternteil halten kann, der seinerseits vom gleichen Schuldner profitiert. Fraglich erscheint aber, ob eine Differenzierung gegenüber dem Fall mit gemeinsamen Kindern angebracht ist.
- Bezüglich des *erwachsenen Kindes* hat das Bundesgericht nunmehr festgehalten, dass der Ehegattenunterhalt klaren Vorrang hat. Die Berücksichtigung der Unterhaltszahlungen an die erwachsenen Kinder bei der Festsetzung der für den Ehegattenunterhalt zur Verfügung stehenden Mittel wurde als willkürlich angesehen.<sup>39</sup> Das entspricht auch der in der Lehre vertretenen Auffassung.<sup>40</sup>

## 2.5. Gegenstand des Scheidungsverfahrens

3.13. Im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung sind grundsätzlich *alle vermögensrechtlichen Forderungen* zwischen den Ehegatten festzustellen. Entsprechend kann ein Ehegatte im Scheidungsverfahren auch eine Forderung aus einem vor der Ehe eingegangenen Vertrag beurteilen lassen. Voraussetzung ist allerdings, dass die entsprechende Forderung einen Zusammenhang mit der Ehe hat<sup>41</sup>. Dieser Zusammenhang ist namentlich gegeben, wenn voreheliche Zuwendungen einer Partei an die andere für eine Ausbildung zur Diskussion steht.<sup>42</sup>

## 3. Scheidungsunterhalt

### 3.1. Berechnungsmethoden für den Unterhalt

3.1. Mit der Scheidung endet der eheliche Unterhaltsanspruch.<sup>43</sup> Unter gewissen Voraussetzungen wird er auf Grund

<sup>31</sup> BGE 133 III 554.

<sup>32</sup> BGE 133 III 553 ff.

<sup>33</sup> Statt vieler: BGE 132 III 209; vgl. auch BGE 133 III 57 und hinten Rz. 3.14.

<sup>34</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich: HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER: Zur Festsetzung des Scheidungsunterhalts bei fehlenden Mitteln im neuen Scheidungsrecht, ZBJV Bd. 134, 1998, 93 ff.

<sup>35</sup> HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 08.22.

<sup>36</sup> HAUSHEER/SPYCHER (FN 35), Rz. 08.23 mit Hinweis auf BGE 79 II 137.

<sup>37</sup> HAUSHEER/SPYCHER (FN 35), Rz. 08.27 ff.

<sup>38</sup> BGE 132 III 595, E. 3.2.

<sup>39</sup> BGE 132 III 209 ff.

<sup>40</sup> HAUSHEER/SPYCHER (FN 35), Rz. 08.31; THOMAS GEISER, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993, 903 ff., spez. 910; URS GLOOR/ANNETTE SPYCHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar 2006, N 16 zu Art. 125 ZGB; INGEBORG SCHWENZER, in: Ingeborg Schwenzler (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N 28 zu Art. 125 ZGB.

<sup>41</sup> BGer 5A.329/2008 vom 6.8.2008, E. 3.2.1.

<sup>42</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 22 zu Art. 209 ZGB.

<sup>43</sup> Art. 163 f. ZGB.

der nahehelichen Solidarität durch den Anspruch auf Scheidungsunterhalt ersetzt. Das Gesetz enthält auch hier eine Generalklausel und räumt dem Gericht bei der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts grosses Ermessen ein. Die Bedeutung des nahehelichen Unterhalts darf allerdings nicht überschätzt werden. Die Scheidungsstatistik gibt zum letzten Mal für 2001 an, in wie vielen Scheidungen einem Ehegatten Unterhalt zugesprochen worden ist, wobei sich die Statistik nicht zu dessen Höhe ausspricht. Es zeigt sich, dass damals nur noch in ca. 28 % der Scheidungen überhaupt irgendeine Unterhaltszahlung an den geschiedenen Ehegatten vorgesehen war<sup>44</sup>.

3.2. Der Unterhaltsanspruch richtet sich ausschliesslich nach den Bedürfnissen und der Zumutbarkeit. Erste Voraussetzung jedes nahehelichen Unterhalts ist im neuen Recht, dass es dem *Gläubiger nicht zuzumuten* ist, für den *gebührenden Unterhalt* einschliesslich einer ausreichenden Altersvorsorge selbst aufzukommen. Sodann ist ein – den *Verhältnissen des Pflichtigen* – angemessener Beitrag zu leisten<sup>45</sup>. Das Gesetz enthält eine nicht abschliessende Liste der zu berücksichtigenden Kriterien<sup>46</sup>. Schliesslich konkretisiert das Gesetz das Rechtsmissbrauchsverbot, indem unter gewissen Voraussetzungen trotz Bedarfs nahehelicher Unterhalt verweigert werden kann<sup>47</sup>. Das Gesetz zählt – im Gegensatz noch zum bundesrätlichen Entwurf – die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht abschliessend auf<sup>48</sup>. Das Scheidungsverschulden darf dabei allerdings nicht berücksichtigt werden<sup>49</sup>. Daraus ergeben sich drei entscheidende Kriterien<sup>50</sup>:

- die massgebliche Lebenshaltung,
- die eigene Leistungsfähigkeit des Unterhaltsgläubigers und
- die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners.

3.3. In der Praxis wurden verschiedene Methoden entwickelt, wie der Unterhalt zu berechnen ist. Dabei zeigt sich aus praktischer Sicht, dass drei Fälle zu unterscheiden sind:

- jene mit Mangellage,
- jene mit in etwa ausreichenden Mitteln und
- jene mit Überfluss.

3.4. Zwei Haushaltungen kosten erheblich mehr als ein gemeinsamer Haushalt. Entsprechend sind *ausreichend Mittel*

in einer Scheidung regelmässig nur dann vorhanden, wenn die Ehegatten, als sie zusammen lebten, über eine beachtliche Sparquote verfügten. Diesfalls ist in erster Linie zu bestimmen, welches die gemeinsame Lebenshaltung während der Ehe war. Auf eine höhere Lebenshaltung kann der vom andern Unterhalt fordernde Ehegatte auch nach der Scheidung nicht Anspruch haben. Es ist ihm in jedem Fall maximal diese Lebenshaltung zu finanzieren<sup>51</sup>. Dass dafür genügend Mittel vorhanden sind, dürfte in der Praxis der seltenste Fall sein.

3.5. In der Regel *erlaubt es die wirtschaftliche Lage nicht, die bisherige Lebenshaltung uneingeschränkt weiterzuführen*. Wohl kann der Notbedarf beider Parteien gedeckt werden<sup>52</sup>. Es müssen beide Parteien aber Abstriche bei ihrer bisherigen Lebenshaltung in Kauf nehmen. In diesen Fällen kann so vorgegangen werden, dass die Existenzminima von beiden Ehegatten berechnet und der Überschuss geteilt wird. Ein neuer Entscheid des Bundesgerichts hat nun zu grosser Verunsicherung geführt, weil das Gericht einen Entscheid aufgehoben hat, in dem das kantonale Gericht genau so vorgegangen war. Das Bundesgericht hielt der kantonalen Instanz vor, sie habe die eheliche Lebenshaltung der Parteien nicht festgestellt. Diese bilde aber die Obergrenze des zu Finanzierenden, so dass nicht einfach eine Teilung des Überschusses zulässig sei.<sup>53</sup> Soweit das Bundesgericht damit feststellen wollte, dass zuerst geklärt werden muss, ob mit den vorhandenen Mitteln und dem möglicherweise zusätzlichen hypothetischen Einkommen tatsächlich nur die bisherige Lebenshaltung mit Blick auf die zwei Haushaltungen finanzierbar ist und nicht auch weiter gespart werden kann, ist ihm uneingeschränkt Recht zu geben. Die hälftige Teilung des Überschusses darf nicht zu einer Besserstellung gegenüber den Verhältnissen während der Ehe führen. Der naheheliche Unterhalt bezweckt keine Vermögensumverteilung. Steht aber fest, dass das Einkommen nicht reicht, um zwei Haushaltungen mit dem bisherigen Lebensstandard zu finanzieren, so ist nicht einzusehen, warum die aufgezeigte Methode bundesrechtswidrig sein soll.

3.6. In diese Richtung weist auch ein weiterer Entscheid, bei dem das Bundesgericht die *konkrete Methode im Sinne der Bedarfsberechnung für zutreffend bezeichnete*. Es ging dabei dann allerdings nicht von den tatsächlichen konkreten Bedürfnissen aus sondern vom erweiterten und um 20 % erhöhten – allerdings immerhin – konkreten Notbedarf aus, *ohne einen Überschuss zu teilen*<sup>54</sup>. Obgleich die Ehegatten während der Ehe keine Ersparnisse erzielt hatten, konnte nicht angenommen werden, sie hätten das ganze Einkommen für den ehelichen Unterhalt verbraucht, weil während der Ehe die Parteien auch für das voreheliche Kind der Frau aus einer

<sup>44</sup> Zur Statistik im Einzelnen vgl. THOMAS GEISER/ADOLF LÜCHINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar 2006, N 27 der Vorbem. zu Art. 111 ff. ZGB.

<sup>45</sup> Art. 125 Abs. 1 ZGB.

<sup>46</sup> Art. 125 Abs. 2 ZGB.

<sup>47</sup> Art. 125 Abs. 3 ZGB.

<sup>48</sup> HEINZ HAUSHEER, Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 3.30; SCHWENZER (FN 40), N 80 ff. zu Art. 125 ZGB.

<sup>49</sup> Botschaft Ziff. 233.52.

<sup>50</sup> So auch BGE 134 III 145 ff.

<sup>51</sup> BGE 129 III 8.

<sup>52</sup> Für den Fall einer Mankolage vgl. hinten Rz. 3.14. ff.

<sup>53</sup> BGE 134 III 145 ff.

<sup>54</sup> BGer 5A\_384/2008 v. 21.10.2008, E. 4.

früheren Beziehung aufgekommen waren. Diese Aufwendungen konnten für die eheliche Lebenshaltung nicht massgebend sein.<sup>55</sup>

### 3.2. Lebensprägung

3.7. Nach Art. 125 Abs. 1 ZGB besteht – wie aufgezeigt – ein Anspruch auf einen angemessenen Beitrag nur an den gebührenden nahehelichen Unterhalt. Für die Frage, was «gebührend» ist, kommt es entscheidend darauf an, ob die Ehe lebensprägend war oder nicht. Nur wenn sie dies war, kann nämlich auf die während der Ehe bestehende Lebenshaltung abgestellt werden. Andernfalls besteht nur Anspruch darauf, im Maximum so gestellt zu werden, wie der Ehegatte auch stünde, wenn er gar keine Ehe eingegangen wäre. Es sind die vorehelichen Verhältnisse massgebend<sup>56</sup>.

3.8. Für die Lebensprägung ist die Dauer der Ehe von entscheidender Bedeutung. Ehen, die weniger als fünf Jahre gedauert haben, gelten in der Regel als nicht lebensprägend. Ehen die länger als 10 Jahre gedauert haben, haben demgegenüber in der Regel das Leben der Ehegatten geprägt. Hat eine Ehe 20 Jahre gedauert und sind ihr Kinder entsprossen, steht der lebensprägende Charakter ausser Zweifel<sup>57</sup>. Bei Ehen zwischen 5 und 10 Jahren spielt keine eigentliche Vermutung. Diesfalls ist insbesondere auf die weiteren Umstände abzustellen. Namentlich entsteht eine Eheprägung, wenn ein Ehegatte durch die Heirat aus seinem bisherigen Kulturkreis gerissen wird.<sup>58</sup>

3.9. Bezüglich der Ehedauer kann allerdings nicht die ganze *Zeit bis zur Rechtskraft* des Scheidungsurteils berücksichtigt werden. Zu Berücksichtigen ist die Ehedauer nur bis zu jenem Zeitpunkt, in dem sich die *Ehegatten getrennt haben* und für die Parteien klar war, dass die Ehe geschieden werden wird. Von diesem Zeitpunkt an musste sich auch der nicht scheidungswillige Gatte auf die neue Situation einstellen und damit konnte die Ehe in ihrem weiteren Verlauf nicht mehr prägend wirken.<sup>59</sup> Konsequenterweise hat nun aber das Bundesgericht in einem Fall, in dem die Trennung relativ lange gedauert hat und deshalb nur noch eine kurze massgebliche Ehezeit blieb, die Dauer des vorehelichen Konkubinates mitberücksichtigt<sup>60</sup>.

3.10. Die Lebensprägung durch die Ehe ist auch für die Frage entscheidend, ob die naheheliche Solidarität es erfordert, dass der eine Ehegatte die Folgen der Invalidität des anderen Ehegatten mitträgt. War die Ehe lebensprägend, so verlangt

der Solidaritätsgedanke, dass auch nach der Scheidung die Folgen der beeinträchtigten Erwerbsfähigkeit von beiden getragen wird, selbst wenn die *Invalidität erst während des Getrenntlebens eingetreten ist* und damit nicht als ehebedingt bezeichnet werden kann<sup>61</sup>.

3.11. Es liegt auf der Hand, dass grundsätzlich die Einkommensverhältnisse während der Ehe die massgebliche (prägende) Lebenshaltung begrenzen. Haben die Ehegatten aber während der Ehe teilweise vom Vermögen gelebt, so kann sehr wohl auch für den nahehelichen Unterhalt ein weiterer *Vermögensverzehr* verlangt werden. Weil es um den Unterhalt und nicht um das Güterrecht geht, kann es dabei nicht auf die Herkunft der Mittel ankommen. Entsprechend hat das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid geschützt, bei dem die Ehegatten während der Ehe von 4 Mio. Erbvorbezügen des Ehemannes während der Ehe rund 2 Mio. verbraucht hatten. Neben einer aus dem Einkommen des Mannes stammenden Unterhaltsrente wurde der Ehefrau für den Unterhalt auch ein einmaliger Betrag von Fr. 100 000.– zur Deckung der Lücke im Unterhalt zugesprochen, was das Bundesgericht akzeptierte<sup>62</sup>.

### 3.3. Vorsorgeunterhalt

3.12. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass der Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge zum gebührenden Unterhalt gehören kann, auf den ein Ehegatte nach der Scheidung Anspruch hat<sup>63</sup>. Das rechtfertigt sich schon aus dem Umstand, dass der Ehegatte mit der Scheidung die Aussicht verliert, an der Vorsorge des anderen zu partizipieren<sup>64</sup>. Der Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge ist aber eine Bundesaufgabe und ein in der Verfassung verankertes Sozialrecht<sup>65</sup>. Konsequenterweise führt Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB dann auch als ein Kriterium für die Festsetzung des nahehelichen Unterhalts die Vorsorgelage der Ehegatten auf. Für Unterhaltsleistungen, welche nicht den gegenwertigen Verbrauch, sondern den Aufbau einer Altersvorsorge und damit künftige Bedürfnisse betreffen, hat sich der Begriff des Vorsorgeunterhalts eingebürgert.

3.13. Praktisch können diese Regeln dazu führen, dass neben den für den laufenden Unterhalt gedachten Leistungen auch Beträge auszurichten sind, welche dem Aufbau der Altersvorsorge des Unterhaltsgläubigers dienen.<sup>66</sup> Damit soll der Wegfall der eigenen (Rest-)Erwerbsfähigkeit des Unterhaltsschuldners im Alter ausgeglichen werden. Demgegenüber kann unter diesem Titel nicht auch der Wegfall der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners und damit die Reduktion

<sup>55</sup> BGer 5A\_384/2008 v. 21.10.2008, E. 4.2.

<sup>56</sup> BGer 5A\_384/2008 v. 21.10.2008, E. 3.1.

<sup>57</sup> BGE 132 III 146.

<sup>58</sup> BGer 5A\_384/2008 v. 21.10.2008, E. 3.1. Die Ehe hatte im konkreten Fall zwar kurz gedauert, die Ehefrau war aber durch die Heirat aus ihrer thailändischen Umgebung gerissen worden.

<sup>59</sup> BGE 127 III 136.

<sup>60</sup> BGE 132 III 598, E. 9.2.

<sup>61</sup> BGer 5A\_384/2008 v. 21.10.2008, E. 5.2.

<sup>62</sup> BGer 5A.512/2008, v. 4.9.2008.

<sup>63</sup> Art. 125 Abs. 1 ZGB.

<sup>64</sup> BGer 5A.512/2008 v. 4.9.2008, E. 4.

<sup>65</sup> Art. 111 ff. BV.

<sup>66</sup> BGer 5A.512/2008, E. 4.

der Unterhaltsrente ausgeglichen werden.<sup>67</sup> Es ist deshalb richtig, die Rente bis zum Erreichen des Rentenalters zu befristen – bzw. die Rente auf diesen Zeitpunkt zu kürzen –, wenn die Leistungskraft des Schuldners mit der Pensionierung abnimmt. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Unterhaltsgläubiger in diesem Zeitpunkt selber das Rentenalter noch nicht erreicht hat. Die dadurch eintretende Einbusse ist nicht eine Folge einer fehlenden eigenen Altersvorsorge. Vielmehr wäre hier eine Einbusse auch erfolgt, wenn die Ehe weiter bestanden hätte. Eine Vorfinanzierung dieser Lücke durch den Unterhaltsschuldner aus laufenden Mitteln während dessen Erwerbstätigkeit kommt nicht in Frage. Der Unterhaltsanspruch setzt voraus, dass die Leistungsfähigkeit des Schuldners in dem Zeitpunkt besteht, für den dieser Unterhalt gedacht ist<sup>68</sup>. Es gilt der *Grundsatz der zeitlichen Kongruenz der Leistungsfähigkeit und des Unterhaltsbedarfs (Gedanke der Periodizität)*<sup>69</sup>.

### 3.4. Fehlende Mittel

3.14. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt der Grundsatz, dass bei der Festsetzung von Unterhaltsleistungen dem *Pflichtigen immer das Existenzminimum zu belassen* ist<sup>70</sup>. Die familiäre Bindung geht nicht so weit, dass jemand auch sein Existenzminimum aufopfern müsste<sup>71</sup>. Anders sieht es bloss aus, wenn die Parteien zusammen leben, weil dann das Existenzminimum der beiden Parteien sich sinnvoller Weise nicht trennen lässt. Wie sie die knappen Mittel unter sich aufteilen, ist diesfalls ihre Sache.

3.15. Diese Regeln haben zur Folge, dass unter Umständen derjenige Ehegatte, der sich um die Kinder kümmert und deshalb nicht oder nur beschränkt erwerbstätig sein kann, auf Sozialhilfe angewiesen ist, wenn er mit den Kindern den gemeinsamen Haushalt mit dem anderen Ehegatten aufgibt. Die *während des Getrenntlebens aufgelaufenen Beiträge des Sozialamtes stellen ausschliesslich eine Schuld des Ehegatten dar, der diese Beiträge erhalten hat*. Ein Recht zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft<sup>72</sup> besteht nur während des Zusammenlebens. Auch güterrechtlich ist kein Ausgleich möglich, da diese Beiträge bei der Errungenschaftsbeteiligung die Errungenschaft des Schuldners belasten. Das wird in aller Regel zu einer Überschuldung führen. An einem Rückschlag ist aber der andere Ehegatte nicht beteiligt<sup>73</sup>. Wie das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid festgehalten hat, lässt sich auch kein Ausgleich über

den nahehelichen Unterhalt erreichen. Es ist nicht zulässig, die Scheidungsrente zu erhöhen oder zu verlängern, um diese Beiträge abzubezahlen. Damit würde der *Grundsatz der Periodizität* des Unterhalts verletzt.<sup>74</sup> Die Unterhaltspflicht setzt voraus, dass der Schuldner in dem Zeitpunkt leistungsfähig ist, für den die Unterhaltsbeiträge bestimmt sind<sup>75</sup>.

3.16. Diese Betrachtung erscheint *nach wie vor als richtig*. Neben der grundsätzlichen Frage, wie weit die familiäre Solidarität gehen soll, sprechen auch gewichtige administrative und prozessrechtliche Gründe für diese Lösung. Problematisch ist allerdings, dass diese Grundsätze häufig nicht auch im Verhältnis zwischen dem allein erziehenden Elternteil und dem Kind angewendet werden. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum der Inhaber der elterlichen Sorge Sozialhilfe für die Kosten des Kindes beanspruchen soll. Vielmehr sind diese Kosten dem Kind selber zu belasten, was dann zur Folge hat, dass sich auch die Rückforderung des Sozialamtes nicht gegen den Elternteil, sondern höchstens gegen das Kind selber richten kann. Sozialleistungen an Minderjährige werden aber in aller Regel zu Recht gar nicht zurückgefordert.

### 3.5. BVG-Rente der geschiedenen Witwe

3.17. Die Unterhaltsrente nach der Scheidung erlischt mit dem Tod der berechtigten oder der verpflichteten Partei.<sup>76</sup> Der *Ausschluss der passiven Vererblichkeit* rechtfertigt sich damit, dass auch der eheliche Unterhalt mit dem Tod des Schuldners erloschen wäre. Wäre die Ehe durch Tod aufgelöst worden, hätte der überlebende Ehegatte allerdings geerbt und überdies unter bestimmten Voraussetzungen aus der ersten und der zweiten Säule Hinterlassenenleistungen erhalten. Im alten Scheidungsrecht bestand ein allerdings verschuldensabhängiger Anspruch auf Ersatz dieser Schäden<sup>77</sup>. Das geltende Recht kennt demgegenüber keine Rechtsgrundlage für einen Ersatz solcher Ansprüche mehr. Soweit es um die Versicherungsleistungen geht, muss dieser Ausgleich somit in den entsprechenden Spezialgesetzen vorgesehen sein.

3.18. Entsprechend sehen das BVG und die dazugehörige Verordnung vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen beim Tod des *geschiedenen Unterhaltsschuldners der Unterhaltsgläubiger eine Hinterbliebenenrente erhält*<sup>78</sup>. In der Verordnung wird präzisiert, dass die Leistungen der Vorsorgeeinrichtung «um den sich zusammen mit den Leistungen der übrigen Versicherungen, insbesondere AHV und IV, den Anspruch aus dem Scheidungsurteil»<sup>79</sup> übersteigenden Betrag gekürzt werden können. Es fragt sich, ob der Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente des geschiedenen Ehegatten

<sup>67</sup> BGE 132 III 593 ff.

<sup>68</sup> BGE 132 III 595 ff.

<sup>69</sup> Vgl. hinten Rz. 3.15.

<sup>70</sup> BGE 121 I 97; 121 III 301; 123 III 1; 126 III 356; 127 II 70; 132 III 209; 133 III 59; vorne Rz. 2.11.

<sup>71</sup> Vgl. vorne Rz. 2.11; HAUSHEER/GEISER (FN 34), 93 ff.

<sup>72</sup> Art. 166 ZGB.

<sup>73</sup> BGE 133 III 59 f.

<sup>74</sup> BGE 133 III 60 f.

<sup>75</sup> Vgl. vorne Rz. 3.13.

<sup>76</sup> Art. 130 ZGB.

<sup>77</sup> Aart. 151 Abs. 2 ZGB.

<sup>78</sup> Art. 19 BVG und Art. 20 BVV 2.

<sup>79</sup> Art. 20 Abs. 2 BVV 2.

nur im Bereich des BVG-Obligatoriums besteht und wie die genannte Kürzung zu berechnen ist.

3.19. Art. 19 BVG, der den Anspruch der geschiedenen Person auf Hinterbliebenenrente vorsieht, ist *nur auf die obligatorische Versicherung* zwingend anwendbar. Im überobligatorischen Bereich ist die Pensionskasse frei, ob sie einen entsprechenden Anspruch im Reglement vorsehen will<sup>80</sup>. Für die Kürzung der Hinterbliebenenrente dürfen im Obligatorium nur *kongruente Leistungen* anderer Versicherungen angerechnet werden<sup>81</sup>. Es können nur jene Versicherungsleistungen berücksichtigt werden, welche durch den Tod des Versicherten ausgelöst werden. Damit fällt die eigene Alters- oder Invalidenrente des überlebenden Unterhaltsgläubigers ausser Betracht<sup>82</sup>.

3.20. Diese Einschränkung rechtfertigt sich vom Zweck der Kürzung her. Sie soll verhindern, dass der Unterhaltsgläubiger nach dem Tod des Schuldners besser dasteht als vorher. Deshalb darf aber nur gekürzt werden, soweit die Leistungen der zweiten Säule die durch den Tod des Schuldners entfallenden Unterhaltsleistungen ersetzt<sup>83</sup>. Es geht nicht darum, auch jene Rentenbeträge anzurechnen, welche das Erwerbseinkommen des Gläubigers ersetzen. Wenn sich die Vorsorgeeinrichtungen an diese Kürzungsregeln halten, dürfte allerdings die Hinterbliebenenrente des geschiedenen Ehegatten eine erhebliche Bedeutung erhalten. Mit zunehmender Dauer der Gültigkeit des BVG gewinnt der obligatorische Teil der Versicherung an Bedeutung, weil keine vorobligatorischen Guthaben mehr bestehen. Dann sollte die *Hinterbliebenenrente der zweiten Säule in vielen Fällen ausreichen, um die mit dem Tod des Schuldners entfallenden Unterhaltsbeiträge zu ersetzen*.

## 4. Vorsorgeausgleich

4.1. Das ZGB regelt die Aufteilung der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung in drei Bestimmungen. Dabei behandelt Art. 122 ZGB die Fälle, in denen *noch bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten* ist<sup>84</sup>. Bei dieser Sachlage ist es möglich, für die Vorsorgeeinrichtungen jedes Ehegatten die während der Ehe erworbene Austrittsleistung zu berechnen und zu teilen. Der Saldo, der sich nach der Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche ergibt, ist dann dem Ehegatten,

dem ein höherer Betrag zusteht, als *Freizügigkeitsleistung* auszurichten. Damit bleiben diese Beträge für die Vorsorge gebunden. Sie dienen nun aber der Vorsorge der anderen Partei. Wie gut diese Vorsorge tatsächlich ist, hängt entscheidend von der Einrichtung der beruflichen Vorsorge ab, in die der entsprechende Ehegatte die Freizügigkeitsleistung einbringen kann, die er aus der beruflichen Vorsorge erhalten hat. Liegt ein Barauszahlungstatbestand<sup>85</sup> vor, so kann er sich diesen Betrag auch bar ausrichten lassen.

4.2. Ist *bei einem Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten*, so muss demgegenüber den Besonderheiten des konkreten Falles Rechnung getragen werden<sup>86</sup>. Es bleibt auch in diesem Fall ein *Anspruch auf Ausgleich*. Die Berechnung kann aber nicht mehr rein schematisch erfolgen. Vielmehr ist den Vorsorgebedürfnissen beider Parteien Rechnung zu tragen<sup>87</sup>. Dem Gericht kommt bei der Festsetzung der Entschädigung ein *Ermessen* zu. Es sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen<sup>88</sup>. Die angemessene Entschädigung kann auf verschiedene Weise ausgerichtet werden:

1. Es ist möglich, dass bei demjenigen, der eine angemessene Entschädigung schuldet, der Vorsorgefall noch nicht oder nicht vollständig eingetreten ist, so dass sehr wohl noch eine *Austrittsleistung* ausgerichtet werden kann. Als angemessene Entschädigung ist dann diese auszurichten. Der Berechtigte hat damit den Vorteil, dass er den entsprechenden Betrag in seine eigene Vorsorge einbringen kann<sup>89</sup>.
2. Andernfalls ist die Entschädigung aus freiem Vermögen auszurichten. Das erfolgt entweder durch eine einmalige *Kapitalleistung* oder durch *Ratenzahlungen*. Diese Gelder sind nicht gebunden, der Empfänger kann frei darüber verfügen. In die Vorsorge kann er sie nur einbringen, wenn er aufgrund seiner eigenen Erwerbsbiographie Einkaufsmöglichkeiten hat<sup>90</sup>.
3. Verfügt der Pflichtige nicht über genügend freies Vermögen, so bleibt die Möglichkeit, den geschuldeten Kapitalbetrag in eine *Rente* umzurechnen und die eine Scheidungspartei zu verpflichten, der anderen eine Rente auszurichten. Unklar ist dabei allerdings, welche Rechtsregeln für diese Rente gelten. Das Gesetz bestimmt nicht, ob sie namentlich bezüglich Durchsetzbarkeit, Privilegien im Vollstreckungsrecht, Abänderbarkeit, Erlöschen usw. den gleichen Regeln untersteht wie eine Unterhaltsrente<sup>91</sup>.

<sup>80</sup> BGE 134 V 21 ff.

<sup>81</sup> MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge, Bern 2006, 155.

<sup>82</sup> BGE 134 V 217 ff.

<sup>83</sup> Zum Sonderfall der Kapitalabfindung vgl. Art. 20 Abs. 2 BVV 2.

<sup>84</sup> THOMAS GEISER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 2.29.; KATHARINA BAUMANN/MARGARETHA LAUTERBURG, in: Ingeborg Schwenger (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 1 zu Art. 122 ZGB.

<sup>85</sup> Art. 5 FZG.

<sup>86</sup> Art. 124 ZGB.

<sup>87</sup> A.M. BAUMANN/LAUTERBURG (FN 84), N 39 der Vorbem. zu Art. 122–124 ZGB.

<sup>88</sup> BGE 127 III 439.

<sup>89</sup> Vgl. dazu THOMAS GEISER, Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich, Fampra 2008, 309 ff., Rz. 4.12.

<sup>90</sup> Vgl. dazu GEISER (FN 89), Rz. 4.13. f.

<sup>91</sup> Vgl. dazu GEISER (FN 89), Rz. 4.15.

4.3. Weil es zu den Staatsaufgaben gehört, eine angemessene Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge sicherzustellen<sup>92</sup>, kann es nicht im Belieben der Ehegatten stehen, was bei der Scheidung mit der Vorsorge geschieht. Deshalb sind die entsprechenden Regeln *grundsätzlich zwingend* ausgestaltet. Es ist den Ehegatten verwehrt, im Voraus über die Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge Vereinbarungen zu treffen<sup>93</sup>. Auch im Scheidungszeitpunkt ist der Anspruch aus Vorsorgeausgleich der Dispositionsgewalt der Ehegatten entzogen. Nur unter engen Voraussetzungen besteht die Möglichkeit eines Verzichts<sup>94</sup>.

#### 4.1 Abgrenzung Art. 122 und 124 ZGB

4.4. So einfach die Abgrenzung zwischen den Fällen von Art. 122 und jenen von Art. 124 ZGB theoretisch erscheinen mag, so schwierig erweist sich diese im Einzelnen in der Praxis. Zu Recht ist darauf abzustellen, ob der *Vorsorgefall tatsächlich eingetroffen* ist und nicht bloss, ob sich der Vorsorgenehmer pensionieren lassen könnte<sup>95</sup>. Während im Zusammenhang mit dem Eintritt des Vorsorgefalls Alter eine genauere Umschreibung noch einfach ist, erweist sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Invalidität als eingetreten gelten darf und muss, als äusserst heikel. Zudem fragt sich, in welchen anderen Fällen auf Art. 124 ZGB zurückgegriffen werden muss.

4.5. Auch eine *Teilinvalidität* hat zur Folge, dass bei einem Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist und damit Art. 124 ZGB und nicht Art. 122 ZGB zur Anwendung gelangt. Die Teilinvalidität schliesst aber nicht aus, dass der teilinvaliden Vorsorgenehmer noch über eine Vorsorge verfügt, bei der eine Austrittsleistung möglich ist. Folglich ist es ohne weiteres möglich, dass in einem solchen Fall die nach Art. 124 ZGB geschuldete angemessene Entschädigung in Form einer Austrittsleistung ausgerichtet wird, was Art. 22b Abs. 1 FZG ausdrücklich festhält. Dies hatte ein erstinstanzliches Gericht offenbar insofern verkannt, als es im Falle einer Scheidung eines teilinvaliden Ehegatten die Teilung der Vorsorge nach Art. 122 ZGB anordnete. Dass die Aufteilung noch möglich war, hatte die Vorsorgeeinrichtung des Teilinvaliden zu Recht bestätigt<sup>96</sup>. Anschliessend hatte das Versicherungsgericht die entsprechende Teilung vorzunehmen. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Anwendung von Art. 122 ZGB falsch, aber nicht mehr zu ändern war<sup>97</sup>. Richtiger wäre wohl die Feststellung gewesen, dass im Scheidungsurteil die falschen Artikel zitiert wurden. Die Anordnung, die verbleibende Altersvorsorge des einen Ehegatten

hälftig zu teilen, kann nämlich sehr wohl das Ergebnis der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB sein.

#### 4.2. Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung

4.6. Gemäss Art. 122 ZGB sind die *während der Ehe erworbenen* Austrittsleistungen zu teilen. Die Ehe beginnt mit der Heirat und dauert bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils.<sup>98</sup> Die Praxis lässt es allerdings sinnvollerweise zu, dass die Parteien für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung einen früheren Zeitpunkt wählen<sup>99</sup>. Diesfalls hat die Verzinsung zu Gunsten des Berechtigten von diesem früheren Zeitpunkt an zu laufen<sup>100</sup>. Dadurch wird die Einbusse, die ein Ehegatte durch die Vorverlegung des Stichtages erleidet, vermindert. Er verliert grundsätzlich nur die Hälfte der vom andern und dessen Arbeitgeber bezahlten Beiträge in dieser Zeit, nicht aber auch den Zins auf dem bisherigen Guthaben.

4.7. Werden *während der Ehe Einkäufe* in die Pensionskasse getätigt, so fragt sich, ob diese Beträge beim Vorsorgeausgleich mit dem Ehegatten zu teilen sind. Die Einkäufe können entweder vom Versicherten selber oder aber vom Arbeitgeber bzw. der Vorsorgeeinrichtung bezahlt werden. Soweit solche Leistungsverbesserungen der *Arbeitgeber oder die Pensionskasse selber finanzieren*, führt der Vorgang scheidungsrechtlich zu keiner Besonderheit. Die aus einem solchen Einkauf resultierende Steigerung der Austrittsleistung ist in der Scheidung zu teilen<sup>101</sup>, wie auch Gutschriften der Pensionskasse aus ausserordentlichen Gewinnen<sup>102</sup>. Von der Teilung ausgenommen sind nur während der Ehe getätigte Einkäufe in die Pensionskasse aus Mitteln, welche unter dem ordentlichen Güterstand zum Eigengut zu rechnen sind<sup>103</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, welchem Güterstand die Ehegatten tatsächlich unterstehen. Art. 22 Abs. 3 FZG verweist vielmehr auf die Legaldefinition des Eigengutes im ZGB<sup>104</sup>. Entsprechend kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Ehegatten ehevertraglich das Eigengut erweitert haben<sup>105</sup>. Solche Leistungen sind zuzüglich Zins von der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung abzuziehen. Dabei ist wiederum der Zinssatz nach Art. 26 Abs. 3 FZG anzuwenden<sup>106</sup>. Der Zins beginnt diesfalls allerdings nicht mit

<sup>92</sup> Art. 111 ff. BV.

<sup>93</sup> BGE 129 III 481, anders in Deutschland.

<sup>94</sup> Art. 123 ZGB.

<sup>95</sup> BGE 133 V 291, E. 4.1.2.

<sup>96</sup> Vgl. den Sachverhalt in BGE 134 V 384.

<sup>97</sup> BGE 134 V 386 ff.

<sup>98</sup> BGE 132 V 236.

<sup>99</sup> BGE 132 V 240.

<sup>100</sup> BGE 129 V 257.

<sup>101</sup> BGE 133 V 25; JACQUES-A. SCHNEIDER/CHRISTIAN BRUCHEZ, *La prévoyance professionnelle et le divorce*, in: Caroline Paquier/Jérôme Jaquier (Hrsg.), *Le nouveau droit du divorce*, CEDIDAC, Lausanne 2000, 195 ff.; spez. 227.

<sup>102</sup> Eidg. VersGer B.18/01 v. 14.5.2002, FamPra 2002, 568.

<sup>103</sup> Art. 22 Abs. 3 FZG.

<sup>104</sup> BGer 5C.49/2006 v. 24.8.2006, E. 3.4.

<sup>105</sup> Art. 199 ZGB.

<sup>106</sup> SCHNEIDER/BRUCHEZ (FN 101), 227; GEISER (FN 84), Rz 2.46; SUTTER/FREIBURGHaus (FN 9), N 42 zu Art. 122 ZGB.

der Heirat, sondern erst mit der Einlage des entsprechenden Betrages zu laufen. Die Zuwendungen der Arbeitgeberin oder der Pensionskasse sind aber keine unentgeltlichen Zuwendungen im Sinne von Art. 198 Ziff. 2 ZGB, weil es am Schenkungswillen fehlt. Es handelt sich um Gegenleistungen im Zusammenhang des Arbeitsverhältnisses. Damit sind sie nicht zum Eigengut im Sinne von Art. 22 Abs. 3 ZGB zu rechnen.<sup>107</sup> Kaum vereinbar mit dieser Rechtsprechung ist allerdings die Auffassung des Bundesgerichts, dass anlässlich einer Statutenänderung der Pensionskasse zusätzlich ange-rechnete Beitragsjahre auf die Zeit vor und während der Ehe proportional aufzuteilen seien.<sup>108</sup> Die Anrechnung zusätzlicher Jahre stellt nämlich nichts anderes als einen Einkauf auf Kosten der freien Mittel der Vorsorgeeinrichtung und damit der Überschüsse dar.

4.8. Gemäss Art. 5 Abs. 2 FZG ist bei verheirateten Vorsorgenehmern eine *Barauszahlung* nur zulässig, wenn der *Ehegatte* (oder der eingetragene Partner) der Auszahlung *schriftlich zugestimmt* hat. Erstaunlicher Weise lässt das Bundesgericht auch eine gefälschte Unterschrift genügen<sup>109</sup>. Es ist allerdings zu prüfen, ob der Vorsorgeeinrichtung keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Das Bundesgericht nimmt dann allerdings erstaunlich zurückhaltend eine Verletzung der Sorgfaltspflichten an.<sup>110</sup> Seit der Mitteilung Nr. 51 des BSV genügt es allerdings nicht mehr, wenn sich eine Vorsorgeeinrichtung allein auf eine (ihr nicht bekannte) Unterschrift verlässt<sup>111</sup>. Vielmehr hat sie von sich aus die Echtheit der Unterschrift zu prüfen. Ausgenommen sind nur besondere Vertrauensverhältnisse und/oder konkrete Umstände, welche dazu führen, dass die Vorsorgeeinrichtung nicht damit rechnen muss, «(...) dass der Versicherte die Unterschrift seiner Ehegattin fälscht und sie [die Vorsorgeeinrichtung] durch ein strafbares Verhalten zur Barauszahlung veranlasst.»<sup>112</sup>

4.9. Diese Konstruktion des Bundesgerichts *überzeugt indessen nicht*. Das Gesetz verlangt die Zustimmung des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners.<sup>113</sup> Diese liegt nicht vor, wenn die Erklärung nicht vom Ehegatten stammt, auch wenn eine Unterschrift vorliegt, welche wie jene des Ehegatten aussieht. Damit fehlt eine Voraussetzung für die gültige Auszahlung. Fraglich kann nun nur sein, ob das Fehlverhalten des Vorsorgenehmers seinem Ehegatten zugerechnet

werden kann, so dass dieser die Folgen für die Fälschung der Unterschrift tragen muss. Das lässt sich aber kaum begründen, solange nicht dem Ehegatten zusätzliche Unvorsichtigkeiten angelastet werden können. Die Beweislast dazu müsste bei der Vorsorgeeinrichtung liegen<sup>114</sup>.

4.10. Keine Zustimmung ist demgegenüber notwendig, wenn ein *Ehegatte eine Kapitalauszahlung seiner Leistungen im Zeitpunkt des Vorsorgefalls verlangt*<sup>115</sup>. Wohl sieht Art. 37 Abs. 3 BVG auch das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung vor. Die Bestimmung gilt aber nur im Obligatorium<sup>116</sup>. Sie ist im Katalog der zwingenden Bestimmungen<sup>117</sup> nicht aufgeführt. Zudem ist sie auch dann nicht erforderlich, wenn die Auszahlung auf Grund des Reglements erfolgt, ohne dass überhaupt eine Erklärung des Vorsorgenehmers nötig wäre<sup>118</sup>.

### 4.3. Verzicht und Verweigerung

4.11. Ein Verzicht ist ausschliesslich in der Scheidungskonvention und nicht schon vorher zulässig<sup>119</sup>. Der Vorsorgeausgleich ist zwingend und steht nicht in der Disposition der Ehegatten. Erst im Scheidungszeitpunkt ist in einem gewissen Umfang ein Verzicht möglich<sup>120</sup>.

4.12. Die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs ist nur dann zulässig, wenn dieser aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre<sup>121</sup>. Massgebend sind demnach nur die *wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung*. Vorbehalten bleibt selbstverständlich – wie bei allen zivilrechtlichen Ansprüchen – der offensichtliche Rechtsmissbrauch<sup>122</sup>. Dieser ist aber nur mit Zurückhaltung anzunehmen<sup>123</sup>. Überdies gibt es aber keine weiteren Verweigerungsgründe. Namentlich hat Art. 123 ZGB nicht die Funktion, ein Fehlverhalten während der Ehe zu sanktionieren. Der blosser Umstand, dass ein Ehegatte seinen Unterhaltspflichten während der Ehe in keiner Weise nachgekommen ist, vermag eine Verweigerung nicht zu rechtfertigen<sup>124</sup>. Die teilweise abweichende kantonale Rechtsprechung<sup>125</sup> hat vor Bundesgericht keinen Bestand<sup>126</sup>.

<sup>107</sup> BGer 5A.673/2007.

<sup>108</sup> BGer 5A\_673/2007, E. 2.6.3.

<sup>109</sup> BGer B. 87/00 v. 10.2.2004, E. 2.2.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 130 V 103 ff.; vgl. aber auch BGer B 58/01 v. 7.1.2004.

<sup>111</sup> Vgl. dazu CHRISTIAN ZÜND, Schriftliche Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung an Verheiratete und die Folgen bei gefälschter oder fehlender Unterschrift, AJP 2002, 662 ff., spez. 665.

<sup>112</sup> BGE 130 V 110 E. 3.4.

<sup>113</sup> Art. 5 Abs. 2 FZG.

<sup>114</sup> Vgl. zum Ganzen auch FELIX SCHÖBI, Barauszahlung trotz fehlender Zustimmung des Ehegatten, recht 2005, 139 ff.

<sup>115</sup> BGE 133 V 294 ff.

<sup>116</sup> BGE 133 V 290.

<sup>117</sup> Art. 49 BVG.

<sup>118</sup> BGE 134 V 182 ff.

<sup>119</sup> BGer 5A\_673/2007, E. 2.5. mit Hinweis auf BGer 5A\_623/2007 v. 4.2.2008, E. 4.1.

<sup>120</sup> Art. 123 ZGB.

<sup>121</sup> Art. 123 Abs. 2 ZGB.

<sup>122</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB; BGE 133 III 497 ff.

<sup>123</sup> BGer 5A\_673/2007.

<sup>124</sup> BGE 133 III 497 ff.

<sup>125</sup> Obergericht Bern, 19.7.2006, FamPra.ch 2006, 933.

<sup>126</sup> BGE 133 III 497 ff.

4.13. Dieser Teil der Regelung *entspricht zu Recht jener beim Güterrecht*. Auch dort gibt es keine Härteklausele, welche es dem Gericht erlauben würde, die Vorschlagsteilung in irgendeiner Weise vom Verhalten während der Ehe oder im Zusammenhang mit deren Auflösung abhängig zu machen<sup>127</sup>. Eine solche Härteklausele ist zwar im Zusammenhang mit der Revision des Eherechtes diskutiert, aber klar verworfen worden<sup>128</sup>. Vorbehalten bleibt allerdings – wie auch die Botschaft zum neuen Eherecht ausdrücklich festgehalten hat<sup>129</sup> – die Beteiligungsforderung am Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB scheitern zu lassen. Allerdings ist Rechtsmissbrauch nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen<sup>130</sup>. Das zeigt sich auch darin, dass das geltende Recht bei der Gütergemeinschaft nicht einmal im Falle der Erbunwürdigkeit dem überlebenden Ehegatten seinen gesetzlichen Anspruch auf die Hälfte des Gesamtgutes entzieht<sup>131</sup>. Der Reformgesetzgeber ist hier bewusst einen Schritt weiter gegangen<sup>132</sup> als das alte Recht, welches immerhin noch vorsah, dass dem erbunwürdigen Ehegatten nur soviel vom Gesamtgut zustehe, wie er auch bei einer Scheidung erhalten hätte<sup>133</sup>. Im Güterrecht steht somit selbst demjenigen, der seinen Ehegatten umgebracht hat, ein Anspruch auf den gesetzlichen Anteil am Vorschlag bzw. am Gesamtgut zu. Sollen nicht vollständig unterschiedliche Wertung beim Güterrecht und beim Vorsorgeausgleich bestehen, muss folglich auch mit der Verweigerung nach Art. 123 Abs. 2 ZGB äusserste Zurückhaltung geübt werden. Eine Verweigerung der Teilung nach einem Mordversuch dürfte sich aber mit Berufung auf Rechtsmissbrauch rechtfertigen, weil beim Gelingen dieses Versuchs dem Täter oder der Täterin auch keine Hinterbliebenenansprüche aus der zweiten Säule zugestanden hätten.

4.14. Aber nicht nur die Verweigerung wegen eines Verhaltens während der Ehe ist ausschliesslich in absoluten Ausnahmefällen zulässig. Selbst bei der Verweigerung mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung ist äusserste Zurückhaltung am Platz. Es handelt sich um einen selbständigen, neben dem Güterrecht bestehenden Anspruch, so dass ein blosses erhebliches wirtschaftliches Gefälle die Teilung der zweiten Säule in keiner Weise ausschliesst<sup>134</sup>. Entsprechend *genügt* es für die Anwendung von Art. 123 Abs. 2 ZGB *nicht*, dass der aus dem Vorsorgeausgleich berechnete Ehegatte ein *Vermögen von mehreren Millionen ererbt* hat<sup>135</sup>. Noch weniger kann berücksichtigt werden,

dass ein Ehegatte ein erhebliches Erbe zu erwarten hat. Eine Verweigerung könnte sich allerdings rechtfertigen, wenn ein Ehegatte dem andern mit seinem Erwerbseinkommen eine Ausbildung bezahlt hat und es nunmehr zur Scheidung kommt. Hier hat der eine Ehegatte für sein weiteres Fortkommen von der Erwerbstätigkeit des anderen profitiert, so dass er nunmehr auch dank der Erwerbstätigkeit des andern seine eigene Vorsorge problemlos aufbauen kann, während der andere Ehegatte keinerlei Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage erfahren hat<sup>136</sup>.

#### 4.4. Ausrichtung des Vorsorgeausgleichs

4.15. Der Vorsorgeausgleich nach Art. 122 ZGB ist als Freizügigkeitsleistung auszurichten. Die angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB kann demgegenüber auf verschiedene Weise ausgerichtet werden. Es kann sich um eine Freizügigkeitsleistung nach FZG, eine einmalige Kapitalzahlung aus freien Mitteln, um Ratenzahlungen eines Kapitals aus freien Mitteln oder um eine Abgeltung in Form einer Rente handeln. Je nach dem, *welche Modalität* gewählt wird, gelten *andere Grundsätze*. Es ist sehr wohl auch möglich, dass freie Mittel des Pflichtigen verwendet werden, um die zweite Säule des Berechtigten weiter auszubauen<sup>137</sup>. Eine solche Überweisung an die Vorsorgeeinrichtung der berechtigten Partei ist allerdings nur im Rahmen des reglementarisch zulässigen Einkaufs möglich<sup>138</sup>. Der berechnete Ehegatte hat aber keinen Anspruch auf freie Mittel. Allerdings müsste bei einer solchen Überweisung wohl im Scheidungsurteil geregelt werden, wer die steuerliche Begünstigung beanspruchen kann. Es dürfte sich dabei regelmässig um den berechtigten Ehegatten handeln.

#### 4.5. Wiedereinkauf durch den Pflichtigen

4.16. Die Aufteilung der Freizügigkeitsleistung bewirkt, dass der *pflichtige Ehegatte* eine *entsprechende Einbusse* seiner Vorsorge in Kauf nehmen muss. Das Finanzierungssystem der zweiten Säule erlaubt es nicht, bei einer Scheidung zusätzliche Ansprüche zu schaffen. Die Einbussen wirken sich sowohl auf die Alters- als auch die Invaliden- und Hinterbliebenenleistungen aus. Mit der Scheidung soll aber für keinen Ehegatten ein bleibender Schaden verbunden sein. Zudem kann sich diese Einbusse auch für den anderen geschiedenen Ehegatten negativ auswirken, wenn die Einbussen in der Vorsorge dazu führen, dass nach Eintritt eines Vorsorgefalls der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, Unterhaltsleistungen zu erbringen, zu denen er im Scheidungsurteil verpflichtet wurde. Art. 22c FZG verpflichtet deshalb

<sup>127</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 12 zu Art. 215 ZGB.

<sup>128</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 4 zu Art. 215 ZGB; Prot. Expertenkomm. Revision Eherecht, 2024 f. und 2172 ff.

<sup>129</sup> Botschaft Ziff. 222.541, letzter Absatz.

<sup>130</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 12 zu Art. 215 ZGB.

<sup>131</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 21 zu Art. 241 ZGB.

<sup>132</sup> Vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 2), N 3 zu Art. 215 ZGB.

<sup>133</sup> aArt. 225 Abs. 3 ZGB.

<sup>134</sup> Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG (FN 84), N 59 zu Art. 123 ZGB.

<sup>135</sup> BGer 5C.49/2006 v. 24.8.2006, FamPra 2006, 928.

<sup>136</sup> Vgl. BGer 5C.49/2006 v. 24.8.2006, FamPra 2006, 928, E. 3.1.

<sup>137</sup> BGE 132 III 152 ff.

<sup>138</sup> BGE 132 III 153 f., E. 4.4.

die Vorsorgeeinrichtungen, dem aus dem Vorsorgeausgleich verpflichteten Ehegatten die Möglichkeit einzuräumen, sich wieder einzukaufen. Die Bestimmung auferlegt nur der Vorsorgeeinrichtung eine Verpflichtung. Demgegenüber kann der Vorsorgenehmer frei entscheiden, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will oder nicht. Insoweit genießt der Vorsorgenehmer, dessen Vorsorgeschutz wegen einer Ehescheidung eine Einbusse erlitten hat, gegenüber einem Arbeitnehmer, der wegen einer Lohnreduktion eine Verminderung der Vorsorge hinnehmen musste, eine Privilegierung. Darüber hinaus ist aber die Vorsorgeeinrichtung zu keinerlei Begünstigung verpflichtet.

4.17. Die Bestimmung wirft eine Vielzahl von Fragen auf, welche bis jetzt nur sehr punktuell von der Rechtsprechung geklärt sind. Einigkeit besteht wohl darüber, dass sich die Bestimmung ausschliesslich an *jene Pensionskasse richtet, aus welcher ein bestimmter Betrag für den Vorsorgeausgleich herausgelöst worden ist*. Der ausgleichspflichtige Vorsorgenehmer kann daraus kein Recht ableiten, sich bei einer anderen Kasse einzukaufen zu können. Das ist namentlich von Bedeutung, wenn auf die Scheidung ein Stellenwechsel folgt. Höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, ob der Wiedereinkauf in das Obligatorium erfolgt oder ob diese Beträge der freiwilligen Versicherung zuzuordnen sind. Sinnvollerweise erfolgt eine Zuordnung zu jenem Bereich, dem auch die Ausgleichszahlung entnommen worden ist. Der Ausgleichspflichtige soll ja gleich gestellt werden, wie wenn die Scheidung nicht stattgefunden hätte.

4.18. Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, in welchem Zeitpunkt der Wiedereinkauf zu erfolgen hat. Das Gesetz enthält diesbezüglich keine ausdrückliche Aussage. Der Vorsorgenehmer hat ein Interesse daran, dass er sich nicht unmittelbar nach der Scheidung entscheiden muss. Meistens hat er in diesem Zeitpunkt die dafür notwendigen Mittel nicht und weiss auch nicht, ob er sie später haben wird. Von daher liegt es in seinem Interesse, dass er sich auch noch später für einen Einkauf entscheiden kann, selbst wenn dann selbstverständlich mit Blick auf die Verzinsung dafür mehr Mittel notwendig sind als unmittelbar nach der Scheidung. Die Kassen können demgegenüber ein Interesse daran haben, die Wahlfreiheit des Vorsorgenehmers zu befristen. Ob eine solche Frist in einem Reglement zulässig ist oder nicht, konnte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2005 offen lassen<sup>139</sup>. Der Vorsorgenehmer hatte sich nämlich erst, als seine Invalidisierung absehbar war, zum Wiedereinkauf entschieden. Das hat das Bundesgericht aber zu Recht als zu spät angesehen, weil damit der Vorsorgenehmer eine unzulässige Risikoselektion vornehmen konnte<sup>140</sup>. Von dieser Beschränkung abgesehen, sollte m.E. ein Einkauf im Rahmen der reglementarischen Leistungen bis zum Rücktrittsalter zulässig sein. Es ist überdies zu beachten, dass der Einkauf

ohnehin in vielen Fällen gar keinen Bezug zu den Invalidenleistungen hat, sondern nur die Altersvorsorge (und allenfalls die Hinterbliebenenvorsorge) betrifft.

## 4.6. Verfahren

4.19. Eine besondere Schwierigkeit des Vorsorgeausgleichs stellt der Umstand dar, dass daran nicht nur die Ehegatten, sondern auch die Vorsorgeeinrichtungen beteiligt sind. Diese können keine Verfügungen erlassen. Die Rechtslage zwischen dem Vorsorgenehmer bzw. der begünstigten Person<sup>141</sup> einerseits und der Vorsorgeeinrichtung andererseits kann nur von einem Gericht verbindlich geklärt werden. Damit die Ansprüche der Ehegatten gegenüber der Vorsorgeeinrichtung verbindlich festgestellt werden können, muss diese in irgendeiner Weise ins Verfahren einbezogen werden. Das geschieht entweder dadurch, dass die Vorsorgeeinrichtung eine Durchführbarkeitserklärung abgibt und sich damit dem Urteil des Zivilgerichts unterzieht<sup>142</sup>, oder dass der Streit dem Versicherungsgericht überwiesen wird und dieses in einem Verfahren, an dem neben den Ehegatten die Vorsorgeeinrichtung als Partei auftritt, die streitigen Fragen verbindlich entscheidet.<sup>143</sup>

4.20. Das Bundesgericht hat nun klar gestellt, dass für das Versicherungsgericht die vom Zivilgericht aufgestellten Vorgaben bezüglich der anwendbaren Bestimmungen verbindlich sind.<sup>144</sup> Allerdings kann diese Verbindlichkeit des zivilgerichtlichen Urteils nur soweit reichen wie seine Rechtskraft. Hat die Vorsorgeeinrichtung keine Durchführbarkeitserklärung abgegeben und ist die vom Zivilgericht nach Art. 122 ZGB angeordnete Teilung nicht möglich, weil noch vor Eintritt der Rechtskraft ein Vorsorgefall eingetreten ist, so kann auch das Versicherungsgericht die Teilung nicht vornehmen.<sup>145</sup>

4.21. Zu beachten ist allerdings, dass sich die Notwendigkeit, die Vorsorgeeinrichtung bei der Festsetzung des Vorsorgeausgleichs ins Verfahren einzubeziehen, nicht nur bei der Anwendung von Art. 122 ZGB, sondern sehr wohl auch im Rahmen der Festsetzung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB zeigen kann. Auch hier werden u.U. Vorsorgeguthaben geteilt<sup>146</sup>. Entsprechend sieht auch Art. 22b FZG vor, dass das Gericht der Vorsorgeeinrichtung mitteilen kann, welche Freizügigkeitsleistung als angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB dem Ehegatten auszurichten ist. Es wird sich dabei allerdings in der Regel um das Scheidungsgericht (und nicht um das Versicherungsgericht) handeln. Letzteres wird regelmässig nur festhalten können, welche Ansprüche dem jeweiligen Vorsorgenehmer gegenüber der Einrichtung der beruflichen Vorsorge zustehen. Es wird

<sup>139</sup> BGer B.116/04 v. 26.8.2005.

<sup>140</sup> BGer B.116/04 v. 26.8.2005, E. 3.

<sup>141</sup> Den Hinterbliebenen.

<sup>142</sup> Art. 141 Abs. 1 ZGB.

<sup>143</sup> Art. 25a FZG.

<sup>144</sup> BGE 134 V 384 ff.

<sup>145</sup> BGE 133 V 288.

<sup>146</sup> Art. 22b FZG.

aber nicht die angemessene Entschädigung festsetzen können, weil es sich dabei um einen Ermessensentscheid handelt, der dem Scheidungsgericht zusteht. Ausnahmen sind allerdings möglich, wenn die Regelung sehr nahe bei Art. 122 ZGB liegt und das Scheidungsgericht als angemessene Entschädigung die Teilung einer Austrittsleistung in einem bestimmten Verhältnis festhalten kann. Wenn sich die Parteien untereinander oder diese mit der Vorsorgeeinrichtung über die Höhe des entsprechenden Guthabens nicht einig sind, kann ausnahmsweise das Versicherungsgericht die Höhe der angemessenen Entschädigung festsetzen. Insofern handelt es sich wohl um ein etwas unbedachtes obiter dictum, wenn das Bundesgericht festhält, das Verfahren nach Art. 25a FZG sei nicht anwendbar, wenn das versicherte Risiko bereits eingetreten sei<sup>147</sup>.

4.22. Das Versicherungsgericht kann auch zuständig sein, einen Vergleich zwischen den Ehegatten über den Vorsorgeausgleich zu genehmigen, wenn diese sich mit der Vorsorgeeinrichtung nicht über die auszurichtenden Beträge einigen können. Diesfalls hat das Versicherungsgericht allerdings zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen möglicherweise im Vergleich liegenden partiellen Verzicht gegeben sind.<sup>148</sup>

## 5. Güterrecht

5.1. Schenkt ein Ehegatte dem andern Vermögenswerte, so stellen diese in der güterrechtlichen Auseinandersetzung Eigengut dar. Erfolgte demgegenüber die Zuwendung bloss als Darlehen, besteht ein Rückforderungsanspruch. Wurde das Darlehen noch vor der Heirat ausgerichtet, belastet es grundsätzlich das Eigengut. Häufig ist nach einer jahrelang dauernden Ehe nur noch schwer beweisbar, ob es sich um eine Schenkung handelte oder um ein Darlehen. Massgeblich ist der Wille der Parteien im Zeitpunkt der Zuwendung. Beweispflichtig ist jener Ehegatte, der die Schenkung behauptet. Diese wird nicht vermutet, selbst wenn der Zuwendungsempfänger das Geld benötigte, um vorehelich eine Ausbildung zu finanzieren<sup>149</sup>.

## 6. Folgerung

6.1. Die Praxis des Bundesgerichts im Scheidungsrecht weist zwar eine hohe Kongruenz auf, dennoch finden sich immer wieder Entscheide, die nur schwer in die allgemeine Linie einzuordnen sind. Zusätzlich erweist es sich als heikel, dass hin und wieder etwas unbedarfte obiter dicta Neues andeuten, das eigentlich gar nicht gewollt ist.

6.2. Die Anwaltschaft sollte von daher nicht jede Äusserung des Bundesgerichts auf die Goldwaage legen. Vielmehr

empfiehlt es sich regelmässig zu versuchen, neue Entscheide in die bisherige Praxis einzuordnen, auch wenn die Formulierungen von Bestehendem abweichen. Das Bundesgericht kann und darf als höchstes Gericht nicht mit Textbausteinen arbeiten, welche unverändert in jedem Entscheid auftauchen. Die individuelle Ausgestaltung jedes Entscheides schafft aber unvermeidlich die Gefahr, dass von der Anwaltschaft in jeder neuen Formulierung auch inhaltliche Änderungen erblickt werden, selbst wenn solche nicht beabsichtigt sind.

La révision du droit du divorce en 2000 a renforcé l'importance de la protection de l'union conjugale. C'est désormais le juge des mesures protectrices de l'union conjugale qui est chargé de préparer le divorce. En vertu de l'art. 10 LDIP, les tribunaux suisses peuvent ordonner des mesures provisoires dans les rapports internationaux, même s'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond. La révision oblige par ailleurs le juge ou un tiers nommé à cet effet à entendre personnellement les enfants de manière appropriée avant de se prononcer à leur sujet.

L'objet de la liquidation du régime matrimonial dans la procédure de divorce porte essentiellement sur la détermination de toutes les prétentions patrimoniales en rapport avec le mariage existant entre les époux. En ce qui concerne l'attribution de biens entre les époux, l'époux qui allègue une donation est chargé du fardeau de la preuve. Si la preuve est apportée, la donation constitue un bien propre.

Le calcul de la contribution d'entretien après le divorce se fonde exclusivement sur les besoins et ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un époux. Il n'existe dès lors de droit à l'entretien après le divorce, que si l'on ne peut exiger de l'ayant droit de pourvoir lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse suffisante. La contribution à verser dépend également de la situation du débiteur. Pour finir, les méthodes servant à calculer la contribution d'entretien diffèrent selon que les ressources sont insuffisantes, suffisantes ou abondantes. Dans tous les cas, le débiteur doit conserver au moins le minimum vital. En ce qui concerne l'interprétation du terme «convenable», il faut déterminer si le mariage a eu une influence concrète sur la vie. Cela dépend d'une part de la durée du mariage et d'autre part de la présence ou non d'enfants issus du mariage. Une longue durée de séparation, durant laquelle il était déjà clair qu'elle aboutirait à un divorce, ne sera pas prise en compte pour déterminer la durée du mariage. Par contre, on tiendra compte, selon les circonstances, de la durée du concubinage existant avant le mariage. Indépendamment du critère du mariage ayant eu un impact décisif sur la vie, la constitution d'une prévoyance de vieillesse appropriée fait partie de l'entretien convenable.

Dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle, il convient de distinguer deux cas pour le calcul et le versement des prestations; celui dans lequel aucun cas de prévoyance n'est survenu pour les époux et celui dans lequel un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des conjoints. En raison de sa nature contraignante, une renonciation au partage de la prévoyance professionnelle n'est admise que par convention de divorce, et le refus du partage n'est possible que si celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce. Il convient alors d'associer également les institutions de prévoyance à la procédure de partage de la prévoyance aux côtés des époux.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

<sup>147</sup> BGE 132 V 341, E. 1.4.

<sup>148</sup> BGE 132 V 344 ff.

<sup>149</sup> BGer 5A.329/2008 v. 6.8.2008, E. 3.3.