

Zur Frage des massgeblichen Zeitpunkts beim Vorsorgeausgleich*

*Thomas Geiser, Prof. Dr. iur., Forschungsinstitut für Arbeit und
Arbeitsrecht FAA-HSG, St. Gallen*

Stichwörter: *Vorsorgeausgleich, Scheidungsverfahren, Zeitpunkt der Teilung der
Vorsorgeguthaben, Invalidität während des Scheidungsverfahrens, Pensionierung
während des Scheidungsverfahrens.*

Mots clefs: *partage de la prévoyance professionnelle, procédure en divorce, moment
du partage des avoirs de prévoyance, invalidité en cours de procédure, pension ali-
mentaire durant la procédure.*

I. Einleitung

1. Sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage

Die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge beruht in der Schweiz auf drei Säulen, der eidgenössischen AHV/IV, der beruflichen Vorsorge und dem individuellen Sparen¹. Die beiden ersten, teilweise obligatorischen Säulen knüpfen in erster Linie bei der Erwerbstätigkeit an². Wohl besteht mit der ersten Säule eine allgemeine obligatorische Versicherung, welche die ganze Wohnbevölkerung erfasst³. Die Höhe der Leistungen ist aber direkte Folge der einbezahlten Beiträge⁴, die ihrerseits entscheidend von der Erwerbstätigkeit abhängen⁵. An der beruflichen Vorsorge beteiligen können sich grundsätzlich⁶ nur erwerbstätige Personen⁷. Anders verhält es sich nur bei der dritten Säule, welche in jeder Beziehung freiwillig und

* Leicht gekürzter und mit Fussnoten versehener Vortrag, gehalten am 16. September 2003 an einer Weiterbildungsveranstaltung des WBZ der Universität St. Gallen.

1 Art. 111 Abs. 1 BV.

2 Vgl. dazu GEISER, Der Versorgungsausgleich im neuen Scheidungsrecht, ZSR 1996, 395 ff., 398 ff.

3 Art. 1 Abs. 1 lit. a AHVG.

4 Art. 29^{quater} AHVG.

5 Daran hat auch die 10. AHV-Revision nichts Grundsätzliches geändert. Sowohl die Erziehungs- und Betreuungsgutschriften (Art. 29^{sexies} lit. f AHVG) wie auch das Splitting (Art. 29^{quinquies} Abs. 3 AHVG) stellen nur Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz dar.

6 Zu den Ausnahmen vgl. Art. 47 BVG.

7 Art. 2 bis 4 BVG.

überdies an keine Erwerbstätigkeit gebunden ist. Nur die Steuerbegünstigung setzt teilweise eine Erwerbstätigkeit voraus.

Das geltende Eherecht schreibt den Ehegatten nicht vor, wie sie sich in die in einer Familie anfallenden Aufgaben zu teilen haben⁸. Wohl hat in den letzten Jahren die Erwerbstätigkeit verheirateter Frauen stark zugenommen. Dennoch ist ein unterschiedliches Ausmass der Erwerbstätigkeit von Mann und Frau noch immer in vielen Ehen üblich⁹. Damit sind aber auch die Möglichkeiten, während der Ehe eine Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge aufzubauen, für beide Parteien ungleich. Während der Dauer der Ehe macht sich dieser Unterschied nicht bemerkbar, da der eine Ehegatte über den ehelichen Unterhaltsanspruch an der Vorsorge des anderen Teil hat. Entsprechend lässt sich aus Art. 163 ZGB kein Anspruch auf eine selbständige Vorsorge ableiten¹⁰. Die Aufgabenteilung in der Ehe macht sich aber vorsorge-rechtlich bemerkbar, wenn die Ehe geschieden wird. Nach einer Scheidung ist jede Partei für ihre Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge grundsätzlich auf sich selber gestellt. Hier muss ein Ausgleich geschaffen werden, soll nicht ein Ehegatte durch die während der Ehe gelebte Aufgabenteilung benachteiligt werden.

Die Altersvorsorge in der Schweiz ist zudem in hohem Masse zivilstandsabhängig. Schon die Höhe der Renten hängt in der ersten Säule vom Zivilstand ab, weil bei verheirateten Personen eine Kürzung stattfinden kann¹¹. Zudem gelten unter gewissen Voraussetzungen für eine verheiratete Person Zeiten, während denen sie keine Beiträge bezahlt hat, als Beitragsdauer¹². Sowohl in der ersten wie auch in der zweiten Säule bildet zudem der Zivilstand die entscheidende Grundlage für die Hinterbliebenenvorsorge. In der ersten Säule ist die Zivilstandsabhängigkeit mit der letzten Gesetzesrevision noch verstärkt worden, indem ein Splitting eingeführt worden ist, so dass jeder Ehegatte von den Beiträgen des anderen mit profitieren kann¹³. Ob ein solches Splitting stattfindet, hängt vom Zivilstand ab, nicht von der Realbeziehung.

2. Scheidungsrechtliche Ausgangslage

Wie dargestellt, ist mit Blick auf die unterschiedliche Aufgabenteilung während der Ehe und die Zivilstandsabhängigkeit der Sozialversicherung im Fall der Scheidung ein Ausgleich geboten. Dieser kann entweder durch die Sozialversicherungsgesetzgebung selber oder zivilrechtlich erfolgen. Der Gesetzgeber hat für die erste und die zweite Säule diesbezüglich unterschiedliche Wege beschritten.

8 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163 ZGB, N 38 ff.

9 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163 ZGB, N 38a.

10 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163 ZGB, N 19.

11 Art. 35 AHVG.

12 Art. 29^{ter} Abs. 2 lit. b AHVG.

13 Art. 29^{quinquies} Abs. 3 AHVG.

Für die *erste Säule* wurde ein Ausgleich direkt im *Sozialversicherungsrecht* vorgesehen. Im Scheidungsfall findet ein Splitting statt, aufgrund dessen die während der Ehe einbezahlten Beiträge unter den Ehegatten aufgeteilt werden¹⁴. Damit wird in aller Regel ein vollständiger Ausgleich der durch die Aufgabenteilung in der Ehe bedingten Nachteile in diesem Bereich erreicht. In Ausnahmefällen, namentlich bei Auslandbezug, kann allerdings dennoch durch die Scheidung für einen Ehegatten eine Einbusse resultieren. Das alte Scheidungsrecht kannte in aArt. 151 ZGB eine Grundlage für den Ausgleich jeglichen Scheidungsschadens¹⁵. Das neue Recht kennt keine entsprechende Norm mehr. Art. 125 ZGB bezieht sich ausschliesslich auf den Unterhalt. Entsprechend ist es auch nicht mehr möglich, sozialversicherungsrechtliche Nachteile der Scheidung bei der ersten Säule als solche auszugleichen. Die Auswirkungen der Scheidung auf die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche sind indessen im Rahmen des Unterhaltsanspruchs – aber nur in diesem Rahmen – zu berücksichtigen.

Die *dritte Säule*, d.h. das individuelle Sparen, wird von den Regeln des Güterrechts erfasst¹⁶. Das gilt nicht nur für die ungebundene, sondern ebenso für die gebundene und steuerbegünstigte private Vorsorge¹⁷. Der Ausgleich findet auch bei der Scheidung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung statt¹⁸.

Nur bezüglich der *zweiten Säule*, d.h. der beruflichen Vorsorge, ist ein besonderer, scheidungsrechtlicher Ausgleich vorgesehen¹⁹. Im Folgenden ist nur noch von diesem die Rede.

3. Grundzüge der Regelung

Wie sieht nun dieser zivilrechtliche Ausgleich im Scheidungsfall aus? Das ZGB regelt die Aufteilung der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung in drei Bestimmungen. Dabei behandelt Art. 122 ZGB die Fälle, bei denen *noch bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten* ist²⁰. Hier 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.

14 Art. 29^{quinquies} Abs. 3 AHVG.

15 Vgl. BGE 116 II 105; TERCIER, L'indemnisation de la perte des avantages successoraux en cas de divorce (art. 151 al. 1 CC), FS Hegnauer, Zürich 1986, 553 ff.

16 GEISER, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 55 ff., N 2.23.

17 So genannte Säule 3a; BBI 1996 I 102.

18 Vgl. insb. BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB, N 65 ff. und Art. 237 ZGB, N 17.

19 Art. 122 bis 124 ZGB.

20 GEISER (Fn. 16), N 2.29.; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB, N 1.

Die Anwendung von Art. 122 ZGB setzt voraus, dass eine *Teilung* der Austrittsleistung *technisch möglich* ist. Das ist aber nicht immer der Fall. Ist bereits ein Vorsorgefall eingetreten, besteht gar kein Anspruch auf eine Austrittsleistung mehr. Es kann dann auch nicht mehr ein Teil aus der Vorsorge herausgebrochen werden, weil die Rente bereits läuft. Wegen der Gegenseitigkeit der in den Art. 122 ff. ZGB festgesetzten Ansprüche kann nach der starren, in Art. 122 ZGB vorgesehenen Regel dann nicht mehr vorgegangen werden, wenn bei *einem Ehegatten* die *Teilungsmöglichkeit* entfallen ist.²¹ Diesfalls findet Art. 124 ZGB Anwendung, der es dem Gericht zur Aufgabe macht, eine angemessene Entschädigung festzulegen. Eine parallele Anwendung beider Bestimmungen in dem Sinne, dass auf die Vorsorge des einen Ehegatten Art. 122 und auf jene des anderen Art. 124 ZGB zur Anwendung gelangt, wie dies das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem neusten Entscheid zu suggerieren scheint²², lässt sich nicht vertreten.

Ob ein *Vorsorgefall* bereits *eingetreten* ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Mit Bezug auf die Pensionierung kommt es weder auf ein abstraktes Rentenalter noch auf die reglementarischen Pensionierungsmöglichkeiten an²³. Massgebend ist ausschliesslich, ob im zu beurteilenden Fall ein Rücktritt erfolgt ist oder nicht. Tatsächlich erfolgte vorzeitige Pensionierungen sind somit ebenso zu berücksichtigen wie das Aufschieben des Altersrücktritts. Damit erhält ein Ehegatte unter Umständen die Möglichkeit zu steuern, ob Art. 122 oder 124 ZGB zur Anwendung gelangt²⁴.

Für die Frage, ob eine Teilung nach Art. 122 ZGB noch möglich ist oder ob Art. 124 ZGB zur Anwendung gelangt, ist der *Sachverhalt im Zeitpunkt der Scheidung* massgebend²⁵. Mit einer Pensionierung während des Scheidungsverfahrens ändert sich somit die anwendbare Bestimmung. Tritt der Vorsorgefall erst ein, nachdem das Urteil ergangen, aber bevor das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, und hat die Vorsorgeeinrichtung eine Durchführbarkeitserklärung abgegeben²⁶, so muss die Vorsorgeeinrichtung ein Rechtsmittel ergreifen, um das Scheidungsurteil in diesem Punkt zu Fall zu bringen. Erfährt die Vorsorgeeinrichtung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist vom Vorsorgefall, so muss sie zwar die Austrittsleistung gemäss Scheidungsurteil erbringen, kann aber die Vorsorgeleistungen entsprechend kürzen²⁷.

21 GEISER (Fn. 16), N 2.95. f.; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 124 ZGB, N 7 f.

22 BGE 129 V 251 ff.

23 TRINDADE, *Prévoyance professionnelle, divorce et succession*, SemJud 2000, 467 ff., 493.

24 GEISER (Fn. 16), N 2.97.; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB, N 18.

25 GEISER (Fn. 16), N 2.100.; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB, N 18 ff. und Art. 124 ZGB, N 20; SUTTER/FREIBURGHaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich 1999, Art. 122/141–142 ZGB, N 16.

26 Art. 141 Abs. 1 ZGB.

27 Art. 3 Abs. 3 FZG.

Es ist hier nicht Raum, die Aufteilung der Vorsorgeanwartschaften nach Art. 122 ZGB im Einzelnen darzulegen²⁸. Grundsätzlich ist bei beiden Ehegatten sowohl der aktuelle Stand der Vorsorgeguthaben wie auch jener im Zeitpunkt der Heirat zu berechnen. Anschliessend ist der Stand der Austrittsleistungen im Zeitpunkt der Heirat auf den Scheidungszeitpunkt aufzuzinsen und das Ergebnis vom aktuellen Stand der Guthaben abzuziehen. Das Ergebnis ist sodann zwischen den Ehegatten hälftig zu teilen.

II. Für die Aufteilung massgeblicher Zeitpunkt

1. Fragestellung

Der Vorsorgeausgleich ist ein Institut des Scheidungsrechts. Deshalb ist auch für seine Durchführung der Zeitpunkt der Scheidung massgeblich. Ihm kommt eine doppelte Bedeutung zu: Ist in diesem Zeitpunkt bei einem Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten, so kann nicht mehr nach Art. 122 ZGB geteilt werden. Es ist vielmehr nur noch eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB geschuldet. Dieser Zeitpunkt ist somit für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser beiden Bestimmungen entscheidend. Gelangt Art. 122 ZGB zur Anwendung, kommt dem Zeitpunkt der Scheidung überdies die Bedeutung zu, zu bestimmen, bis zu welchem Zeitpunkt die Anwartschaften in die Teilung einzubeziehen sind.

Eine Scheidung ist aber ein Prozess, der unter Umständen lange dauern kann. Während des Prozesses kann vieles geschehen, es kommt deshalb auf den genauen Zeitpunkt an.

2. Zeitpunkt für die Abgrenzung von Art. 122 und 124 ZGB

Die Teilung erfolgt auf den Zeitpunkt der *Rechtskraft des Scheidungsurteils*. Entsprechend ist auch der Sachverhalt in diesem Zeitpunkt massgebend, um zu beurteilen, ob die Teilung nach Art. 122 ZGB zu erfolgen hat oder ob eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB geschuldet ist. Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn ein Vorsorgefall während der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses eintritt oder nach der Scheidung eine Invalidisierung rückwirkend erfolgt oder Leistungen für eine später eingetretene Invalidität von einer Vorsorgeeinrichtung erbracht werden müssen, bei welcher der Vorsorgennehmer vor der Scheidung versichert war.

²⁸ Vgl. dazu GEISER (Fn. 16), N 2.129. ff.

a) Massgebendes Verfahrensstadium

Von daher fragt es sich, ob für die Abgrenzung von Art. 122 ZGB zu Art. 124 ZGB auf den Sachverhalt im Zeitpunkt der Scheidung abzustellen ist oder auf jenen Zeitpunkt, in dem die *letzten Vorbringen zum Sachverhalt* möglich sind. Da Noven auch noch im kantonalen Rechtsmittelverfahren vorgetragen werden können²⁹, spielt die Frage allerdings nur eine eingeschränkte Rolle. Einerseits geht es um die regelmässig kurze Zeit zwischen dem Ausfällen des erstinstanzlichen Urteils und dessen Rechtskraft, wenn kein Rechtsmittel ergriffen wird. Andererseits kann aber im kantonalen Rechtsmittelverfahren eine längere Zeit verstreichen, weil das Bundesrecht nicht vorschreibt, bis zu welchem Zeitpunkt vor zweiter Instanz noch Noven vorgetragen werden können. Wird der Entscheid der letzten kantonalen Instanz an das Bundesgericht weitergezogen, so kann dieses weder echte noch unechte Noven beachten³⁰. Das gilt selbst in Bereichen, für die uneingeschränkt die *Offizialmaxime* Anwendung findet³¹. Weist das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, ist Art. 66 Abs. 1 OG zu beachten. Nach dieser Bestimmung können Noven von der kantonalen Instanz berücksichtigt werden, soweit das kantonale Prozessrecht dies zulässt. Art. 138 Abs. 1 ZGB schreibt diesem nun aber vor, bei der Scheidung Noven zuzulassen. Diese bundesrechtliche Vorschrift gilt grundsätzlich auch im Rückweisungsverfahren. Art. 66 Abs. 1 OG bestimmt nun allerdings, dass die kantonalen Gerichte (und das Bundesgericht³²) nicht nur an die rechtliche Beurteilung, sondern auch an die Sachverhaltsfeststellung gebunden sind, *soweit die entsprechende Einzelfrage durch das Bundesgericht abschliessend beurteilt worden ist*³³. Der Sachverhalt wird somit bezüglich des Eintritts eines Vorsorgefalls höchstens dann noch zu ergänzen sein, wenn das Bundesgericht die Sache zurückverwiesen hat, weil streitig war, ob Art. 122 oder Art. 124 ZGB anwendbar ist. Zu beachten ist schliesslich auch, dass von Bundesrechts wegen Teilrechtskraft eintritt, wenn nur einzelne Punkte des Urteils weitergezogen werden³⁴. Wird z.B. nur die Unterhaltsregelung oder die güterrechtliche Auseinandersetzung weitergezogen, so ist der Entscheid nach Art. 122 ZGB rechtskräftig und zu vollstrecken.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass in aller Regel zwischen der letzten Sachverhaltsfeststellung und der Rechtskraft des Entscheides keine wesentliche Zeit verstreichen wird, in Ausnahmefällen diese Zeitpunkte aber dennoch erheblich auseinander fallen können. Dennoch besteht kein Bedürfnis, in diesen seltenen Fällen den Sachverhalt zu ergänzen. Es kann nämlich in der beruflichen Vor-

29 Art. 138 ZGB.

30 Art. 63 Abs. 2 OG.

31 BGE 120 II 231 f.

32 POUURET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Bern 1990, Art. 66 OG, N 1.3.3.

33 BGE 111 II 95; POUURET (Fn. 32), Art. 66 OG, N 1.3.2.; MÜNCH, in: GEISER/MÜNCH (Hrsg.), *Prozessieren vor Bundesgericht*, Basel 1998, N 4.76, Fn. 201.

34 Art. 148 Abs. 1 ZGB.

sorge auch in anderem Zusammenhang vorkommen, dass eine Austrittsleistung ausgerichtet worden ist und nachträglich noch Vorsorgeleistungen erbracht werden müssen. Tritt dieser Fall ausnahmsweise in Folge einer Scheidung ein, so kann die Vorsorgeeinrichtung ihre Vorsorgeleistungen gegenüber dem Vorsorgenehmer anpassen³⁵. Demgegenüber kann die Veränderung des Sachverhaltes keinen Einfluss mehr auf den gerichtlich festgesetzten Anspruch des Ehegatten haben. Massgebend sind somit die Tatsachen, wie sie in dem Zeitpunkt bestanden haben, in dem *zum letzten Mal Sachverhaltsvorbringen* in den Prozess eingebracht werden konnten.

b) Entscheidung über den Vorsorgeausgleich nach Rechtskraft
des Scheidungsurteils

Der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils zwingt das Scheidungsgericht dazu, über den Scheidungspunkt selber und über die Scheidungsfolgen einschliesslich des Vorsorgeausgleichs zusammen zu entscheiden. Insofern wird in aller Regel die Rechtskraft bezüglich der Scheidung und des Vorsorgeausgleichs gleichzeitig eintreten. Weil aber von Bundesrechts wegen ein Rechtsmittel den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge hemmt³⁶, kann die Rechtskraft im Scheidungspunkt eintreten, auch wenn über den Vorsorgeausgleich noch in einer Rechtsmittelinstanz gestritten wird. Überdies ist ein Streit über die Höhe der zu teilenden Austrittsleistungen dem Versicherungsgericht erst zu überweisen, wenn das Scheidungsurteil auch mit Bezug auf die Teilung der Vorsorgeansprüche rechtskräftig geworden ist³⁷. Es ist von daher ohne weiteres möglich, dass die Ehegatten bereits rechtskräftig geschieden sind, über den Vorsorgeausgleich aber noch immer gestritten wird. Für die Abgrenzung zwischen den Art. 122 und 124 ZGB ist aber nur massgeblich, was vor Eintritt der Rechtskraft im Scheidungszeitpunkt geschehen ist³⁸. Nachfolgende Ereignisse können die Anwendbarkeit des Art. 122 ZGB nicht mehr aufheben. Allerdings können sich aufgrund solcher Ereignisse gewisse weitere Fragen im Zusammenhang mit der Durchführung des Vorsorgeausgleiches stellen.

c) Altersrücktritt während des Scheidungsverfahrens

Erfolgt der Altersrücktritt vor Rechtskraft des Scheidungsurteils, aber nach Rechtshängigkeit des Verfahrens, so ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht mehr Art. 122, sondern Art. 124 ZGB anwendbar. Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Rücktritt zwischen Eröffnung des Urteils und Eintritt der Rechtskraft erfolgt. Dabei kommt es auf die Rechtskraft im Scheidungspunkt nicht bezüglich des

35 Art. 3 Abs. 3 FZG; vgl. auch Art. 12 Abs. 2 FZG für den Wiedereinkauf.

36 Art. 148 Abs. 1 ZGB.

37 Art. 142 Abs. 2 ZGB.

38 A.M. offenbar SCHNEIDER/BRUCHEZ, *La prévoyance professionnelle et le divorce*, in: PAQUIER/JAQUIER (Hrsg.), *Le nouveau droit du divorce*, CEDIDAC, Lausanne 2000, 195 ff., 255; welche den Zeitpunkt der Rechtskraft bezüglich des Vorsorgeausgleichs als massgebend ansehen.

Vorsorgeausgleichs an. Erfolgt der Altersrücktritt, nachdem das Urteil im Scheidungszeitpunkt rechtskräftig geworden ist, aber während der Vorsorgeausgleich noch vor einer höheren Scheidungsinstanz oder vor dem Versicherungsgericht hängig ist, so bleibt es – wie dargelegt – bei der Teilung nach Art. 122 ZGB³⁹.

Ob der Altersrücktritt aufgrund des Gesetzes oder des Vorsorgereglements zwingend in diesem Zeitpunkt eintritt oder mit Blick auf eine flexible Regelung durch eine Willenserklärung des Vorsorgenehmers, ist ohne Bedeutung. Insoweit hat der Vorsorgenehmer die Möglichkeit zu steuern, nach welcher Bestimmung der Ausgleich zu erfolgen hat.

Ist vor auszusehen, dass noch vor Rechtskraft im Scheidungspunkt der Altersrücktritt erfolgen wird, so empfiehlt es sich, bereits von Anfang an den Prozess mit Blick auf Art. 124 ZGB zu instruieren. Tritt die Rechtskraft im Scheidungspunkt sodann zu früh ein, so muss gegebenenfalls im Rechtsmittelverfahren die Grundlage für den Vorsorgeausgleich gewechselt werden, was aber nur möglich ist, wenn diesbezüglich das Urteil noch nicht rechtskräftig und das Vorbringen von Noven noch möglich ist. Auch wenn die Teilung nach Art. 122 ZGB vorgenommen worden ist und der Altersrücktritt wider Erwarten noch vor der Rechtskraft des Urteils eingetreten ist, kann die Korrektur im Rechtsmittelverfahren vorgenommen werden.

Ob nach Rechtskraft darin auch ein Grund für eine Revision des Urteils bestehen kann, hängt vom kantonalen Prozessrecht ab. Die Voraussetzungen für eine Revision nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung⁴⁰ werden regelmässig kaum erfüllt sein, weil neue Tatsachen meist für eine Revision nicht ausreichen. Vielmehr dient die Revision ihrem Wesen nach dazu, ein Urteil aufzuheben, welches im Zeitpunkt, in dem es gefällt worden war, objektiv bereits falsch war⁴¹.

Gemäss Art. 148 Abs. 2 ZGB können rechtskräftige Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen bei Mängeln im Vertragsschluss mit Revision angefochten werden. Ist der Vorsorgefall vor Abschluss der Vereinbarung eingetreten, ohne dass die Parteien damals davon Kenntnis hatten, wird regelmässig ein Irrtum vorliegen, so dass eine Revision nach der genannten Bestimmung geltend gemacht werden kann. Ist demgegenüber der Vorsorgefall nach Abschluss der Vereinbarung, aber vor der Genehmigung durch das Gericht eingetreten, so wird eine Irrtumsanfechtung nicht möglich sein, weil es sich um den Irrtum über einen künftigen Sachverhalt handelt⁴². Als massgebender Zeitpunkt für den Abschluss der Konvention ist die Bestätigung nach der zweimonatigen Bedenkfrist anzusehen. Es ist die rechtsgeschäftliche Handlung, mit der sich der Ehegatte bindet.

Bei einem streitigen Verfahren kann die Schwierigkeit auftauchen, dass die Parteien und die Vorsorgeeinrichtung sich darüber streiten, ob ein Vorsorgefall einge-

39 A.M. offenbar SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 255.

40 Art. 319 E Schw. ZPO.

41 Vgl. zu Revision insb. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, 276 ff.

42 A.M. offenbar SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 256.

treten ist oder nicht. Das Scheidungsgericht kann die Frage nicht verbindlich entscheiden und damit auch nicht bestimmen, ob Art. 122 oder Art. 124 ZGB anwendbar ist. Es muss den Entscheid aussetzen und warten, bis das zuständige Vorsorgegericht die Frage geklärt oder sich die Parteien mit der Vorsorgeeinrichtung geeinigt haben⁴³. Ist der Vorsorgefall mutmasslich erst eingetreten, nachdem vor der letzten kantonalen Instanz keine neuen Sachverhaltsvorbringen mehr möglich waren, so ist demgegenüber diesem Umstand nicht mehr Rechnung zu tragen⁴⁴. Es findet dann allenfalls eine Teilung statt, obgleich der Vorsorgefall eingetreten ist. Es ist gleich vorzugehen, wie wenn erst nachträglich der Eintritt des Vorsorgefalles festgestellt wird.

Weil der Zeitpunkt der Scheidung und nicht des Entscheides über den Vorsorgeausgleich für die Abgrenzung der beiden Bestimmungen massgebend ist, ist es ohne Bedeutung, wenn ein Vorsorgefall während des Verfahrens vor dem Versicherungsgericht eintritt⁴⁵.

d) Tod eines Ehegatten während des Scheidungsverfahrens

Stirbt ein Ehegatte während der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, so wird die Ehe durch Tod und nicht durch Scheidung aufgelöst, und das Scheidungsverfahren wird gegenstandslos. Auch wenn der Tod erst eintritt, nachdem das Gericht entschieden hat, jedoch bevor die Rechtskraft eingetreten ist, stellt der Tod den Auflösungsgrund dar und nicht die Scheidung. Damit entfällt auch die Frage nach dem Vorsorgeausgleich. Die Teilung unterbleibt. Der Ehegatte hat jedoch Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen der zweiten Säule, sofern die entsprechenden gesetzlichen⁴⁶ bzw. reglementarischen Voraussetzungen erfüllt sind. Andernfalls entfällt jeglicher Anspruch und das geäufterte Alterskapital verbleibt der Vorsorgeeinrichtung.

Stirbt der Vorsorgenehmer zwischen der Rechtskraft des Scheidungsurteils und der Festsetzung der zu teilenden Beträge durch das Versicherungsgericht, so ist die Ehe durch Scheidung und nicht durch Tod aufgelöst worden. Auch darüber, dass die Guthaben geteilt werden, ist verbindlich entschieden worden. Entsprechend ist die Teilung nach Art. 122 ZGB zu Ende zu führen. Der durch die Scheidung entstandene Anspruch des Ehegatten des Vorsorgenehmers geht durch dessen nachfolgenden Tod nicht unter. Im Zeitpunkt des Todes ist der Anspruch bereits entstanden. Nur ist über seine Höhe gerichtlich noch nicht entschieden.

Weil die Teilung trotz Eintritt des Todes erfolgt, muss für die Berechnung aller Hinterbliebenenleistungen von dem Vorsorgekapital ausgegangen werden, das sich

43 Vgl. SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 257.

44 A.M. SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 258.

45 A.M. SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 258 f.

46 Art. 18 f. BVG.

nach Vollzug des Vorsorgeausgleiches ergibt⁴⁷. Meist wird dieses kleiner sein als vor der Scheidung, weil der Vorsorgenehmer im Vorsorgeausgleich etwas abgeben muss. Es ist aber auch möglich, dass jener Ehegatte gestorben ist, dem aus dem Vorsorgeausgleich eine Forderung zusteht. Der entsprechende Betrag ist aber im Zeitpunkt des Todes in die Vorsorgeeinrichtung des Verstorbenen noch nicht eingebracht. Der entsprechende Betrag kann deshalb auch nicht rentenerhöhend wirken. Vielmehr handelt es sich um ein Freizügigkeitskonto, welches gemäss der darauf anzuwendenden Begünstigtenordnung⁴⁸ nach dem Tod zu verwenden ist. Das kann zur Folge haben, dass sich das Vorsorgekapital des Vorsorgenehmers zu Gunsten der Vorsorgeeinrichtung vermindert, ohne dass diese jemandem eine Leistung ausrichten muss.

Beispiel:

Die Scheidung ist rechtskräftig ausgesprochen, die kinderlosen Ehegatten streiten sich aber mit den Vorsorgeeinrichtungen noch über die Höhe der zu teilenden Austrittsleistungen. Die Ehefrau stirbt. Es erweist sich im nachfolgenden Verfahren vor Versicherungsgericht, dass der Ehemann während der Ehe ein Vorsorgekapital von Fr. 200 000.– und die Ehefrau ein solches von Fr. 50 000.– geüfnet hat. Der – inzwischen verstorbenen – Ehefrau steht somit gegenüber der Vorsorgeeinrichtung des Mannes ein Freizügigkeitsanspruch von Fr. 75 000.– zu. Hinterlässt nun die Frau keine Personen, welche nach der Begünstigtenordnung⁴⁹ Anspruch auf die Freizügigkeitspolice oder das Freizügigkeitskonto haben, so reduziert sich das Vorsorgegut haben des Mannes um Fr. 75 000.–, und diese verbleiben der Vorsorgeeinrichtung.

Verfahrenstechnisch stellt sich die Frage, wer Prozesspartei ist, wenn der eine Ehegatte nach Rechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt stirbt, aber bevor rechtskräftig über die Teilung im Scheidungsverfahren oder über die Höhe der zu teilenden Leistungen vor Versicherungsgericht entschieden worden ist. Auf der einen Seite bleibt in allen diesen Fällen der überlebende (geschiedene) Ehegatte Prozesspartei. Da es indessen nicht um Leistungen geht, welche beim Verstorbenen in den Nachlass fallen oder aus diesem bezahlt werden müssen, können nicht die Erben in den Prozess eintreten. Vielmehr erhalten jene Personen Parteistellung, deren Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen durch den Vorsorgeausgleich betroffen wird⁵⁰. Unter Umständen werden aber keinerlei Hinterlassenenleistungen fällig. Dann gibt es auf Seiten des Verstorbenen grundsätzlich keinerlei (private) Personen, welche am Ausgang des Verfahrens ein rechtliches Interesse haben. Bezüglich des Verfahrens vor Versicherungsgericht ergeben sich daraus keine weiteren Schwierigkeiten. Die Prozessparteien sind der überlebende Ehegatte und die Vorsorgeein-

47 BAUMANN/LAUTERBURG, Darf's ein bisschen weniger sein? Grundsätzliches und Strittiges beim Vorsorgeausgleich, FamPra.ch 2000, 196; GRÜTTER/SUMMERMATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidungen, FamPra.ch 2004, 641, 650; KIESER, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge – Hinweise für die Praxis, AJP 2001, 155 ff., 156, a.M. SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 220 f.; VETTERLI/KEEL, AJP 1999, 1619, Fn. 69.

48 Art. 15 Abs. 1 lit. b FZV.

49 Art. 15 Abs. 1 lit. b FZV.

50 So wohl auch KIESER (Fn. 47), 156 f.

richtung. Ist indessen der Streit noch vor dem Scheidungsgericht hängig, kommt der Vorsorgeeinrichtung keine Parteistellung zu. In diesen Fällen müssen dann wohl die Erben auf der Gegenseite Parteistellung erhalten, damit weiterhin ein Zweiparteienverfahren durchgeführt werden kann.

e) Invalidität während des Scheidungsverfahrens

Auch bezüglich der Invalidität ist der Zeitpunkt der Auflösung der Ehe massgeblich. Nicht Art. 122, sondern Art. 124 ZGB ist anwendbar, wenn der Anspruch auf eine Invalidenleistung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Scheidungspunkt entstanden ist. Andernfalls ist nach Art. 122 ZGB zu teilen⁵¹. Für den Beginn des Rentenanspruchs verweist das BVG auf das IVG⁵². Der Anspruch entsteht somit in dem Zeitpunkt, in dem der Vorsorgenehmer entweder mindestens zu 50%⁵³ oder zu dem im Reglement vorgesehenen tieferen Prozentsatz invalid geworden ist⁵⁴. In aller Regel erfolgt die Invalidisierung aber erst, nachdem der Vorsorgenehmer während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 50%⁵⁵ arbeitsunfähig gewesen ist. Der Anspruch auf eine Invalidenrente kann sich durch Eingliederungsmassnahmen noch weiter verzögern⁵⁶. Für den Beginn des Rentenanspruchs ist somit nicht der Anfang der Arbeitsunfähigkeit massgebend, sondern in aller Regel ein wesentlich späterer Zeitpunkt. Für die Unterscheidung zwischen der Teilung nach Art. 122 ZGB und der Entschädigung nach Art. 124 ZGB ist auf den Beginn des Rentenanspruchs gegenüber der Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BVG abzustellen⁵⁷.

Arbeitgeber sehen in den Arbeitsverträgen unter Umständen eine Lohnfortzahlungspflicht im Sinne von Art. 324a OR bei Arbeitsunfähigkeit vor, welche ein Jahr überdauert. Entsprechend können die Vorsorgeeinrichtungen in ihren Reglementen vorsehen, dass der Anspruch auf Invalidenleistungen aufgeschoben ist, solange der Versicherte vom Arbeitgeber den vollen Lohn bezieht⁵⁸. Weil bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Leistungen geflossen sind, ist die Austrittsleistung noch vollständig vorhanden. Eine Teilung ist somit noch möglich. Allerdings haben die Ehegatten meist kein Interesse an einer Teilung nach Art. 122 ZGB, weil dadurch die Invalidenleistung verkleinert wird. Diese berechnet sich bei einer Beitragsprimatasse, indem zum bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Altersguthaben die Summe

51 OberGer LU 12.1.2001, FamPra.ch 2002, 142 ff; SUTTER/FREIBURGHAN (Fn. 25), Art. 122/141–142 ZGB, N 16.

52 Art. 26 Abs. 1 BVG.

53 Art. 23 BVG; SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 221.

54 Art. 29 Abs. 1 lit. a IVG.

55 Art. 23 BVG.

56 Art. 29 Abs. 2 IVG; SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 221.

57 SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 221.

58 Art. 26 Abs. 2 BVG.

der Altersgutschriften für die bis zur Altersrente fehlenden Jahre ohne Zinsen hinzugerechnet und mit dem für die Altersrente geltenden Umwandlungssatz in eine Rente umgerechnet wird⁵⁹. Weil auf das bestehende Altersguthaben der gleiche Umwandlungssatz angewendet wird wie bei einer Altersrente, ist es für die Parteien vorteilhaft, ein möglichst hohes Altersguthaben in die Berechnung einbeziehen zu können. In der Lehre ist daraus der Schluss gezogen worden, das Aufschieben des Rentenanspruchs nach Art. 26 Abs. 2 BVG könne die Anwendung von Art. 124 ZGB nicht hindern⁶⁰. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass nicht einzusehen ist, warum die Teilung nach Art. 122 ZGB unterbleiben soll, solange noch kein Ehegatte von einer Vorsorgeeinrichtung Leistungen bezogen hat. Es ist deshalb ausschliesslich darauf abzustellen, ob die Vorsorgeeinrichtung für einen Zeitpunkt vor Rechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt Leistungen erbracht hat oder nicht.

Weil die Teilung trotz des Eintritts der Invalidität erfolgt, muss für die Berechnung der Invalidenrente von dem Vorsorgekapital ausgegangen werden, das sich nach Vollzug des Vorsorgeausgleichs ergibt, auch wenn dieser in diesem Zeitpunkt noch nicht durchgeführt ist. Es gelten die gleichen Grundsätze wie beim Tod nach Rechtskraft im Scheidungspunkt, aber vor Abschluss des Vorsorgeausgleichs. Der Vorsorgenehmer, der dem anderen Ehegatten einen Teil seines Vorsorgekapitals abtreten musste, hat allerdings die Möglichkeit, sich wieder einzukaufen⁶¹.

Wie dargestellt ist massgebend, ob die Vorsorgeeinrichtung für die Zeit vor Rechtskraft der Scheidung Invalidenleistungen erbracht hat oder nicht. Damit stellt sich die Frage, ob nach Art. 122 ZGB zu teilen oder nach Art. 124 eine Entschädigung auszurichten ist, wenn die Vorsorgeeinrichtung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt ihre Leistungspflicht feststellt, aber rückwirkend auch für die Zeit vor Rechtskraft Leistungen ausrichtet. Diesfalls erbringt die Vorsorgeeinrichtung für die Zeit vor der Scheidung Leistungen, und damit ist Art. 124 ZGB anwendbar⁶². Ist über den Vorsorgeausgleich noch nicht rechtskräftig entschieden worden, so ist diese Änderung von Amtes wegen zu berücksichtigen. Andernfalls kann darin ein Grund für eine Revision des rechtskräftigen Urteils liegen⁶³. Die Revision kann allerdings nur von den Ehegatten, nicht auch von der Vorsorgeeinrichtung verlangt werden. Sie läuft Gefahr, wegen der Rechtskraft des Urteils auch ihr gegenüber trotz Eintritt der Invalidität die zugesicherte Austrittsleistung ausrichten zu müssen⁶⁴. In diesem Umfang kann sie dann aber die Invalidenleistungen kürzen⁶⁵.

59 Art. 24 BVG.

60 SCHNEIDER/BRUCHEZ (Fn. 38), 221.

61 Art. 3 Abs. 2 FZG; KIESER (Fn. 47), 157.

62 Ebenso SUTTER/FREIBURGHaus (Fn. 25), Art. 122/141–142 ZGB, N 16.

63 Das Bundesgericht scheint eher eine Ergänzung des Scheidungsurteils zu erwägen: BGer v. 15.5.2003, 5C66/2002, E. 3.6.3.

64 Art. 141 Abs. 1 am Ende ZGB.

65 Analoge Anwendung von Art. 3 Abs. 2 FZG.

3. Zeitpunkt für die Berechnung der Teilung nach Art. 122 ZGB

a) Grundsatz

Zu teilen sind die während der Ehe erworbenen Anwartschaften. Wenn das Gesetz von den Austrittsleistungen im Zeitpunkt der Heirat und der Scheidung handelt, hält es dabei den massgebenden Zeitpunkt genau fest. Einerseits ist grundsätzlich auf den Tag der Heirat abzustellen, andererseits auf jenen der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Massgebend ist die Rechtskraft im Scheidungspunkt, Rechtsmittel hemmen den Eintritt der Rechtskraft von Bundesrechts wegen nur im Umfang der Anträge⁶⁶.

Der Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils ist selbst dann massgebend, wenn der Scheidung eine mehr oder weniger lange Trennungszeit vorausgegangen ist, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein bloss faktisches Getrenntleben oder um eine Trennung im Sinne von Art. 117 f. ZGB gehandelt hat⁶⁷.

Die während der Dauer des Scheidungsverfahrens erworbenen Austrittsleistungen sind somit in die Teilung noch einzubeziehen. Das kann namentlich von Bedeutung sein, wenn bei einer Kampfscheidung das Verfahren lange dauert. Die Finanzierung der zweiten Säule über Lohnprozente bewirkt, dass auch während eines kostspieligen Scheidungsverfahrens die Vorsorge weiter aufgebaut wird, gleichzeitig aber kaum mehr Ersparnisse im Bereich der dritten Säule angelegt werden können.

Insofern unterscheidet sich der neue Versorgungsausgleich von den güterrechtlichen Regeln, bei denen die Auflösung des Güterstandes auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückbezogen wird⁶⁸. Dadurch wird im Güterrecht vermieden, dass ein Ehegatte durch das Hinauszögern der Scheidung von den Ersparnissen des anderen profitieren oder durch Verbrauch von Errungenschaft den anderen schädigen kann. Dieser Schutz ist im Bereich der beruflichen Vorsorge nicht notwendig. Ein Ehegatte kann über seine Anwartschaften bei der zweiten Säule nicht verfügen. Er kann sie folglich auch nicht zum Schaden des andern während des Scheidungsverfahrens vermindern. Eine Beteiligung während des Scheidungsprozesses rechtfertigt sich zudem, weil häufig während dieser Zeit die durch die Ehe bedingte Aufgabenteilung weiter gelebt wird, so dass der eine Ehegatte entsprechend auch in seinen Möglichkeiten, eine eigene Vorsorge aufzubauen, eingeschränkt ist.

In einer Konvention oder einer Prozessvereinbarung können die Parteien einen früheren Zeitpunkt als die Rechtskraft des Scheidungsurteils als massgebend erklären, um eine Berechnung im Scheidungsverfahren zu ermöglichen. Von einer solchen Vereinbarung ist insbesondere regelmässig auszugehen, wenn in der Konvention ein fester Betrag für den Versorgungsausgleich festgesetzt wird und sich aus den

66 Art. 148 Abs. 1 ZGB.

67 BGer vom 19.6.2001, 5C.111/2001, E. 3b.

68 Vgl. Art. 204 Abs. 2 und Art. 207 Abs. 1 ZGB.

Berechnungsunterlagen ergibt, dass dieser Betrag aufgrund eines anderen Stichtages errechnet worden ist. Formal betrachtet handelt es sich immer um einen Teilverzicht, weil diesfalls die zwischen dem Stichtag und der Rechtskraft des Scheidungsurteils erworbene Austrittsleistung nicht mehr geteilt wird. Es müssen deshalb grundsätzlich die Voraussetzungen von Art. 123 erfüllt sein. Da die Differenz in der Regel aber sehr gering ist, muss angenommen werden, dass der verbleibende Betrag die Altersvorsorge hinreichend deckt und deshalb dieser Teilverzicht zulässig ist. Liegt indessen bloss eine Teileinigung im Sinn von Art. 112 ZGB vor, kann bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils eine erhebliche Zeit verstreichen, so dass auch noch nicht zu vernachlässigende Beträge bei der zweiten Säule während des Scheidungsverfahrens angespart werden können. Diesfalls müssen die Parteien in die Konvention wohl eine zusätzliche Bestimmung aufnehmen, gemäss der die während des weiteren Prozessverlaufes aufgebaute Austrittsleistung nachträglich zu berechnen und auch noch hälftig zu teilen ist.

Aus Gründen der Praktikabilität kann das Gericht auch von sich aus auf einen früheren Zeitpunkt abstellen⁶⁹.

b) Vorgehen im Einzelnen

In einem ersten Schritt ist für beide Ehegatten die zu teilende Austrittsleistung zu berechnen. Sie entspricht grundsätzlich der Differenz zwischen der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Ehescheidung und der (aufgezinsten) Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat. Die Vorsorgeeinrichtungen werden ohne jede Schwierigkeit die Höhe der aktuellen Austrittsleistung bekannt geben können. Diese berechnet sich nach den Art. 15 ff. FZG. Auch der Nachweis der Höhe der Austrittsleistung zum Zeitpunkt der Heirat sollte in der Regel kaum Schwierigkeiten bereiten. Die Vorsorgeeinrichtungen sind seit 1995 verpflichtet, diesen Betrag bei der Heirat festzustellen und bei einem Übertritt in eine andere Vorsorgeeinrichtung weiterzumelden⁷⁰. Sind die Austrittsleistungen jedes Ehegatten für den Zeitpunkt der Scheidung und der Heirat (mit Zins) errechnet, so ist für jeden Ehegatten die Differenz zwischen diesen beiden Beträgen zu bestimmen.

Die Vorsorgeeinrichtung ist jederzeit in der Lage, über die Höhe der aktuellen Austrittsleistung Auskunft zu geben. Diese Verpflichtung besteht unabhängig vom Scheidungsrecht⁷¹. Im Zusammenhang mit der Revision des Scheidungsrechts wurde Art. 24 FZG dahin gehend ergänzt, dass die Vorsorgeeinrichtung auch gegenüber dem Scheidungsgericht zur Erteilung der entsprechenden Auskünfte verpflichtet ist⁷². Damit ist indessen die Frage noch nicht beantwortet, ob auch vor Rechtshän-

69 BGer. vom 6.9.2001, 5C.192/2001, E. 2.

70 Art. 2 VO FZG; Art. 24 Abs. 2 FZG.

71 Art. 24 Abs. 1 FZG.

72 Art. 24 Abs. 2 FZG.

gigkeit des Scheidungsverfahrens der Ehegatte des Versicherten Anspruch auf Auskunft hat, was mit Blick auf die Vorbereitung einer Scheidung, namentlich bei den Verhandlungen über eine Scheidungskonvention, von Bedeutung sein kann.

Gegenüber dem Ehegatten ergibt sich ein Auskunftsanspruch aus Art. 170 ZGB. Nach dieser Bestimmung muss jeder Ehegatte seinem Partner auf dessen Begehren hin grundsätzlich jederzeit Auskunft über den Stand seines Vermögens und seiner Schulden sowie über sein Einkommen geben⁷³. Zum Vermögen im Sinne dieser Bestimmung zählt auch der Stand des Freizügigkeitsguthabens, obgleich es nicht zu den Vermögenswerten im Sinne des ehelichen Güterrechts gehört. Das Begehren braucht gegenüber dem Ehegatten nicht weiter begründet zu werden⁷⁴. Das Auskunftsbegehren ist jedoch nach Treu und Glauben auszuüben⁷⁵. Eine Klärung des Sachverhalts ist möglich, ohne dass der Ehegatte seine Scheidungsabsicht seinem Partner offenbart. Ein solches Vorgehen kann nicht an sich schon als treuwidrig angesehen werden. Gegen Treu und Glauben verstösst ein solches Vorgehen nur, wenn das Verschweigen der Scheidungsabsicht aufgrund der Umstände des konkreten Falls als treuwidrig erscheint.

Demgegenüber lässt sich aus Art. 170 ZGB kein direkter Auskunftsanspruch gegenüber der Vorsorgeeinrichtung des ersuchenden Ehegatten ableiten. Vielmehr setzt deren Auskunftspflicht einen Entscheid des Gerichts nach Art. 170 Abs. 2 ZGB voraus⁷⁶. Das Begehren kann innerhalb eines eherechtlichen Verfahrens (Eheschutzverfahren oder Scheidungsverfahren) gestellt werden. Dann ist das entsprechende Gericht auch zuständig, um die Vorsorgeeinrichtung zur Auskunft zu verpflichten⁷⁷. Es wird dies mit einer prozessleitenden Verfügung tun, welche von der Vorsorgeeinrichtung angefochten werden kann. Soll innerhalb eines Auskunftsverfahrens gegenüber dem anderen Ehegatten die Vorsorgeeinrichtung Informationen liefern, so ist das nach dem kantonalen Recht für solche Auskunftsbegehren bezeichnete Gericht auch für das Begehren gegenüber der Vorsorgeeinrichtung zuständig. Richtet sich das Begehren ausschliesslich gegen die Vorsorgeeinrichtung, so ist an ihrem Sitz zu klagen⁷⁸. Diesfalls besteht auch kein Grund, warum sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Eherecht richten soll. Vielmehr richtet sie sich nach Art. 73 BVG⁷⁹.

Der Auskunftsanspruch nach Art. 170 ZGB kann über die Rechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt hinaus andauern, wenn über den Vorsorge-

73 Vgl. BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 11.

74 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 11.

75 HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, Bern 2000, N 19.05; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDLEY, Les effets du mariage, Bern 2000, N 305.

76 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 14.

77 Art. 24 Abs. 3 ZGB für das Scheidungsverfahren; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 35 zu.

78 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 35 zu; ZürcherKomm/BRÄM/HASENBÖHLER, Art. 170 ZGB, N 55; BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB, N 19.

79 BGE 128 V 41 ff.

ausgleich noch nicht abschliessend entschieden ist⁸⁰. Das Bundesgericht anerkennt überdies im Scheidungsverfahren ohnehin eine allgemeine gegenseitige Auskunftspflicht und Informationspflicht der Ehegatten⁸¹.

Der Informationsanspruch bezieht sich auch auf die Höhe der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat. Diese Angabe ist notwendig, damit der Ehegatte seinen Anspruch gegenüber dem Versicherten aus dem Vorsorgeausgleich bestimmen kann. Der Nachweis der Höhe der Austrittsleistung zum Zeitpunkt der Heirat sollte in der Regel kaum Schwierigkeiten bereiten. Die Vorsorgeeinrichtungen sind seit 1995 verpflichtet, diesen Betrag bei der Heirat festzustellen und bei einem Übertritt in eine andere Vorsorgeeinrichtung weiterzumelden⁸². Es lässt sich allerdings nicht ausschliessen, dass ausnahmsweise eine solche Meldung unterblieben ist oder die entsprechenden Angaben aus einem anderen Grund nicht mehr auffindbar sind. Dann ist gleich vorzugehen wie bei einer Heirat vor 1995.

c) Zu berücksichtigende Anwartschaften

In die Berechnung sind grundsätzlich sämtliche Guthaben gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge sowie die im Grundbuch angemerkten Vorbezüge für Wohneigentum einzubeziehen. Darunter fallen namentlich folgende Anwartschaften:

Ein Ehegatte kann Ansprüche gegen eine oder mehrere Pensionskassen im obligatorischen oder ausserobligatorischen Bereich haben. Gegen mehrere Kassen bestehen namentlich Ansprüche, wenn der Ehegatte bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt und deshalb auch bei mehreren Pensionskassen versichert ist.

Zu berücksichtigen sind auch Freizügigkeitskonten und -policen, welche neben einem Anspruch gegenüber einer Pensionskasse bestehen können, wenn der Vorsorgenehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers nicht alle Freizügigkeitskonten oder -policen in seine aktuelle Pensionskasse eingebracht hat. Diesfalls sind die genannten Berechnungen mit allen existierenden vorsorgerechtlichen Anwartschaften durchzuführen. Das bringt Art. 22 Abs. 2 FZG mit dem Ausdruck «zuzüglich allfälliger Freizügigkeitsguthaben» zum Ausdruck.

Es sind auch jene Beträge in die Teilung einzubeziehen, welche vorzeitig für den Erwerb von selbst genutztem Wohneigentum ausbezahlt worden sind und für die nach wie vor eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch besteht.

Nicht erfasst werden demgegenüber Barauszahlungen, obgleich auch diese unter Umständen in den Vorsorgeausgleich einzubeziehen sind. Dann ist aber nicht Art. 122, sondern Art. 124 ZGB anwendbar⁸³.

80 BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB, N 6.

81 BGE 117 II 218 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER (Fn. 8), Art. 170 ZGB, N 5a.

82 Art. 24 Abs. 2 FZG.

83 BGE 129 V 251; 127 III 436 ff.

d) Aufzinsen

Zu beachten ist nun aber, dass der während der Ehe auf der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Eheschliessung aufgelaufene Zins vom zu teilenden Betrag abzuziehen ist⁸⁴. Dem Vorsorgenehmer verbleibt damit nicht nur die Austrittsleistung uneingeschränkt, die er im Zeitpunkt der Heirat hatte, sondern auch der darauf entfallende Zins. Darin zeigt sich eine wesentliche Abweichung vom Güterrecht⁸⁵. Die Verzinsung hat im BVG ausschliesslich die Funktion der Kaufkraftsicherung und stellt deshalb wirtschaftlich keinen eigentlichen Ertrag dar⁸⁶. Zudem kann der Vorsorgenehmer über die Anlage nicht frei bestimmen. Er hat damit auch keinen Einfluss darauf, ob sein Guthaben eher werterhaltend oder gewinnbringend angelegt sein soll⁸⁷.

Die Kaufkraftsicherung wäre auch durch eine Indexierung der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat möglich gewesen. Abgesehen von grundsätzlichen Einwänden gegen eine Indexierung einer Forderung sprach gegen eine solche Regelung der grosse Nachteil, dass die tatsächliche Entwicklung des Guthabens und die teuerungsbereinigte Forderung stark hätten abweichen können, ohne dass dies voraussehbar gewesen wäre oder hätte korrigiert werden können. Von daher ist die Verzinsung das adäquatere Mittel.

Massgebend ist dabei ein vom Bundesrat nach Art. 26 Abs. 3 FZG für diesen Zweck besonders festzusetzender Zins. Er wird sich regelmässig innerhalb des für den technischen Zinssatz geltenden Rahmens bewegen⁸⁸. Gemäss Art. 8a Abs. 1 FZV ist der im entsprechenden Zeitraum gültige Mindestzinssatz nach Art. 12 BVV 2 anwendbar. Ändert der Mindestzinssatz, so ist bis zu diesem Zeitpunkt mit dem alten Zinssatz zu rechnen, anschliessend mit dem neu festgelegten. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BVG⁸⁹ gilt ein einheitlicher Zinssatz von 4%⁹⁰, womit die erste Änderung des Zinssatzes auf den 1. Januar 2003 erfolgt ist⁹¹. Die Verordnungsbestimmung hat zur Folge, dass auch im überobligatorischen Bereich für die Berechnung des zu teilenden Betrages der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat der Mindestzinssatz zur Anwendung gelangt.

Ein Abstellen auf den von der entsprechenden Vorsorgeeinrichtung tatsächlich gutgeschriebenen Zinssatz wäre kaum praktikabel gewesen. Häufig ist nicht mehr genau nachzuvollziehen, wann welche Gutschriften erfolgt sind.

84 Art. 22 Abs. 2 FZG.

85 Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 223 Abs. 2 ZGB.

86 BBl 1996 I 107.

87 GEISER (Fn. 2), 408.

88 Art. 26 Abs. 2 FZG.

89 1. Januar 1985.

90 Art. 8a Abs. 2 FZV.

91 Art. 12 BVV 2; derzeit gilt ein Zinssatz von 3,25%.

Auf einen einheitlichen, vom Bundesrat festgelegten Zinssatz abzustellen und nicht den tatsächlichen Ertrag der Anwartschaft oder die tatsächlich eingetretene Inflation zu errechnen, rechtfertigt sich aus Gründen der Praktikabilität. Es steht ausser Zweifel, dass je nach Periode der Zins weit über oder weit unter der Teuerung und dem tatsächlichen Ertrag liegen kann. Das wird aber bewusst in Kauf genommen und rechtfertigt keine Korrektur im Einzelfall. Der durch eine allgemeine Regel bewirkten Rechtssicherheit kommt hier grössere Bedeutung zu als der Einzelfallgerechtigkeit.

Differenzen mit dem tatsächlichen Ertrag können sich insbesondere durch den unterschiedlichen Anwendungsbereich der scheidungsrechtlichen Regelung und der Bestimmung über den Mindestzinssatz ergeben. Art. 12 BVV 2, welcher den Mindestzinssatz festlegt, gilt nur für die obligatorische berufliche Vorsorge zwingend. Für den vor-, über- und unterobligatorischen Bereich gilt Art. 15 BVG, welcher dem Bundesrat die Kompetenz gibt, einen Mindestzinssatz festzusetzen, demgegenüber nicht⁹². In diesen ausserobligatorischen Bereichen kann somit die Vorsorgeeinrichtung auf diesen Altersguthaben einen tieferen Zinssatz gutschreiben⁹³. Es ist von daher ohne weiteres möglich, dass die Vorsorgeeinrichtung auf eine Freizügigkeitsleistung zwei unterschiedliche Zinssätze zur Anwendung bringt. Für die Berechnung des von der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung für die Teilung abzuziehenden Betrages ist das aber ohne Bedeutung. Massgebend ist immer nur der für den obligatorischen Bereich geltende Minimalzinssatz.

Der Zinseszins ist für die Zeit von der Heirat bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils gutschreiben. Davon ist nur abzuweichen, wenn ein Guthaben aus irgendeinem Grund vollständig erloschen ist. Hier läuft die Verzinsung nur bis zur endgültigen und ersatzlosen Streichung des Guthabens.

III. Schlussbemerkung

Es liegt auf der Hand, dass die Koordination zwischen den sozialversicherungsrechtlichen und den scheidungsrechtlichen Aspekten des Vorsorgeausgleichs einige Fragen aufwirft, welche in der kurzen Zeit seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts noch nicht einer endgültigen Klärung zugeführt werden konnten. Namentlich wenn der Scheidungsprozess längere Zeit dauert, können sozialversicherungsrechtliche Ereignisse eintreten, deren Berücksichtigung in der laufenden Scheidung nur mit Schwierigkeiten möglich ist. Das lässt sich letztlich auch nicht mit einer modernen Zivilprozessordnung lösen. Vielmehr sind hier in jedem Fall die Anwältinnen

92 Art. 49 BVG e contrario.

93 Mit Blick auf Art. 15 Abs. 2 FZG können die Zinsen allerdings wohl nicht negativ sein.

und Anwälte gefordert, vorausschauend bereits die notwendigen Eventualitäten ins Verfahren einzubeziehen.

Zusammenfassung: *Der Vorsorgeausgleich richtet sich nach zwei unterschiedlichen Systemen: Ist noch kein Vorsorgefall eingetreten, werden die während der Ehe erworbenen Vorsorgeguthaben beider Ehegatten genau hälftig geteilt. Ist bei einem Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten, ist demgegenüber nur eine angemessene Entschädigung geschuldet. Im vorliegenden Aufsatz wird der Frage nachgegangen, auf welchen genauen Zeitpunkt beim Entscheid abzustellen ist, welches der beiden Systeme zur Anwendung gelangt.*

Résumé: *Le partage de la prévoyance professionnelle a lieu selon deux systèmes différents. Si aucun cas de prévoyance n'est encore survenu, les avoirs de prévoyance acquis par les deux époux durant le mariage se partagent par moitié. Si un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux, seule est due une indemnité équitable. Est abordée dans l'article la question du moment exact où dans la décision il faut se placer pour savoir lequel des deux systèmes est applicable.*
