
Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich¹

Von Prof. Dr. THOMAS GEISER, St. Gallen

Inhaltsübersicht

- 1. Bisherige Gestaltungsmöglichkeiten**
- 2. Gesetzesrevision und ihre Anliegen**
 - 2.1 Anliegen bezüglich Flexibilität
 - 2.2 Grundzüge der Revision
 - 2.2.1 Scheidung vor Eintritt eines Vorsorgefalls
 - 2.2.2 Scheidung nach Eintritt einer Invalidität
 - 2.2.3 Scheidung nach Beginn einer Altersrente
- 3. Gestaltungsmöglichkeiten nach dem neuen Recht**
 - 3.1 Grundregeln
 - 3.2 Richterliches Ermessen bei Scheidung im Rentenalter (Art. 124a ZGB)
 - 3.3 Generelle Ausnahmeklausel (Art. 124b ZGB)
 - 3.3.1 Anwendungsbereich
 - 3.3.2 Voraussetzungen für Verzicht
 - 3.3.3 Voraussetzungen für Verweigerung
 - 3.3.4 Überhälftige Teilung
 - 3.3.5 Interessen für ein Abweichen
 - 3.4 Unzumutbarkeit (Art. 124d ZGB)
 - 3.4.1 Voraussetzungen
 - 3.4.2 Verwendung der Mittel
 - 3.4.3 Zeitpunkt der Überführung in die gebundene Vorsorge
 - 3.4.4 Interessen für Kapitalabfindung
 - 3.5 Unmöglichkeit (Art. 124e ZGB)
 - 3.6 Sonderfall: Verrechnung von Ansprüchen (Art. 124c Abs. 2 ZGB)
- 4. Folgerungen**

Literaturverzeichnis

¹ Schriftliche Fassung eines an den Veranstaltungen der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richter und Richterinnen im August/September 2016 gehaltenen Vortrages.

1. Bisherige Gestaltungsmöglichkeiten

Das Scheidungsrecht von 2000 regelte die Aufteilung der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung in drei Bestimmungen. aArt. 122 ZGB behandelte die Fälle, bei denen noch bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten war.² Die Regelung sah eine streng mathematische Berechnung vor,³ ohne dass dem Gericht ein Ermessensspielraum zukam.⁴

War bereits ein Vorsorgefall eingetreten, bestand kein Anspruch auf eine Austrittsleistung mehr. Es konnte deshalb nicht mehr nach der starren in aArt. 122 ZGB vorgesehenen Regel vorgegangen werden, auch wenn nur bei einem Ehegatten die Teilungsmöglichkeit entfallen war⁵. Nach aArt. 124 ZGB war dann eine angemessene Entschädigung festzulegen. Es musste den Besonderheiten des konkreten Falles Rechnung getragen werden.⁶ Es war den Vorsorgebedürfnissen beider Parteien Rechnung zu tragen.⁷ Dem Gericht kam bei der Festsetzung der Entschädigung ein Ermessen zu. Es waren die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen.⁸

Weil es zu den Staatsaufgaben gehört, eine angemessene Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge sicherzustellen,⁹ kann es nicht im Belieben der Ehegatten stehen, was bei der Scheidung mit der Vorsorge geschieht. Deshalb waren die entsprechenden Regeln grundsätzlich zwingend ausgestaltet. Es war den Ehegatten verwehrt, im Voraus über die Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge Vereinbarungen zu treffen.¹⁰ Auch im Scheidungszeitpunkt war der Vorsorge-

2 THOMAS GEISER, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 55 ff., Rz. 2.29.; KATERINA BAUMANN/MARGARETA LAUTENBURG, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), FamKomm, Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011, N. 1 zu Art. 122 ZGB.

3 Die Berechnung wurde in den aArt. 22 ff. FZG dargelegt.

4 Zur Ausnahme vgl. Art. 123 Abs. 3 ZGB.

5 GEISER, wie Fn. 2, Rz. 2.95. f.; BAUMANN/LAUTENBURG, wie Fn. 2, N. 2 ff. zu Art. 124 ZGB.

6 aArt. 124 ZGB.

7 A. M. BAUMANN/LAUTENBURG, wie Fn. 2, N. 62f ff. zu Art. 124 ZGB.

8 BGE 127 III 439.

9 Art. 111 ff. BV.

10 BGE 129 III 481, anders in Deutschland.

ausgleich der Dispositionsgewalt der Ehegatten entzogen. Nur unter engen Voraussetzungen bestand die Möglichkeit eines Verzichts.

War bei einem Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten oder verfügte ein Ehegatte über eine Altersvorsorge, welche nicht dem FZG unterstand, konnte keine Austrittsleistung nach diesem Gesetz berechnet werden, was namentlich bei internationalen Verhältnissen zutraf. Wie der Ausgleich zu bezahlen war, hing in erster Linie davon ab, ob ein Ehegatte noch aktiv in einer Vorsorgeeinrichtung war und ob dieser Ehegatte oder der andere per saldo etwas bezahlen musste.

War der Pflichtige noch aktiv in einer Vorsorgeeinrichtung versichert, so verfügte er über eine Austrittsleistung, aus der die angemessene Entschädigung an den anderen bezahlt werden konnte. War bei der ausgleichsberechtigten Partei bereits ein Rentenfall eingetreten, wurde in aller Regel die Freizügigkeitsleistung bar ausbezahlt. Keine Barauszahlung erfolgte allerdings, wenn aArt. 124 ZGB zur Anwendung gelangte, weil eine Partei eine Barauszahlung erhalten hatte (wegen Wegzugs ins Ausland, Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit oder Verheiratung nach altem Recht). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war in diesen Fällen aArt. 124 und nicht 122 ZGB anwendbar.¹¹

War der Pflichtige nicht mehr als Aktivversicherter in einer Vorsorgeeinrichtung, konnte der Ausgleich nur durch eine Kapitalzahlung aus freien Mitteln oder eine Rente erfolgen. Auch wenn die angemessene Entschädigung in anderer Form als einer Austrittsleistung festgelegt worden war, stellt sich die Frage, wohin die entsprechenden Beträge zu zahlen waren. Allerdings war dann nicht aArt. 22b Abs. 2 FZG anwendbar, weil nicht die Vorsorgeeinrichtung, sondern der pflichtige Ehegatte Schuldner war. Während bei einer Freizügigkeitsleistung das FZG bestimmte, wie und gegebenenfalls auch wohin die Überweisung zu erfolgen hatte, war in allen übrigen Fällen der Betrag bar auszurichten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart hatten. Eine Rente war nicht der Vorsorgeeinrichtung des berechtigten Ehegatten zu überweisen, sondern diesem direkt auszurichten.¹² Ob der Berechtigte diese Beträge anschliessend in eine Vorsorgeeinrich-

11 BGE 129 V 252.

12 BGE 132 III 152 f.

tung einbringen konnte und wollte, hing entscheidend von seinem vorsorgerechtlichen Status ab.¹³

2. Gesetzesrevision und ihre Anliegen

2.1 Anliegen bezüglich Flexibilität

Die Praxis hielt sich zum Teil nicht an die strengen Regeln. Von Frauenseite her wurde eine Verschärfung gefordert; aus Anwaltskreisen mehr Flexibilität.¹⁴ 2005 beauftragte das Parlament den Bundesrat, den Reformbedarf im Bereich des Vorsorgeausgleiches abzuklären und entsprechende Revisionsvorschläge zu unterbreiten. Eine NF-Studie¹⁵ hatte kritisiert, dass die Teilung nur in der Minderheit der Fälle wirklich hälftig auf den Tag der Rechtskraft des Scheidungsurteils erfolgt. Aus Praktikabilitätsgründen legten die Parteien oder das Gericht häufig einen früheren Stichtag fest. Zudem war es schwierig, alle Guthaben der Ehegatten aufzufinden. Gleichzeitig beklagten aber die Gerichte und die Anwaltschaft eine zu rigide Regelung und forderten mehr Gestaltungsmöglichkeiten. Schliesslich wurde von geschiedenen Frauen moniert, ihre Situation nach dem Tod des geschiedenen Mannes sei unbefriedigend, weil nur in beschränktem Ausmass ein Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente bestehe. Es standen folglich zwei sich widersprechende Reformpostulate im Raum: Zum einen sollte die Revision mehr Gestaltungsspielraum schaffen und zum andern sicherstellen, dass die Teilung tatsächlich hälftig erfolgt. Das neue Recht ist nun am 1. Januar 2017 in Kraft getreten.

2.2 Grundzüge der Revision

Das neue Recht enthält eine erheblich umfassendere und detailliertere Regelung als das bisherige. Es bestehen allerdings nach wie

13 THOMAS GEISER/CHRISTOPH SENTI, Art. 22b FZG, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter (Hrsg.), BVG und FZG. Handkommentar, Bern 2010. N. 17 zu Art. 22b FZG.

14 Vgl. die Botschaft des Bundesrates (Curia Vista 13.049) BBl 2013, 4893 f.

15 BAUMANN KATERINA/LAUTERBURG MARGARETA, NFP 45/Probleme des Sozialstaates, Forschungsprojekt «Evaluation Vorsorgeausgleich», 4045–64783, Bern 2004.

vor zwei unterschiedliche Regelungen. Die Trennung wird aber nicht mehr zwischen jenen Fällen gezogen, in denen schon ein Vorsorgefall eingetreten ist, und jenen, in denen dies nicht zutrifft. Die Trennungslinie verläuft nunmehr zwischen jenen Fällen, in denen eine Altersrente oder eine Invalidenrente nach Erreichen der Altersgrenze ausgerichtet wird,¹⁶ und jenen, in denen noch eine Austrittsleistung besteht.¹⁷ Zu den letzteren Fällen sind auch jene zu zählen, bei denen bereits eine Invalidenrente ausgerichtet und die Austrittsleistung nur im Hintergrund weiter berechnet wird.¹⁸

Unklar bleibt dabei einerseits, wie vorzugehen ist, wenn die Ehegatten über eine Vorsorge in einer anderen Form als einer Austrittsleistung nach FZG oder einer Altersrente nach BVG verfügen, und andererseits, wenn die Parteien über unterschiedliche Arten von Vorsorge verfügen. Das neue Recht hält in Art. 122 ZGB zwar ausdrücklich fest, dass die entsprechenden Bestimmungen die Aufteilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge bei Scheidung regeln, und es steht ausser Zweifel, dass die Ansprüche aus der obligatorischen und der weitergehenden Vorsorge erfasst werden.¹⁹ Nimmt man die in Art. 122 ZGB getroffene Formulierung wörtlich, bedeutet dies aber auch, dass gebundene Altersvorsorgen, welche nicht dem BVG und dem FZG unterstehen, nicht einbezogen werden. Dabei handelt es sich zugegebenermassen um Sonderfälle wie Ruhegehaltsordnungen²⁰, Ansprüche gegenüber ausländischen Vorsorgeeinrichtungen, Einrichtungen internationaler Organisationen in der Schweiz und ähnliche Vorsorgewerke. Bis anhin waren diese mit aArt. 124 ZGB in den schweizerischen Vorsorgeausgleich einbezogen gewesen. Das ist neu nicht mehr der Fall. Dafür gibt es keinen Auffangtatbestand mehr. Auch die detaillierten Aufteilungsregeln für die einzelnen Arten von Ansprüchen der zweiten Säule zeigen, dass weitere Ansprüche nicht gemeint sein können. Diese anderen Ansprüche sind offenbar nicht

16 Art. 124a ZGB.

17 Art. 123 ZGB.

18 Art. 124 ZGB.

19 BBl 2013, 4905.

20 Solche gibt es nicht nur für Magistratspersonen. Sie sind vielmehr auch in der Privatwirtschaft möglich. Vgl. MYRIAM GRÜTTER/DANIEL SUMMMERATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung, insbesondere nach Art. 124 ZGB, FamPra 2002, S. 641 ff., 651, welche auf die Regelung an den Steinerschulen verweisen.

zu teilen. Damit gewinnen die Gestaltungsmöglichkeiten erheblich an Bedeutung. Solche Gestaltungsmöglichkeiten sieht nun Art. 124e Abs. 1 ZGB ohne spezifische Schranken vor.

Art. 122 ZGB sieht als Grundnorm für die berufliche Vorsorge nur vor, dass die während der Ehe erworbenen Ansprüche bei der Scheidung zu teilen sind. Neu ist, dass nur noch die bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche in die Teilung einbezogen werden. Die während des Scheidungsverfahrens aufgebaute Vorsorge ist nicht mehr zu teilen. Der Stichtag stimmt mit jenem für das Güterrecht und damit mit der Teilung der dritten Säule überein. Er steht aber im Widerspruch mit der inhaltlich dem Vorsorgeausgleich näheren Teilung der ersten Säule, welche noch immer auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils abstellt.²¹ Diese Verkürzung der Ansprüche begründet die Botschaft mit praktischen Erwägungen.²²

2.2.1 *Scheidung vor Eintritt eines Vorsorgefalls*

Geht es ausschliesslich um die Teilung von Vorsorgeguthaben, hat sich nichts Grundsätzliches geändert. Sie sind nach wie vor nach den bisherigen Regeln zu berechnen und zu teilen.²³ Zu beachten ist allerdings der neue Stichtag. Die Teilungsmenge wird folglich kleiner.

Das Gesetz sieht bezüglich des Stichtages kein Ermessen des Gerichts vor. Praktische Probleme werden aber – wie bisher – eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung erfordern. Geht es um eine einverständliche Scheidung nach Art. 111 ZGB schliessen die Parteien vor Einleitung des Scheidungsverfahrens eine Konvention ab. Wollen sie dabei mit festen Zahlen arbeiten, müssen sie den Stichtag vorverlegen. Die Praxis sollte dies weiterhin praeter legem akzeptieren.

2.2.2 *Scheidung nach Eintritt einer Invalidität*

Der Gesetzgeber hat es sich zunutze gemacht, dass die Pensionskassen nach Eintritt einer Invalidität weiterhin eine (Schatten-)Aus-

²¹ Art. 29^{quiquies} AHVG wurde nicht angepasst. Massgeblich für die Teilung ist damit der Zeitpunkt der Auflösung der Ehe, wobei angebrochene Jahre nicht geteilt werden.

²² BBl 2013, 4905 f.

²³ Art. 123 ZGB.

trittsleistung für den Fall führen müssen, dass die Invalidität wieder entfällt und damit auch die Invalidenrente erlischt.²⁴ Diese (Schatten-) Austrittsleistung kann in der Scheidung wie eine gewöhnliche Austrittsleistung geteilt werden.²⁵ Die Auswirkungen dieser Teilung auf die laufende Invalidenrente hängt vom Reglement der Vorsorgeeinrichtung ab.²⁶ Entweder wird die Invalidenrente mit sofortiger Wirkung gekürzt oder der Vorsorgeausgleich wirkt sich erst auf die spätere Altersrente aus. Ein Wiedereinkauf ist nicht mehr möglich. Dadurch eröffnen sich erhebliche Gestaltungsbedürfnisse und Gestaltungsmöglichkeiten.

2.2.3 Scheidung nach Beginn einer Altersrente

Unverändert ist eine Altersrente nicht hälftig zu teilen. Vielmehr ist eine (angemessene) Entschädigung festzusetzen, wobei insbesondere die Ehedauer und die Vorsorgebedürfnisse beider Ehegatten zu berücksichtigen sind. Es ist weiterhin ein zweistufiges Vorgehen am Platz: Zuerst ist aufgrund der Ehedauer zu ermitteln, welcher Teil des Anspruchs während der Ehe erworben wurde und was ungefähr eine hälftige Teilung etwa ergäbe.²⁷ Anschliessend ist zu prüfen, ob das Resultat mit Blick auf die Vorsorgebedürfnisse angemessen ist. Neu ist es aber möglich, auch bei einer Scheidung im Rentenalter eine Teilung der in der Vorsorge vorhandenen Guthaben vorzunehmen.²⁸

Geteilt wird nach Art. 124a ZGB nach Auffassung des BSV die während der Ehe erworbene Rente und nicht deren Barwert.²⁹ Der Wortlaut des die Verrechnung regelnden Art. 124e Abs. 1, zweiter Satz ZGB spricht aber eher für eine Teilung und Verrechnung der Barwerte. In jedem Fall ist aber eine Umrechnung notwendig. Die sich aus der Aufteilung ergebende Rente soll nicht auf das Leben des Versicherten laufen, sondern auf jenes der aus dem Vorsorgeausgleich begünstigten Person. Der Bundesrat hat die BVV2 und die FZV ge-

24 Vgl. Art. 26 Abs. 3 BVG und Art. 2 Abs. 1^{ter} FZG.

25 Art. 124 Abs. 1 ZGB; BBl 2013, 4907 ff.

26 Vgl. Art. 19 BVV 2 in der Fassung vom 10. Juni 2016; AS 2016 2348.

27 BBl 2013, 4911.

28 Vgl. BBl 2013, 4894 f. und THOMAS GEISER, Revisionsbedarf beim Vorsorgeausgleich, in: Margareta Baddeley/Bénédict Foëx (Hrsg.), *La planification du patrimoine*, FS Andreas Bucher, Zürich 2009, S. 163 ff., 186 ff.

29 Botschaft BBl 2013, 4910.

ändert und darin Regeln aufgestellt, wie die Berechnung und namentlich die Umrechnung des zu übertragenden Rententeils erfolgen sollen.³⁰ Im Anhang zu diesen Bestimmungen hält die Verordnung ausdrücklich fest, dass die Umrechnung nach den mathematischen Grundsätzen der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung zu erfolgen hat und dabei auch das Geschlecht der Parteien zu berücksichtigen sei. Das widerspricht m. E. allerdings Art. 8 BV.

Hat der aus dem Vorsorgeausgleich Berechtigte das Rentenalter bereits erreicht oder ist er invalide, erhält er die Rente lebenslang bar ausbezahlt. Andernfalls bleiben die einzelnen Rentenbeträge bis zum Eintritt eines Vorsorgefalles gebunden und dienen dem Aufbau seiner Vorsorge. Je nach Umständen des Einzelfalles stehen beiden Parteien zusammen nach Durchführung des Vorsorgeausgleichs erheblich weniger Mittel zur freien Verfügung als vorher. Allenfalls sind dann Anpassungen notwendig.³¹ Beziehen im Zeitpunkt der Scheidung bereits beide Ehegatten Rente, hat dieser Vorgang bezüglich der Renten beider Ehegatten zu erfolgen.

In vielen Fällen wird auf der einen Seite eine Rente und auf der anderen Seite eine Austrittsleistung zu teilen sein. Auf die Austrittsleistung ist Art. 123 ZGB und auf die Rente Art. 124a ZGB anwendbar. Eine Verrechnung der Ansprüche ist nur ausnahmsweise möglich.³² Für den Rentner wäre aber eine Verrechnung regelmässig entscheidend, weil dies die einzige Möglichkeit ist, massive Einbussen im Einkommen zu vermeiden. Allenfalls ist auf die Gestaltungsmöglichkeit nach Art. 124b Abs. 2 Bst. b ZGB zurückzugreifen.

Es kann für die Parteien höchst interessant sein, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen, wenn die Parteien davon ausgehen müssen, dass

- ihre tatsächlichen Lebenserwartungen vom statistischen Durchschnitt abweichen,
- die betroffenen Kassen mit unterschiedlichen mathematischen Grundlagen rechnen oder

³⁰ Art. 19g ff. der Freizügigkeitsverordnung in der Fassung vom 10. Juni 2016; AS 2016 2354.

³¹ Art. 124a Abs. 1 ZGB; BBl 2013, 4911.

³² Art. 124c Abs. 2 ZGB.

- sie aus anderen Gründen den Geldfluss abweichend regeln wollen, weil sie beispielsweise damit Ergänzungsleistungen oder Sozialhilfen oder Steuern optimieren können.

3. Gestaltungsmöglichkeiten nach dem neuen Recht

Wie im bisherigen Recht ist es nicht möglich, für den Fall einer künftigen Scheidung der Ehe, auf den Vorsorgeausgleich zu verzichten. Ein entsprechender Ehevertrag wäre nicht nur mangels gerichtlicher Genehmigung³³ unverbindlich.³⁴ Vielmehr kann eine Scheidungskonvention immer nur mit Blick auf eine konkrete Scheidung und nicht auf Vorrat abgeschlossen werden.³⁵

3.1 Grundregeln

Mit der Revision haben sich die Gründe für ein solches Abweichen erheblich vermehrt:

- Mit den Wiedereinkaufsmöglichkeiten können Steuern optimiert werden.
- Die Verschiebung oder Nichtverschiebung von Vorsorgeguthaben kann für die Parteien mit Blick auf die unterschiedlichen Risiken von grossem Interesse sein.
- Namentlich bei internationalen Verhältnissen können durch die Teilung gebundene Mittel in freie Mittel umgewandelt werden.
- Mit Blick auf Art. 22f Abs. 3 FZG können auch freie Mittel in die zweite Säule eingebracht werden, selbst wenn keine Erwerbstätigkeit vorliegt.
- Ist bei einem Ehegatten bereits eine Invalidität eingetreten, kann die Teilung der Austrittsleistung³⁶ mangels Wiedereinkaufsmöglichkeit unerwünscht sein.³⁷

33 Art. 280 ZPO in der bisherigen und der neuen Fassung.

34 BGE 121 II 393 ff.

35 THOMAS GEISER, *Verbindlichkeit* von Scheidungskonventionen, in: Andrea Bächler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Private Law* (Bd. I), FS Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, S. 545 ff.; Botschaft BBl 2013, 4917.

36 Art. 124 ZGB.

37 Art. 22d Abs. 2 FZG.

- Bei den Teilungen einer Rente kann sich die aktuelle Einkommenslage beider Parteien verschlechtern. Das kann mit Blick auf Ergänzungsleistungen und Sozialhilfeansprüche von zentraler Bedeutung sein.
- Die Einschränkung der Verrechnung von Renten und Austrittsleistungen nach Art. 124c Abs. 3 ZGB, kann zu unliebsamen Verschiebungen der gebundenen Vorsorge führen.³⁸

Das neue Recht hat die Gestaltungsmöglichkeiten für die Ehegatten und die Gerichte *erheblich erweitert*. Für die Gerichtspraxis wird entscheidend sein, ob ein Abweichen nur möglich ist, wenn beide Parteien damit einverstanden sind, oder ob dies auch gegen den Willen einer oder gar beider Parteien erfolgen kann. Das Gericht darf eine von den gesetzlichen Regeln abweichende Teilung in einer Konvention allerdings nur genehmigen, wenn eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt. Es hat dies von Amtes wegen zu prüfen.³⁹

3.2 Richterliches Ermessen bei Scheidung im Rentenalter (Art. 124a ZGB)

Bezieht ein Ehegatte bereits eine Altersrente oder nach Erreichen des reglementarischen Rentenalters eine Invalidenrente, so ist wie bisher⁴⁰ der entsprechende Anspruch nicht hälftig, sondern nach richterlichem Ermessen zu teilen. Massgebend sind dabei insbesondere die Ehedauer und die Vorsorgebedürfnisse beider Parteien.⁴¹ Ausgangspunkt bilden die während der Ehe erworbenen Ansprüche. Anschliessend ist auf die Vorsorgebedürfnisse einzugehen⁴². Eine genaue Berechnung ist indessen nicht möglich. Der Bundesrat hat im

38 Vgl. hinten Rz. 3.32 ff.

39 Art. 280 Abs. 3 ZPO.

40 Art. 124 ZGB in der bisherigen Fassung.

41 Art. 124a Abs. 1 ZGB.

42 BGE 133 III 404; BGer v.1. 10.2002, 5C.159/2002, E. 2; BGer 15.52002, 5C.66/2002, E. 3.4.1; BGer vom 10. 2.2006, 5C.247/2005 E. 4.1; GEISER, wie Fn. 2, Rz. 2.103; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER/CHRISTIAN BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, in: Caroline Paquier/Jerome Jaquier (Hrsg.), Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, S. 195 ff., 241 und 244.

Anhang zu seiner Botschaft eine ungefähre Berechnungstabelle abgedruckt.⁴³ Diese Tabelle ist aus verschiedenen Gründen mit äusserster Vorsicht zu verwenden:

- Der Bundesrat hat keine Kompetenz, die Berechnung zu regeln. Die Tabelle ist unverbindlich.
- Sie berücksichtigt weder die Karriereentwicklung noch unterschiedliche Vorsorgepläne. Sie ist eine reine Durchschnittsberechnung. Vollständig regelmässige Karrieren sind aber heute die Ausnahme.
- Sie berücksichtigt weder Einkäufe aus Eigengut noch Zeiten mit WEF-Vorbezügen.
- M. E. nicht erklärbar ist, warum bei Altersehen ein Zuschlag zugunsten des aus dem Vorsorgeausgleich Berechtigten und zu Lasten des Verpflichteten vorgenommen werden soll. Dieser Zuschlag führt zu einer überhälftigen Teilung, welche nur unter den Voraussetzungen von Art. 124 Abs. 3 ZGB zulässig wäre.

Als zweiter Schritt sind die Bedürfnisse der Vorsorge abzuklären und wie diese im konkreten Einzelfall aufgrund der eigenen Vorsorge, dem Einkommen⁴⁴ und dem Vermögen des entsprechenden Ehegatten abgedeckt sind.⁴⁵ Daraus kann sich eine Überdeckung oder eine Unterdeckung ergeben. Entsprechend ist ein angemessener Ausgleich vorzunehmen. Als Erstes ist zu prüfen, in welchem Umfang jeder Ehegatte selber in der Lage ist, sein Vorsorgebedürfnis zu befriedigen, wobei auch die künftige Entwicklung mit einbezogen werden muss. Schliesslich ist bei jedem Ehegatten seine eigene vorhandene Altersvorsorge einschliesslich der sich aus dem Einkommen und Vermögen⁴⁶ noch ergebende künftig erworbene Altersvorsorge von seinem dereinst bestehenden Vorsorgebedarf in Abzug zu bringen. Daraus errechnet sich bei jedem ein Defizit oder ein Überschuss. Schliesslich sind diese Differenzen zum Ausgleich zu bringen, soweit dies nach den Gegebenheiten des konkreten Falls möglich ist. Weicht der so errechnete Saldo erheblich von der Berechnung der während

43 BBl 2013, 4911 und 4955 ff.

44 Vgl. BGer vom 31. 3. 2006, 5C.6/2006, E. 5.

45 Vgl. BGE 133 III 404 f.; BGer vom 10. 2. 2006, 5C.247/2005 E. 4.5.1.

46 Vgl. die nicht publ. Erwägung 3 in BGE 132 III 145.

der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ab, ist der Ausgleichbetrag zu erhöhen oder zu kürzen.⁴⁷

Die zu berücksichtigenden Kriterien sind nicht abschliessend. Selbstverständlich beeinflussen das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung und die Unterhaltsregelung die Vorsorgebedürfnisse.⁴⁸ Es fragt sich, ob aber auch weitere Gründe einbezogen werden können. Das trifft wohl auf alle jene Sachverhalte zu, welche nach Art. 124b ZGB eine Ausnahme von der gesetzlichen Teilung zulassen.⁴⁹ M.E. bedeutet dies aber auch, dass in Analogie zu Art. 124b Abs. 1 ZGB andere Elemente nur berücksichtigt werden dürfen, wenn eine ausreichende Altersvorsorge des durch die Abweichung benachteiligten noch immer sichergestellt ist. Die Frage, ob auch das persönliche oder wirtschaftliche Verhalten während der Ehe ein Abweichen rechtfertigen kann, ist gleich zu beurteilen, wie bei Art. 124b ZGB. Der Zusammenhang mit Art. 124b ZGB hat auch zur Folge, dass eine überhälftige Teilung nur unter den Voraussetzungen von Art. 124b Abs. 3 ZGB zulässig ist.

Analog zu Art. 124b ZGB steht das Ermessen nicht nur dem Gericht, sondern auch den Parteien zu. Das Gericht muss aber analog zu Art. 280 Abs. 3 ZPO von Amtes wegen prüfen, ob eine angemessene Vorsorge gewährleistet bleibt. Weil das Gesetz nicht einfach eine hälftige Teilung vorsieht, bleibt fraglich, was eine «Abweichung» ist. Es ist praktisch jede Aufteilung in einer Konvention zu genehmigen, welche die Parteien in Kenntnis ihrer Rechte wirklich wollen und die den aus dem Vorsorgeausgleich verpflichteten Rentner nicht zu einer ruinösen Abtretung verpflichtet.⁵⁰

Ein Interesse an einem ganzen oder teilweisen Verzicht auf die Teilung werden die Parteien insbesondere haben, wenn nur ein Ehegatte im Rentenalter steht und dieser dem anderen nahehelichen Unterhalt bezahlen soll. Mit einer Rententeilung wären eventuell nicht mehr genügend Mittel für die Scheidungsrente vorhanden. Eine Unterhaltsrente statt einer Teilung der Vorsorge kann den Parteien mit

47 In diesem Sinne wohl auch SCHNEIDER/BRUCHEZ, wie Fn. 42, S. 241, Anm. 213.

48 Botschaft, BBl 2013, 4911 f.

49 Botschaft BBl 2013, 4912.

50 Vorausgesetzt ist selbstverständlich immer die technische Durchführbarkeit.

Blick auf die Rente einer geschiedenen Witwe⁵¹ zudem insgesamt höhere Ansprüche gegenüber der zweiten Säule bringen.

3.3 Generelle Ausnahmeklausel (Art. 124b ZGB)

3.3.1 Anwendungsbereich

Das neue Recht sieht eine generelle Ausnahmeklausel vor, die ein Abweichen von den vorgesehenen Teilungsregeln ermöglicht.⁵² Die systematische Stellung spricht für eine Anwendung auf alle Fälle. Der Wortlaut schränkt den Anwendungsbereich dann aber auf die Teilung nach Art. 123 und 124 ZGB ein, weil es nur in diesen Fällen um eine hälftige Teilung geht, nicht aber bei der Teilung einer Rente. Das dürfte aber ein gesetzgeberisches Versehen sein, sodass die Bestimmung auch bei Art. 124a ZGB zur Anwendung gelangt,⁵³ was mit Bezug auf die überhälftige Teilung nach Art. 123b Abs. 3 ZGB von Bedeutung ist. Bezüglich der ersten beiden Absätze ist die Frage nach wie vor von geringer praktischer Bedeutung, weil Art. 124a ZGB dem Gericht schon genügend Ermessen einräumt, um Abweichungen zuzulassen. Allerdings bleibt zu beachten, dass namentlich ein freiwilliger Verzicht einer Partei auf eine nach Art. 124a ZGB angemessene Teilung der Rente nur genehmigt werden darf, wenn noch eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt. Mit dem Verzicht auf die Teilung dürfen die Parteien folglich nicht bewirken, dass der Verzichtende anschliessend Sozialhilfe beziehen muss.

3.3.2 Voraussetzungen für Verzicht

Das bisherige Recht verlangte nicht eine «angemessene»⁵⁴, sondern eine «entsprechende» Alters- und Invalidenvorsorge. Unklar war, woran gemessen werden soll. Musste die Vorsorge dem entsprechen, worauf der Ehegatte nach Gesetz Anspruch hätte, oder musste die Vorsorge den Verhältnissen der Ehegatten entsprechen? Der Gesetz-

51 Art. 19 BVG und Art. 20 BVV2.

52 Art. 124b ZGB.

53 So wohl auch die Botschaft, BBl 2013, 4915.

54 aArt. 123 Abs. 1 ZGB.

geber hat nun Letzteres kodifiziert.⁵⁵ Es ist sicherzustellen, dass jeder Ehegatte eine genügende Altersvorsorge hat. Ein Verzicht kann genehmigt werden, wenn eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass der betroffene Ehegatte im Alter über genügend Kapital oder Rente verfügen wird, um seinen Lebensabend angemessen verbringen zu können. Das ist auch gegeben, wenn mit Blick auf seine künftige berufliche Tätigkeit ihm der Aufbau einer eigenen Alters- und Invalidenvorsorge möglich sein wird. Bei grossen Altersunterschieden der Ehegatten wird dies dem jüngeren regelmässig möglich sein. Ob eine angemessene Altersvorsorge verbleibt, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen.⁵⁶ Damit ist unumgänglich, zu rechnen.

3.3.3 Voraussetzungen für Verweigerung

Neu genügen ganz allgemein «wichtige Gründe». Das wird sehr weit verstanden⁵⁷. Ein solcher Grund ist «insbesondere» gegeben, wenn die hälftige Teilung wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung oder wegen der Vorsorgebedürfnisse der Parteien unbillig wäre. Damit sind die Vorsorgebedürfnisse zu berücksichtigen. Es bedarf nicht mehr einer «offensichtlichen» Unbilligkeit⁵⁸, vielmehr genügt jede Unbilligkeit. Damit liegt die neue Regelung für alle Fälle näher bei der bisherigen «angemessenen Entschädigung» von aArt. 124 ZGB als bei der klar hälftigen Teilung. Das entspricht zwar nicht den politischen Intentionen, die zur Revision führten, wohl aber dem Vernehmlassungsergebnis.

Die gesetzliche Formulierung ist nicht glücklich:

- Die beiden Buchstaben von Art. 124b Abs. 2 ZGB sind wenig aufeinander abgestimmt. Die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung, auf welche Buchstabe a zielt, können für die Verweigerung nur Bedeutung haben, wenn sie sich auf die Vorsorgebedürfnisse der Parteien auswirken, welche Buchstabe b anspricht. Auch der Bundesrat begründet Buchstabe a aus-

⁵⁵ Art. 124b Abs. 1 ZGB; so auch für das bisherige Recht: GEISER, wie Fn. 2, Rz. 2.88; a. M., HERMANN WALSER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar. ZGB, Bd. I, 5. Aufl., Basel 2014, N. 5 zu Art. 123 ZGB.

⁵⁶ Art. 280 Abs. 3 ZPO.

⁵⁷ Art. 124b Abs. 2 ZGB.

⁵⁸ aArt. 123 Abs. 2 ZGB.

schliesslich mit den Vorsorgebedürfnissen.⁵⁹ Damit fragt sich, ob auch güterrechtliche Vorgänge, welche im Zusammenhang mit der Vorsorge keine wesentliche Bedeutung haben, ein Abweichen begründen können. Vorstellbar ist ein aufgrund eines Ehevertrages unerwartetes Ergebnis bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

- Weil die Aufzählung ausdrücklich nicht abschliessend ist, fragt es sich, ob auch das Verhalten während der Ehe einschliesslich jenes, das zur Scheidung geführt hat, Grund für eine Verweigerung sein kann. Das ist abzulehnen. Es geht nicht an, hier wieder ein Verschuldenselement einzuführen. Die Materialien geben keinerlei Hinweis auf eine solch tief greifende Rechtsänderung. Zu beachten ist auch, dass weder beim Splitting in der ersten Säule noch bei der Teilung des Vorschlages im Güterrecht irgendwelche Verschuldenselemente eingebaut sind.

3.3.4 Überhäufige Teilung

Das neue Recht lässt dem Gericht die Möglichkeit einer überhäufigen Teilung, wenn der Berechtigte nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut und der verpflichtete Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt.⁶⁰ Diese Möglichkeit muss auch in einer Konvention bestehen. Fraglich erscheint, ob die in Art. 124b Abs. 3 ZGB aufgestellte Voraussetzung der nahehelichen Kinderbetreuung auch für die Konvention gilt.⁶¹

Jedenfalls die gerichtliche Anordnung setzt voraus, dass der begünstigte Ehegatte nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut. Mit Blick auf die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall dürfte diese Voraussetzung regelmässig erfüllt sein, wenn minderjährige Kinder von der Scheidung betroffen sind. Dann genügt auch ein Besuchsrecht. Eine Betreuung dauert allerdings nicht notwendigerweise an, wie sie im Scheidungszeitpunkt geplant ist. Eine Rückerstattungsklausel ist aber beim vorzeitigen Wegfall der Betreuungsaufgaben ebenso wenig möglich wie bei einer Wiederverheiratung.⁶²

59 BBI 2013, 4917 f.

60 Art. 124b Abs. 3 ZGB.

61 Verneinend: Botschaft, BBI 2013, 4916.

62 WALSER, wie Fn. 55, N. 11 zu Art. 123 ZGB mit Hinweis auf GEISER, ZBJV 2000, S. 101.

3.3.5 *Interessen für ein Abweichen*

Das Interesse der Ehegatten an einer Abweichung von der gesetzlichen Regelung kann mannigfaltig sein:

- Es können die Vorsorgebedürfnisse beider Parteien berücksichtigt werden. Unterschiedliche Alters- und Einkommenssituationen können auf beiden Seiten für eine grössere oder kleinere Teilung sprechen.
- Bei einer Teilung nach Art. 124 ZGB, namentlich bei Teilinvalidität, werden die Vorsorgebedürfnisse des Invalidenrentners häufig für Abweichen sprechen.⁶³ Der Invalide ist in aller Regel nicht mehr in der Lage, seine Vorsorge weiter aufzubauen, und ist von daher auf die entsprechenden Vorsorgeleistungen angewiesen. Allenfalls kann es sich als sinnvoll erweisen, die Vorsorge zwar zu teilen, dem Pflichtigen aber zulasten des Berechtigten eine Unterhaltsrente nach Art. 125 ZGB zuzusprechen.⁶⁴
- Für eine abweichende Teilung – Teilverzicht oder überhäufigte Teilung – können auch Bedürfnisse nach einem zusätzlichen Einkauf in die zweite Säule sprechen. Ein Wiedereinkauf kann auch in das Obligatorium erfolgen. Damit können zusätzliche Ansprüche gegenüber der zweiten Säule geschaffen werden.
- Ein Abweichen nach Art. 124b ZGB wird sich u. U. auch lohnen, wenn die individuelle Lebenserwartung eines Partners erheblich von den statistischen Gegebenheiten abweicht oder bei einer Pensionskasse eine Sanierung bevorsteht, bei der die Vorsorgenehmer Sanierungsbeiträge leisten müssen.
- Schliesslich lassen sich mit einer Abweichung unter Umständen erheblich Steuern optimieren, wenn dadurch neue Einkaufsmöglichkeiten eröffnet werden.

3.4 **Unzumutbarkeit (Art. 124d ZGB)**

3.4.1 *Voraussetzungen*

Ist «aufgrund einer Abwägung der Vorsorgebedürfnisse beider Ehegatten ein Ausgleich aus Mitteln der beruflichen Vorsorge nicht

⁶³ BBI 2013, 4907 ff.

⁶⁴ THOMAS GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, AJP 2015, S. 1371 ff., 1380.

zumutbar»,⁶⁵ kann der Vorsorgeausgleich durch eine Kapitalzahlung erfolgen. Zulässig ist nur eine Abgeltung durch ein Kapital, nicht aber durch eine Rente. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass dieses Kapital nachträglich in eine lebenslange Rente⁶⁶ umgewandelt wird, welche vom Pflichtigen ausbezahlt wird.

Es sind die Vorsorgebedürfnisse beider Ehegatten zu berücksichtigen, welche sie allerdings weitgehend selbständig bestimmen. Sie können deshalb auch in einer Konvention von dieser Bestimmung Gebrauch machen. M. E. kann aber auch das Gericht gegen den Willen eines oder gar beider Ehegatten eine entsprechende Anordnung treffen. Es handelt sich um einen reinen Ermessensentscheid. Zu berücksichtigen sind ausschliesslich die Vorsorgebedürfnisse.

3.4.2 *Verwendung der Mittel*

Erstaunlicherweise sieht Art. 22f Abs. 3 FZG ausdrücklich vor, dass der aus dem Vorsorgeausgleich Berechtigte diese freien Mittel in seine eigene Vorsorge einbringen kann, wenn noch Einkaufsmöglichkeiten bestehen. Andernfalls erfolgt die Einzahlung in eine Einrichtung zur Erhaltung des Vorsorgeschatzes gemäss Art. 13 FZG. Betrifft die durch freie Mittel abgegoltene Vorsorge den obligatorischen Bereich, muss dieser Einkauf analog zu Art. 22c Abs. 2 FZG auch dem obligatorischen Bereich gutgeschrieben werden. Das Gericht hat in seinem Urteil (oder die Parteien in der Konvention) die Aufteilung festzuhalten.

Art. 22f Abs. 3 FZG setzt ausschliesslich voraus, dass es sich um Kapitaleistungen nach Art. 124d oder 124e ZGB handelt. Setzt das Gericht eine entsprechende Entschädigung fest, hat es die Möglichkeit, die Überführung in die gebundene Vorsorge anzuordnen. Es bedarf weder eines versicherbaren Verdienstes noch einer beruflichen Tätigkeit.⁶⁷ Es kann damit auch eine Vorsorge für Nichterwerbstätige aufgebaut werden.

Die Überführung in die gebundene Vorsorge ist jedoch nur möglich, wenn das Gericht dies im Urteil (oder in der gerichtlich genehmigten Konvention) ausdrücklich vorgesehen hat. Dann muss die

⁶⁵ Art. 124d ZGB.

⁶⁶ Verbindungsrente auf das Leben beider Parteien, die weder passiv noch aktiv vererblich ist.

⁶⁷ Vgl. Botschaft Vorsorgeausgleich, BBl 2013, 4948.

Entschädigung allerdings in die gebundene Vorsorge eingebracht werden. Der Berechtigte kann nicht nachträglich auf die Einbringung verzichten. Eine Ausnahme besteht nur, wenn inzwischen ein Barauszahlungstatbestand oder ein Vorsorgefall eingetreten ist. Das Gericht wird allerdings den Vollzug kaum kontrollieren können.

3.4.3 *Zeitpunkt der Überführung in die gebundene Vorsorge*

Die Überführung stellt Teil des Vollzuges des Vorsorgeausgleichs dar und hat folglich unmittelbar nach Rechtskraft des Scheidungsurteils bezüglich des Vorsorgeausgleichs zu erfolgen. Der Berechtigte kann damit nicht zuwarten. Art. 22f Abs. 3 FZG handelt nur von der Umwandlung eines Kapitals nicht auch von einer *Rente*. Rentenleistungen nach Art. 124e Abs. 1 ZGB können folglich nicht der Vorsorgeeinrichtung des berechtigten Ehegatten überwiesen werden, sondern sind diesem direkt auszurichten.⁶⁸ Ob der Berechtigte diese Beträge anschliessend in eine Vorsorgeeinrichtung einbringen kann, hängt vollumfänglich von seinem vorsorgerechtlichen Status ab.⁶⁹

3.4.4 *Interessen für Kapitalabfindung*

Ein Rückgriff auf freie Mittel ist sinnvoll, wenn der pflichtige Ehegatte über eine gute Vorsorge verfügt, die er nur schwierig wieder aufbauen könnte. Zu beachten ist insbesondere der Ausschluss des Wiedereinkaufs bei einer Invalidität.⁷⁰ Sinnvoll ist dies auch, wenn der berechtigte Ehegatte an freien Mitteln interessiert ist, weil er seine Vorsorge gar nicht weiter aufbauen will.

Ist eine Verrechnung von Vorsorgeausgleichsforderungen mit anderen Forderungen möglich? Das Bundesgericht scheint dies für das alte Recht in allgemeiner Weise zu verweigern.⁷¹ Das überzeugt allerdings kaum in allen Fällen. Es ist vielmehr danach zu differenzieren, wie die Entschädigung ausgerichtet wird. Erfolgt diese als Freizügigkeitsleistung, ist eine Verrechnung mit einer Forderung in ungebunde-

68 Zum früheren Recht: BGE 132 III 152 f.

69 Zum früheren Recht vgl. THOMAS KOLLER, Mühle der Zivilgerichte, ZBJV 2002, S. 1 ff.

70 Art. 124 ZGB und Art. 22d Abs. 2 FZG.

71 BGer vom 23. 2. 2006, B 131/2004 E. 4.

ner Form nicht möglich. Die Leistungen sind nicht gleichartig.⁷² Zudem ist eine Überführung von freiem Vermögen in gebundenes Vermögen nicht ohne Weiteres zulässig, und die Überführung von gebundenem in freies Vermögen ist steuerpflichtig. Eine Verrechnung hätte somit eine Änderung der Leistung zur Folge und ist deshalb nicht möglich.⁷³ Demgegenüber ist eine Verrechnung möglich, wenn die Entschädigung aus freiem Vermögen gemäss Art. 124d ZGB bezahlt wird.

3.5 Unmöglichkeit (Art. 124e ZGB)

Ist ein Ausgleich aus Mitteln der beruflichen Vorsorge nicht möglich, schuldet der verpflichtete Ehegatte dem berechtigten Ehegatten eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder einer Rente. Damit werden Vorsorgeformen erfasst, die nicht dem BVG und dem FZG unterstehen. Zu denken ist an Vorruhestandsrenten, Ansprüche gegenüber Einrichtungen für vorzeitige Pensionierungen,⁷⁴ erfolgte Barauszahlungen und Vorsorgeeinrichtungen internationaler Organisationen sowie ausländische Vorsorgeguthaben. Es handelt sich weder um Altersguthaben nach FZG noch um Renten der schweizerischen beruflichen Vorsorge.⁷⁵

Allerdings regelt das Gesetz über den Grundsatz von Art. 122 ZGB hinaus gar nicht mehr materiell, wie diese Ansprüche ausgeglichen werden sollen. Art. 124e ZGB ist nur von der Rechtsfolge, nämlich von der Ausgleichsleistung, her formuliert, nicht von den zu teilenden Ansprüchen her. Zudem handelt der ganze Abschnitt im Scheidungsrecht gemäss dem Randtitel und dem Text der Grundnorm⁷⁶ ausdrücklich nur von der «Beruflichen Vorsorge», was gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs in Art. 124e ZGB spricht. Sinnvollerweise ist diese Bestimmung aber dennoch auf diese Fälle anzuwenden.

72 Art. 120 Abs. 1 OR.

73 Vgl. BGer vom 23. 3. 2006, 5C.271/2005 E. 8: Eine güterrechtliche Forderung kann ohne Zustimmung des Berechtigten nicht mit einem Guthaben der Säule 3a beglichen werden.

74 Vgl. Insbesondere Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR).

75 BBl 2013, 4904 f. und 4921.

76 Art. 122 ZGB.

Die in Art. 124e ZGB vorgesehene Regelung mag in den genannten Sonderfällen zu angemessenen Lösungen führen, sofern und solange ausschliesslich eine solche Vorsorge vorliegt. Unbefriedigend wird aber die Regelung, wenn gleichzeitig auch Freizügigkeitsleistungen oder Renten nach Art. 124b ZGB zu teilen sind. Hier zeigt sich der konzeptionelle Fehler des neuen Rechts, das jeden Vorsorgeanspruch einzeln teilen will und nicht einen umfassenden Ausgleich vorsieht. Das zeigt sich bereits, wenn bei einem Ehegatten während der Ehe eine Barauszahlung erfolgt ist, er und auch sein Partner aber dennoch über Altersguthaben in der zweiten Säule verfügen. Die Barauszahlung ist bei der Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung richtigerweise nicht mit zu berücksichtigen.⁷⁷ Gemäss den Ausführungen in der Botschaft sind diese Beträge zuerst güterrechtlich zuzuordnen, sodass sie bei der Errungenschaftsbeteiligung gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zuerst in die Errungenschaft fallen, dann aber gemäss Art. 207 Abs. 2 ZGB teilweise wieder dem Eigengut zuzurechnen sind. Dieser Teil ist dann nach Ansicht des Bundesrates dem Ausgleich nach Art. 124e Abs. 1 ZGB zugrunde zu legen.⁷⁸ Diese Überlegungen treffen aber nur zu, wenn die Parteien der Errungenschaftsbeteiligung unterstehen, was in keiner Weise zutreffen muss. Zudem weist die Errungenschaftsbeteiligung dem Eigengut auch dann eine Ersatzforderung zu, wenn das Kapital gar nicht mehr vorhanden ist. Güterrechtlich ist das unproblematisch, weil ein Rückschlag nicht zu teilen ist, was die mit dieser Regelung verbundenen Risiken beschränkt.⁷⁹ Hier nun Kapital oder eine Rente auszurichten und gleichzeitig nach Art. 123 ZGB eine Austrittsleistung zu erhalten, entspricht jedoch kaum einer angemessenen Regelung.

Bei internationalen Verhältnissen gilt es, zu beachten, dass unter Umständen ein Ehegatte einer ausländischen Vorsorge untersteht, die gar nicht zwischen erster und zweiter Säule unterscheidet. Dann muss in die Gesamtbetrachtung auch bezüglich des in der Schweiz erwerbstätigen Ehegatten die AHV/IV miteinbezogen werden. Unter Umstän-

⁷⁷ Art. 22a Abs. 1, am Ende FZG.

⁷⁸ BBl 2013, 4936.

⁷⁹ Vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 207, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht Art. 181–220, Bern 1992. N. 49 ff. zu Art. 207 ZGB.

den findet in der ersten Säule gar kein sozialversicherungsrechtliches Splitting statt.⁸⁰ In diesen Fällen nun die Freizügigkeitsleistung des einen Ehegatten genau hälftig zu teilen, ist nicht angemessen. Art. 124e Abs. 1 ZGB hilft für eine Teilung hier aber kaum weiter.

Wie ist sinnvollerweise vorzugehen? Hier hilft bezüglich der Höhe aller Ansprüche Art. 124b ZGB weiter, obgleich er nicht für diese Fälle konzipiert ist. Die Parteien bzw. das Gericht muss von den nach den Art. 123 bis 124a ZGB errechneten Ansprüchen abweichen und unter Einbezug dieser weiteren Ansprüche wie im bisherigen Recht nach einem angemessenen Ausgleich suchen. Dieser ist dann je nach Ergebnis der Berechnung durch eine (gekürzte oder vergrösserte) Freizügigkeitsleistung nach Art. 123 f. ZGB oder durch die Übertragung einer gekürzten oder erweiterten Rente nach Art. 124a ZGB oder aufgrund der Art. 124d f. ZGB als freies Kapital oder Rente zu entrichten. Den Parteien steht ein grosser Gestaltungsfreiraum offen und das Gericht hat ein grosses Ermessen, wenn sich die Parteien nicht einigen. Das ist allerdings der Rechtssicherheit nicht förderlich.

3.6 Sonderfall: Verrechnung von Ansprüchen (Art. 124c Abs. 2 ZGB)

Wie im bisherigen Recht ist vorgesehen, dass die Vorsorgeansprüche beider Parteien geteilt werden. Dabei werden gegenseitige Ansprüche auf Freizügigkeitsleistungen wie bisher verrechnet und nur der Überschuss übertragen. Ebenso sind gegenseitige Rentenanteile zu verrechnen. Die Verrechnung Letzterer findet vor der Umrechnung des dem berechtigten Ehegatten zugesprochenen Rentenanteils in eine lebenslange Rente statt. Ob die Renten oder deren Barwerte zu verrechnen sind, ist unklar.⁸¹

In vielen Fällen wird nun allerdings nur ein Ehegatte im Rentenalter stehen und der andere als noch immer Erwerbstätiger über eine Freizügigkeitsleistung verfügen. Dann müssen Renten gegen Austrittsleistung aufgerechnet werden. Auf die Austrittsleistung ist Art. 123 ZGB und auf die Rente Art. 124a ZGB anwendbar. Entsprechend ist die Austrittsleistung grundsätzlich hälftig zu teilen, während

⁸⁰ Vgl. Art. 29^{quinquies} Abs. 4 Bst. b AHVG.

⁸¹ Art. 124c Abs. 1, zweiter Satz ZGB.

die Teilung der Rente nur nach Ermessen des Gerichts erfolgt und auch die Vorsorgebedürfnisse berücksichtigt werden müssen. Gemäss Art. 124c Abs. 2 ZGB ist eine Verrechnung der Ansprüche aber nur ausnahmsweise möglich, nämlich wenn alle Beteiligten zustimmen. Aufgrund der Opposition der Vorsorgeeinrichtungen hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Möglichkeit einer Verrechnung zwingend vorzuschreiben.⁸² Er ist indessen noch einen Schritt weiter gegangen und hat auch hier jedem Ehegatten und jeder Vorsorgeeinrichtung ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Für den Rentner wäre aber eine Verrechnung regelmässig entscheidend, weil dies die einzige Möglichkeit ist, massive Einbussen im Einkommen zu vermeiden.

Weil auch beide (!) Vorsorgeeinrichtungen mit der Verrechnung einverstanden sein müssen, können die Ehegatten in einer Konvention eine Verrechnung nur vorsehen, wenn dieses Einverständnis der Kasen vorliegt. Diese Einschränkung können sie allerdings mit einem Teilverzicht der Teilung mit Berufung auf Art. 124a ZGB oder auf Art. 124b ZGB umgehen. Die Forderungen werden dann zwar nicht verrechnet, sie fallen aber im entsprechenden Umfang kleiner aus, beziehungsweise es besteht nur noch die Saldoforderung.

Nach dem klaren Gesetzestext, kann das Gericht nicht gegen den Willen einer Partei die Verrechnung anordnen. Es kann aber auf sein Ermessen nach Art. 124a ZGB zurückgreifen und den zu übertragenden Rententeil kürzen und gemäss Art. 124b ZGB nur einen Teil der Austrittsleistung zusprechen.

Zu beachten ist, dass sowohl der Rentenbezüger wie auch der noch aktive Ehegatte sehr wohl ein Interesse daran haben können, dass eine Verrechnung unterbleibt:

- Ohne Verrechnung verliert der Rentner zwar einen Teil seiner Rente, ohne diese wieder aufbauen zu können. Er erhält aber Mittel zur freien Verfügung. Die zu übertragende Austrittsleistung ist bar auszurichten, weil beim Empfänger bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist. Es handelt sich für ihn um eine Möglichkeit, gebundene Mittel in ein frei verfügbares Kapital umzuwandeln.
- Ohne Verrechnung muss der noch aktive Ehegatte einen Teil seiner Austrittsleistung abgeben und kann sich wieder einkau-

82 BBl 2013, 4920 Fn. 69.

fen.⁸³ Das kann steuerrechtlich von grossem Interesse sein. Weil bei ihm noch kein Vorsorgefall eingetreten ist, dient die ihm zustehende Rente vorerst für den weiteren Aufbau der Vorsorge. Je nach Vorsorgeeinrichtung und persönlicher Situation kann er bei Eintritt des Vorsorgefalls seine Altersvorsorge später als Kapital und damit erheblich steuergünstiger beziehen. Die Verweigerung der Verrechnung kann folglich zu einer nicht zu unterschätzenden Steueroptimierung führen. Zu beachten ist immer auch, dass mit der Überführung von freien Mitteln in die zweite Säule Vermögen den Gläubigern entzogen werden kann.

4. Folgerungen

Das neue Recht hat das Anliegen der freieren Gestaltungsmöglichkeiten ohne jeden Zweifel verwirklicht. Sowohl dem Gericht wie auch den Parteien ist es neu möglich, mit Berufung eine Vielzahl von Bestimmungen abweichenden Teilungen, insbesondere einen ganz oder teilweisen Verzicht, aber in gewissem Rahmen auch eine weitergehende Teilung vorzusehen.

Für das Gericht ist der Rahmen insofern etwas enger als für die Parteien, als es gegen den Willen einer Partei regelmässig eine Abweichung nur mit Erfolg anordnen kann, wenn sich dies in der einen oder anderen Weise mit den Vorsorgebedürfnissen der Parteien begründen lässt.

Demgegenüber können die Parteien mit einer Konvention zweifellos auch Steuern optimieren, Vermögensteile der gebundenen Vorsorge zuweisen und damit (künftigen) Gläubigern entziehen.⁸⁴ Sie können auch eine Risikooptimierung vornehmen, wenn die konkreten Lebenserwartungen offensichtlich von den statistischen abweichen, oder die Beitragspflicht an die Sanierung einer Pensionskasse mindern.

Die vermehrten Gestaltungsmöglichkeiten führen auch zu einem grösseren Beratungsbedarf. Namentlich die Anwaltschaft, aber im

⁸³ Art. 22d FZG.

⁸⁴ Zwar ist die Actio Pauliana vorzubehalten. Sie dürfte aber meist schon von den Fristen her nicht greifen und überdies auch von den Voraussetzungen her kaum gegeben sein. Die Benachteiligungsabsicht wird beim Aufbau der Vorsorge kaum je nachweisbar sein.

Rahmen der Abklärung, ob eine Konvention dem wahren Willen der Parteien entspricht, auch das Gericht muss die Parteien m. E. über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten aufklären und ihnen die versicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Folgen der verschiedenen Lösungen aufzeigen. Nur so sind die Parteien in der Lage, informiert den Inhalt der Konvention wirklich zu wollen. Die Anwaltschaft und die Gerichte werden folglich im Rahmen der Scheidung sehr viel mehr rechnen und sich um sozialversicherungs- und steuerrechtliche Regelungen kümmern müssen. Hier öffnet sich auch ein erhebliches Haftungsrisiko.

Ogleich das Gesetz die nicht ausdrücklich vorsieht, bleibt es den Parteien nach wie vor unbenommen, den Stichtag für die Berechnung der Teilung in Abweichung von der gesetzlichen Regelung auf einen Zeitpunkt vor Einleitung des Scheidungsverfahrens zu verlegen, um die genauen Beträge bereits der Konvention zugrunde legen zu können. Ein späterer Zeitpunkt kann für die Teilung aber m. E. nur vereinbart werden, wenn der dadurch Begünstigte nachehelich Kinder betreut.⁸⁵

Ist ein Ehegatte bei mehreren Vorsorgeeinrichtungen versichert, kann er nach wie vor grundsätzlich frei bestimmen, aus welcher Vorsorge die Übertragung erfolgen soll. Allerdings hat der andere Ehegatte einen Anspruch darauf, dass er im richtigen Verhältnis obligatorische und überobligatorische Beträge erhält.

85 Art. 124b Abs. 3 ZGB.