

Lenka Ziegler / Regina Aebi-Müller

## **Entschädigung nach Art. 124 ZGB**

### **Ausgewählte Fragen de lege lata und de lege ferenda**

---

Nach geltendem Recht erfolgt der Vorsorgeausgleich dann, wenn ein Vorsorgefall zum Zeitpunkt der Scheidung bereits eingetreten ist, in Form einer «angemessenen Entschädigung» gemäss Art. 124 ZGB. Der Beitrag setzt sich mit praxisrelevanten und strittigen Fragen rund um die Entschädigung und deren Form auseinander. Konkrete Beispiele veranschaulichen die Thematik. Die am 19. Juni 2015 durch das Parlament beschlossene Reform des Vorsorgeausgleichs wird nach ihrem Inkrafttreten zu einem eigentlichen Systemwechsel im Zusammenhang mit Art. 124 ZGB führen. Daher werden im Beitrag auch die Grundzüge der Revision zusammenfassend dargestellt.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Eheschliessung; Auflösung der Ehe; Sozialversicherungsrecht; Berufliche Vorsorge

Zitiervorschlag: Lenka Ziegler / Regina Aebi-Müller, Entschädigung nach Art. 124 ZGB, in: Jusletter 13. Juli 2015

## Inhaltsübersicht

1. Grundsätze zu Art. 124 ZGB
  - 1.1. Allgemeines
  - 1.2. Verhältnis zum Güterrecht
  - 1.3. Beispiel zum Verhältnis von Vorsorge und Güterrecht
2. Höhe der Entschädigung, insbes. wenn der Eintritt des Vorsorgefalls schon länger zurückliegt
  - 2.1. Allgemeines
  - 2.2. Bemessung der Entschädigung nach Pensionierung
    - 2.2.1. Grundlagen
    - 2.2.2. Nach Kapitalbezug
    - 2.2.3. Bei Rentenbezug
    - 2.2.4. Verhältnis zum Ehegattenunterhalt
  - 2.3. Bemessung der Entschädigung bei Invalidität
    - 2.3.1. Grundlagen
    - 2.3.2. Abzug für ausgerichtete Rentenbetreffnisse?
    - 2.3.3. Teilinvalidität
    - 2.3.4. Beispiel zur Berechnung der Entschädigung bei länger bestehender Invalidität
  - 2.4. Berechnung der Entschädigung bei nicht mehr gebundenem Vorbezug für Wohneigentumsförderung
    - 2.4.1. Grundlagen
    - 2.4.2. Beispiel zur Berechnung der Entschädigung bei Vorbezügen aus der zweiten Säule für Wohneigentum
3. Form der Entschädigung: Kapital, Rente, Sicherstellung
  - 3.1. Form der Entschädigung
    - 3.1.1. Grundlagen
    - 3.1.2. Kapitalleistung in Raten
    - 3.1.3. Art. 22b FZG
    - 3.1.4. Rente
  - 3.2. Sicherstellung gemäss Art. 124 Abs. 2 ZGB
4. Aus welchen Mitteln ist die Entschädigung zu leisten?
5. Wohin sollte die Entschädigung beim Gläubiger-Ehegatten fließen?
  - 5.1. Entschädigung aus Austrittsleistung des Schuldner-Ehegatten
  - 5.2. Entschädigung aus freiem Vermögen des Schuldner-Ehegatten
6. Zur Revision des Vorsorgeausgleichs: Wohin geht die Reise?

## 1. Grundsätze zu Art. 124 ZGB

### 1.1. Allgemeines

[Rz 1] Die Teilung der Anwartschaften der beruflichen Vorsorge nach Art. 122 Zivilgesetzbuch (ZGB) ist auf den (Regel-)Fall zugeschnitten, in dem zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils noch kein Vorsorgefall eingetreten und die Teilung der Austrittsleistungen uneingeschränkt möglich ist. Wenn zum Zeitpunkt der Scheidung der Anspruch auf Austrittsleistung bei einem oder beiden Ehegatten nicht mehr vorhanden ist, sieht Art. 124 ZGB die Leistung einer angemessenen Entschädigung vor.<sup>1</sup> Dies kann der Fall sein, wenn ein Ehegatte bereits Leistungen der Vorsorgeinstitution bezieht, weil er invalid oder pensioniert ist.<sup>2</sup> Aber auch nach einem Barbezug von Vorsorgeleistungen ist

---

<sup>1</sup> Anstatt vieler: WALSER HERMANN, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1– 456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014, N 1 zu Art. 124 ZGB, m.w.H. (zit. WALSER, BSK).

<sup>2</sup> Das Freizügigkeitsgesetz bezeichnet das Erreichen der Altersgrenze, Tod oder Invalidität als Vorsorgefall (Art. 1 Abs. 2 FZG). Siehe auch WALSER, BSK (Fn. 1), N 4 ff. zu Art. 124 ZGB.

diesbezüglich eine Teilung nicht mehr möglich. Gleiches kann zutreffen, wenn ein Ehegatte einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, welche eine Teilung nicht zulässt oder wenn ein entsprechendes schweizerisches Urteil nicht vollstreckbar wäre.<sup>3</sup>

[Rz 2] Entscheidend für die Frage, ob der Vorsorgeausgleich nach Art. 122 oder nach 124 ZGB erfolgt, sind (nach geltendem Recht; siehe zur Rechtslage *de lege ferenda* hinten, Ziff. VI) die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Scheidungspunkt. Gleiches gilt bekanntlich für den Unterhalt: Während des Getrenntlebens und vor Abschluss des Scheidungsverfahrens ist Grundlage des (Trennungs-)Unterhalts nach wie vor Art. 163 ZGB (und nicht Art. 125 ZGB).<sup>4</sup>

[Rz 3] Für die güterrechtliche Auseinandersetzung ist hingegen nach Art. 204 ZGB der Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage massgeblich.<sup>5</sup> Bei der Frage nach der Angemessenheit der Entschädigung muss den Zusammenhängen zwischen Vorsorge, Unterhalts- und Güterrecht Rechnung getragen werden. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Verhältnis zum Güterrecht. Darauf ist sogleich näher einzugehen.

## 1.2. Verhältnis zum Güterrecht

[Rz 4] Da nach Eintritt eines Vorsorgefalls (insbesondere beim Bezug der Leistung als Kapital) oder nach einem Barbezug die entsprechenden Zahlungen der Vorsorgeeinrichtung güterrechtlich zuzuordnen sind, muss die güterrechtliche Einordnung dieser Leistungen berücksichtigt werden. Gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sind Leistungen der beruflichen Vorsorge der Errungenschaft des Vorsorgenehmers zuzurechnen. Dies gilt nicht nur für Rentenbezüge, sondern auch für Kapitalleistungen und Barbezüge.<sup>6</sup> Bei Kapitalleistungen und Barbezügen ist allerdings gleichzeitig Art. 207 Abs. 2 ZGB zu beachten: Der Kapitalwert der Rente, die dem Ehegatten bei Auflösung des Güterstandes (d.h. zum Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage: Art. 204 Abs. 2 ZGB) zustünde, ist dessen Eigengut zuzurechnen und daher nicht mit dem Partner zu teilen.<sup>7</sup> Geht diese Zuordnung zum Eigengut vergessen, wird die Kapitalleistung also güterrechtlich als Errungenschaft geteilt, so führt die angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB zu einer ungerechtfertigten doppelten Begünstigung des geschiedenen Ehegatten des Vorsorgenehmers. Zudem ist Folgendes zu bedenken: Wenn der Vorsorgefall lange vor der Einreichung der Scheidungsklage eingetreten ist und der Vorsorgenehmer (ganz oder teilweise) mit einer Kapitalabfindung entschädigt wurde, dann muss bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 124 ZGB mitberücksichtigt werden, dass der Ehegatte des Vorsorgenehmers teilweise bereits güterrechtlich entschädigt wurde, indem eben nach Art. 207 Abs. 2 ZGB nur der für die Zukunft bestimmte Teil der Kapitalleistung dem

---

<sup>3</sup> BAUMANN KATERINA/LAUTERBURG MARGARETA, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *Scheidung*, Band I: ZGB, 2. Auflage, Bern 2011, N 18 ff. zu Art. 124 ZGB (zit. BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm); WALSER, BSK (Fn. 1), N 8 ff. zu Art. 124 ZGB.

<sup>4</sup> Exemplarisch BGE 138 III 97 E. 2.2 S. 98 f.

<sup>5</sup> Anstatt vieler: HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. Auflage, Bern 2014, Rz 11.73.

<sup>6</sup> Hingegen sind Vorbezüge für Wohneigentum nicht güterrechtlich zuzuordnen, so lange noch eine Rückzahlungspflicht besteht; d.h. die güterrechtliche Behandlung erfolgt analog zu Hypotheken; siehe u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 5), Rz 14.46 ff.; so neustens auch das Bundesgericht: Urteil des Bundesgerichts 5A\_278/2014 vom 29. Januar 2015, zur Publikation vorgesehen.

<sup>7</sup> Korrektur zugunsten des Eigengutes: HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 5), Rz. 12.172.

Eigengut des Vorsorgenehmers zugerechnet wird (s. dazu auch Ziff. 2).<sup>8</sup>

### 1.3. Beispiel zum Verhältnis von Vorsorge und Güterrecht

[Rz 5] Markus (M, Jg. 1968) und Fanny (F, Jg. 1972) haben 1995 geheiratet und unterstehen dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. F war während der Ehe nicht erwerbstätig, M war bis 2012 unselbständig erwerbstätig. Per 1. Januar 2013 machte er sich selbständig und liess sich seine Austrittsleistung von CHF 500'000 bar ausbezahlen. Am 1. Mai 2014 reichte F die Scheidungsklage ein, das Scheidungsurteil wird voraussichtlich im April 2015 gefällt. Wie ist die Barauszahlung güter- und vorsorgerechtlich zu berücksichtigen?

[Rz 6] Die Barauszahlung ist als Leistung einer Personalvorsorgeeinrichtung i.S.v. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB Errungenschaft, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung ganz oder teilweise schon vor der Ehe oder mit Einkäufen aus Eigengut während der Ehe finanziert wurde. Bei Auflösung des Güterstandes ist jedoch Art. 207 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen. Da noch kein Vorsorgefall eingetreten ist, muss dem Werte nach die gesamte Barauszahlung güterrechtlich dem Eigengut von Markus zugeordnet werden, da die gesamte Leistung der künftigen Vorsorge von Markus dient. Güterrechtlich erfolgt also keine Teilung der Barauszahlung. Entsprechend muss ein Ausgleich nach Art. 124 ZGB erfolgen. Die Barauszahlung führt also zu einem Anspruch auf «angemessene Entschädigung» des anderen Ehegatten.

[Rz 7] Geht allerdings in der güterrechtlichen Auseinandersetzung Art. 207 Abs. 2 ZGB vergessen, ist das Schlussergebnis falsch: Die Barauszahlung von CHF 500'000 bleibt dann Teil der Errungenschaft von Markus, weshalb davon (rechnerisch) CHF 250'000 an Fanny gehen. Zusätzlich wird der Zivilrichter eine (angesichts der kurz vor der Scheidung erfolgten Auszahlung) grundsätzlich hälftige Teilung des Barbezugs anordnen, sodass Fanny gestützt auf Art. 124 ZGB Anspruch auf (nochmals) CHF 250'000 hat. Sie erhält im Ergebnis das ganze Vorsorgekapital. Das ist offensichtlich unbillig. Das Gericht sollte daher, selbst wenn eine Konvention vorliegt, allenfalls bei den Parteien nachfragen, ob im Güterrecht einer allfälligen Barauszahlung korrekt Rechnung getragen wurde.

[Rz 8] Ähnliches kann übrigens auch im Zusammenhang mit einem Vorbezug für Wohneigentum geschehen, wenn die Liegenschaft samt Vorbezug an den Ex-Ehegatten des Vorsorgenehmers übertragen wird: Der Vorbezug ist bei der Teilung nach Art. 122 ZGB zu berücksichtigen, d.h. wie die Austrittsleistung hälftig zu teilen. Wenn später die Rückzahlungspflicht entfällt, profitiert davon (nochmals) der Ex-Ehegatte des Vorsorgenehmers als Eigentümer der Wohnliegenschaft.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. u.a. GRÜTTER MYRIAM, Vorsorgeausgleich bei Scheidung, in: FamPra.ch 2006, S. 797 ff., 804 f.

<sup>9</sup> Siehe zum Problem und möglichen Lösungen u.a. TRACHSEL DANIEL R., Spezialfragen im Umfeld des scheidungsrechtlichen Vorsorgeausgleiches: Vorbeziege für den Erwerb selbstbenutzten Wohneigentums und Barauszahlungen nach Art. 5 FZG, FamPra.ch 2005, S. 529 ff., 537 ff., m.w.H.

## 2. Höhe der Entschädigung, insbes. wenn der Eintritt des Vorsorgefalls schon länger zurückliegt

### 2.1. Allgemeines

[Rz 9] Der Gesetzgeber hat keine allgemeingültigen Kriterien zur Festlegung der Höhe der Entschädigung festgelegt. Die Rechtsprechung hat seit Inkrafttreten des Gesetzes einige Grundsätze entwickelt.

[Rz 10] Als Ausgangspunkt ist zu bedenken, dass die Entschädigung als Ersatz für den Vorsorgeausgleich gemäss Art. 122 ZGB gedacht ist und deshalb vorsorgerechtlich in der Regel zum selben Ergebnis führen sollte. Vom Grundsatz der hälftigen Teilung gemäss Art. 122 ZGB sollte wiederum nur abgewichen werden, wenn eine solche offensichtlich unbillig erscheint (Art. 4 ZGB).<sup>10</sup> Das Bundesgericht verlangt für die Bemessung der Entschädigung generell ein **zweistufiges Vorgehen**:<sup>11</sup>

[Rz 11] In einem **ersten Schritt** muss das Gericht die Höhe der Austrittsleistung zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung bzw. des Eintritts des Vorsorgefallen und damit hypothetisch den Betrag bei einer hälftigen Teilung im Sinne von Art. 122 ZGB ermitteln;<sup>12</sup> die hypothetischen Austrittsleistungen sind zum Zeitpunkt des Vorsorgefallen vorzunehmen. Der so ermittelte Betrag bildet die Basis der Bemessung.

[Rz 12] In einem **zweiten Schritt** berücksichtigt das Gericht die konkreten Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung sowie die sonstige wirtschaftliche Lage der Parteien nach der Scheidung. Daraus kann sich eine Überdeckung oder eine Unterdeckung ergeben. Entsprechend ist ein angemessener Ausgleich vorzunehmen. Konkret: Zunächst ist der Umfang der Vorsorgebedürfnisse jedes Ehegatten zu klären. Es ist zu prüfen, in welchem Umfang jeder Ehegatte in der Lage ist, selber sein Vorsorgebedürfnis zu befriedigen, wobei auch die künftige Entwicklung mit einbezogen werden muss. Danach ist bei jedem Ehegatten seine eigene vorhandene Altersvorsorge (einschliesslich die künftig zu erwerbende Altersvorsorge) von seinem dereinst bestehenden Vorsorgebedarf in Abzug zu bringen. Daraus errechnet sich bei jedem Ehegatten ein Defizit oder ein Überschuss. Danach sind diese Differenzen zum Ausgleich zu bringen.<sup>13</sup>

[Rz 13] Die Dauer einer der Scheidung vorangegangenen Trennung spielt, ebenso wie im Zusammenhang mit Art. 122 ZGB, bei der Berechnung der Ansprüche keine Rolle. Abzustellen ist vielmehr auf die formale Dauer der Ehe bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils.<sup>14</sup>

[Rz 14] In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob der Grundsatz der hälftigen Teilung davon abhängig gemacht werden kann, ob der Vorsorgefall kurz vor Eintritt der Rechtskraft der Scheidung

<sup>10</sup> Gemäss Art. 124 ZGB hat die Entschädigung angemessen zu sein. Mit dem Begriff der Angemessenheit wird auf Art. 4 ZGB verwiesen, weshalb die Entschädigung ganz allgemein nach Billigkeitsgrundsätzen festzusetzen ist. Zu den Grundsätzen der Billigkeitsentscheidungen siehe insbes. HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, N 287 ff. zu Art. 4 ZGB.

<sup>11</sup> BGE 133 III 401 E. 3.2 S. 404, m.w.H.; aus der Literatur u.a. PICHONNAZ PASCAL, Commentaire romand, Basel 2010, N 44 ff. zu Art. 124 ZGB.

<sup>12</sup> Altersrücktritt: BGE 133 III 401 E. 3.1-3.3 S. 404; BGE 131 III 1 E. 5 und 6 S. 7 ff.; Invalidität: BGE 129 III 481 E. 3.4.1 S. 488; Barbezug: Urteil des Bundesgerichts 5A\_63/2009 vom 20. August 2009 E. 6.

<sup>13</sup> Vgl. GEISER THOMAS, Übersicht über die Rechtsprechung zum Vorsorgeausgleich, in: AJP 2008, S. 431 ff., Rz. 4.10 m.w.H.

<sup>14</sup> Anstatt vieler: BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm (Fn. 3), N 62d zu Art. 124 ZGB, m.w.H.; BGE 133 III 401 E. 3.1 S. 403.

eingetreten ist oder schon einige Zeit früher.<sup>15</sup> Teilweise wird diesbezüglich vorgeschlagen, die Rentenbetreffiisse, welche während der Ehe ausgerichtet worden sind, von der ehezeitlich aufgebauten Austrittsleistung abzuziehen.<sup>16</sup> Nach hier vertretener Auffassung überzeugt ein Abzug zwar nicht vollständig, umgekehrt darf der Rentenbezug während der Ehe bzw. die Tatsache des schon länger zurückliegenden Vorsorgefalls aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, wie das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat.<sup>17</sup> Dabei ist danach zu unterscheiden, ob der Vorsorgefall Invalidität oder Alter eingetreten ist (siehe sogleich, Ziff. 2.2 und 2.3). Nochmals anders ist zu urteilen, wenn ein Vorbezug für Wohneigentum stattgefunden hat (unten, Ziff. 2.4).

## 2.2. Bemessung der Entschädigung nach Pensionierung

### 2.2.1. Grundlagen

[Rz 15] Der Vorsorgefall Alter tritt in dem Moment ein, in welchem die versicherte Person nach Massgabe des anwendbaren Vorsorgereglements Anspruch auf Altersleistungen erlangt und diese tatsächlich geltend macht.<sup>18</sup> Das bedeutet, dass nicht unbesehen auf das gesetzliche Rentenalter abgestellt werden darf.

[Rz 16] Eine wichtige Rolle bei der Bemessung der Entschädigung spielt die zeitliche Distanz zwischen dem Eintritt des Vorsorgefalles und der Rechtskraft der Scheidung: liegen diese zeitlich nahe beieinander, so darf und soll die Entschädigung grundsätzlich der Hälfte der Austrittsleistungen im Sinne von Art.122 ZGB entsprechen. Liegt der Vorsorgefall hingegen viele Jahre zurück, so taugt die ehemalige Austrittsleistung nicht mehr als Referenz für die Höhe der aktuellen Vorsorgeguthaben. Es muss nach unten abgewichen werden, da sich die Austrittsleistung aufgrund der inzwischen ausgeschütteten Rente reduziert.<sup>19</sup> Es gilt bei dieser Sachlage nämlich zu berücksichtigen, dass in Fällen, in denen zwischen dem Eintritt des Vorsorgefalles und der Scheidung längere Zeit verstrichen ist, gestützt auf das Unterhaltsrecht (bekanntlich ist während der Trennungsduer noch der eheliche, nicht bloss ein allfälliger Scheidungsunterhalt geschuldet) beide Ehegatten während formal noch bestehender Ehe von der Vorsorgeleistung profitiert haben. Ausgangspunkt für den Vorsorgeausgleich müssen somit die Vorsorgemittel sein, welche zum Zeitpunkt der Teilung tatsächlich noch der Vorsorge dienen (sollen). Mit fortschreitendem Alter ist daher immer weniger

<sup>15</sup> Siehe etwa GRÜTTER MYRIAM, Vorsorgeausgleich nach der Pensionierung, in: FamPra.ch 2013, S. 884 ff., 889 f. (zit. GRÜTTER, Vorsorgeausgleich); ferner die Hinweise im Urteil des Bundesgerichts 5A\_536/2013 E. 4.2.

<sup>16</sup> Vgl. GEISER THOMAS, Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls, in: FamPra.ch 2002, S. 83 ff., 97.

<sup>17</sup> Vgl. dazu BGE 131 III 1 ff.; das Bundesgericht hält in diesem Entscheid überzeugend fest, dass dann, wenn der Vorsorgefall zahlreiche Jahre vor der Scheidung eingetreten sei, der Betrag der Rente nicht gestützt auf den Grundsätzen von Art. 122 ZGB (hälftige Teilung eines hypothetischen Vorsorgeguthabens) festzusetzen sei; in einem solchen Fall seien vor allem die konkreten Vorsorgebedürfnisse der beiden Ehegatten ausschlaggebend. Siehe ferner das Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2008 vom 6. August 2009 E. 5.3.

<sup>18</sup> Zum Eintritt des Vorsorgefalles Alter vgl. BGE 130 III 297 E. 3.3.1. Aus der Literatur siehe u.a. RUMO-JUNGO, Der Vorentwurf zur Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung: Lösungen für alte Probleme, FamPra.ch 2011, S. 1 ff, 18 f. (zit. RUMO-JUNGO, Vorentwurf); ferner GRÜTTER MYRIAM, Vorsorgeausgleich durch Entschädigung im Alter und bei Invalidität (Atelier III), in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 169 ff., 173 ff. (zit. GRÜTTER, Entschädigung).

<sup>19</sup> Siehe u.a. ARNDT CHRISTINE, Art. 124 ZGB im Wandel – zur Problematik der angemessenen Entschädigung bei ungenügender Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, in: FamPra.ch 2014, S. 584 ff., 587.

nach Art. 124 ZGB zu teilen.<sup>20</sup> Allerdings muss zwischen Kapitalbezug und Rente unterschieden werden.<sup>21</sup>

### 2.2.2. Nach Kapitalbezug

[Rz 17] Wurde die Altersvorsorge als Kapitalabfindung bezogen, sollte vor der Festsetzung der Entschädigung die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgen. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 207 Abs. 2 ZGB<sup>22</sup> regeln, dass zwar das Alterskapital in die Errungenschaft des Versicherten fällt, doch steht seinem Eigengut bei Scheidung ein Ersatzanspruch in der Höhe des aktuellen Barwertes der Rente zu, welche ihm bei einer Verrentung des ursprünglichen Kapitals zukäme (dazu schon vorne, Ziff. 1.2). Konkret ist bei der Bemessung des Anspruchs nach Art. 124 ZGB zu bedenken, dass ein Teil dieser Kapitalleistung nach Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 207 Abs. 2 ZGB als Errungenschaft mit dem Ehegatten des Vorsorgenehmers zu teilen ist – denn nur der für die Zukunft (ab Auflösung des Güterstandes, d.h. ab Einreichung der Scheidungsklage) bestimmte Teil der Kapitalleistung wird dem Eigengut des Vorsorgenehmers zugerechnet.<sup>23</sup>

[Rz 18] Die Vorsorgeguthaben, die an sich für die Vergangenheit bestimmt gewesen wären, werden also – soweit noch vorhanden – in der güterrechtlichen Auseinandersetzung geteilt, die Vorsorgemittel für die Zukunft hingegen im Vorsorgeausgleich.<sup>24</sup> Nach einem Kapitalbezug wird dies grundsätzlich der Barwert einer hypothetischen Altersrente sein.<sup>25</sup>

[Rz 19] Zu Schwierigkeiten kann allerdings bei längeren Scheidungsverfahren – nach noch gelgendem Recht<sup>26</sup> – der Umstand führen, dass für den Vorsorgeausgleich der Scheidungszeitpunkt, für das Güterrecht der Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage massgeblich ist.<sup>27</sup> Hier ist – unter Mitberücksichtigung des während des Scheidungsverfahrens geleisteten Unterhalts – eine dem Einzelfall angemessene Lösung zu suchen.

[Rz 20] Der Umstand, dass die Vorsorgemittel im Einzelfall unter Umständen überproportional verbraucht wurden, darf hingegen in der Regel keine Rolle spielen: Weil die Aufnung und Wahrung der Altersvorsorge eine eheliche Pflicht darstellt, muss grundsätzlich der Bezügergatte, nicht dessen Partner, das Risiko des überproportionalen Verbrauchs tragen. Anders kann es sich aus Billigkeitsüberlegungen allenfalls dann verhalten, wenn der übermäßige Verzehr seinerseits darauf zurückzuführen ist, dass der andere Ehegatte seiner Unterhaltpflicht nicht bzw. nicht vollständig nachgekommen ist, sodass der Bezüger letztlich zum Verbrauch des Vorsorgeguthabens gezwungen war. Wenn die Vorsorge bereits ganz verschwunden ist und das Kapital durch die Ehegatten gemeinsam verbraucht wurde, kann sich ausnahmsweise ein Ausgleich nach Art. 124 ZGB als of-

---

<sup>20</sup> GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 15), S. 890.

<sup>21</sup> Art. 37 BVG.

<sup>22</sup> Art. 207 Abs. 2 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung und Art. 237 ZGB für die Gütergemeinschaft.

<sup>23</sup> HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014, N 12 zu Art. 207 ZGB.

<sup>24</sup> GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 15), S. 891.

<sup>25</sup> ARNDT (Fn. 19), S. 588.

<sup>26</sup> Zur Revision siehe hinten, Ziff. VI.

<sup>27</sup> Zum Zeitpunkt des Vorsorgeausgleichs siehe u.a. WALSER, BSK (Fn. 1), N 7 zu Art. 124 ZGB; zur Auflösung des Güterstandes und zur Auseinandersetzung vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 23), N 11 zu Art. 204 ZGB.

fensichtlich unbillig erweisen.<sup>28</sup>

### **2.2.3. Bei Rentenbezug**

[Rz 21] Die Altersvorsorge eines Rentenbezügers ab Pensionierung nimmt kontinuierlich ab. Zwar bleiben die Rentenbetreffnisse immer gleich hoch, doch reduziert sich der Barwert der Rente mit zunehmendem Alter des Bezügers laufend. Geteilt wird (ähnlich wie bei einem Kapitalbezug) nur die Vorsorge, welche für die Zukunft zur Verfügung steht. Nur die nach der Scheidung fliessenden Renten bilden somit die Grundlage der Entschädigung.<sup>29</sup>

[Rz 22] Es sind zwei Berechnungsweisen denkbar: Einerseits kann hier ebenfalls der Barwert der künftigen Rente (ab Scheidung) errechnet werden. Dies wird sich aufdrängen, wenn die Entschädigung als Kapital ausgerichtet werden soll.<sup>30</sup> Wenn die Entschädigung als Rente fliessen soll, insbesondere wenn beide Ehegatten Altersrenten beziehen, können die künftigen Altersrenten aber auch direkt (d.h. ohne Umweg über eine Kapitalisierung und anschliessende Wiederverrentung) geteilt werden.<sup>31</sup>

### **2.2.4. Verhältnis zum Ehegattenunterhalt**

[Rz 23] Bei Auflösung einer lebensprägenden Ehe gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass beide Ehegatten Anspruch auf die gleiche Lebenshaltung haben sollen, wobei der während der Ehe gelebte Standard die obere Grenze des Unterhaltsanspruchs bildet. Für die Bemessung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB bedeutet dies, dass sich letztlich eine Gesamtbetrachtung aufdrängt:<sup>32</sup> Entschädigung und Unterhalt sollten so bemessen sein, dass beide Ehegatten im Alter die gleiche Lebenshaltung wie während der Ehe fortführen können bzw. beide gleichermassen Abstriche in Kauf nehmen müssen.<sup>33</sup>

[Rz 24] Nach einer nicht lebensprägenden (Kurz-)Ehe besteht demgegenüber kein Anspruch auf Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards.<sup>34</sup> Der Vorsorgeausgleich dient hier nur dazu, die Nachteile, die sich aus der ehelichen Aufgabenteilung ergeben haben, auszugleichen. Nachehelicher Unterhalt ist in der Regel nicht geschuldet.<sup>35</sup> Es kommt daher nicht zu einem eigentlichen Zusammenspiel von Vorsorgeausgleich und Unterhalt.<sup>36</sup>

---

<sup>28</sup> GRÜTTER MYRIAM, Beispiele zum Vorsorgeausgleich gemäss Vorentwurf Dezember 2009 (Teil 2), in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, S. 203 ff., 218.

<sup>29</sup> GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 15), S. 893.

<sup>30</sup> Siehe dazu das illustrative Beispiel von GRÜTTER, Entschädigung (Fn. 18), S. 172, zur Berechnung der Entschädigung nach vorzeitiger Pensionierung.

<sup>31</sup> GRÜTTER, Entschädigung (Fn. 18), S. 181, m.w.H.

<sup>32</sup> Illustrativ das Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2008 vom 6. August 2009 E. 5, wo die hälftige Teilung zu einer unausgewogenen Einkommenssituation der beiden Ehegatten geführt hätte; entsprechend wurde erheblich davon abgewichen.

<sup>33</sup> Für die Festsetzung der Rente nach Art. 125 spielt die Höhe der Entschädigung nach Art. 124 ZGB daher eine massgebliche Rolle: Urteil des Bundesgerichts 5A\_210/2013 vom 24. Dezember 2013 E. 5.

<sup>34</sup> Exemplarisch: Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2006 vom 13. April 2007 E. 2.4.8.

<sup>35</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 5), Rz. 10.68.

<sup>36</sup> Die Rente nach Art. 124 ZGB gründet, anders als diejenige nach Art. 125 ZGB, nicht auf nachehelicher Solidarität, sondern, ähnlich wie die Vorschlagsteilung nach Art. 215 ZGB, auf «einträchtigem Zusammenwirken» (Art. 159 Abs. 2 ZGB) während der Ehe.

## 2.3. Bemessung der Entschädigung bei Invalidität

### 2.3.1. Grundlagen

[Rz 25] Der Vorsorgefall Invalidität tritt ein, wenn ein Ehegatte zu mindestens 40% dauernd erwerbsunfähig geworden ist oder während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch wenigstens zu 40% arbeitsunfähig war und von der Einrichtung der beruflichen Vorsorge eine Invalidenrente bezieht oder in Form einer Kapitalabfindung bezogen hat (Art. 26 Abs. 1 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG] i.V.m. Art. 29 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG]).<sup>37</sup>

[Rz 26] Liegt die Scheidung zeitlich nah beim Eintritt der Invalidität, kann noch auf die letzte Austrittsleistung abgestellt werden. Je länger die Scheidung jedoch zeitlich vom Eintritt der Invalidität entfernt liegt, umso weniger würde dieses Vorgehen aufgrund der stetigen Zunahme des Alterskontos zu einem befriedigenden Resultat führen. Die letzte Austrittsleistung vor Eintritt der Invalidität lässt nämlich bei länger zurückliegendem Vorsorgefall den Stand der Vorsorge geringer erscheinen, als er tatsächlich ist. Die Vorsorge des Betroffenen ist auf einem höheren Niveau gesichert, als seine frühere Austrittsleistung vermuten lässt.<sup>38</sup> In solchen Fällen drängt sich ein Zuschlag zur letzten Austrittsleistung vor dem Eintritt der Invalidität auf und es ist auf das Alterskonto abzustellen. Indikator für den Stand der Vorsorge der invaliden Person ist diesfalls m.a.W. am ehesten deren Alterskonto, welches während der Invalidität nicht ab-, sondern zunimmt.<sup>39</sup>

[Rz 27] Für die Bemessung der Entschädigung sind daher in einem ersten Schritt somit – je nach Sachlage – massgebend:

- Die letzte Austrittsleistung vor Eintritt der Invalidität (insbes. dann, wenn der Vorsorgefall nicht schon länger zurückliegt)
- Das aktuelle Alterskonto resp. die hypothetische Austrittsleistung bei Reaktivierung der invaliden Person (insbes. dann, wenn der Vorsorgefall einige Zeit vor der Scheidung eingetreten ist)
- Barwert der Altersrente

[Rz 28] In einem zweiten Schritt ist wiederum auf das konkrete Vorsorgebedürfnis der Parteien abzustellen.<sup>40</sup>

### 2.3.2. Abzug für ausgerichtete Rentenbetreffnisse?

[Rz 29] In der Literatur wird diskutiert, ob die letzte Austrittsleistung korrigiert werden soll, indem von diesem Betrag die bereits bezogenen Renten abgezogen werden.<sup>41</sup> Dieses Vorgehen ist allerdings im Fall der Invalidität eines Ehegatten nicht sachgerecht: Das Altersguthaben wird trotz Invalidität rechnerisch weiter geführt, bleibt integral erhalten und reduziert sich durch den Leistungsbezug nicht. Falls der Vorsorgenehmer vor Erreichen des Rücktrittsalters wieder erwerbsfähig wird, lebt seine Austrittsleistung wieder auf – und zwar in höherem Umfang als vor der Invalidität,

---

<sup>37</sup> Vgl. BGE 134 V 28 E. 3.4 S. 31 ff.; BGE 129 III 481 E. 3.2 S. 483 ff.

<sup>38</sup> GRÜTTER MYRIAM, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 5A\_591/2009 vom 22. Oktober 2009, in: FamPra.ch 2010, S. 173 ff., 174.

<sup>39</sup> Vgl. dazu GRÜTTER, Entschädigung (Fn. 18), S. 191.

<sup>40</sup> Vgl. GRÜTTER, Entschädigung (Fn. 18), S. 191.

<sup>41</sup> Vgl. Fussnote 16.

weil das Alterskonto laufend nachgeführt wird (Art. 14 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV2]).

### **2.3.3. Teilinvalidität**

[Rz 30] Auch nach Eintritt einer Teilinvalidität ist eine Entschädigung i.S.v. Art. 124 ZGB geschuldet. Diese kann gegebenfalls durch Übertragung eines Teils der verbliebenen (potentiellen) Austrittsleistung beglichen werden (Art. 22b Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [FZG]).<sup>42</sup> Beim Vorsorgefall Teilinvalidität wird nicht das ganze Altersguthaben in eine Rente umgewandelt, sondern die eine Hälfte davon ist dem Altersguthaben eines voll erwerbstätigen Versicherten gleichgestellt und bleibt damit grundsätzlich als Austrittsleistung teilbar und in Anwendung von Art. 22b Abs. 1 FZG auf Anrechnung an die Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB übertragbar. Dennoch ist bei Teilinvalidität nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausschliesslich Art. 124 ZGB anwendbar, die Teilung der noch vorhandenen Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB fällt somit ausser Betracht.<sup>43</sup>

### **2.3.4. Beispiel zur Berechnung der Entschädigung bei länger bestehender Invalidität**

[Rz 31] Die Ehefrau Anna ist 62 alt, der Ehemann Beat 64. Die Frau betreute und erzog die Kinder, führte den Haushalt und war ab 1992 zusätzlich in Teilzeit erwerbstätig. Sie arbeitet heute als Verkäuferin (Anstellung im Umfang von rund 70 %). Der Ehemann ist seit November 2004 vollinvalid und bezieht eine Invalidenrente seiner Pensionskasse. Dazu kommt eine Rente der IV. Die Parteien lebten ab 1. November 2010 getrennt. Die Scheidung soll im Sommer 2015 ausgesprochen werden.

[Rz 32] Die Frau verfügt über eine aktuelle Austrittsleistung von CHF 50'000. Die Austrittsleistung des Ehemannes betrug zum Zeitpunkt des Vorsorgefalls CHF 150'000. Aktuell beträgt das hypothetische Altersguthaben des Ehemannes rund CHF 250'000.

[Rz 33] Der zeitliche Abstand zwischen der Rechtskraft des Urteils im Scheidungspunkt (2015) und dem Eintritt des Vorsorgefalls (2004) beträgt hier rund elf Jahre. Die stetige Zunahme des fiktiven Alterskontos zeigt, dass es sich in Fällen, bei welchen zwischen dem Eintritt der Invalidität und dem Zeitpunkt der Scheidung mehrere Jahren liegen, nicht rechtfertigt, auf die Austrittsleistung zum Zeitpunkt des Eintrittes des Vorsorgefallen abzustellen. Vielmehr ist auf das aktuelle Alterskonto abzustellen. Indem die Ansprüche der Ehegatten aus der beruflichen Vorsorge miteinander verrechnet werden, resultiert ein Anspruch seitens der Ehefrau von rund CHF 100'000.

[Rz 34] In einem zweiten Schritt sollte man die Vermögensverhältnisse der Parteien nach der Scheidung prüfen. Die Ehefrau ist zum Zeitpunkt der Scheidung 62 Jahre alt. Ihr Vorsorgeguthaben CH 50'000 ist nicht so hoch und sie kann auch nicht mehr eine angemessene Altersvorsorge aufbauen. Eine hälftige Teilung und somit an einem Anspruch von CH 100'000 ist festzuhalten. Der Ehemann ist verpflichtet, den Betrag zu bezahlen, wobei dies wohl in monatlichen Raten geschehen muss. Die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Ehemannes kann keine Kürzung des Vorsorgeanspruchs zu Folge haben, vielmehr ist die Leistungsfähigkeit erst bei der Bestimmung der Tilgungsform der

---

<sup>42</sup> Vgl. BGE 129 III 481 E. 3.2.2 S. 484.

<sup>43</sup> BGE 129 III 481 E. 3.2.3 S. 485 f.

zu bezahlenden Schuld zu berücksichtigen.

## **2.4. Berechnung der Entschädigung bei nicht mehr gebundenem Vorbezug für Wohneigentumsförderung**

### **2.4.1. Grundlagen**

[Rz 35] Ein Vorbezug ist in der Gesamtbetrachtung des Vorsorgeausgleichs ebenso zu berücksichtigen. Als Vorsorgebestandteil soll er grundsätzlich hälftig geteilt werden, soweit er aus während der Ehe erworbenem Vorsorgeguthaben besteht. Solange eine Rückzahlungspflicht bei Veräußerung des Wohneigentums besteht, ist der Vorbezug zur Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB hinzurechnen und entsprechend zu teilen. Der Vorbezug als solcher führt somit nicht zur Anwendung von Art. 124 ZGB.<sup>44</sup> Anders verhält es sich dann, wenn nach dem Eintritt eines Vorsorgefalls die entsprechenden Mittel frei verfügbar werden, die Rückerstattungspflicht also entfällt.

[Rz 36] In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass die Bindung eines Vorbezugs an die Vorsorge bereits drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen (oder im Invaliditätsfall) entfällt, mit der Folge, dass der Vorbezug im Rahmen des Güterrechts zu behandeln ist (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 207 Abs. 2 ZGB, siehe sogleich).<sup>45</sup> Ab diesem Zeitpunkt entfällt die Rückzahlungspflicht, die Anmerkung im Grundbuch kann gelöscht werden und der Versicherte kann nach seinem Belieben über das Wohneigentum verfügen.<sup>46</sup> Eine vorsorgerechtliche Teilung dieses Kapitals ist nicht mehr möglich und der Vorbezug ist nach Art. 124 ZGB zu berücksichtigen, selbst wenn ein Altersrücktritt des Vorsorgenehmers effektiv noch nicht erfolgt ist. Bei dieser Sachlage erfolgt der gesamte Vorsorgeausgleich nach Art. 124 ZGB, und zwar selbst dann, wenn daneben noch eine Austrittsleistung vorhanden ist.<sup>47</sup>

[Rz 37] Bei der Bemessung der angemessenen Entschädigung aufgrund von Vorbezügen für Wohneigentum kann ebenfalls zweistufig vorgegangen werden:

[Rz 38] Zunächst ist zu ermitteln, inwieweit der Vorbezug aus ehelich erworbenen und damit zu teilenden Vorsorgeguthaben besteht.<sup>48</sup>

[Rz 39] Anschliessend ist wiederum an die güterrechtliche Auseinandersetzung zu denken: In der Errungenschaftsbeteiligung fallen die vorbezogenen Gelder bei Eintritt des Vorsorgefalls (wie bei einer gewöhnlichen Kapitalzahlung einer Vorsorgeeinrichtung) gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB in die Errungenschaft. Bei der Auflösung des Güterstands durch Scheidung ist der Vorbezug teilweise dem Eigengut zuzuweisen (Art. 207 Abs. 2 ZGB). Die Zuweisung ist ein rein rechnerischer Vorgang,

---

<sup>44</sup> Anstatt vieler: PICHONNAZ (Fn. 11), N 36 zu Art. 124, m.w.H.

<sup>45</sup> BÄDER-FEDERSPIEL ANDREA, Wohneigentumsförderung und Scheidung, Vorbezüge für Wohneigentum in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und im Vorsorgeausgleich, Diss. Freiburg 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, N 650 ff.

<sup>46</sup> Man spricht in diesen Fällen von entwidmeten Vorbezügen; vgl. u.a. BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm (Fn. 3), N 19 zu Art. 124 ZGB. Durch die Entwidmung erhält ein Vorbezug den Charakter einer Kapitalabfindung einer Vorsorgeeinrichtung.

<sup>47</sup> PICHONNAZ (Fn. 11), N 39 zu Art. 124, m.w.H.

<sup>48</sup> Folgt man BGE 135 V 436, ist der Vorbezug rechnerisch soweit als möglich dem ehelich erworbenen Vorsorgekapital zu entnehmen. Diese Betrachtungsweise hat Auswirkungen auf die Frage, wie der Zinsverlust zu verteilen ist. Vgl. zu diesem Entscheid ausführlich BÄDER FEDERSPIEL ANDREA, ZBJV 2010, S. 389 ff. Siehe zur Ausscheidung der vorehelichen Austrittsleistung ferner BÄDER-FEDERSPIEL (Fn. 45), N 675 ff.; SCHAI DAMIAN, Vorbezüge aus der zweiten Säule für Wohneigentum im Scheidungsfall, in: BJM 2006, S. 57 ff., 79 ff.

sie wird selbst dann vorgenommen, wenn das entsprechende Kapital nicht mehr vorhanden ist.<sup>49</sup>

[Rz 40] Bei der Bemessung der Entschädigung sind weitere Kriterien zu berücksichtigen. Es müssen sämtliche Vorsorgebestandteile beider Ehegatten berücksichtigt werden.<sup>50</sup>

#### **2.4.2. Beispiel zur Berechnung der Entschädigung bei Vorbezügen aus der zweiten Säule für Wohneigentum**

[Rz 41] Anton und Karola haben vor 14 Jahren geheiratet. Die Austrittsleistung von Anton zu diesem Zeitpunkt betrug CHF 120'000. Nach drei Jahren erwirbt er für CHF 700'000 eine Liegenschaft. Aus seiner vorhandenen Austrittsleistung von CHF 200'000 tätigt er für den Wohneigentumserwerb einen Vorbezug für Wohneigentum im Betrag von CHF 180'000. Im Jahr 2015 lässt sich das Paar scheiden. Anton ist zu diesem Zeitpunkt 68 Jahre alt.

[Rz 42] Ergibt die vorsorgerechtliche Betrachtung, dass der Vorbezug von CHF 180'000 zu CHF 120'000 aus vorehelichen und zu rund CHF 60'000 aus ehelichen Guthaben besteht, sind diese CHF 60'000 im Rahmen des Vorsorgeausgleichs zu teilen.

[Rz 43] Aus güterrechtlicher Sicht ist aufgrund von Art. 207 Abs. 2 ZGB nicht der gesamte vorbezogene Betrag von CHF 180'000 der Errungenschaft zu belassen (und nach Art. 215 ZGB mit Karola zu teilen), sondern es ist ein Teil davon dem Eigengut von Anton zuzurechnen.

### **3. Form der Entschädigung: Kapital, Rente, Sicherstellung**

#### **3.1. Form der Entschädigung**

##### **3.1.1. Grundlagen**

[Rz 44] Das Gesetz regelt die Form nicht ausdrücklich. Mögliche Formen der angemessenen Entschädigung können sein:<sup>51</sup>

- Einmalige Kapitalzahlung aus dem freien Vermögen oder aus Mitteln der beruflichen Vorsorge; das aktive Vorsorgekonto steht im Vordergrund, wenn der Vorsorgefall bei der pflichtigen Partei noch nicht eingetreten ist.
- Ratenzahlung eines Kapitals
- Rentenform
- Übertragung von Wohneigentum oder der Einräumung eines Wohnrechts

[Rz 45] Die Entschädigung kann in Form eines einmaligen Kapitals oder einer Rente ausgerichtet werden. Der Vorzug ist der Kapitalzahlung zu geben, da sich dadurch nicht nur das «clean break»-Prinzip verwirklichen, sondern auch das Risiko eines Ausfalls verringern lässt.<sup>52</sup> Mit der Zuspre-

---

<sup>49</sup> BÄDER- FEDERSPIEL (Fn. 45), N 660.

<sup>50</sup> Für konkrete Fallbeispielen, wie im Scheidungsfall bei der Beteiligung eines Vorbezugs vorgegangen werden kann, siehe BÄDER-FEDERSPIEL ANDREA, **Vorbezüge aus der zweiten Säule für Wohneigentum, in:** Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 127 ff. (zit. BÄDER-FEDERSPIEL, Vorbezüge).

<sup>51</sup> Anstatt vieler: BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm (Fn. 3), N 63 ff. zu Art. 124 ZGB.

<sup>52</sup> Siehe etwa PICHONNAZ (Fn. 11), N 61 zu Art. 124 ZGB. Siehe auch die zahlreichen Literaturhinweise im Urteil des Bundesgerichts 5A\_201/2015 vom 18. Mai 2015 E. 4.1.

chung einer Rente wird nämlich das Risiko des Todes des Schuldners dem Gläubiger überbunden.<sup>53</sup> [Rz 46] Bei Scheidung nach Eintritt des Vorsorgefalles Alter ist die angemessene Entschädigung allerdings dann nicht in Kapital-, sondern in Rentenform zuzusprechen, wenn die Altersrente das einzige Aktivum darstellt.

### **3.1.2. Kapitalleistung in Raten**

[Rz 47] Ist kein ausreichendes Vermögen vorhanden, ist die Entschädigung in der bevorzugten Form einer einmaligen Kapitalleistung nicht möglich. In dieser Sachlage drängt sich auf, dass die Kapitalleistung in Raten getilgt wird.<sup>54</sup> Diesbezüglich ist auf folgende drei Aspekte besonders hinzuweisen:

[Rz 48] An sich müsste bei Ratenzahlungen eine Verzinsung vorgesehen werden, da die in Kapitalform geleistete Entschädigung zinstragend angelegt werden könnte und dies bei der Kapitalisierung durch Diskontierung rechnerisch berücksichtigt wird.<sup>55</sup> Alternativ drängt sich auf, die Kapitalleistung angemessen zu erhöhen.

[Rz 49] Spätere Veränderungen der Umstände haben auf die Kapitalleistung grundsätzlich keinen Einfluss mehr. Damit bleiben auch die Ratenzahlungen unverändert. In der Literatur ist allerdings umstritten, ob ausnahmsweise eine Anpassung möglich sein muss.<sup>56</sup>

[Rz 50] Anders als eine Rente ist die in Raten zahlbare Kapitalleistung passiv vererblich. Zudem löst sie aufgrund des Kapitalleistungscharakters beim Tod des Pflichtigen keine Witwenrente für geschiedene Ehefrauen aus.<sup>57</sup>

### **3.1.3. Art. 22b FZG**

[Rz 51] Mit Art. 22b Abs. 1 FZG hat der Gesetzgeber eine zusätzliche Form eingeführt, in der die Bezahlung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB möglich ist: Im Scheidungsurteil kann bestimmt werden, dass ein Teil der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung übertragen wird (Abs. 1).<sup>58</sup> Die Zahlungsform gemäss Art. 22b FZG setzt lediglich voraus, dass eine Austrittsleistung oder ein Teil davon (noch) vorhanden ist und dass – nach Ermessen des Gerichts – die Zusprechung einer Rente oder eines Kapitals wegen eingeschränkter finanzieller Verhältnisse des pflichtigen Ehegatten nicht in Betracht fällt. Wird bei einer Teilinvalidität nicht das ganze Altersguthaben in eine Rente «umgewandelt», sondern ist ein Teil davon dem Altersguthaben eines voll erwerbstätigen Versicherten gleichgestellt und damit grundsätzlich als Austrittsleistung teilbar, kann die angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB in Anwendung

---

<sup>53</sup> Vgl. RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Berufliche Vorsorge bei Scheidung: alte Probleme und neue Perspektiven, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 21 ff., 31 (zit. RUMO-JUNGO, Berufliche Vorsorge); Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2008 vom 6. August 2009 E. 5.4.4.

<sup>54</sup> Exemplarisch: Urteil des Bundesgerichts 5A\_278/2008 vom 24. Juli 2008 E. 2.

<sup>55</sup> GLOOR URS/UMBRICHT LUKAS BARBARA, in: Breitschmid Peter/Remo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 10 zu Art. 124 ZGB (zit. GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Handkomm.).

<sup>56</sup> Siehe die Hinweise in BGE 138 III 217.

<sup>57</sup> GEISER THOMAS, Rechtsnatur der Rente nach Art. 124 ZGB, in: Kantonsgericht St. Gallen (Hrsg.), Mitteilungen zum Familienrecht, Ausgabe Nr. 10, Januar 2009, S. 23 ff., 25 (zit. GEISER, Rechtsnatur).

<sup>58</sup> Siehe u.a. WALSER, BSK (Fn. 1), N 16 zu Art. 124 ZGB.

von Art. 22b FZG bezahlt werden.<sup>59</sup>

[Rz 52] Wird die Entschädigung durch Übertragung eines Teils der Austrittsleistung geleistet und ist auf Seiten des Gläubiger-Ehegatten der Vorsorgefall noch nicht eingetreten, muss der Vorsorgezweck gewahrt bleiben (dazu unten, Ziff. 5.1). Dazu kann die Austrittsleistung beispielsweise auf ein Freizügigkeitskonto des berechtigten (geschiedenen) Ehegatten überwiesen werden.

### 3.1.4. Rente

[Rz 53] Die Ausrichtung der Entschädigung in Form einer Rente empfiehlt sich dann, wenn die ausgleichsverpflichtete Person ihre Altersvorsorge bereits als Rente bezieht und auch die ausgleichsberechtigte Person bereits pensioniert ist.<sup>60</sup>

[Rz 54] Es macht einen Unterschied, ob eine Rente gestützt auf Art. 124 oder 125 ZGB geschuldet ist. Die Rente nach Art. 124 ZGB fällt bei der Wiederverheiratung der berechtigten Person, anders als die Rente nach Art. 125 ZGB, nicht weg und sie gilt (nach allerdings umstrittener Auffassung) als unveränderlich.<sup>61</sup>

[Rz 55] Der Untergang einer Rente führt wohl auch nicht zu einem Ersatz durch eine Hinterlassenrenrente.<sup>62</sup> Daher wird teilweise auch empfohlen, die Unterhaltsrente auf Kosten der angemessenen Entschädigung entsprechend zu erhöhen.<sup>63</sup>

## 3.2. Sicherstellung gemäss Art. 124 Abs. 2 ZGB

[Rz 56] Im Sinne von Art. 124 Abs. 2 ZGB kann das Gericht den Schuldner der Entschädigung zur Sicherstellung verpflichten, wenn es die Umstände rechtfertigen. Eine Sicherstellung drängt sich dann auf, wenn die Entschädigung nicht in Kapitalform geleistet wird und wenn die Zahlungsfähigkeit der verpflichteten Partei oder ihr Erfüllungswille zweifelhaft erscheinen.<sup>64</sup> Ob eine Sicherstellung anzuordnen ist, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen.

[Rz 57] Bei Tilgung durch Rentenzahlung kann die Sicherstellung durch Schuldneranweisung nach Art. 132 Abs. 1 ZGB erfolgen.<sup>65</sup> Weitere Sicherungsformen stellen Bürgschaft, Pfandrecht, Einräumung von Nutzungsrechten an Liegenschaften, Bankgarantien etc. dar.<sup>66</sup>

---

<sup>59</sup> BGE 134 V 384 E. 1.3 m.w.H.

<sup>60</sup> GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 15), S. 896. Auch im Urteil des Bundesgerichts 5A\_201/2015 vom 18. Mai 2015 E. 4.2 wird betont, dass nach der beidseitigen Pensionierung, wenn die Entschädigung dem Unterhalt dient, die Rentenform stärker in den Vordergrund rücke.

<sup>61</sup> Vgl. dazu u.a. Arndt (Fn. 19), S. 592; PICHONNAZ (Fn. 11), N 67 zu Art. 124 ZGB.

<sup>62</sup> Ausführlich zum Problem RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 27 ff.

<sup>63</sup> RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 29 f.

<sup>64</sup> GLOOR/UMBRECHT LUKAS, Handkomm (Fn. 55), N 12 zu Art. 124 ZGB.

<sup>65</sup> GLOOR/UMBRECHT LUKAS, Handkomm (Fn. 55), N 12 zu Art. 124 ZGB.

<sup>66</sup> BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm (Fn. 3), N 80 zu Art. 124 ZGB.

#### **4. Aus welchen Mitteln ist die Entschädigung zu leisten?**

[Rz 58] Der Ausgleichungspflichtige kann die Entschädigung aus dem eigenen aktiven Vorsorgekonto, im Falle einer Teilinvalidität auch aus dem als Austrittsleistung noch weitergeführten Teil, aus seinem Freizügigkeitskonto oder aus freien Mitteln finanzieren; die Übertragung von Wohneigentum oder Einräumung eines Wohnrechts ist, wie erwähnt, ebenfalls möglich.<sup>67</sup>

[Rz 59] Ist der Vorsorgefall bei der ausgleichungspflichtigen Person bereits eingetreten, so wurde das Altersguthaben in eine Rente «umgewandelt» und das Vorsorgeguthaben ist aus dem Vorsorgekreislauf ausgeschieden. Überträgt der Schuldner der Ausgleichsgläubigerin eine Entschädigung, stammt diese daher aus freien Mitteln.<sup>68</sup>

[Rz 60] Das Kapital kann, wie dargelegt, auch in der Übertragung eines Teils der Austrittsleistung auf Anrechnung an die Entschädigung Art. 22b Abs. 1 FZG bestehen. Diese Form der Entschädigung kommt nur in Frage, wenn überhaupt noch eine Austrittsleistung vorhanden ist. Das trifft insbesondere bei Teilinvalidität zu, u.U. aber auch bei einem frei gewordenen Vorbezug für Wohneigentum bzw. einer teilweisen Barauszahlung. Diese Austrittsleistung muss, soweit ein Einkauf möglich ist, an die Vorsorgeeinrichtung der berechtigten Person übertragen werden. Andernfalls ist das Kapital in eine Freizügigkeitseinrichtung einzubringen.<sup>69</sup> Anders verhält es sich nur, wenn auch beim Gläubiger-Ehegatten der Vorsorgefall schon eingetreten ist.<sup>70</sup>

#### **5. Wohin sollte die Entschädigung beim Gläubiger-Ehegatten fliessen?**

[Rz 61] Bei der Frage nach dem «Wohin» der Entschädigung, ist zu unterscheiden:

##### **5.1. Entschädigung aus Austrittsleistung des Schuldner-Ehegatten**

[Rz 62] Wird die Entschädigung aus Vorsorgevermögen, d.h. in Form einer Freizügigkeitsleistung erbracht (Art. 22b Abs. 1 FZG), so ist sie grundsätzlich auf die Vorsorgeeinrichtung des berechtigten Ehegattens zu übertragen, also entweder als Einkauf auf seine Vorsorgeeinrichtung oder gegebenenfalls auf ein Freizügigkeitskonto.<sup>71</sup> Die Entschädigung verbleibt damit im Vorsorgekreislauf der zweiten Säule. Eine Übertragung dieser Austrittsleistung ins freie Vermögen des berechtigten Ehegatten ist hingegen dann möglich, wenn bei ihm ein Barauszahlungsgrund nach Art. 5 FZG verwirklicht oder bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist.<sup>72</sup> Bei dieser Sachlage spricht nichts gegen die unmittelbare Verfügbarkeit der Entschädigung. Die berechtigte Person kann über deren Anlage und Verwendung selber verfügen (vgl. 16 Abs. 2 Verordnung über die Freizügigkeit in der

---

<sup>67</sup> BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm (Fn. 3), N 64 ff. zu Art. 124 ZGB.

<sup>68</sup> RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Vorentwurf (Fn. 18), S. 31, m.w.H.

<sup>69</sup> RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 31.

<sup>70</sup> Ist der Vorsorgefall bei der ausgleichberechtigten Person eingetreten, so liegt auf ihrer Seite kein gebundenes Vorsorgekapital mehr vor. Somit ist der zugesprochene Teil zur freien Verfügung der berechtigten Person auszurichten: vgl. WALSER, BSK (Fn. 1), N 18 zu Art. 124 ZGB.

<sup>71</sup> KOLLER THOMAS, Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB? – oder: Von der Mühe der Zivilgerichte im Umgang mit vorsorgerechtlichen Fragen, in: ZBJV 2002, S. 1 ff., 5 ff., m.w.H. (zit. KOLLER, Wohin).

<sup>72</sup> BGE 132 III 145 E. 4.2–4.3 S. 153; KOLLER, Wohin (Fn. 71), S. 6.

beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [FZV]).

## 5.2. Entschädigung aus freiem Vermögen des Schuldner-Ehegatten

[Rz 63] Wird die Entschädigung aus dem freien Vermögen des verpflichteten Ehegatten geleistet, so kann das Gericht mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht anordnen, dass sie in gebundener Form auszurichten ist.<sup>73</sup> Der Eintritt bisher freien Vermögens in den Vorsorgekreislauf kann m.a.W. nicht erzwungen werden. Regelmässig wird die Entschädigung dem Berechtigten daher in bar ausgerichtet. Obschon eine entsprechende gerichtliche Anordnung nicht möglich ist, kann durch Parteivereinbarung eine direkte Übertragung auf die Vorsorgeeinrichtung des berechtigten Ehegatten erfolgen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Berechtigte (noch) Einkaufsleistungen im entsprechenden Betrag einbringen kann.<sup>74</sup> Selbstredend kann der Berechtigte sodann den erhaltenen Barbetrag ebenfalls für Einkäufe in die Pensionskasse oder für den Erwerb von Vorsorgeversicherungen und dergleichen verwenden.

## 6. Zur Revision des Vorsorgeausgleichs: Wohin geht die Reise?

[Rz 64] Seit Inkrafttreten des Scheidungsrechts wurden verschiedene Punkte im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich kritisiert. Mit der laufenden Revision sollten diese Mängel beseitigt werden. Bezuglich des Grundsatzes der hälftigen Teilung der Vorsorgeguthaben will die Revision nichts ändern. Hingegen sollen gewisse ungeklärte Fragen einer gesetzlichen Regelung zugeführt und praxisrelevante Probleme gelöst werden. Insbesondere soll eine Teilung künftig auch dann möglich sein, wenn ein Vorsorgefall bereits eingetreten ist. Konkret bedeutet das, dass der Anwendungsbereich von Art. 124 ZGB künftig stark eingeschränkt wird. Die Vorlage wurde durch beide Räte beraten, wobei nur minimale Anpassungen des bundesrätlichen Entwurfs beschlossen wurden. Die Schlussabstimmung steht zwar derzeit (Juni 2015) noch aus. Daher – und weil die Umsetzung einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte – ist es derzeit wohl noch zu früh, über ein mögliches Inkrafttreten der Revision zu spekulieren. Im Folgenden sollen in geraffter Form die wesentlichsten Änderungen, wie von den Räten beschlossen, präsentiert werden.

[Rz 65] Gemäss nArt. 122 ZGB gilt der Grundsatz des Ausgleichs der «während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche» gegenüber einer Vorsorgeeinrichtung. Wie die folgenden Bestimmungen zeigen, gilt dies künftig unabhängig davon, ob die Scheidung vor oder nach erfolgtem Vorsorgefall Alter oder Invalidität erfolgt.<sup>75</sup> Die zitierte Formulierung zeigt sodann, dass der massgebliche Stichtag für die Berechnung der zu teilenden Vorsorgeleistungen nicht mehr die Rechtskraft der Scheidung sein soll, sondern die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage.<sup>76</sup> Damit wird eine Übereinstimmung mit dem güterrechtlichen Stichtag erreicht, die Berechnung erleichtert und dem Gläubiger-Ehegatten ein Anreiz für die Verfahrensverzögerung

---

<sup>73</sup> BGE 132 III 145 E. 4.5 S. 154; zustimmend KOLLER THOMAS, Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB? – zum zweiten ... – BGE 132 III 145, in: recht 2006, S. 159.

<sup>74</sup> KOLLER, Wohin (Fn. 71), S. 10.

<sup>75</sup> RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 4.

<sup>76</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013, BBl 2013 4887 ff., S. 4905 f. (zit. BOTSCHAFT).

genommen.<sup>77</sup> Der Punkt hat allerdings in den parlamentarischen Beratungen für Diskussionen gesorgt, führt doch die Vorverlagerung des Stichtages regelmässig zu einer Benachteiligung der nur teilzeitlich oder gar nicht erwerbstätig gewesenen Ehefrauen.

[Rz 66] Der im geltenden Art. 122 Abs. 1 ZGB formulierte Vorbehalt «und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten» findet sich im revidierten Text nicht mehr. Neu soll die Teilung der Vorsorgeansprüche nämlich auch noch vorgenommen werden können, wenn der Vorsorgefall Invalidität vor dem Rentenalter eingetreten ist.<sup>78</sup> Es wird eine Teilung des Vorsorgeguthabens vorgenommen, wie wenn kein Vorsorgefall eingetreten wäre. Eine Prüfung der Angemessenheit entfällt, d.h. die konkreten Vorsorgebedürfnisse sind (grundsätzlich, s. aber nArt. 124b ZGB) nicht zu berücksichtigen.<sup>79</sup>

[Rz 67] Der neue Artikel 123 ZGB bezieht sich auf Sachlagen, bei denen der Vorsorgefall (Alter oder Invalidität) noch nicht eingetreten ist und daher tatsächlich vorhandene Austrittsleistungen geteilt werden können. Neu wird ausdrücklich erwähnt, dass Freizügigkeitsguthaben und Vorbezüge für Wohneigentum<sup>80</sup> für die zu teilenden Austrittsleistungen mitzuberücksichtigen sind. Ausdrücklich ausgenommen werden aber «Einmaleinlagen aus Eigengut nach Gesetz». Gemeint sind Einzahlungen in die berufliche Vorsorge, die der Vorsorgenehmer aus Mitteln getätigt hat, die nach Art. 198 ZGB dem Eigengut zuzurechnen wären (u.a. voreheliches Vermögen, Schenkungen, Erbschaften). Die Ausnahme gilt unabhängig davon, welchem Güterstand die Ehegatten unterstehen.<sup>81</sup> Für die konkrete Berechnung der zu teilenden Austrittsleistungen verweist nArt. 123 Abs. 3 ZGB auf das FZG.

[Rz 68] Schwieriger wird die Berechnung dann, wenn der Vorsorgefall Invalidität zum massgeblichen Zeitpunkt bereits eingetreten ist. Mit dieser Sachlage befasst sich nArt. 124 ZGB. Wenn ein Ehegatte eine Invalidenrente bezieht, aber das Pensionierungsalter noch nicht erreicht hat, wird der Vorsorgeausgleich basierend auf jener hypothetischen Austrittsleistung vorgenommen, auf die der Invalidenrentner bei Wegfall der Invalidenrente zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens Anspruch hätte (Art. 2 Abs. 1<sup>ter</sup> FZG). Die hypothetische Austrittsleistung entspricht somit dem Betrag, welcher dem invaliden Vorsorgenehmer zukommen würde, wenn er seine Arbeitsfähigkeit bei Einleitung des Scheidungsverfahrens wiedererlangen würde. Nachdem die hypothetische Austrittsleistung festgestellt wurde, erfolgt der Vorsorgeausgleich sinngemäss nach nArt. 123 ZGB, d.h. es kommt zur hälftigen Teilung.<sup>82</sup> Als Referenzgrösse gilt somit künftig nicht mehr die letzte Austrittsleistung vor dem Eintritt der Invalidität (wie dies unter dem geltenden Recht in der Praxis gelegentlich vorschnell angenommen wird, s. vorne, Ziff. 2.3), sondern die hypothetische Austrittsleistung per Einleitung des Scheidungsverfahrens. Die invalide Person muss daher unter neuem Recht ihre Vorsorge in weit höherem Mass in die Teilung einbringen als heute.<sup>83</sup>

[Rz 69] Nochmals anders ist vorzugehen, wenn am massgeblichen Stichtag der Vorsorgefall Alter

---

<sup>77</sup> ARNDT (Fn. 19), S. 599; zu den Argumenten für bzw. gegen verschiedene Stichtage siehe auch RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 7 f.

<sup>78</sup> Art. 124 E-ZGB.

<sup>79</sup> ARNDT (Fn. 19), S. 600.

<sup>80</sup> Zur Problematik des Zinsverlustes siehe RUMO-JUNGO, Vorentwurf (Fn. 18), S. 9 ff.

<sup>81</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4907.

<sup>82</sup> Siehe das Beispiel bei GRÜTTER MYRIAM/VETTERLI ROLF, Vorsorgeausgleich – heute und morgen, in: Schwyzer Ingeborg/Büchler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Siebte Schweizer FamilienrechtsTage, Bern 2014, S. 223 ff., 232 ff.

<sup>83</sup> GRÜTTER/VETTERLI (Fn. 84), S. 233.

eingetreten ist. Die Bestimmung von nArt. 124a ZGB regelt die Teilung der Vorsorgeansprüche, falls zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens einer der Ehegatten eine Altersrente oder eine Invalidenrente nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters bezieht. Hier ist es – anders als bei Invalidität – nicht mehr möglich, eine Austrittsleistung zu berechnen, denn der Vorsorgefall ist definitiv eingetreten.<sup>84</sup> Das Gericht soll bei dieser Sachlage künftig nach Ermessen über die Teilung der Rente entscheiden. Der Grundsatz der hälftigen Teilung muss aber stets wegweisend bleiben.<sup>85</sup> Bei der Beurteilung über die Rententeilung beachtet das Gericht nach dem revidierten Gesetzeswortlaut «die Dauer der Ehe und die Vorsorgebedürfnisse beider Ehegatten». Verglichen mit der Zahlung einer Abfindung i.S. des geltenden Art. 124 ZGB hat die Rente den Vorteil, dass sie dem ausgleichsberechtigten Ehegatten einen lebenslänglichen Anspruch auf einen Rentenanteil aus der beruflichen Vorsorge des geschiedenen Ehegatten verschafft, der unabhängig vom späteren Tod oder einer Wiederverheiratung des Ausgleichsverpflichteten besteht.<sup>86</sup>

[Rz 70] Die heikle Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gericht oder die Ehegatten vom Grundsatz der hälftigen Teilung abweichen können, wird in nArt. 124b ZGB geregelt. Eine einvernehmliche Abweichung oder gar ein Verzicht ist künftig, anders als im geltenden Recht, auch dann möglich, wenn kein gleichwertiges Vorsorgesurrogat bei der verzichtenden Person vorhanden ist. Es genügt, dass «eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt». Allerdings ist die Lockerung nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Parteien neu frei über die Teilung ihrer Vorsorge disponieren könnten. Insbesondere soll – ähnlich wie im geltenden Recht – ein Verzicht auf die Teilung später nicht zu einer Überwälzung von Lasten auf die öffentliche Hand führen (zu denken ist insbes. an Ergänzungsleistungen und Sozialhilfe).<sup>87</sup>

[Rz 71] Konnten sich die Ehegatten mit Bezug auf den Vorsorgeausgleich nicht einigen, kann das Gericht die hälftige Teilung ganz oder teilweise verweigern, wenn «wichtige Gründe vorliegen». Der Spielraum für die Gerichte wird mit der Neuformulierung erweitert. In nArt. 124b Abs. 2 ZGB werden mögliche «wichtige Gründe» in nicht abschliessender Form genannt: Zum einen ist an eine Unbilligkeit der Teilung «aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung» zu denken, zum anderen an eine Unbilligkeit «aufgrund der Vorsorgebedürfnisse, insbesondere unter Berücksichtigung des Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten».<sup>88</sup>

[Rz 72] Der Revisionsentwurf flexibilisiert die Teilung aber auch in umgekehrter Hinsicht: Möglich wird dank nArt. 124b Abs. 3 ZGB nämlich künftig auch eine (vereinbarte oder durch das Gericht angeordnete) überhälftige Teilung zugunsten desjenigen Ehegatten, der nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut. Auf diese Weise kann einer erst nach der Scheidung entstehenden Vorsorgelücke Rechnung getragen werden. Bisher musste diese bekanntlich mit einem sog. Vorsorgeunterhalt<sup>89</sup> abgedeckt werden. Die angemessene Vorsorge des Pflichtigen muss allerdings trotz überhälftiger Teilung sichergestellt bleiben.

---

<sup>84</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4910.

<sup>85</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4911.

<sup>86</sup> Zur konkreten Berechnung des zu übertragenden Rentenanteils siehe die Beispiele in der BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4912. Zur Teilung der Rente siehe auch GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 15), S. 899 ff. und (kritisch) GELSER THOMAS, Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, in: AJP 2014, S. 364 ff., 368 ff.

<sup>87</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4916.

<sup>88</sup> Für konkrete Beispiele dazu s. BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4917 f.

<sup>89</sup> Exemplarisch dazu BGE 135 III 158 E. 4.

[Rz 73] Gemäss nArt. 124c Abs. 1 ZGB werden Austrittsleistungen mit Austrittsleistungen verrechnet und Renten mit Renten.<sup>90</sup> Falls ein Ehegatte noch erwerbstätig ist und eine Austrittsleistung geltend machen kann, während der andere bereits eine Altersrente bezieht, darf eine Verrechnung nur stattfinden, wenn die Ehegatten und die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge mit der Verrechnung einverstanden sind.<sup>91</sup>

[Rz 74] Der Entwurf geht sodann auf den Fall der Unzumutbarkeit ein. Der neue Art. 124d lässt künftig zu, dass dann, wenn zwar der Ausgleich als solcher zumutbar ist, nicht aber dessen Zahlung aus Mitteln der beruflichen Vorsorge, eine Kapitalabfindung geschuldet ist. Eine solche Kapitalabfindung darf nicht in Rentenform geleistet werden, würden doch sonst erneut die bisherigen Schwierigkeiten nach dem Tod des verpflichteten Ehegatten auftreten.<sup>92</sup>

[Rz 75] Schliesslich befasst sich nArt. 124e ZGB mit der Unmöglichkeit eines Ausgleichs aus Mitteln der beruflichen Vorsorge. Unmöglich ist der Vorsorgeausgleich beispielsweise bei einer unteilbaren ausländischen Vorsorge, nach einer Barauszahlung oder einer Kapitalabfindung und bei einem nicht mehr rückzahlungspflichtigen Vorbezug für Wohneigentum.<sup>93</sup> Geschuldet ist in diesen Sachlagen, ähnlich wie im geltenden Art. 124 ZGB, eine angemessene Entschädigung entweder in Form einer Kapitalabfindung oder einer (unabänderlichen, lebenslänglichen) Rente. Wichtig ist dabei – wie unter dem bisherigen Recht – dass der Vorsorgeausgleich mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 207 Abs. 2 ZGB) koordiniert wird.<sup>94</sup> Neu wird das Gericht zudem bestimmen können, dass die Entschädigung, die aus freien Mitteln des Pflichtigen stammt, in die Vorsorge des berechtigten Ehegatten fließen muss (nArt. 22f Abs. 3 FZG).

[Rz 76] Bei der Übergangsbestimmung gemäss nArt. 7d SchlT ZGB fällt besonders auf, dass die Neuregelung auf alle Scheidungsprozesse anwendbar ist, die beim Inkrafttreten noch vor einer kantonalen Instanz rechtshängig sind. Das hat beispielsweise zur Folge, dass bei einem bereits seit Jahren anhängigen Scheidungsprozess der massgebliche Zeitpunkt für die Teilung der Vorsorge auf die Einreichung der Scheidungsklage zurückzubeziehen ist (vgl. nArt. 122 ZGB). Insofern hat die (wie dargelegt derzeit noch strittige) Frage nach dem massgeblichen Stichtag auf für bereits hängige Verfahren erhebliche praktische Bedeutung. Da, wie dargelegt, Vorsorgeausgleich und Unterhalt sowie Güterrecht in einem engen Zusammenhang stehen, sind neue Rechtsbegehren, die durch den Wandel des anwendbaren Rechts in hängigen Verfahren veranlasst werden, zulässig (nArt. 407c Abs. 2 ZGB).

[Rz 77] Das neue Recht kann in gewissen Sachlagen sogar auf bereits rechtskräftige Scheidungsurteile zurückwirken: Gemäss nArt. 7e SchlT ZGB kann in Fällen, in denen gestützt auf Art. 124 ZGB eine angemessene Entschädigung in Form einer lebenslänglichen Rente zugesprochen wird, der berechtigte Ehegatte innert eines Jahres nach Inkrafttreten der Revision beim Gericht verlangen, dass ihm stattdessen eine lebenslängliche Rente nach nArt. 124e ZGB zugesprochen wird, wenn der verpflichtete Ehegatte eine Invalidenrente nach dem reglementarischen Rentenalter oder eine Altersrente bezieht.

---

<sup>90</sup> Art. 124c Abs. 1 E-ZGB.

<sup>91</sup> Art. 124c Abs. 2 E-ZGB; für ein Beispiel s. GRÜTTER/VETTERLI (Fn. 85), S. 239 ff.

<sup>92</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4921.

<sup>93</sup> BOTSCHAFT (Fn. 77), S. 4922.

<sup>94</sup> GRÜTTER, Vorsorgeausgleich (Fn. 14), S. 904.

Mag. LENKA ZIEGLER, Wiss. Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Aebi-Müller, Universität Luzern.  
Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern.

Der Beitrag beruht auf einer internen Weiterbildung des Regionalgerichts Bern-Mitteland vom 19. März 2015. Für die Publikation wurde das Referat geringfügig bearbeitet und mit Verweisen ergänzt.