

2. Privatrecht/Droit privé

2.4. Familienrecht – allgemein/Droit de famille – en général

2.4.1. Eherecht/Droit de mariage

2.4.1.1. Scheidungsrecht/Droit de divorce

BGer 5A_14/2019: Kein Vorsorgeunterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Zeit des Scheidungsverfahrens

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_14/2019 vom 9. April 2019, A. gegen B., Vorsorgliche Massnahmen (Ehescheidung).



ANGELO SCHWIZER*

I. Ausgangslage

Das Thema Unterhaltsrecht hat mit den am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetzesrevisionen (Kindesunterhalt, Vorsorgeausgleich) Hochkonjunktur. Dabei hat sich die Diskussion auf den Betreuungsunterhalt¹ fokussiert. Etwas in den Hintergrund gerückt ist hingegen die Frage, wie mit Vorsorgelücken in der zweiten Säule umzugehen ist, welche sich aufgrund der gleichzeitig in Kraft getretenen Vorverlegung des massgeblichen Stichtags zur Bestimmung der «Teilungsmasse» vom Tag der Rechtskraft des Scheidungsurteils (Art. 122 aZGB) auf den Tag der Einleitung des Scheidungsverfahrens (Art. 122 nZGB) ergeben können. In der Lehre wird dazu – soweit ersichtlich – unisono der Standpunkt vertreten, dass solche Lücken bei «anspruchsberechtigten Ehegatten» durch Zusprechung von vorsorglichem Vorsorgeunterhalt für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu kompensieren sind.² Das Bundesgericht hat in seinem Ende April veröffentlichten und zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 9. April 2019 jedoch gegenteilig entschieden und einen vorsorglichen Vorsorgeunterhaltsanspruch abgelehnt.³

* ANGELO SCHWIZER, Dr. iur., Rechtsanwalt und öffentlicher Notar in Gossau (SG).

¹ Die Grundsatzfragen (Anwendung bzw. Anpassung der 10/16-Regel, Lebenshaltungskostenansatz vs. Betreuungsquotenmethode) sind hier mittlerweile höchstrichterlich geklärt (vgl. BGE 144 III 481 und BGE 144 III 377).

² Vgl. z.B. BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125 N 5 und 33, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018.

³ BGer, 5A_14/2019, 9.4.2019. Zuvor haben bereits einige kantonale Gerichte das Konzept des vorsorglichen Vorsorgeunterhalts verwor-

II. Begründung des Bundesgerichts

Die Ablehnung eines vorsorglichen Vorsorgeunterhaltsanspruchs begründet das Bundesgericht einerseits damit, dass der Gesetzgeber bei der jüngsten Revision des Vorsorgeausgleichs Vorsorgelücken während der Dauer des Scheidungsverfahrens bewusst in Kauf genommen habe und daher keine Möglichkeit der richterlichen Lückenfüllung bestehe.⁴ Andererseits verbiete es sich, in die während des Scheidungsverfahrens (noch) anwendbaren Bestimmungen zum ehelichen Unterhalt (hauptsächlich Art. 163 ZGB) neu die Bedarfsposition Vorsorge hineinzuzinterpretieren, da der eheliche Unterhalt ausschliesslich Verbrauchsunterhalt zur Bestreitung der laufenden Lebenshaltungskosten darstellt.⁵

III. Bemerkungen

Gesetzgeberische Intentionen für die Anpassung des Vorsorgeausgleichstichtags waren, neben der praktischen Vereinfachung der Berechnung des Ausgleichsanspruchs, die Eindämmung der Möglichkeiten zum Taktieren im bzw. Verschleppen von Scheidungsverfahren gewesen. Im Gesetzgebungsprozess wurden zwar allfällige Vorsorgelücken während der Dauer des Scheidungsverfahrens thematisiert.⁶ Ob sich der Gesetzgeber bei seinem Entscheid der Problematik tatsächlich umfassend bewusst war, darf allerdings bezweifelt werden. Konkret zu denken ist an die Fälle, in denen nach der Scheidung aufgrund ehebedingter Nachteile (klassischerweise Kinderbetreuungsaufgaben)⁷ Vorsorgeunterhalt zum Ausgleich zukünftiger Vorsorgelücken geschuldet ist («anspruchsberechtigte Ehegatten»): Vor der Revision stand der Vorsorgeunterhalt bis zur Scheidung nicht zur Diskussion, da die Ehegatten trotz Getrenntleben und möglicherweise bereits hängigen Scheidungsverfahrens voraussetzungslos weiterhin gegenseitig an der Äufnung der beruflichen Vorsorge partizipierten (Vorsorgeausgleich innerhalb der zweiten Säule). Erst nach der Scheidung beim nahehelichen Unterhalt (Art. 125 ZGB) war der Vorsorgeunterhalt überhaupt Thema (Vorsorgeausgleich ausserhalb der zweiten Säule). Bis zur Revision bestand also ein in sich geschlossenes, stimmiges System, welches sich für «anspruchsberechtigte Ehegatten» als völlig legitim erwies. Fragwürdig bzw. problematisch war die Rechtslage dagegen in Bezug auf «nicht anspruchsbere-

rechtigte Ehegatten»,⁸ welche das System durch unlauteres Prozessverhalten ausnutzten. Wohl zielte der Gesetzgeber mit seinem Entscheid schwerpunktmässig auf diese Fälle.

Nachdem das Konzept des vorsorglichen Vorsorgeunterhalts zur Kompensation von Vorsorgelücken vor Bundesgericht Schiffbruch erlitten hat, ist in Bezug auf «anspruchsberechtigte Ehegatten» zu untersuchen, ob deren während der Dauer des Scheidungsverfahrens entstehende Vorsorgelücken anderweitig zu schliessen sind. In Betracht zu ziehen sind eine «Nachkompensation/-finanzierung» im Rahmen des nahehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB) und eine überhälftige Teilung im Rahmen des Vorsorgeausgleichs (Art. 124b Abs. 3 ZGB). Aus meiner Sicht dürften jedoch auch diese Ansätze fehlschlagen:

- Nach bundesgerichtlicher Auffassung liegt keine «schliessungsfähige» Lücke vor. Insoweit wird das Bundesgericht kaum «Alternativmechanismen» erlauben, welche den gesetzgeberischen Entscheid gegen den Vorsorgeausgleich während der Dauer des Scheidungsverfahrens im Ergebnis aushöhlen würden.
- Eine «Nachkompensation/-finanzierung» der während des Scheidungsverfahrens entstandenen Vorsorgelücke im Rahmen des nahehelichen Unterhalts widerspräche zunächst der Systematik, da Art. 125 ZGB explizit die Unterhaltsansprüche nach der Scheidung regelt.⁹ Sodann würde damit der Grundsatz der Periodizität von Unterhaltsbeiträgen missachtet.¹⁰ Ferner darf nicht vergessen werden, dass im Regelfall die Mittel knapp sind und eine Nachfinanzierung auch aus diesem Grund scheitern wird. Obwohl das Bundesgericht eine solche «Nachkompensation/-finanzierung» in einem Sonderfall¹¹ in der Vergangenheit akzeptierte, dürfte dies also kaum zum neuen Regelfall werden.
- Art. 124b Abs. 3 ZGB bezieht sich seinem Wortlaut nach auf künftige Vorsorgelücken; eine überhälftige Teilung setzt – neben dem Verbleib einer ausreichenden Vorsorge seitens des Pflichtigen – voraus, dass die be-

fen, so z.B. das Kantonsgericht St. Gallen (KGer SG, FS.2018.12, 9.12.2018).

⁴ BGer, 5A_14/2019, 9.4.2019, E. 3.3 bis 3.5.

⁵ BGer, 5A_14/2019, 9.4.2019, E. 3.6.

⁶ Vgl. für die Hinweise auf die Materialien BGer, 5A_14/2019, 9.4.2019, E. 3.4 und 3.5.

⁷ BGE 135 III 158.

⁸ D.h. Ehegatten, welche die Voraussetzungen für Vorsorgeunterhalt nicht erfüllten, aber dennoch vom unbedingten Vorsorgeausgleich profitieren konnten.

⁹ Vgl. ALEXANDRA JUNGO, Die geschiedene Witwe und ihre Vorsorge, in: Roland Fankhauser/Ruth Reusser/Ivo Schwander (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, 327 ff., 331.

¹⁰ BGE 132 III 593 E. 7.3; 133 III 57 E. 3.

¹¹ BGE 129 III 257. Diesem Entscheid lag ein besonderer Sachverhalt zugrunde: Trotz äusserst privilegierter Verhältnisse (steuerbares Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen von über CHF 1,8 Mio. pro Jahr) bestanden keinerlei Ersparnisse in der zweiten Säule. Ausserdem lebten die Ehegatten unter dem Güterstand der Gütertrennung. Hinzu kam, dass die vorinstanzlich angeordnete Nachkompensation gesamthaft betrachtet sehr moderat war.

rechtigte Partei «nach der Scheidung» wegen der Kinderbetreuung in der Erwerbsarbeit eingeschränkt ist. Die Möglichkeit, mit dieser Bestimmung vergangene Vorsorgelücken nachzukompensieren, wird denn auch weder in den Materialien noch in der Lehre thematisiert.

Indem der Gesetzgeber mit der vergangenen Revision den Vorsorgeausgleich während der Dauer des Scheidungsverfahrens abschaffte, diesen für die Zeit nach der Scheidung via Vorsorgeunterhalt (Art. 125 ZGB) weiterhin zulässt und mit Art. 124b Abs. 3 ZGB gar eine zweite Möglichkeit für dessen Vornahme schaffte, liegt mit Bezug auf «anspruchsberechtigte Ehegatten» ein offensichtlicher Wertungswiderspruch vor. Diesen zu korrigieren, dürfte Sache des Gesetzgebers sein. Dabei wäre zu überlegen, ob nicht bloss die trennungsunterhaltsrechtlichen Grundlagen, sondern auch Art. 124b Abs. 3 ZGB anzupassen und eine überhäufige Teilung auch für die Zeit des Scheidungsverfahrens zuzulassen wäre.

Sollte sich z.B. wegen komplexer güterrechtlicher Verhältnisse ein langandauerndes Scheidungsverfahren mit nennenswerten Vorsorgelücken abzeichnen, könnte bei der heutigen Gesetzeslage seitens des «anspruchsberechtigten Ehegatten» der Versuch unternommen werden, eine Vorabentscheidung des Scheidungspunktes zu erwirken.¹² Ab Rechtskraft des Scheidungspunktes bzw. während des «Nebenfolgenverfahrens» müssten die Unterhaltsansprüche auf Art. 125 ZGB fussen, welche den Vorsorgeunterhalt einschliessen.

¹² Vgl. BGE 144 III 298.