



<b>Fall-Nr.:</b>	FS.2018.12
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	19.12.2018
<b>Entscheiddatum:</b>	19.12.2018

### Entscheid Kantonsgericht, 19.12.2018

**Art. 122, 163 f., 176 ZGB (SR 210): Während des Scheidungsverfahrens besteht kein Anspruch auf die Zusprechung von Vorsorgeunterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 19. Dezember 2018, FS.2018.12).**

Aus dem Sachverhalt:

A. (Jg. 1958) und B. (Jg. 1972) trennten sich im Verlaufe des Jahres 2015. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens schlossen sie eine Vereinbarung ab, worin sich der Ehemann A. unter anderem dazu verpflichtete, der Ehefrau B. für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'250.00 zu bezahlen. Am 9. Oktober 2017 reichte A. eine Scheidungsklage ein. Am 30. November 2017 ersuchte B. um Abänderung der Eheschutzmassnahmen bzw. Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren. Sie beantragte die Erhöhung der Ehegattenunterhaltsbeiträge auf monatlich mindestens Fr. 17'500.00, weil sie ab Eingang der Scheidungsklage einen (zusätzlichen) Anspruch auf Vorsorgeunterhalt habe.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Gemäss der seit 1. Januar 2017 geltenden Regelung des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung werden die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge ausgeglichen (Art. 122 ZGB). Es steht fraglos fest, dass diese Regelung auf das am 9. Oktober 2017 beim Kreisgericht X. anhängig gemachte und dort nach wie vor pendente Scheidungsverfahren zwischen den Parteien Anwendung finden wird. Zu



berücksichtigen ist dabei, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts der massgebende Zeitpunkt für den Ausgleich vorverschoben wurde, sah doch die bis Ende 2016 geltende gesetzliche Regelung zum Vorsorgeausgleich noch vor, dass die ehezeitlich erworbenen Vorsorgegelder der Ehegatten gestützt auf die gesamte Ehedauer ermittelt werden, also vom Datum der Eheschliessung bis zum Datum der Rechtskraft des Scheidungsurteils (Art. 122 aZGB; BGE 132 V 236, E. 2.3; BSK ZGB I-Geiser/Walser, Art. 122 N 21). Diese Vorverschiebung des Stichtages bedeutet, dass die während des Scheidungsverfahrens erworbenen Austrittsleistungen zwischen den Ehegatten nicht mehr ausgeglichen werden, was beim schlechter versicherten Ehegatten zu einer Einbusse führt.

Im vorliegenden Verfahren ist umstritten, ob die bei der Ehefrau durch die Gesetzesrevision entstandene Vorsorgelücke durch das Zusprechen eines ehelichen Vorsorgeunterhaltes im Rahmen vorsorglicher Massnahmen auszugleichen ist.

b) Soweit ersichtlich, hatte das Bundesgericht diese Frage bisher noch nicht zu beurteilen. Die bundesgerichtlichen Verfahren 5A\_582/2018 und 5A\_588/2018, welche sich offenbar mit dieser Problematik befassen, sind noch nicht entschieden (vgl. Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, unter: <https://gerichte.lu.ch>). In der Lehre wird die Zusprechung eines vorsorglichen Vorsorgeunterhaltes im vorliegend interessierenden Sinn von verschiedenen Autoren befürwortet. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass durch die Vorverlegung des Stichtages für die Zeit während des Scheidungsverfahrens eine Vorsorgelücke zwischen Vorsorgeausgleich und Vorsorgeunterhalt entstehe, welcher einzig durch vorsorgliche Massnahmen gefüllt werden könne. Da im Rahmen derartiger Massnahmen auch Unterhaltsleistungen zugesprochen werden könnten, stehe dem Einbezug des Vorsorgeunterhaltes in die vorsorglich zugesprochene Unterhaltsleistung nichts im Weg bzw. bestehe dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage in Art. 164 Abs. 2 ZGB (Grütter, Der neuen Vorsorgeausgleich im Überblick, in: FamPra 2017, S. 127, 152; FamKomm Scheidung/Jungo/Grütter, Art. 122 ZGB N 9 ff. und Art. 124b ZGB N 28; Schwizer/Della Valle, Kindesunterhalt und Vorsorgeausgleich, in: AJP 2016, S. 1589 ff, S. 1598 f.; BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 5). Die Berufungsbeklagte stützt sich in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen auf diese Doktrin.



Die zitierten Lehrmeinungen stehen jedoch nicht im Einklang zu den Ausführungen in den Materialien zum neuen Vorsorgeausgleich. So ist der Botschaft zum Vorsorgeausgleich bei Scheidung (nachfolgend Botschaft) zusammengefasst zu entnehmen, dass das geltende Recht zwar den Vorteil habe, dass der Vorsorgeausgleich auf den während der gesamten Ehedauer erworbenen Austrittsleistungen erfolge. Nachteilig an der Regelung sei aber, dass sie zum Taktieren verleite und für den berechtigten Ehegatten einen Anreiz schaffe, das Verfahren möglichst in die Länge zu ziehen. Zudem könnten weder die Parteien noch das Gericht zuverlässig bestimmen, wann das Scheidungsurteil rechtskräftig werde, so dass mehrfach aktualisierte Bestätigungen der Vorsorgeeinrichtungen über die Höhe der massgeblichen Austrittsleistungen beigebracht werden müssten. Dass eine solche Lösung nicht befriedige, sei offensichtlich. Überzeugen könne daher nur eine Lösung, die einen Zeitpunkt in der Vergangenheit für ausschlaggebend erkläre. Es liege nahe, dafür auf den gleichen Zeitpunkt wie im Güterrecht abzustellen, d.h. auf den Zeitpunkt, in dem das Scheidungsverfahren eingeleitet werde (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Demnach sehe der Entwurf vor, dass jene Ansprüche ausgeglichen würden, die vom Zeitpunkt der Eheschliessung bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens erworben worden seien. Dass damit die während des Scheidungsverfahrens geäußerten Austrittsleistungen nicht hälftig geteilt würden, sei im Interesse einer einfachen Lösung in Kauf zu nehmen (Botschaft, BBl 2013, S. 4887 ff., S. 4905 f.; Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1, in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: [gerichte.lu.ch](http://gerichte.lu.ch); Obergericht des Kantons Zürich, LY170039-O/U, E. 3.2.5, unter: [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)). Aus den ständerätlichen Voten sodann ist zu schliessen, dass die beiden in der Botschaft genannten Gründe für eine Vorverlegung des Teilungszeitpunktes als zutreffend erachtet wurden. Der Ständerat folgte dem bundesrätlichen Entwurf einstimmig (AB 2014, S. 523 ff.). Im Nationalrat unterbreitete die vorberatende Kommission zunächst den Mehrheitsantrag, wonach an der bisherigen Regelung der Teilung per Scheidungsdatum festzuhalten sei, während sich eine Kommissionsminderheit für die Vorlage gemäss Botschaft aussprach. Sodann wurde in zwei Voten zugunsten der Beibehaltung der bisherigen Regelung die allfällige Vorsorgelücke, welche durch die Vorverschiebung des Stichtages entstehen könnte, ausdrücklich angesprochen (Votum NR Vischer und NR Kiener Nellen, AB 2015, S. 764 f.). Trotz der geäußerten Bedenken folgte die Mehrheit im Nationalrat dem



Minderheitsantrag der Kommission und damit dem bundesrätlichen Vorschlag, wie er schliesslich Eingang ins Gesetz fand (Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1, in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: gerichte.lu.ch). Aus den Gesetzesmaterialien ist mithin der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber die Vorverlegung des Stichtages im Wissen darüber einführte, dass sich damit beim vorsorgeschwächeren Ehegatten eine Vorsorgelücke ergeben wird, weil die während dem Scheidungsverfahren angesparten Vorsorgegelder nicht mehr geteilt werden.

Dennoch erachtete es der Gesetzgeber offenbar als nicht notwendig, Massnahmen zu ergreifen, um diese Folge der neuen Regelung zu beseitigen, sondern nahm diese bewusst in Kauf. Insbesondere sah er im Zuge der Revision davon ab, die Bestimmungen zum ehelichen und nachehelichen Unterhalt anzupassen, sprich eine gesetzliche Grundlage analog Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB zu schaffen, welche Raum für die Zusprechung eines Vorsorgeunterhaltes vor der Scheidung bieten würde. In den zum ehelichen Unterhalt gehörenden Bestimmungen von Art. 163 ff. ZGB findet sich keine gesetzliche Grundlage für die Zusprechung von vorsorglichem Vorsorgeunterhalt. Zumindest nach bisherigem Verständnis (unter der bis Ende 2016 geltenden Regelung) gewähren weder Art. 163 ZGB noch Art. 164 Abs. 2 ZGB einen persönlichen Anspruch auf Vorsorgeunterhalt des anderen Ehegatten. Gemäss Art. 163 ZGB beruht der eheliche Unterhalt auf der gegenseitigen ehelichen Beistands- bzw. Familienunterhaltungspflicht und der zwischen den Ehegatten vereinbarten Aufgabenteilung. Eingeschlossen ist dabei auch die Pflicht des erwerbstätigen Ehegatten, für eine adäquate Altersvorsorge besorgt zu sein (BGE 134 III 577, E. 3). Allerdings ist die Beistandspflicht mit Blick auf das Pensionsalter der Ehegatten als allgemeine familienrechtliche Verpflichtung zu verstehen, ohne dass dabei auch ein persönlicher Anspruch auf Vorsorgeunterhalt des anderen Ehegatten statuiert wird (Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1, in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: gerichte.lu.ch). Gestützt auf die vorstehend erläuterten Gesetzesmaterialien liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber Art. 163 f. ZGB unter der Geltung des revidierten Vorsorgeausgleichs bei Scheidung eine neue Bedeutung in dem Sinn geben wollte, dass aus diesen ein direkter Anspruch eines Ehegatten auf Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens fliessen soll.



Anzuführen ist schliesslich, dass nach der gesetzlichen Konzeption des Unterhaltsrechts zwischen dem ehelichen Trennungsunterhalt (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und dem nahehelichen Ehegattenunterhalt (Art. 125 ZGB) Unterschiede vorhanden sind, welche unabhängig vom neuen Vorsorgeausgleich weiterbestehen. Während es bei ersterem ausschliesslich um die Alimentierung für die laufenden monatlich wiederkehrenden Verpflichtungen des persönlichen Grundbedarfs geht, dient der Unterhaltsanspruch für die Zeit nach der Ehescheidung nicht nur der Deckung des laufenden (gebührenden) Unterhalts, sondern hat auch Sparcharakter, indem unter den gegebenen Voraussetzungen nach Art. 125 ZGB ein Sparbeitrag für den Aufbau einer angemessenen beruflichen Altersvorsorge zugesprochen werden kann (vgl. Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1, in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: [gerichte.lu.ch](http://gerichte.lu.ch)).

Aus den genannten Gründen ist im Ergebnis davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung eine sich im Vergleich zum bisherigen System ergebende Einbusse des vorsorgeschwächeren Ehegatten bewusst hingenommen hat, so dass sich die zeitliche Ausdehnung des Vorsorgeunterhalts in der Rechtsanwendung verbietet. Die sich aus den Materialien ergebenden gesetzgeberischen Absichten würden durch die Zusprechung eines vorsorglichen Vorsorgeunterhaltes zumindest teilweise zunichte gemacht, würde doch das Scheidungsverfahren durch das Massnahmeverfahren um den vorsorglichen Vorsorgeunterhalt, welches wohl bei fast jeder Scheidung erforderlich wäre, wiederum verzögert. In Erinnerung zu rufen ist an dieser Stelle auch, dass das Massnahmeverfahren dem schnellen Rechtsschutz dienen soll und grundsätzlich nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit anzuordnen ist (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 5). Da die Vorsorgelücke zufolge dem Gesetzgeber hinzunehmen ist, rechtfertigt sich ein Massnahmeverfahren um den Vorsorgeunterhalt nicht ohne Weiteres, insbesondere da auch kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Hinzu kommt, dass einer Einbusse bei der Äufnung der Altersvorsorge im Hauptentscheid bei erfüllten Voraussetzungen nach Art. 124b ZGB durch eine überhäftige Teilung der Austrittsleistung Rechnung getragen werden könnte (vgl. Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1 f., in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: [gerichte.lu.ch](http://gerichte.lu.ch); Obergericht des Kantons Zürich, LY170039-O/U, E. 3.2.5, unter: [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)).



Ausserdem wäre allenfalls zu prüfen, ob in diesem Zusammenhang noch andere Ausgleichsmöglichkeiten ausserhalb eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens gegeben wären (vgl. BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 126 N 4; FamKomm Scheidung/Schwenzer/Büchler, Art. 126 ZGB N 5 und N 14).

Die Vorverschiebung des Stichtages für die Aufteilung der Austrittsleistung gemäss revidiertem Art. 122 ZGB hat somit zur Folge, dass die eheliche Versorgungsgemeinschaft nach dem Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der beruflichen Altersvorsorge bereits bei Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens aufgehoben wird, dies unter bewusster Inkaufnahme einer allfälligen Vorsorgelücke. Auch wenn eine Beseitigung allfälliger Vorsorgelücken als Folge der Gesetzesrevision wünschbar wäre, ist diese Ungereimtheit damit wohl hinzunehmen. Dafür sprechen nicht nur die Gesetzesmaterialien zum revidierten Vorsorgeausgleich, sondern auch dogmatische Überlegungen zum Massnahmeverfahren (vgl. zum Ganzen: Kantonsgericht Basel-Landschaft, 400 17 270, E. 9.1, in: FamPra.ch 2018, S. 858, 863 ff.; Kantonsgericht Luzern, 3B 17 30, E. 5.2.4, unter: [gerichte.lu.ch](http://gerichte.lu.ch); Obergericht des Kantons Zürich, LY170039-O/U, E. 3.2.5, unter: [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch); zu allfälligen Ausgleichsmöglichkeiten vgl. den Absatz hiavor).

4. Für das vorliegende Verfahren bedeuten die vorstehenden Ausführungen, dass B. keinen Anspruch auf die Zusprechung von Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen hat.

(...)