

*Sachverhalt:*

Im Rahmen eines Scheidungsverfahrens stellte der Beklagte ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit dem Begehren, es sei ihm gestützt auf Art. 5 Abs. 3 FZG gerichtlich zu bewilligen, auch ohne Zustimmung der Klägerin eine Teilbarauszahlung seiner Austrittsleistungen in der Höhe von Fr. 222'196.-- wegen endgültigen Verlassens der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG zu erwirken. Das Begehren wurde gutgeheissen und die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.

*Aus den Erwägungen:*

**«II. B. Verletzung des Art. 178 ZGB, Art. 5 Abs. 3 FZG und des Kindeswohls**

1. a) Der Beklagte hat die Schweiz unbestrittenermassen per 31. Juli 2002 definitiv verlassen und in Deutschland einen neuen Wohnsitz begründet. Entsprechend steht ihm grundsätzlich ein Anspruch gegenüber seiner Pensionskasse auf Auszahlung der Austrittsleistung zu (Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG). Die Klägerin verweigert ihre Zustimmung zur Auszahlung (vgl. Art. 5 Abs. 2 FZG). Wird die Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert, so kann das Gericht angerufen werden (Abs. 3). Dies wurde vorliegend getan, wobei die Vorinstanz die Verweigerung der Klägerin aus triftigem Grund verneinte und eine Teilauszahlung veranlasste.

b) Die Klägerin legt dar, dass sie durchaus triftige Gründe habe, sich einer Barauszahlung zu widersetzen. Indem nun indes die Vorderrichterin entschieden habe, dass keine solche bestehen, habe sie Art. 5 Abs. 3 FZG, Art. 178 ZGB und das Prinzip des Kindeswohls verletzt. Entsprechend macht sie eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne des § 281 Ziffer 3 ZPO geltend.

2. Konkret bringt die Klägerin vor, dass sie sich einer Barauszahlung widersetze, weil sie sich grosse Sorgen um die finanzielle Versorgung von sich selber und des gemeinsamen Sohnes mache. So würden sich die Parteien in einem laufenden Scheidungsverfahren befinden, wobei noch nicht über künftige Unterhaltsbeiträge oder Aufteilung von Güterrecht und Pensionskasse entschieden

worden sei. Erst nach einer güterrechtlichen Auseinandersetzung und Aufteilung der Pensionskassen werde sich ergeben, wieviel der Beklagte ihr und dem Sohn schulde. Sie gehe davon aus, dass sie erhebliche Forderungen aus Güterrecht und Unterhalt etc. gegenüber dem Beklagten erheben könne. Sie rechne auch damit, dass ihr der Beklagte Parteientschädigungen aus den verschiedenen noch laufenden Verfahren bezahlen müsse. Die gegenseitigen Forderungen seien noch nicht ausgeglichen worden. Bereits nach einer allerdings von beiden Parteien angefochtenen Entscheidung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 9. Juli 2002 schulde der Beklagte ihr und dem Sohn Emanuel einen Betrag von mehr als Fr. 18'000.-- im Zusammenhang mit rückwirkend zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen. Wenn der Beklagte sein Freizügigkeitsguthaben abziehen könne und dieses Geld zu seiner freien Verfügung stehe, seien sämtliche obgenannten Forderungen gefährdet, da er sein gesamtes Einkommen und Vermögen verprasse. Es wäre nicht mehr gewährleistet, dass der Beklagte die Schuld ihr gegenüber begleichen könnte. Wenn er sich in Deutschland oder in der Schweiz nicht genügend für Alter, Invalidität und Tod absichern werde, das heisst die Freizügigkeitsleistung nicht auf einem Sperrkonto verbleibe, leide auch die Familie darunter. Das Pensionskassenguthaben sei dafür da, für sich und die Familie eine angemessene Altersvorsorge zu sichern. Würde man diese Gelder hier in der Schweiz auf einem blockierten Konto belassen, würde dies denn auch die nötige Sicherung im Sinne des Art. 178 ZGB darstellen.

3. Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert, kann das Gericht *auf Begehren* eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen (Art. 178 Abs. 1 ZGB). Ein solches Begehren wurde von der Klägerin nie gestellt, weshalb die Vorinstanz auch keinerlei Veranlassung hatte, eine Sicherstellung im Sinne dieses Artikels vorzunehmen. Hinzukommt, dass zukünftige Ansprüche im Sinne des Art. 125 ZGB von Art. 178 ZGB ausgeschlossen bleiben und sie in Bezug auf Ansprüche aus dem Güterrecht nur anwendbar ist, wenn sich die güterrechtliche Auseinandersetzung im Zeitpunkt des Begehrens bereits hinreichend konkretisiert hat (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum

Familienrecht, Bern 1999, N 7b f. zu Art. 178), was vorliegend bei Weitem nicht der Fall ist. Eine Verletzung von Art. 178 ZGB liegt somit nicht vor.

4. a) Gemäss Art 122 ZGB hat bei Scheidung jeder Ehegatte grundsätzlich Anspruch auf die Hälfte der nach Freizügigkeitsgesetz für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen. Ist bereits ein Vorsorgefall eingetreten oder können aus andern Gründen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge nicht geteilt werden, so ist eine angemessene Entschädigung geschuldet (Art. 124 Abs. 1 ZGB). Einer dieser Gründe ist die Barauszahlung. So können Versicherte unter anderem die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen (Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG). Hat sich ein Ehegatte während der Dauer der Ehe eine Austrittsleistung gestützt auf Art. 5 FZG bar auszahlen lassen, wird eine solche Barauszahlung während der Ehedauer bei der Teilung der Austrittsleistungen nicht berücksichtigt (Art. 22 Abs. 2 FZG). Mit der Barauszahlung scheidet das entsprechende Vorsorgeguthaben aus dem System der beruflichen Vorsorge aus. Daraus kann nun aber nicht geschlossen werden, dass dem anderen Ehegatten keine Entschädigung für die nicht mehr vorhandene Austrittsleistung zu gewähren ist. Eine Barauszahlung rechtfertigt es im Grundsatz, dem anderen Ehegatten einen Ausgleichsanspruch zuzuerkennen im Sinne einer angemessenen Entschädigung im Rahmen von Art. 124 Abs. 1 ZGB (BGE 127 III 437 ff.; Walser in: Basler Kommentar, 2. Aufl., 2002, N 19 zu Art. 122). Entsprechend trifft eine solche Barauszahlung immer beide Ehepartner und hat auch Auswirkungen auf ihre Kinder. Zum Schutze der Familie wird deshalb die Barauszahlung von Austrittsleistungen von der schriftlichen Zustimmung des andern Ehegatten abhängig gemacht (Art. 5 Abs. 2 FZG). Selbstredend entfällt das Zustimmungserfordernis mit der Scheidung.

b) Der Beklagte gehört seit seinem Wegzug aus der Schweiz am 31. Juli 2002 nicht mehr der Versicherungskasse X an. So wurde in der Folge sein gesamtes Guthaben von Fr. 271'697.45 per 1. Oktober 2002 an die Freizügigkeitsstiftung der Bank Y überwiesen. Die Vorderrichterin verfügte nun eine teilweise Auszahlung in der Höhe von Fr. 221'196.--, was demjenigen Teil entspricht,

welcher der Klägerin bei einer Scheidung keinesfalls zusteht. So wurde folgende Rechnung angestellt:

Stand der gesamten Austrittsleistung per 31.7.2002:	Fr. 271'697.45
<u>- davon vorehelich erworben (inkl. Zins)</u>	<u>Fr. 170'694.50</u>
= während der Ehe erworbene Austrittsleistung	Fr. 101'002.95
./ 2 (Anspruch der Klägerin daran)	Fr. 50'501.45

Entsprechend steht dem Beklagten ein Anteil von Fr. 221'196.-- zu. Dies wird denn in dieser Höhe von der Klägerin auch nicht bestritten. Somit liegt aber auch kein "klassischer" Fall des Art. 5 Abs. 3 FZG mit entsprechenden Konsequenzen vor, wurde doch nicht die gesamte Vorsorge ausbezahlt, sondern lediglich der dem Beklagten mutmasslich bei einer allfälligen Scheidung zustehende Teil seiner eigenen Vorsorge im Sinne des Art. 122 ZGB. Somit muss die Klägerin nicht um ihren Anteil an der Vorsorge des Beklagten bangen, wird doch trotz erfolgter (teilweiser) Barauszahlung Art. 124 ZGB vorliegend nicht zum Tragen kommen. Die Ansprüche der Klägerin aus Art. 122 ff. ZGB sind somit gesichert und nicht in Gefahr.

c) Die Freizügigkeitsleistung des Beschwerdeführers fliesst nach deren Auszahlung nicht ins Güterrecht und somit nicht in die Errungenschaft. Der durch den Vorsorgeausgleich ermittelte Teilungsanspruch ist weder dem Güterrecht noch dem nahehelichen Unterhalt zuzuordnen. Der Vorsorgeausgleich vermittelt einen selbständigen Anspruch (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1996, BBl 1996, S. 100). Da - wie oben dargelegt - die Vorderrichterin vorsorglich eine Teilung der Austrittsleistung des Beklagten vorgenommen hat, steht ihm der ihm zugewiesene Anteil vollends zu. Ein Miteinbezug in die güterrechtliche Auseinandersetzung würde - entgegen der Ansicht der Klägerin - einer unzulässigen Doppelberücksichtigung gleichkommen, was selbstredend nicht angeht. Entsprechend ist es - wie die Vorinstanz richtig ausführte - dem Beklagten anheim gestellt, wie er die Gelder verwendet. Zu beachten gilt es dabei denn auch, dass der Beklagte unmittelbar nach Rechtskraft eines allfälligen Scheidungsurteils die Barauszahlung seines Anteils ohnehin, das heisst ohne Zustimmung der Klägerin, sofort verlangen und nach seinem Gutdünken verwenden könnte. Auch in diesem Falle könnte die Klägerin dem Beklagten

keinerlei Vorschriften über die weitere Verwendung der Gelder machen. Er ist mithin auch nicht verpflichtet, dies für seine eigene Vorsorge wieder einzusetzen. Weshalb dem Beklagten nun eine frühzeitige Auszahlung verweigert werden soll, ist entsprechend nicht einzusehen, ist doch auch zum jetzigen Zeitpunkt äusserst unklar, wie lange sich der Scheidungsprozess noch hinziehen wird. Die Barauszahlung bei endgültigem Verlassen der Schweiz soll dem "Auswanderer" denn ermöglichen, sich im Ausland eine neue Existenz aufzubauen (vgl. Schwenger, Praxiskommentar zum Scheidungsrecht, Basel, Genf, München 2000, N 45 zu Art. 145). Sie ist primär deshalb zugelassen worden, weil die zweite Säule in diesen Fällen häufig keine angemessene Form der Altersvorsorge mehr ist.

5. Schliesslich ist zu bemerken, dass die Bedenken der Klägerin, ihre mutmasslichen zahlreichen Forderungen, insbesondere fällige Unterhaltsbeiträge, güterrechtliche Ansprüche sowie Prozessentschädigungen, wären bei einer sofortigen Barauszahlung in Gefahr, auch aus anderem Grunde nicht nachvollziehbar sind. Würde nämlich die Barauszahlung verweigert bzw. eine bestimmte Bindung der Mittel zur Sicherung der Altersvorsorge angeordnet, stünden dem Beklagten noch viel weniger wenn nicht gar keine liquiden Mittel zur Tilgung aktueller bzw. bei einer allfälligen Scheidung fälliger Forderungen zur Verfügung.

6. Aufgrund all dieser Überlegungen erwächst der Klägerin kein Nachteil, wenn dem Beklagten der Anteil an seiner eigenen Vorsorge bereits zum jetzigen und nicht zu einem späteren Zeitpunkt ausbezahlt wird. Somit liegen keine triftige Gründe vor, die die Klägerin zur Verweigerung der Zustimmung berechtigen, weshalb Art. 5 Abs. 3 FZG nicht verletzt wurde. Entsprechend ist kein Nichtigkeitsgrund gegeben.

7. a) Weiter bringt die Klägerin vor, dass ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil erwachsen würde, wenn das Pensionskassengeld bereits ausbezahlt würde. Es sei offenbar das erklärte Ziel des Beklagten, das Geld unter anderem zur Schuldentilgung zu verwenden und wäre dann für sie und den Sohn nicht verfügbar. Bei Entscheidungen betreffend Vorbezug des Pensionskassengeldes müsse gemäss § 216 ZPO i.V.m. Art. 139 ZGB der Offizial- und Untersu-

chungsgrundsatz beachtet werden. Unter den vorliegenden Umständen sei somit auch auf das *Kindeswohl* Rücksicht zu nehmen (Urk. 2 S. 4, Urk. 6 S. 2).

b) Inwiefern konkret die Gesundheit, das Wohlergehen, die Entwicklung und der Lebensinhalt des zweijährigen Emanuel als kausale Folge der sofortigen Ausbezahlung der Austrittsleistung an den Beklagten in Gefahr sein sollen, legte die Klägerin nicht dar und ist auch nicht offensichtlich erkennbar. Entsprechend erübrigen sich Weiterungen zu diesem Einwand. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

### **C. Sachliche Zuständigkeit/Verfahrensart**

1. Weiter rügt die Klägerin, dass die Einzelrichterin in Scheidungssachen für eine Entscheidung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 FZG gemäss § 215 lit. b) Ziff. 7a ZPO sachlich nicht zuständig sei. Entsprechend sei ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Sinne des § 281 Ziffer 1 ZPO verletzt worden. Ein solcher Entscheid müsste vom "ordentlichen" Richter im summarischen Verfahren, das heisst vom Audienzrichter oder eventuell vom Eheschutzrichter ergehen. Die Entscheidung über Art. 5 FZG stelle keine vorsorgliche Massnahme dar, sondern einen definitiven Entscheid, der unabhängig von einem laufenden Scheidungsverfahren Bestand haben müsse. Im Ergebnis ergehe ein Endentscheid in der Sache. Dieses Anliegen habe mit dem Scheidungsverfahren nichts zu tun. Zufälligerweise sei nun auch ein Scheidungsverfahren hängig. Der Beklagte würde seine Austrittsleistung aber auch dann beanspruchen wollen, wenn ein solches Verfahren nicht hängig wäre. Vorsorgliche Massnahmen indes fallen gemäss § 110 Abs. 3 ZPO mit der Rechtskraft des Endentscheides sowie bei einem allfälligen Klagerückzug in der Hauptsache dahin. Der Beklagte würde die ausbezahlten Gelder nicht wieder zurückzahlen, wenn das Hauptverfahren ein Ende nehmen oder die Klage zurückgezogen würde. Schliesslich wäre das massgebliche Rechtsmittel gegen eine Entscheidung über Freigabe der Pensionskassengelder denn auch nicht nur die Nichtigkeitsbeschwerde, sondern der Rekurs, welchem automatisch die aufschiebende Wirkung zukomme.

2. a) Das Gesetz bestimmt nicht, welches Gericht für eine Entscheidung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 FZG zuständig ist. Gemäss § 215 Ziffer 7a ZPO entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren über Streitigkeiten unter Eheleuten über die Barauszahlung von Austrittsleistungen der Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 5 FZG. Zu beachten gilt es aber, dass sich die sachliche Zuständigkeit des erkennenden Richters im ordentlichen Verfahren auch auf Anordnungen erstreckt, die als selbständige Begehren in den Zuständigkeitsbereich des summarischen Richters gehören, zum Beispiel im Scheidungsprozess solche nach § 215 Ziffer 6a und Ziffer 8-10 (Frank/Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 63 zu § 110). § 215 Ziffer 7a ZPO ist in dieser exemplarischen Aufzählung zwar nicht erwähnt. Weshalb dieser Grundsatz nun aber nicht auch für den Entscheid im Sinne des Art. 5 Abs. 3 FZG Geltung haben soll, ist nicht einzusehen. Dies macht denn auch aus Praktikabilitätsüberlegungen Sinn, muss sich doch der Scheidungsrichter ohnehin mit der Vorsorgefrage sowie der gesamten finanziellen Situation der Parteien befassen und schliesslich beurteilen. Gleicher Ansicht ist Schwenzer (a.a.O., N 52 zu Art. 137), welche explizit ausführt, dass der Massnahmenrichter im Rahmen eines Scheidungsprozesses für die gerichtliche Ermächtigung gemäss Art. 5 Abs. 3 FZG zuständig sei. Es ist zutreffend, dass die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel je nachdem, ob ein Scheidungsprozess bereits eingeleitet worden ist oder nicht, sich in den Voraussetzungen und Anforderungen grundlegend unterscheiden. Auch Kinderbelange oder die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen sind indessen im Rahmen des Eheschutzes mit Rekurs und im Rahmen vorsorglicher Massnahmen lediglich mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar - selbst wenn sich der Scheidungsprozess über Jahre hinzieht. Auch die von Frank/Sträuli/Messmer explizit erwähnten Anordnungen gemäss § 215 Ziffer 6a und 8-10 ZPO unterliegen dieser gesetzlich vorgeschriebenen Differenzierung. Entsprechend ist dies auch im vorliegenden Fall kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung so hinzunehmen.

c) Zwar ist der Klägerin grundsätzlich zuzustimmen, dass die Barauszahlung im Sinne des Art. 5 FZG eine definitive Anordnung darstellt. Vorliegend wurde indes keine Auszahlung im eigentlichen Sinne verfügt, da - wie oben ausführlich dargelegt - nur der dem Beklagten bei einer allfälligen Scheidung zuste-

hende Teil, dessen Höhe im Übrigen nicht bestritten wird, ausbezahlt werden soll. Im Zuge dessen hat die Erstrichterin in Bezug auf den Vorsorgeausgleich im Sinne des Art. 122 ZGB sehr wohl eine vorläufige Anordnung getroffen, indem sie die Teilung der Austrittsleistungen des Beklagten bereits vorgenommen hat. Im Rahmen eines dannzumaligen Scheidungsurteils wird sie sodann eine definitive Regelung allenfalls unter Einbezug der klägerischen Vorsorge treffen müssen. Insofern ist die verfügte Auszahlung durchaus als vorsorgliche Massnahme im laufenden Scheidungsprozess anzusehen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass vorsorgliche Massnahmen nach einem Klagerückzug oder bei Abweisung der Scheidungsklage grundsätzlich dahinfallen. Dass dies im vorliegenden Fall nicht so sein würde, ist selbstredend, liegt aber bei dieser Konstellation schlicht in der Natur der Sache.

3. Entsprechend war die Vorderrichterin für den Erlass ihrer Verfügung vom 23. Oktober 2002 sachlich zuständig, weshalb kein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt wurde; ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 281 Abs. 1 ZPO liegt nicht vor.»

*(Hinweis: Seit dem 1. Juli 2003 ist gegen Entscheide betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren wieder der Rekurs zulässig, weshalb einige Erwägungen speziell in Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr aktuell sind.)*

Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer,  
Beschluss vom 20. März 2003  
(Mitgeteilt von lic. iur. K. Mordasini)