

Orientierung

Thomas Koller*

Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB? – zum zweiten ...¹

BGE 132 III 145 (5C.155/2005 und 5C.156/2005)

Das Institut des so genannten *Vorsorgeausgleichs*² spielt im neuen Scheidungsrecht eine grosse Rolle. Unter gewissen Umständen, so insbesondere wenn bei einem oder bei beiden Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist³, ist allerdings ein Vorsorgeausgleich nicht möglich. Gemäss Art. 124 Abs. 1 ZGB ist diesfalls eine *angemessene Entschädigung* geschuldet⁴.

Im Gesetz nicht geregelt wird die Frage, in welcher Form eine solche Entschädigung auszurichten ist. Theoretisch wären an sich verschiedene Lösungen denkbar, so (1) die Übertragung von Vorsorgemitteln des pflichtigen Ehegatten auf den berechtigten Ehegatten (mit verschiedenen Fallkonstellationen), (2) die Übertragung freier Mittel des pflichtigen Ehegatten in den Vorsorgebereich des berechtigten Ehegatten (wiederum mit verschiedenen Fallkonstellationen) sowie (3) die Übertragung freier Mittel des pflichtigen Ehegatten – in Kapital- oder Rentenform – ins frei verfügbare Vermögen des berechtigten Ehegatten. Bei den ersten beiden Lösungen bestehen allerdings *zahlreiche vorsorgerechtliche und steuerrechtliche Schranken*, die es zu beachten gilt und die letztlich mehrere denkbare Lösungsvarianten erschweren oder gar verunmöglichen⁵. Scheidungsanwältinnen und -anwälte müssen diese Schranken bei der Ausarbeitung von *Scheidungskonventionen* unbedingt beachten, und

Gerichte dürfen keine einvernehmlichen Regelungen über die Form der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB genehmigen, die vorsorgerechtlich und steuerrechtlich unzulässig sind⁶. Denn schuldrechtlich gesprochen läge ein Rechtsgeschäft mit anfänglich objektiv unmöglichem Inhalt i.S.v. Art. 20 OR vor, das nichtig wäre⁷.

Wie aber verhält es sich, wenn sich die Parteien über die Form der zu leistenden angemessenen Entschädigung nicht einigen können und das Gericht entscheiden muss? Kann das Gericht für den Fall, dass der verpflichtete Ehegatte die Entschädigung *aus seinem freien Vermögen* zu entrichten hat, zulasten des berechtigten Ehegatten entscheiden, dass die Entschädigung an dessen *Berufsvorsorgeeinrichtung*, auf ein auf seinen Namen lautendes *Freizügigkeitskonto* bzw. auf eine *Freizügigkeitspolice* oder in die *gebundene Selbstvorsorge* einbezahlt wird?

Diese Frage hat das Bundesgericht vor kurzem im hier besprochenen Urteil klar verneint⁸. Es hält ausdrücklich fest, Art. 124 ZGB *biete keine gesetzliche Grundlage* dafür, dass die Entschädigung in vorsorgerechtlich gebundener Form erfolgen müsse. *Daher könne der Richter zwar eine entsprechende Vereinbarung der Parteien genehmigen (sofern sie nach den Regeln des Vorsorgerechts erfüllbar sei), nicht aber eine solche Form der Entschädigung anordnen*. Leistet der verpflichtete Ehegatte die Entschädigung aus seinem freien Vermögen – z.B. weil bei ihm der Vorsorgefall bereits eingetreten ist und er daher über kein vorsorgerechtlich gebundenes Vermögen mehr verfügt –, hat mithin der berechnete Ehegatte Anspruch auf Zahlung (je nach den Umständen in Kapital- oder in Rentenform) *zur freien Verfügung*. Anders würde es sich nur verhalten, wenn dem pflichtigen Ehegatten ein Anspruch auf eine Austrittsleistung zusteht. Diesfalls kann gemäss Art. 22b Abs. 1 FZG im Scheidungsurteil bestimmt werden, dass ein Teil der Austrittsleistung auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung übertragen wird. Eine Übertragung dieser Austrittsleistung ins freie Vermögen des berechtigten Ehegatten ist dann nur möglich, wenn bei ihm ein *Barauszahlungsgrund* nach Art. 5 FZG verwirklicht⁹

* Prof. Dr. iur., Bern

¹ Zum ersten Mal mit der Frage befasst, in welcher Weise der Schuldner seine Pflicht zur Leistung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB erfüllen kann, habe ich mich in: *Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB?*, ZBJV 2002 1 ff.

² Art. 122 ff. ZGB.

³ In der Praxis gibt es deutlich mehr Fälle als ursprünglich erwartet, bei denen ein Vorsorgeausgleich nicht möglich ist (siehe dazu FamKomm Scheidung/Baumann/Lauterburg, Bern 2005, Art. 124 ZGB N 13 ff.; BSK ZGB I-Walser, Basel 2002, Art. 124 N 9 ff.; Th. Koller (Fn. 1), 2/3, m.Nw.), so vor allem bei Scheidungen mit Auslandsbezug. Dementsprechend bedeutsam ist die Regelung von Art. 124 ZGB.

⁴ Ab 1.1.2007 wird Art. 124 ZGB auch bei der Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft gelten. Streng wörtlich genommen würde zwar der Text von Art. 33 des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz; PartG; SR 211.231; AS 2005 5685) nur auf den Vorsorgeausgleich nach Art. 122/123 ZGB verweisen. Der Gesetzgeber hatte aber eine vollumfängliche Verweisung auf die Art. 122 bis 124 ZGB im Auge (Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 ff., spez. 1347). Sachlich ist eine solche Gesamtverweisung (unter Einschluss von Art. 124 ZGB) denn auch richtig (so wie hier auch Andrea Büchler/Margot Michel, Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick, in: Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, hrsg. von Stephan Wolf, Bern 2006, 1 ff., spez. 47 Anm. 238).

⁵ Dazu einlässlich Th. Koller (Fn. 1), 5 ff.

⁶ In diesem Sinne auch das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid in E. 4.5 in fine S. 155 e contrario (« ... lorsqu'il est établi que l'accord conclu peut être exécuté sur le plan du droit de prévoyance.»).

⁷ Art. 140 Abs. 2 ZGB.

So ist es etwa vorsorgerechtlich ausgeschlossen, dass die Pensionskasse des berechtigten Ehegatten noch Geld für diesen entgegennimmt, wenn bei ihm bereits der Vorsorgefall «Alter» eingetreten ist (vgl. dazu E. 4.3 S. 153 des hier besprochenen Bundesgerichtsurteils). Eine entsprechende Vereinbarung der Ehegatten wäre nichtig und dürfte vom Scheidungsgericht nicht genehmigt werden.

⁸ Ausführlich dazu E. 4 S. 152 ff. des hier besprochenen Urteils. Im BGE 131 III 1 zugrunde liegenden Fall hatte das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz – ähnlich wie im hier besprochenen Fall das Kantonsgericht Wallis – ebenfalls eine Überweisung freier Mittel des pflichtigen Ehegatten an die Vorsorgeeinrichtung des berechtigten Ehegatten angeordnet. Damals hatte aber das Bundesgericht (offenbar mangels einer entsprechenden Rüge der Berufungsklägerin) zur hier interessierenden Frage nicht Stellung zu nehmen.

⁹ Art. 22b Abs. 2 zweiter Satzteil FZG.

oder bereits ein *Vorsorgefall* eingetreten ist¹⁰; ansonsten muss die Übertragung zwingend ins gebundene Vermögen des Berechtigten (also auf seine Vorsorgeeinrichtung oder gegebenenfalls auf eine Freizügigkeitseinrichtung¹¹) erfolgen.

In der Lehre wurde bisher zum Teil die Auffassung vertreten, die angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB müsse für die Vorsorge der berechtigten Partei gewahrt bleiben, wenn bei dieser noch kein *Vorsorgefall* eingetreten sei, diene doch diese Entschädigung dem Aufbau der Vorsorge und nicht dem laufenden Unterhalt¹². Das wäre konsequenterweise nur möglich, wenn der berechtigte Ehegatte gezwungen werden könnte, die Entschädigung in allen Fällen in vorsorgerechtlich gebundener Form entgegenzunehmen¹³. Dem hat das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid eine klare Absage erteilt.

Die bundesgerichtliche Weichenstellung überzeugt. Die Übertragung freier Mittel des verpflichteten Ehegatten in

den Vorsorgebereich des berechtigten Ehegatten ist aus berufsvorsorgerechtlichen und steuerrechtlichen Gründen nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich¹⁴. Zudem fehlt – wie das Bundesgericht zu Recht festhält – eine gesetzliche Grundlage, um dem berechtigten Ehegatten gegen seinen Willen eine solche Übertragung freier Mittel in den Vorsorgebereich aufzuzwingen. Daher ist die gegenteilige Lösung, für die sich in casu das Kantonsgericht Wallis als Vorinstanz entschieden hatte, nicht zugänglich. Allerdings hat damit der berechtigte Ehegatte die Möglichkeit, die Entschädigung nach Art. 124 ZGB für laufende Konsumbedürfnisse zu verwenden und so dem Vorsorgezweck zu entfremden, was unter gewissen Umständen problematisch sein mag. Abhilfe könnte hier indessen bei Bedarf nur der Gesetzgeber schaffen, der dann aber gleichzeitig auch die vorsorgerechtlichen und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend anpassen müsste.

¹⁰ E. 4.3 S. 153 des hier besprochenen Urteils; BSK ZGB I-Walser (Fn. 3), Art. 124 N 17; Th. Koller (Fn. 1), 6, m.w.Nw.

¹¹ Ausgeschlossen ist eine Übertragung in die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a), da Überweisungen von der zweiten Säule in die Säule 3a aus steuerrechtlichen Gründen nicht zulässig sind (Th. Koller, [Fn. 1], 7/8, m.Nw.).

¹² FamKomm Scheidung/Baumann/Lauterburg (Fn. 3), Art. 124 ZGB N 69.

¹³ Inkonsequent insoweit FamKomm Scheidung/Baumann/Lauterburg (Fn. 3), Art. 124 ZGB N 69 in fine, welche eine Einzahlung auf ein Sparheft dann doch genügen lassen wollen.

¹⁴ Einlässlich dazu Th. Koller (Fn. 1), 10 ff.