

Vorsorgeausgleich: Mit Rechtsbeistand besser

Katerina Baumann* / Margareta Lauterburg, Bern*



Seit dem 1. Januar 2000 muss die berufliche Vorsorge im Scheidungsfall geteilt werden. Tatsächlich werden die Austrittsleistungen nur in knapp der Hälfte der Scheidungen nach Art. 122 ZGB geteilt, und dies nur ausnahmsweise hälftig.

Auf den Ausgleich wird so häufig verzichtet, dass keine Rede mehr sein kann vom Ausnahmecharakter von Art. 123 Abs. 1 ZGB (Verzicht, vgl. Kasten). Die gesetzlichen Voraussetzungen des Verzichts sind in der Regel nicht erfüllt. Art. 124 ZGB über die angemessene Entschädigung wird praktisch nicht angewendet, und niemand hat klare Vorstellungen darüber, wie in den verschieden gelagerten Einzelfällen eine gerechte Entschädigung zu bestimmen ist.

Zusammenfassung:

Bei Scheidungen ist die Praxis zum Vorsorgeausgleich unbefriedigend. So akzeptieren Gerichte Verzicht auf den Vorsorgeausgleich häufig, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt wären. Sind Scheidungswillige anwaltschaftlich vertreten, wird der Vorsorgeausgleich korrekter vorgenommen.

So lauten einige Ergebnisse des Forschungsprojektes «Evaluation Vorsorgeausgleich», das die Autorinnen im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms «Probleme des Sozialstaats» durchgeführt haben. Dabei untersuchten sie auch den Einfluss der anwaltschaftlichen Verbeiständung auf den Vorsorgeausgleich.

Frauen häufiger von Rechtsbeistand vertreten

Frauen sind in Scheidungsverfahren häufiger anwaltschaftlich vertreten als Männer: 58 Prozent der Frauen, aber nur 41 Prozent der Männer haben einen Rechtsbeistand. Frauen lassen sich deutlich öfter von einer Anwältin vertreten: 35 Prozent der Frauen, aber nur 16 Prozent der Männer beauftragen eine Anwältin. Die übrigen verbeiständeten Frauen und Männer ziehen einen Anwalt bei. Immerhin 9 Prozent der verbeiständeten Parteien liessen sich durch dieselbe Person vertreten. Knapp ein Fünftel dieser «Doppelvertreterinnen und Doppelvertreter» sind weiblichen, gut vier Fünftel männlichen Geschlechts.

Die Verbeiständung wirkt sich positiv aus: Wirken Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter mit, werden die Austrittsleistungen häufiger geteilt (vgl. Tabelle auf dieser Seite). Noch deutlicher ist der Einfluss der Verbeiständung auf die Häufigkeit des Verzichts. In einem Drittel der Fälle wird auf den Ausgleich verzichtet. Dieser Anteil ist erschreckend hoch, obwohl die Ausnahmen von der Teilung restriktiv geregelt sind (Art. 123 Abs. 1, Art. 141 Abs. 3 ZGB). Wirken Anwältinnen und Anwälte mit, liegt die Verzichtquote zwar immer noch bei einem Viertel. Handeln die Parteien aber alleine, wird fast in der Hälfte der Scheidungen auf den Ausgleich verzichtet. Der Anwaltsstand trägt also

Anteile der Erledigungsarten insgesamt nach Verbeiständung

	Art. 122 ZGB (hälftige Teilung)	Art. 123 Abs. 1 ZGB (Verzicht)	Art. 124 ZGB (angemessene Entschädigung)	andere Erledigungen
Verteilung insgesamt	47.18%	33.22%	2.33%	17.28%
mit 1 oder 2 Rechtsbeiständen	53.13%	24.48%	2.60%	19.79%
ohne Rechtsbeistand	36.70%	48.62%	1.83%	12.84%

dazu bei, dass der Verzicht nicht geradezu zur Regel wird (vgl. Tabelle).

Einfluss der Verbeiständung auf die Erfüllung der Verzichtsvoraussetzungen

	Surrogat vorhanden	Kein Surrogat	Surrogat unklar
In der Stichprobe insgesamt	20.00%	37.00%	43.00%
mit 1 oder 2 Rechtsbeiständen	27.66%	36.17%	36.17%
ohne Rechtsbeistand	13.21%	37.74%	49.06%

Das ist umso wichtiger, als der Verzicht auf den Vorsorgeausgleich sozialversicherungs- und gleichstellungsrechtlich bedenklich ist: Nur jede zweite Frau im aktiven Alter hat eine Pensionskasse. Frauen stellen in der zweiten Säule knapp 30 Prozent aller Altersrentnerinnen und -rentner, und sie beziehen nur 17 Prozent der ausgeschütteten Altersrenten. Geschiedene Frauen haben ein deutlich erhöhtes Armutsrisiko. Deshalb ist der Verzicht zu Recht an strenge Kriterien geknüpft. Die Gerichte überprüfen diese aber nicht ausreichend, wie die Interviews zeigten. Sie halten den Vorsorgeausgleich fälschlicherweise mehrheitlich für dispositiv und setzen sich kaum für die Durchsetzung der Teilung ein.

Vorsorgeverzicht von Anwälten gut kontrolliert

Auch auf die korrekte Anwendung der Verzichtsvoraussetzungen haben Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter einen positiven Einfluss: Sind Anwältinnen und Anwälte im Spiel, sind die Verzichtsvoraussetzungen doppelt so häufig erfüllt, wie wenn die Parteien allei-

ne handeln. Trotzdem ist eher bedenklich, dass eine anderweitig gewährleistete Vorsorge (Surrogat) auch bei anwaltschaftlicher Vertretung in weniger als einem Drittel der Verzichte vorliegt.

Sind die Teilungen nach Art. 122 ZGB auch häufiger hälftig, wenn Rechtsvertreterinnen oder Rechtsvertreter mitwirken? Es lässt sich nicht nachweisen, dass die Verbeiständung einen positiven Einfluss auf die tatsächliche Hälftigkeit der Teilungen nach Art. 122 ZGB hat. Wenn Rechtsvertreterinnen oder Rechtsvertreter mitwirken, ist der Anteil der hälftigen Teilungen im Gegenteil tiefer (73,53 Prozent gegenüber 77,50 Prozent ohne Anwältinnen und Anwälte).

Dennoch lässt die Datenlage insgesamt darauf schliessen, dass den Anwältinnen und Anwälten weitgehend daran gelegen ist, die Ziele des Vorsorgeausgleichs zu verwirklichen. Es besteht aber noch erhebliches Verbesserungspotenzial, umso mehr, als die Gerichte die Untersuchungsmaxime oft nicht allzu ernst nehmen und es zu wichtigen Fragen nie eine Rechtsprechung geben wird. Die Obergerichte und das Bundesgericht werden sich zum Beispiel kaum je zu den Anforderungen an den zulässigen Verzicht äussern können, denn wer auf den Ausgleich verzichtet, kann darauf nicht mehr zurückkommen (Art. 148 Abs. 2 ZGB).

Die Untersuchung zeigt, in welchen Fragen Verbesserungen notwendig sind:

Wird das Teilungssubstrat bestimmt, sollten für beide Parteien Erwerbsbiografien erstellt und für die diversen Stationen Bestand und Verbleib der Vorsorgebe-

Die Grundzüge des Vorsorgeausgleichs nach neuem Scheidungsrecht

Das Scheidungsrecht vom 1. Januar 2000 schreibt vor, dass die Austrittsleistungen von Mann und Frau je hälftig zu teilen sind, wenn noch bei keiner Partei ein Vorsorgefall eingetreten ist (Art. 122 ZGB). Ein Verzicht auf die Teilung ist nur zulässig, wenn eine entsprechende Alters- und Invaliditätsvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist (Art. 123 Abs. 1 ZGB). Das Gericht muss von Amtes wegen prüfen, ob die Verzichtsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 141 Abs. 3 ZGB). Ist die Teilung offensichtlich unbillig, kann sie vom Gericht ausgeschlossen werden (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Kann der Ausgleich nicht mittels Teilung der Austrittsleistungen erfolgen, ist eine angemessene Entschädigung geschuldet (Art. 124 ZGB).

Im Rahmen des Forschungsprojekts «Evaluation Vorsorgeausgleich» untersuchten die Autorinnen die An-

wendung von Art. 122–124, 141 und 142 ZGB in der Praxis. Sie evaluierten Scheidungsdossiers von sieben erstinstanzlichen Gerichten aus fünf Kantonen (Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg und Solothurn) und interviewten Richterinnen und Richter sowie praktizierende Anwältinnen und Anwälte. Ferner prüften sie die Rechtsprechung von je fünf Ober- und Versicherungsgerichten und werteten die publizierte Rechtsprechung weiterer Ober- und Versicherungsgerichte, des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aus.

Weitere Ergebnisse in: Evaluation Vorsorgeausgleich, eine empirische Untersuchung an sieben Scheidungsgerichten, Schriftenreihe zum Familienrecht FamPra.ch, Band 3 (erschien im Januar 2004).

standteile aus zweiter Säule geklärt werden. Die am häufigsten «vergessenen» Bestandteile sind übrigens Barauszahlungen an Männer,¹ Vorbezüge von Männern für selbstbewohntes Wohneigentum sowie Austrittsleistungen, die von Männern nach einer Phase der Selbstständigkeit seit der Wiederaufnahme eines Anstellungsverhältnisses aufgebaut wurden.

Der Ausgleichsanspruch wird häufig fehlerhaft berechnet. Einige Beispiele: Man zieht die Austrittsleistungen bei Heirat nicht von den Beträgen bei Scheidung ab, setzt bei einer Partei die ganze ehezeitlich erworbene Austrittsleistung in die Rechnung ein, bei der anderen bloss die halbe, oder man berücksichtigt statt der Austrittsleistung das in der Regel tiefere BVG-Guthaben. Der häufigste Fehler ist die Wahl eines zu frühen Stichtags: In 62 Prozent der Fälle beträgt die Differenz zum gesetzlichen Stichtag mehr als ein halbes Jahr, in 12 Prozent mehr als ein Jahr. Die Austrittsleistung bei Heirat dagegen wird in vielen Fällen sehr wohl bis zum Scheidungsdatum verzinst. Diese Abweichungen können erheblich ins gute Tuch gehen und sollten nicht banalisiert werden.

Verzichtvoraussetzungen bei Frauen oft nicht erfüllt

Beim Verzicht sollten sich Anwältinnen und Anwälte vor Augen halten, dass die meist vorsorgeschwächeren Frauen häufiger auf den Ausgleich verzichten als Männer. Was noch schwerer wiegt: In Konstellationen, in denen Frauen typischerweise verzichten, sind die Verzichtvoraussetzungen in der Regel nicht erfüllt. Verzichte von Männern sind dagegen tendenziell gesetzeskonform:

- Männer verzichten vor allem, wenn die Teilung der Austrittsleistung der Frau unbillig im Sinn von Art. 123 Abs. 2 ZGB wäre. Die wichtigsten Fallgruppen sind selbstständig erwerbstätige Männer, deren Vorsorge im eigenen Betrieb steckt, und Situationen, in denen die Frauen die Familienlasten weitestgehend alleine getragen haben, sodass ihnen nicht zuzumuten ist, auch noch ihre Vorsorge teilen zu müssen. In beiden Konstellationen könnte das Gericht die Teilung auch ausschliessen.
- Frauen verzichten vor allem dann, wenn beide Parteien eine (wenn auch sehr unterschiedliche) zweite Säule haben (fast 50 Prozent der Verzichte). Frauen verzichten hier nicht nur doppelt so häufig wie Männer. Bei ihnen liegen in 87 Prozent der Fälle klare Substanzverluste vor (bei den Männern trifft dies nur in einer kleinen Zahl der Fälle zu). Frauen sollten darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Verzicht ein Äquivalent voraussetzt, das im Moment der Scheidung tatsächlich vorhanden sein muss.

Unzulässige Verrechnung von Gerichten gebilligt

Ein tatsächliches Äquivalent für den Verzicht ist zum Beispiel dann nicht gegeben, wenn man Ansprüche einer Frau aus Vorsorgeausgleich mit einer güterrechtlichen Forderung des Mannes verrechnet. Das kommt relativ häufig vor, ist aber unzulässig, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht zu Recht entschieden hat.² Der Vorsorgeschutz muss gemäss ausdrücklichem Verweis in Art. 22 des Freizügigkeitsgesetzes (FZG) auch beim scheidungsrechtlichen Ausgleich gewahrt werden. Bei der Verrechnung entfällt mit der Schuld wohl ein Passivposten, eine anderweitige Alters- und Invaliditätsvorsorge ist jedoch nicht gewährleistet. Von den Zivilgerichten wurde dieser wichtige Entscheid bisher praktisch nicht berücksichtigt.

Entschädigungen nach Art. 124 ZGB wären an sich in gut 11 Prozent der Scheidungen geschuldet, werden jedoch in weniger als 3 Prozent festgelegt. Art. 124 Abs. 2 ZGB über die Sicherstellung der Entschädigung wird bisher leider kaum angewendet. Unbefriedigend ist weiter, dass die Entschädigungen praktisch nie für die Vorsorge der berechtigten Partei reserviert bleiben, sondern ihr auch dann «bar auf die Hand» bezahlt werden, wenn sie noch nicht im Rentenalter oder invalid ist. Die Rechtsprechung rechtfertigt dies mit dem Argument, die Frau könnte schliesslich, wenn sie noch verheiratet wäre, ebenfalls direkt von den Renten des Mannes profitieren.³ Beim Vorsorgeausgleich geht es aber darum, beiden Parteien eigene Vorsorgeansprüche einzuräumen. Der Vergleich mit der Situation bei bestehender Ehe beantwortet die Frage nicht, ob der Vorsorgeschutz auch im Fall von Entschädigungen nach Art. 124 ZGB gewahrt bleiben muss. Weil es sich um Mittel handelt, die für die Vorsorge bestimmt sind, sollte die Ausgleichsberechtigte darüber nicht verfügen können, bevor der Vorsorgefall bei ihr eingetreten ist. Das Gesetz enthält dazu keine Regelung; eine Lücke wäre durch die Gerichte zu schliessen.

Weshalb werden kaum je Entschädigungen nach Art. 124 ZGB festgelegt? Der Hauptgrund ist, dass Richterinnen und Richter, vielfach aber auch Anwältinnen und Anwälte der Meinung sind, dies sei nur in guten wirtschaftlichen Verhältnissen möglich. Die Entschädigungen werden – auch vom Bundesgericht⁴ – als Ermessensleistungen betrachtet.

Entschädigung nach Art. 124 falsch beurteilt

Die Praxis stellt häufig auf Unterhaltskriterien ab und damit auf den Bedarf der Berechtigten, begrenzt durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Das ist unlogisch, wie folgendes Beispiel zeigt: Am Tag vor seiner Pensionierung muss Herr Müller seine Austrittsleis-

tung von 100 000 Franken hälftig teilen, unabhängig von seiner wirtschaftlichen Situation. Seine Rente vom verbleibenden Kapital (50 000 Franken) beträgt 300 Franken (Umwandlungssatz 7,2 Prozent). Auf eine identische Rente kommt Herr Müller, wenn man die Entschädigung am Tag nach seiner Pensionierung mittels hälftiger Teilung ermittelt: 7,2 Prozent von 100 000 Franken = monatlich 600 Franken, aufgeteilt auf beide Parteien = je 300 Franken.

Teilungskriterien falsch angewendet

Stattdessen wird bei Art. 124 ZGB argumentiert, die AHV-Rente und die Rente aus zweiter Säule von 300 Franken seien für Herr Müller nicht ausreichend. Sein Existenzminimum sei höher, er könne deshalb nur wenig oder gar keine Entschädigung bezahlen. Es gibt keinen Grund, vor und nach der Pensionierung unterschiedliche Teilungskriterien anzuwenden. Deshalb sollte die wirtschaftliche Situation bei der hälftigen Teilung nach Art. 122 ZGB unerheblich sein, bei

der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB dagegen ausschlaggebend, wenn dem Ausgleichspflichtigen unter dem Strich in beiden Fällen dieselbe Rente bleibt?

Verweigert oder beschränkt man in solchen Situationen die Entschädigungspflicht oder legt man der Frau gar den Verzicht nahe, wird Art. 123 ZGB (Verzicht und Ausschluss) im Bereich der angemessenen Entschädigung (Art. 124 ZGB) seines Gehalts entleert: Verzichtet eine Frau in ungünstiger wirtschaftlicher Situation auf die Entschädigung, mangelt es in aller Regel an einem Surrogat (Art. 123 Abs. 1 ZGB). Die gesetzlichen Voraussetzungen des Verzichts sind also nicht erfüllt. Wollen die Gerichte angesichts der wirtschaftlichen Situation keine Entschädigungen festlegen, kommt dies einem Ausschluss nach Art. 123 Abs. 2 ZGB gleich, ohne dass die dort verlangte Unbilligkeit gegeben wäre. Beide Varianten sind gesetzeswidrig, wenn man mit dem Bundesgericht davon ausgeht, dass Art. 123 ZGB auch bei der angemessenen Entschädigung gilt.⁵

Im Anwendungsbereich von Art. 122 ZGB ist die Praxis zum gerichtlichen Ausschluss der Teilung zu Recht restriktiv. Er findet nur in 1,42 Prozent der Scheidungen statt. Keine der befragten Richterinnen und Richter würde die Teilung ausschliessen, nur weil die Frau bereits aus Güterrecht einen Wert erhalten oder keinen Bedarf an Vorsorgemitteln hat. Sie müsste schon über ein beträchtliches Eigengut, der Mann ausschliesslich über seine zweite Säule verfügen. Grenzfälle gibt es etwa bei langer Trennungszeit: Haben die Parteien nie zusammengelebt und waren sie während der Ehe wirtschaftlich immer völlig unabhängig voneinander, kann die Teilung ausgeschlossen werden.⁶ Ansonsten ist die lange Trennungsdauer als solche kein Grund, den Vorsorgeausgleich auszuschliessen.⁷ ■

* Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin, katerina.baumann@freesurf.ch, Margareta Lauterburg, Fürsprecherin, greta.lauterburg@bluewin.ch, Büro GRIFF, Bern; erschienen in: plädoyer 6/2003, S. 22 ff.

- ¹ Barauszahlungen sind gemäss BGE 127 III 433 ff. mit einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB abzugelten.
² Urteil des EVG vom 14.5.2002, B18/01, in: FamPra.ch 3/2002, S. 568 ff.
³ Urteil des Obergerichts Basel-Landschaft vom 11.6.2002, 14–99/772, in: Fam Pra.ch 3/2003, S. 657 ff.
⁴ BGer. vom 1.10.2002, 5C.159/2002, in: FamPra.ch 1/2003, S. 159 ff.
⁵ BGer. vom 1.5.2002, 5C.276/2001, in: FamPra.ch 3/2002, S. 563 ff.
⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25.2.2002, ZR 101 (2002) Nr. 95.
⁷ BGer. vom 29.6.2001, 5C.111/2001, sowie Urteil des Obergerichts des Kantons Genf vom 16.2.2001, C/11869/93, in: FamPra.ch 4/2001, S. 801 ff.

Die erwähnten Gesetzesartikel lauten:

Art. 122 ZGB

D. Berufliche Vorsorge
 I. Vor Eintritt eines Vorsorgefalls
 1. Teilung der Austrittsleistungen

¹Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993¹ für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten.

²Stehen den Ehegatten gegenseitig Ansprüche zu, so ist nur der Differenzbetrag zu teilen.

Art. 123 ZGB

2. Verzicht und Ausschluss

¹Ein Ehegatte kann in der Vereinbarung auf seinen Anspruch ganz oder teilweise verzichten, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist.

²Das Gericht kann die Teilung ganz oder teilweise verweigern, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre.

Art. 124 ZGB

II. Nach Eintritt eines Vorsorgefalls oder bei Unmöglichkeit der Teilung

¹Ist bei einem oder bei beiden Ehegatten ein Vorsorgefall bereits eingetreten oder können aus andern Gründen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge, die während der Dauer der Ehe erworben worden sind, nicht geteilt werden, so ist eine angemessene Entschädigung geschuldet.

²Das Gericht kann den Schuldner verpflichten, die Entschädigung sicherzustellen, wenn es die Umstände rechtfertigen.