

Dr. Christophe Herzig / Matthias Jenal

## **Verweigerung des Vorsorgeausgleichs in der Scheidung: Konfusion um Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel**

---

Die Urteilsbesprechung befasst sich mit den Grundsätzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Verweigerung des Vorsorgeausgleichs in der Scheidung, welche das Bundesgericht in seinem Leiturteil BGE 133 III 497 aufgestellt und erst kürzlich mit Urteil 5A\_796/2011 vom 5. April 2012 bestätigt hat. Einigen Überlegungen zum Verhältnis von Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel folgen abschliessend ein paar kritische Anmerkungen zur geplanten Revision.

---

Rechtsgebiet(e): Familienrecht. Eherecht; Eheschliessung. Auflösung der Ehe; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Christophe Herzig / Matthias Jenal, Verweigerung des Vorsorgeausgleichs in der Scheidung: Konfusion um Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel, in: Jusletter 21. Januar 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - A. Allgemeines
  - B. Sinn und Zweck des Vorsorgeausgleichs
  - C. Kein Ausgleich als Ausnahmetatbestand
- II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
- III. Kritische Würdigung
  - A. Einführung
  - B. Das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot
  - C. Abgrenzung zwischen dem Rechtsmissbrauchsverbot und der Unbilligkeitsregel
- IV. Ausblick
  - A. Geplante Revision
  - B. Kritische Anmerkungen
    - 1. Allgemeines
    - 2. Anwendungsbereich der geplanten Unbilligkeitsregel im Besonderen

## I. Einführung

### A. Allgemeines

[Rz 1] Bei einer Scheidung stellt sich die grundlegende Frage, was mit der beruflichen Vorsorge der Ehegatten geschehen soll. Dieser Frage kommt eine herausragende Bedeutung zu, da das Vermögen der meisten Eheleute heute überwiegend in der beruflichen Vorsorge (2. Säule) sowie in der freiwilligen Vorsorge (Säule 3a oder 3b) angelegt ist.<sup>1</sup> Gemäss Art. 122 ZGB hat im Falle der Scheidung grundsätzlich jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der während der Ehe dauer erworbenen beruflichen Vorsorge.

### B. Sinn und Zweck des Vorsorgeausgleichs

[Rz 2] Wurde während der Ehe einer klassischen Aufgabenteilung nachgelebt und geht ein Ehegatte entsprechend zur Hauptsache einer Erwerbstätigkeit nach, während der andere den Haushalt führt und die Kinder betreut, so verfügt der erwerbstätige Ehegatte regelmässig über eine wesentlich bessere Vorsorge als der nicht erwerbstätige. Wird die Ehe geschieden, so führt die Anknüpfung der Vorsorge an die Erwerbstätigkeit dazu, dass die unterschiedliche Aufgabenteilung in der Ehe nachhaltige Auswirkungen auf die wirtschaftliche Stellung der geschiedenen Ehegatten hat und mithin den haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten erheblich benachteiligt. Sinn und Zweck des Vorsorgeausgleichs ist entsprechend der Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung, so dass beide Ehegatten über eine Vorsorge verfügen.<sup>2</sup>

### C. Kein Ausgleich als Ausnahmetatbestand

[Rz 3] Wie so oft im Recht gibt es keine Regel ohne

Ausnahme. Diese findet sich für die Teilung der Vorsorgegelder in Art. 123 ZGB. Danach sind für das Ausbleiben des Vorsorgeausgleichs zwei Varianten denkbar: Entweder verzichtet ein Ehegatte ganz oder teilweise auf seinen Anspruch, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenversicherung auf andere Weise gewährleistet ist, oder das Gericht verweigert die Teilung ganz oder teilweise, wenn sie auf Grund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre. In der Folge wird die zweite Variante, nämlich die Verweigerung des Ausgleichs aus Unbilligkeit, im Fokus stehen.

## II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

[Rz 4] Die im Urteil des Bundesgerichts 5A\_796/2011 vom 5. April 2012 erst kürzlich erneut bestätigten Grundsätze zur Verweigerung der Teilung<sup>3</sup>, hat das Bundesgericht erstmals in seinem Leitentscheid BGE 133 III 497 ausführlich dargelegt:

[Rz 5] Im amtlich veröffentlichten Leiturteil ging es um ein Ehepaar, bei dem die Ehefrau sowohl durch ihren vollzeitlichen Arbeitserwerb die finanzielle Existenz der Familie sichergestellt als auch sich im Wesentlichen um den Haushalt gekümmert hat. Zusammen mit ihren Eltern war sie schliesslich auch für die Kindererziehung und -betreuung besorgt. Der arbeitslose Ehemann dagegen hat sich weder gewissenhaft um eine neue Arbeitsstelle bemüht, noch die Kinderbetreuung übernommen, obwohl er aufgrund seiner Arbeitssituation reichlich Zeit für die Betreuung der Kinder gehabt hätte (E. 5.2).

[Rz 6] Das Bundesgericht kommt aufgrund seiner Auslegung von Art. 123 Abs. 2 ZGB zum Schluss, dass das Gericht die Teilung der Austrittsleistung nicht nur dann ganz oder teilweise verweigern könne, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre, sondern auch dort in Betracht käme, wo die Teilung im konkreten Einzelfall und bei Vorliegen eines dem gesetzlichen vergleichbaren oder ähnlichen Tatbestandes gegen das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs<sup>4</sup> verstossen würde (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Für weitere Verweigerungstatbestände bliebe jedoch kein Raum (E. 4.7).

---

<sup>1</sup> Vgl. Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal, Vorwort, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 201 ff., N 28 ff.

<sup>2</sup> BBl 1996 I 1, 99 f.; BGE 133 III 497 (506) E. 5.2.

<sup>3</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die zusammengefasste Rechtsprechung bei Rumo-Jungo Alexandra/Herzig Christophe A., Neuere Rechtsprechung und Literatur zur beruflichen und freiwilligen Vorsorge in der Scheidung, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 5. Symposium zum Familienrecht 2009, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 201 ff., N 28 ff. sowie Herzig Christophe A./Imbach Sandra/Jenny Tabea, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht, in: Rumo-Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Der neue Familienprozess, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 163 ff., N 53 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zur Rechtsprechung zum offenbaren Rechtsmissbrauch Rumo-Jungo/Herzig (FN 3), N 36 f.

[Rz 7] Aufgrund dieser Erwägungen verneint das Bundesgericht in einem ersten Schritt das Vorliegen einer offensichtlichen Unbilligkeit nach Art. 123 Abs. 2 ZGB und prüft sodann, ob ein Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegt. Es verneint einen Rechtsmissbrauch und bejaht in der Folge die im oben dargelegten Sachverhalt erwähnte Teilung der Austrittsleistungen. Das Verhalten des Ehemannes würde zwar gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstossen, doch nicht jede grobe Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens sei ein offenkundiger Rechtsmissbrauch. Im Verhältnis zwischen Privaten sei für den offenkundigen Rechtsmissbrauch charakteristisch, dass eine Partei die andere zu einem bestimmten Verhalten verleitet, um daraus treuwidrig Vorteile zu ziehen, sei es durch Geltendmachung von Ansprüchen, sei es durch die Erhebung von Einreden. Als Regel gelte, dass ehewidriges Verhalten den Tatbestand des offenkundigen Rechtsmissbrauchs nicht zu erfüllen vermöge und nicht zur Verweigerung der Teilung führen könne (E. 5.2 f.).

### III. Kritische Würdigung

#### A. Einführung

[Rz 8] Die durch das Bundesgericht aufgestellten Grundsätze zur Verweigerung der Teilung der Vorsorgegelder gilt es im Lichte der ratio legis des Vorsorgeausgleichs kritisch zu würdigen. Wie bereits unter I. erörtert, ist Sinn und Zweck des Vorsorgeausgleichs der Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung. Genau dies hält auch das Bundesgericht explizit im oben dargelegten Leitentscheid in E. 5.2 fest. Doch man wird anlässlich der Lektüre des Entscheids den Verdacht nicht ganz los, dass das Bundesgericht in seinen weiteren Überlegungen und seiner Schlussfolgerung bedauerlicherweise den Zweck der Teilung der Vorsorgegelder aus den Augen verliert.

#### B. Das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot

[Rz 9] Art. 2 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass der offenkundige Rechtsmissbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet. Eine Legaldefinition des Rechtsmissbrauchs lässt sich dem Gesetz nicht entlocken, doch vermögen die einschlägigen Materialien etwas Licht ins Dunkel zu bringen: Wird durch die Ausübung eines Rechts offenkundiges Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen, so liegt Rechtsmissbrauch vor.<sup>5</sup> Die Bestimmung soll diejenigen Fälle erfassen, in denen eine Diskrepanz zwischen «scheinbarem» und «wirklichem» Recht im Sinne des Gerechtigkeitspostulates auftritt.<sup>6</sup>

[Rz 10] Das Rechtsmissbrauchsverbot wird in der Lehre und Rechtsprechung durch die Herausarbeitung von Fallgruppen konkretisiert.<sup>7</sup> Nachstehend soll eine der Fallgruppen erörtert werden: Ist ein Rechtsinstitut von Gesetzes wegen für einen bestimmten Zweck vorgesehen und entspricht die Verwendung durch eine Partei nicht diesem Zweck, kann eine rechtsmissbräuchliche Handlung vorliegen.<sup>8</sup> Der Vorsorgeausgleich ist ein eigenständiges Rechtsinstitut<sup>9</sup>, das den Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung bezweckt.

[Rz 11] Muss die Teilung im obigen Sachverhalt vorgenommen werden und wird sie nicht verweigert, liegt tatsächlich – im Gegensatz zur Auffassung des Bundesgerichts – ein Rechtsmissbrauch vor, denn: Wer sich um eine Aufgabenteilung während der Ehe füttert und eine solche auch de facto nicht vorhanden ist (was auch das Bundesgericht anerkennt), sich dann aber zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe gerade auf diese Aufgabenteilung beruft – und dies tut, wer auf der Teilung der Vorsorgegelder beharrt, weil diese Teilung die Nachteile der Aufgabenteilung ausgleichen soll –, der handelt widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich. Gerade in einem solchen Fall wird durch die zweckwidrige Verwendung des Vorsorgeinstituts offenkundiges Unrecht i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB geschaffen und die Diskrepanz zwischen «scheinbarem» und «wirklichem» Recht augenfällig. Anders läge der Fall, wenn eine Aufgabenteilung bestanden, der Ehemann seinen Teil aber schlecht erfüllt hätte. Eine derartige Konstellation wäre womöglich zwar ungerecht (der Ehemann beteiligt sich ungenügend), doch liesse sich hier die Auffassung des Bundesgerichts – nicht jede grobe Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens stelle einen Rechtsmissbrauch dar – (eher) vertreten. Besteht die Aufgabenteilung allerdings, wie oben dargelegt, gerade nicht, ist es jenseits von Gerechtigkeitsüberlegungen (rein) logisch nicht nachvollziehbar, Nachteile aus einer nicht existenten Aufgabenteilung auszugleichen. Mithin wäre der Vorsorgeausgleich durch das Gericht gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zu verweigern gewesen.

Jaun Manuel (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003 mit Hinweis auf Huber Eugen, Sten. Bull. NR 1906, 1037.

<sup>7</sup> Middendorf Patrick/Grob Beatrice, HK zu Art. 2 ZGB, N 16, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

<sup>8</sup> Middendorf/Grob (FN 8), HK zu Art. 2 ZGB, N 23.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 133 III 497 (504) E. 4.6; Urteil des Bundesgerichts 5\_63/2009 E. 6; Gloor Urs/ Grob Beatrice, HK zu Art. 122 ZGB, N 1, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012; Baumann Katerina/Lauterburg Margareta, FamKomm Vorbem. zu Art. 122-124 ZGB, N 8 ff., in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 2. Aufl., Bern 2011.

<sup>5</sup> BBI 1904 IV, 14.

<sup>6</sup> Hausheer Heinz/Jaun Manuel, SHK zu Art. 2 ZGB, N 7, in: Hausheer Heinz/

### C. Abgrenzung zwischen dem Rechtsmissbrauchsverbot und der Unbilligkeitsregel

[Rz 12] Vor dem Hintergrund des hier diskutierten Bundesgerichtsentscheidens lohnt sich eine vertiefte Untersuchung des Zusammenspiels von Vorsorgeausgleich, Unbilligkeitsregel und Rechtsmissbrauch.

[Rz 13] Die hälftige Teilung der beruflichen Vorsorge entspricht im Falle einer Scheidung bekanntlich der Regel (Art. 122 ZGB). Ergänzt wird dieser Grundsatz – wie bereits erörtert – durch eine sogenannte Unbilligkeitsregel, wonach die Teilung der beruflichen Vorsorge auf Grund der wirtschaftlichen Verhältnisse oder der güterrechtlichen Auseinandersetzung verweigert werden kann. Die Unbilligkeitsregel bildet sozusagen eine Art «escape clause», falls das übliche System des Vorsorgeausgleichs zu stossenden Ergebnissen führen würde. Das nachstehende Beispiel soll den Mechanismus der Unbilligkeitsregel verdeutlichen: Ehefrau X ist bereits erwerbstätig und finanziert ihrem Ehemann Y ein Studium. Dieser nimmt neben seinem Studium auch gewisse Aufgaben im gemeinsamen Haushalt wahr. Grundsätzlich hat somit eine Aufgabenteilung stattgefunden, so dass die Voraussetzungen für eine Teilung der Vorsorge durchaus gegeben wären. Da jedoch das Studium dem Ehemann Y später ein hohes Einkommen und den Aufbau einer besseren Vorsorge ermöglichen wird, ist die Teilung ausnahmsweise zu versagen.<sup>10</sup> Aufgrund der (zukünftigen) wirtschaftlichen Situation des an sich Anspruchsberechtigten erschiene es stossend, die bereits (relativ) finanziell schwache Anspruchsgegnerin zusätzlich finanziell zu schwächen, um den ohnehin (zukünftig) finanzstarken potentiellen Anspruchsberechtigten zusätzlich zu stärken. In einer solchen Konstellation würde die erwähnte Unbilligkeitsregel Abhilfe schaffen, welche vereinfacht dargestellt besagt: Anspruch an sich gegeben, ausnahmsweise soll er aber wegen stossendem Ergebnis verweigert werden.

[Rz 14] Es fragt sich schliesslich, welche Rolle das Verbot des Rechtsmissbrauchs im Reigen des Vorsorgeausgleichs und seiner Ausnahmeregel spielt. Insbesondere das Verhältnis des Rechtsmissbrauchsverbots zur Unbilligkeitsregel scheint zumindest vordergründig unklar und könnte gerade auch in der Rechtsprechung zu einiger Verwirrung Anlass gegeben haben.

[Rz 15] Zunächst sind die Gemeinsamkeiten zwischen diesen beiden Regelungen nämlich verführerisch offensichtlich: Beide Regelungen, sowohl die Unbilligkeitsregel nach Art. 123 Abs. 2 ZGB als auch das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB, sind Ausnahmeregelungen, d.h. sie bestimmen, was sein soll, wenn das vorgesehene (Regel-) System versagt und Ergebnisse zu Tage fördern würde, welche (durch den Gesetzgeber) nicht beabsichtigt sind. Der

Unterschied aber zwischen den beiden Regelungen ist fundamental und soll nachfolgend näher untersucht werden:

[Rz 16] Wir haben bereits dargelegt, dass es rechtsmissbräuchlich erscheint, wenn ein Ehegatte sich auf eine Aufgabenteilung beruft, welche gar nie existierte, und daraus Ansprüche ableitet. Daran vermag auch die Erwägung des Bundesgerichts, wonach der Teilungsanspruch voraussetzungslos stattfindet und der Teilungsanspruch als Folge der Schicksalsgemeinschaft nicht davon abhängig sei, wie sich die Ehegatten während der Ehe die Aufgaben geteilt haben, nichts zu ändern.<sup>11</sup> Erstens trifft es nicht zu, dass der Vorsorgeausgleich einfach «voraussetzungslos» durchgeführt wird, was gerade die Anwendbarkeit des Rechtsmissbrauchsverbots und der Unbilligkeitsregel beweist. Zweitens kommt es zwar tatsächlich nicht auf das «wie» der Aufgabenteilung an, auf das «ob» hingegen sehr wohl. Wird das Institut des Vorsorgeausgleichs also entgegen seinem Zweck angerufen, ist eine Teilung von vornherein ausgeschlossen. Das oben dargestellte System des Vorsorgeausgleichs mitsamt Unbilligkeitsregel kommt daher gar nicht erst zum Tragen. Das Nichtvorliegen eines Rechtsmissbrauchs ist mit anderen Worten *conditio sine qua non*, damit das System des Vorsorgeausgleichs inklusive Unbilligkeitsregel überhaupt zum Zuge kommt und (näher) geprüft wird. Während die Unbilligkeitsregel also vereinfacht dargestellt besagt: Anspruch *an sich gegeben*, ausnahmsweise soll er aber wegen stossendem Ergebnis verweigert werden, hiesse die Losung beim Rechtsmissbrauch: Anspruch *nicht gegeben*, auch wenn es vordergründig so scheint. Bedauerlicherweise verkennt das Bundesgericht diese Systematik und prüft u.E. fälschlicherweise zuerst ein Vorliegen des Unbilligkeitstatbestandes, um sodann zu untersuchen, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Dies ist wohl auch dem Ergebnis geschuldet, dass das Bundesgericht die Frage nach der Anwendbarkeit des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots in seiner früheren Rechtsprechung – aus uns unerfindlichen Gründen – noch explizit offen gelassen hat, da dieses Verbot – zumindest im Privatrecht – stets Geltung beansprucht.<sup>12</sup>

## IV. Ausblick

### A. Geplante Revision

[Rz 17] Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung ist eine Revision geplant. Der Vorentwurf sieht vor, dass das Gericht die Teilung ganz oder teilweise verweigert, wenn sie offensichtlich unbillig wäre (Art. 122 VE ZGB). Die vorgesehene Regelung stellt in ihren Grundzügen eine Angleichung an den naheheulichen Unterhalt dar, der durch das Gericht bei offensichtlicher Unbilligkeit ebenfalls

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu Rumo-Jungo/Herzig (FN 3), N 30 f.; BGE 136 III 449, E. 4.4.2.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A.79/2009 vom 28. Mai 2009 E. 2.1

<sup>12</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.286/2006 vom 12. April 2007 E. 3.4.1.

verweigert werden kann (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB).<sup>13</sup> Der Unterschied der neuen Regelung zur alten bestünde darin, dass in Bezug auf die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs die Anknüpfung an die güterrechtliche Auseinandersetzung und die wirtschaftlichen Verhältnisse wegfielen und sie dann zulässig wäre, wenn sie schlicht «offensichtlich unbillig» wäre. Damit soll gemäss Begleitbericht der Ausnahmetatbestand der Verweigerung des Vorsorgeausgleichs erweitert werden; auch sei dabei an den Fall zu denken, dass der potentiell berechnete Ehegatte seine Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat. Wenn der Ehegatte in diesem Fall – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots – die hälftige Teilung trotzdem einfordern könne, sei dies unbefriedigend.<sup>14</sup>

## B. Kritische Anmerkungen

### 1. Allgemeines

[Rz 18] Insofern die Revisionsbestrebungen auf den hier diskutierten Fall BGE 133 III 497 Bezug nehmen, gilt es festzuhalten: Hätte das Bundesgericht den Rechtsmissbrauch und die Unbilligkeitsregel sauber auseinandergehalten und das Rechtsmissbrauchsverbot sorgfältiger geprüft, hätte man sich eine Revision wohl sparen können. Zudem muss man sich vor Augen halten, was eine Revision, wie sie nun geplant ist, bedeuten würde. Indem man bei der Unbilligkeitsregel nicht mehr auf die wirtschaftlichen Verhältnisse oder die güterrechtliche Auseinandersetzung abstellt und Unbilligkeit annimmt, wenn sie schlicht «offensichtlich» ist, wird die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs entgegen dem ursprünglich wertneutralen Zweck des Ausgleichs von finanziellen Nachteilen zu einer Bestrafung von Pflichtverletzungen erweitert (um nicht zu sagen: zweckentfremdet). Die Wendung «offensichtlich unbillig» ist zudem äusserst unbestimmt, und es stellt sich daher die wegweisende Frage nach dem Anwendungsbereich der geplanten Bestimmung.

### 2. Anwendungsbereich der geplanten Unbilligkeitsregel im Besonderen

[Rz 19] In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, «offensichtlich unbillig» bedeute, dass ein Gericht lediglich dann von einer Teilung abweichen könne, wenn eine solche als rechtsmissbräuchlich erachtet werden müsste.<sup>15</sup> Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der vorangehenden Ausführungen kann dieser Auffassung nur schwerlich gefolgt werden: Es wäre nicht nachvollziehbar, weshalb neben der Regel des

Rechtsmissbrauchsverbots eine Unbilligkeitsregel bestehen sollte, wenn diese in jener aufgeht. Rechtsmissbrauchsverbot und Unbilligkeitsregel sind vielmehr, wie bereits ausgeführt, nicht kongruent, und die Vornahme einer Unterscheidung ist zwingend geboten.<sup>16</sup> Im Zusammenhang mit der geplanten Revision wäre dementsprechend zu postulieren, dass einzelne Verweigerungstatbestände – gleich wie bei Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1–3 ZGB – zumindest exemplarisch durch den Gesetzgeber statuiert werden. So würde jedenfalls der Versuch unternommen, den Begriff «offensichtlich unbillig» – analog zur erwähnten Regelung in Art. 125 ZGB – für den Rechtsanwender zu präzisieren und auf grobe Pflichtverletzungen zu beschränken. Danach würde denn auch der (stossende) Fall<sup>17</sup> von der neuen Bestimmung und nicht vom allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot erfasst werden, bei dem zwar eine Aufgabenteilung gelebt worden war, die Mutter jedoch ihre Kinder umbrachte und bei der Scheidung die Teilung der Vorsorgegelder verlangte. Da eine Aufgabenteilung vorgelegen hatte – und dabei wird nicht die Frage nach dem «wie», sondern dem «ob» aufgeworfen –, würde im obigen Sachverhalt zwar keine zweckwidrige Verwendung des Vorsorgeinstituts und somit im Ergebnis kein Rechtsmissbrauch vorliegen, jedoch wäre in diesem Einzelfall der Vorsorgeausgleich durch das Gericht gestützt auf die geplante Unbilligkeitsregel zu verweigern.

[Rz 20] Mithin ist der Gesetzgeber gestützt auf die obigen Ausführungen gut beraten, den Vorentwurf nochmals zu überdenken und die Gesetzesvorlage entsprechend anzupassen.

---

Dr. iur. Christophe A. Herzig, von 2008–2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht I an der Universität Freiburg i.Üe.; 2011–2012 Gerichtsschreiber i.V. am Regionalgericht Bern-Mittelland; seit 2012 Substitut bei Anliker Flückiger Lehmann, Bern; 2012 Promotion an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Üe. (Dr. iur.) sowie Oberassistent für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Matthias Jenal, MLaw, von 2010–2012 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg i.Üe.; 2012 Gerichtsschreiber i.V. am Regionalgericht Bern-Mittelland

---

\* \* \*

---

<sup>13</sup> Vorentwurf und Begleitbericht einsehbar unter: [www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/vorsorgeausgleich.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/vorsorgeausgleich.html) besucht am 30. Oktober 2012).

<sup>14</sup> Begleitbericht, S. 15 mit Verweis auf BGE 133 III 497.

<sup>15</sup> Rumo-Jungo Alexandra, Der Vorentwurf zur Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung: Lösungen für alte Probleme, FamPra.ch 2011, S. 1 ff., S. 14.

<sup>16</sup> Siehe vorstehend III. C.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A\_648/2009 vom 8. Februar 2010 E. 4.2.2.