

# Rechtsprechung

**Gericht/Verwaltung:** Kantonsgericht

**Abteilung:** 2. Abteilung

**Rechtsgebiet:** Zivilrecht

**Entscheiddatum:** 06.12.2017

**Fallnummer:** 3B 17 31

**LGVE:** 2017 II Nr. 9

**Gesetzesartikel:** Art. 122 ZGB, Art. 7d SchIT ZGB.

**Leitsatz:** In Scheidungsverfahren, die am 1. Januar 2017 bereits rechtshängig waren, sind jene Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge zu teilen, welche die Ehegatten im Zeitraum von der Heirat bis zur Einreichung des Scheidungsbegehrens resp. der Scheidungsklage angespart haben.

**Rechtskraft:** Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

**Entscheid:** Die Parteien heirateten am 15. Mai 1992. Am 26. Februar 2015 machte der Kläger den Scheidungsprozess anhängig. Im Scheidungsurteil erwog das Bezirksgericht Z, die von den Parteien im Zeitraum vom 15. Mai 1992 bis zum 26. Februar 2015 angesparten Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge seien hälftig zu teilen, und wies die Pensionskasse des Klägers an, den Differenzbetrag (zuzüglich gesetzlichen/reglementarischen Zinses ab dem 27.2.2015) vom Vorsorgekapital des Klägers auf das Freizügigkeitskonto der Beklagten zu überweisen. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung und beantragte, das bezirksgerichtliche Urteil sei in puncto beruflicher Vorsorge aufzuheben und es seien die von den Parteien in der Zeit vom 15. Mai 1992 bis zum 31. Dezember 2016 angesparten Austrittsleistungen je hälftig zu teilen.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1.

Am 1. Januar 2017 trat die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) vom 19. Juni 2015 (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) in Kraft (AS 2016 2313). Der neue Art. 122 ZGB statuiert, die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des

Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge seien bei der Scheidung auszugleichen. Demgegenüber sah Art. 122 Abs. 1 ZGB (in der bis am 31.12.2016 gültigen Fassung [aZGB]) eine hälftige Teilung der für die Ehepartner zu ermittelnden Austrittsleistungen der Ehepartner vor, woraus Lehre und Rechtsprechung folgerten, dass grundsätzlich sämtliche zwischen Eheschluss und Rechtskraft des Scheidungsurteils erworbenen Ansprüche aus beruflicher Vorsorge hälftig zu teilen seien.

Intertemporalrechtlich hält der ebenfalls mit der Gesetzesrevision vom 19. Juni 2015 am 1. Januar 2017 eingefügte Art. 7d des Schlusstitels (SchIT) ZGB fest, für die berufliche Vorsorge bei Scheidung gelte das neue Recht, sobald die Änderung vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten sei (Abs. 1). Auf Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2015 vor einer kantonalen Instanz rechtshängig seien, finde das neue Recht Anwendung (Abs. 2).

(...)

5.5.

5.5.1.

Wie bereits die Rechtsschriften der Parteien offenbaren, wird die Frage, ab welchem Zeitpunkt Art. 122 ZGB auf Verfahren, die am 1. Januar 2017 bereits rechtshängig waren, Wirkung entfalten soll, in der Literatur kontrovers diskutiert.

So führt Myriam Grütter aus, mit dem neuen Art. 122 ZGB sei der Stichtag für die Teilung der erworbenen Ansprüche aus beruflicher Vorsorge von der Rechtskraft der Scheidung (nach altem Recht) auf die Einleitung des Verfahrens vorverschoben worden. Sollte dieser neue Stichtag für bereits hängige Verfahren ebenfalls massgebend sein, wäre dies mit einer Rückwirkung des neuen Rechts verbunden, da bis Ende 2016 die Einleitung des Verfahrens für den Vorsorgeausgleich keine Rolle gespielt habe. Paradoxe Weise würde sich die Neuerung umso stärker auswirken, je länger ein Verfahren schon angedauert habe, am stärksten für Parteien, die ihr Verfahren schon eingeleitet gehabt hätten, bevor das neue Recht am Horizont erschienen sei, und die deshalb ohne Weiteres auf das geltende Recht hätten vertrauen dürfen. Die übergangsrechtliche Bestimmung scheine diese Rückwirkung nahelegen. Allerdings sei die Frage nach dem Stichtag im Parlament bis zuletzt umstritten geblieben. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass sich nach dem Endentscheid über diese Streitfrage niemand mehr Fragen zu den Auswirkungen auf hängige Prozesse gestellt habe. Das Thema sei zuvor auch nie diskutiert worden, weder in den Räten noch in den parlamentarischen Kommissionen. Die Entstehungsgeschichte lasse darauf schliessen, dass der Gesetzgeber die Verbesserungen des neuen Rechts zwar möglichst schnell habe einführen, aber sicherlich keine willkürlichen Resultate für Parteien eines hängigen Verfahrens habe herbeiführen wollen. Grund für das allgemeine Prinzip der Nichtrückwirkung sei das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, da es Treu und Glauben widerspreche, einen Sachverhalt nachträglich neuen Regeln zu unterstellen, die sich für eine Partei belastend auswirkten. Richtigerweise sei das neue Recht deshalb zwar sofort anzuwenden, aber ohne Rückwirkung, sondern "ex nunc pro futuro" ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens. Stichtag für alle hängigen Prozesse müsse entsprechend der 1. Januar 2017 sein (Grütter, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, in: Fampra.ch 2017 S. 129 ff.).

In vergleichbarer Weise führen Alexandra Jungo und Myriam Grütter aus, wenn der neue Art. 122 ZGB unbesehen auf hängige Verfahren

angewandt werde, gehe damit eine Vorverschiebung des Referenztags auf ein Datum vor Inkrafttreten des neuen Rechts einher. Das neue Recht würde damit nicht für alle hängigen Verfahren ab dem gleichen Zeitpunkt (nämlich dem 1. Januar 2017) Wirkung entfalten, sondern je nach Einleitung des Verfahrens – einem Ereignis, dem bis dahin im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich keinerlei Bedeutung zugekommen sei – ab einem früheren oder späteren Zeitpunkt, wobei die Wirkungen einschneidender wären, je älter das Verfahren sei. Diese Folge wäre willkürlich und widerspreche dem allgemeinen Prinzip der Nichtrückwirkung von neuem Recht. Der Gesetzgeber schein dies bei der Formulierung seiner Übergangsbestimmungen nicht bedacht zu haben. Richtigerweise sei bei bereits hängigen Prozessen der Stichtag deshalb auf den Tag des Inkrafttretens des neuen Rechts zu beziehen (Jungo/Grütter, FamKomm. Scheidung, 3. Aufl. 2017, Art. 7d SchIT ZGB N 5 ff.).

In beiden Fällen verweisen die Autorinnen bezüglich des neuen Stichtags auf Thomas Geiser, der in einem Übersichtsartikel konstatierte, mit dem neuen Recht werde sich die Teilungsmasse verringern. Die während des – möglicherweise lange dauernden – Scheidungsprozesses geäußerten Altersguthaben seien nicht mehr zu teilen. Sie verblieben vollständig dem erwerbstätigen Versicherten. Das könne bei im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts vor kantonalen Instanzen hängigen Scheidungsprozessen für die wirtschaftlich schwächere Partei zu Überraschungen führen, wenn sich plötzlich die für den Vorsorgeausgleich massgebliche Teilungsmasse erheblich verkleinere. Dem könne allerdings wenigstens teilweise begegnet werden, indem bei den im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängigen Verfahren als Stichtag nicht jener der Einreichung des Scheidungsbegehrens bzw. der Scheidungsklage angenommen, sondern die Berechnung nur auf den Tag des Inkrafttretens des neuen Rechts zurück bezogen werde (Geiser, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge – Was bringt das neue Recht?, in: AJP 2015 S. 1386). Schon an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass diese Ausführungen keine zureichende Begründung für die wohl herrschende Auffassung bieten. Die Formulierung legt vielmehr den Schluss nahe, dass Thomas Geiser durchaus damit rechnete, das neue Recht könnte auf bereits pendente Scheidungsverfahren Anwendung finden. Wenn er danach weiterfährt, dem könne jedoch zumindest partiell dadurch begegnet werden, dass bei den entsprechenden Verfahren die Berechnung nur auf den Tag des Inkrafttretens des neuen Rechts zurück bezogen werde, handelt es sich dabei zweifellos nicht um ein Postulat, sondern um einen Denkanstoss – sowohl an die Adresse der entscheidenden Gerichte als auch jener Parteien, die eine Konvention abzuschliessen gedenken. Damit korrespondiert, dass er diese Äusserung danach nicht weiter verfolgt und ebenso wenig mit Nachweisen untermauert.

Ebenfalls unter Verweis auf den Artikel von Thomas Geiser hält Matthias Dolder fest, Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB sehe vor, dass auf Scheidungsverfahren, die bei Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2017 vor einer kantonalen Instanz hängig seien, das neue Recht zur Anwendung gelangen solle. Stichtag für die Teilung des Vorsorgeguthabens sei nicht mehr das Ende des Scheidungsverfahrens, sondern dessen Einleitung. Würde man in Verfahren, die am 1. Januar 2017 hängig seien, die Teilung der Vorsorgeguthaben auf die in der Vergangenheit liegende Einleitung des Scheidungsverfahrens zurückbeziehen, würde sich die erwartete Teilungsmasse am 1. Januar 2017 plötzlich verringern. In der Lehre werde vor diesem Hintergrund die Auffassung vertreten, dass der Stichtag nicht weiter zurückfallen könne, als bis zum Inkrafttreten des

Gesetzes am 1. Januar 2017 (Dolder, Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang, in: Fampra.ch 2016 S. 920). Wie bereits die Überschrift seines Beitrags unschwer erkennen lässt fokussiert sich der Autor auf das neue Unterhaltsrecht und streift das (intertemporale) Recht betreffend den Ausgleich der beruflichen Vorsorge lediglich am Rand. Dies manifestiert sich nicht zuletzt darin, dass er diese Ansicht lediglich wiedergibt ("In der Lehre wird vor diesem Hintergrund die Auffassung vertreten [...]") und sie weder einlässlich erörtert noch kommentiert.

Ivo Schwander stellt sich auf den Standpunkt, das sofortige Inkrafttreten des neuen Rechts habe zur Folge, dass für den ab 1. Januar 2017 geschuldeten Unterhalt die Beurteilung nach neuem Unterhaltsrecht erfolge. Auch wenn das Verfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits hängig und somit Unterhalt beispielsweise schon ab Mai 2016 Gegenstand des hängigen Verfahrens gewesen sei, werde doch erst der für die Zeit ab dem 1. Januar 2017 geschuldete Unterhalt nach den neuen Regeln bemessen. Anders entscheiden hiesse, das neue Recht rückwirkend (und nicht nur sofort, d.h. zeitsynchron) anzuwenden. Desgleichen bedeute die sofortige Anwendbarkeit von Art. 122 ZGB ab Inkrafttreten: Erfassen der ab 1. Januar 2017 erworbenen Ansprüche durch das neue Recht; ein Abstellen auf ein Datum vor diesem Zeitpunkt würde eine Rückwirkung bedeuten, die von Art. 7d Abs. 1 SchIT ZGB nicht gedeckt sei (Schwander, Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen, in: AJP 2016 S. 1584 und 1586 f.).

Roland Fankhauser wendet ein, für die Rechtshängigkeit des Verfahrens, auf die Art. 7d SchIT ZGB abstelle, sei entscheidend, ob der Vorsorgeausgleich noch vor einem kantonalen Gericht pendent sei oder nicht. Wenn im Scheidungspunkt bereits Rechtskraft eingetreten, der Vorsorgeausgleich aber an einer oberen kantonalen Instanz noch nicht rechtskräftig entschieden sei, müsse das neue Recht anwendbar sein. In solchen Verfahren lasse sich die von der überwiegenden Lehrmeinung vertretene Auffassung betreffend Stichtag indes nicht ohne zwingende Widersprüche umsetzen. Denn auch wenn im Grundsatz in solchen Fällen das neue Recht anwendbar sein solle, gelte hier nun nicht der postulierte Stichtag vom 1. Januar 2017, sondern der altrechtliche der Rechtskraft im Scheidungspunkt, weil ansonsten sogar naheheliche Guthaben geteilt werden müssten, was mit dem neuen Recht erst recht nicht in Einklang gebracht werden könne (Fankhauser, Ein dritter Stichtag zwischen altem und neuem Vorsorgeausgleich?, in: Fampra.ch 2017 S. 158 f.). Wie aus der Botschaft unmissverständlich hervorgehe, lehne sich Art. 7d SchIT ZGB an die Übergangsbestimmung des am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen neuen Scheidungsrechts (Art. 7b SchIT ZGB) an bzw. übernehme diese praktisch wortgetreu. Das damalige neue Scheidungsrecht habe den Vorsorgeausgleich eingeführt und es sei unbestritten gewesen, dass dieser auch für noch nicht geschiedene Ehen rückwirkend für die ganze Ehe dauer Anwendung finden solle (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung] vom 15.11.1995, in: BBl 1996 I 170 f.). Der Verweis auf die Übergangsbestimmungen des Scheidungsrechts habe dem Parlament ohne Weiteres ermöglicht, die Konsequenzen der umfassenden, sofortigen Geltung des neuen Rechts, inkl. des neuen Stichtags, zu ermessen. Zudem habe das Bundesgericht in Bezug auf den als Vorbild dienenden Art. 7b SchIT ZGB in BGE 131 III 249 und 126 III 404 festgehalten, das neue Recht gelange unmittelbar auf die vor den kantonalen Instanzen hängigen Verfahren zur Anwendung,

denn der Wortlaut dieser Bestimmung sei klar und bedürfe keiner weiteren Auslegung (Fankhauser, a.a.O., S. 159 f.). Aus den Materialien sei sodann ersichtlich, dass diese Konsequenz aus Art. 7d SchIT ZGB schriftlich dokumentiert gewesen sei: Anlässlich der Behandlung der Revision des Vorsorgeausgleichs am 15. Mai 2014 sei der Rechtskommission des Ständerats auch eine Notiz des Bundesamts für Justiz vom 7. April 2014 unterbreitet worden, die allein das Übergangsrecht des Revisionsprojekts thematisiert und unmissverständlich festgehalten habe, dass Art. 7d SchIT ZGB dazu führe, dass für die bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch kantonal hängigen Verfahren der Stichtag des neuen Rechts gelte, andernfalls ein ergänzender Vorbehalt in Art. 7d SchIT ZGB angebracht werden müsse (Fankhauser, a.a.O., S. 160 f.). Des Weiteren handle es sich bei der Ehe um ein Dauerrechtsverhältnis, weshalb eine Änderung der ehelichen Wirkungen und damit auch des Scheidungsfolgenrechts eine unechte Rückwirkung darstelle. Soweit nicht wohlerworbene Rechte oder der Grundsatz des Vertrauensschutzes verletzt würden, sei die unechte Rückwirkung zulässig. Von wohlerworbenen Rechten könne hier keine Rede sein; desgleichen bereite die Anwendung des Vertrauensschutzes grösste Mühe, könnte doch der von der Rückverlegung des Stichtags profitierende Ehegatte genau gleich darauf vertraut haben, dass das neue Recht umfassend in Kraft treten werde (Fankhauser, a.a.O., S. 161). Schliesslich dürfte die Vorverlegung des Stichtags in den meisten Fällen auch dem Zweck der Rechtsänderung entsprechen: Jene, die durch die Verzögerung des Verfahrens bisher profitiert hätten, würden lediglich um den Taktierungsgewinn gebracht, worin gerade die Absicht des neuen Stichtags bestehe (Fankhauser, a.a.O., S. 162).

#### 5.5.2.

Ist der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig und sind verschiedene Auslegungen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung, nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Von Bedeutung ist zudem der Sinn, der einer Norm in ihrem Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen, Wortlaut darf indes nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 140 V 15 E. 5.3.2 unter Verweis auf BGE 139 V 66 E. 2.2).

#### 5.5.3.

In seinem Wortlaut ist Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB eindeutig. Insoweit gehen die herrschende Lehrmeinung, die eine Wirkung von Art. 122 ZGB vor den 1. Januar 2017 zurück ablehnt, als auch die Minderheitsmeinung einig, weshalb sich diesbezüglich Weiterungen erübrigen.

#### 5.5.4.

Der Bundesrat führte in seiner Botschaft zur Gesetzesrevision zu Art. 122 ZGB aus, nach dem geltenden Recht müssten die Austrittsleistungen der Ehegatten auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils berechnet werden. Dies habe zwar den Vorteil, 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, sodass mehrfach aktualisierte Bestätigungen der beteiligten 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 geäußerte Austrittsleistung nicht hälftig geteilt werde, sei im Interesse einer einfachen Lösung in Kauf zu nehmen (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Vorsorgeausgleich bei Scheidung] vom 29.5.2013, in: BBl 2013 4905 f.). Zu Art. 7d SchIT ZGB äusserte sich die Botschaft dahingehend, dass für das Übergangsrecht inhaltlich die gleichen Grundsätze wie bei der Einführung des neuen Scheidungsrechts vom 26. Juni 1998 (Art. 7a f. SchIT ZGB) gälten. So würden beispielsweise gleich wie bei Art. 7b Abs. 1 SchIT ZGB auch Scheidungsprozesse erfasst, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens vor einer oberen kantonalen Instanz rechtshängig seien (Botschaft, in: BBl 2013 4923).

Anlässlich der Beratung des Geschäfts im Ständerat als Erstrat führte Ständerat Stefan Engler für die Kommission aus, mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens als Stichtag für die Ermittlung des während der Ehe erworbenen Vorsorgeschatzes solle das Taktieren während des Scheidungsverfahrens verhindert werden. (...) Übergangsrechtlich finde für den Fall, dass das Scheidungsverfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits anhängig sei, das neue Recht auch auf hängige Verfahren Anwendung. (...) Die Kommission habe sich rund ein Jahr mit dem Thema befasst; sie habe verschiedene Anhörungen durchgeführt und sich dabei anhand konkreter Beispiele von Ehe- und Scheidungskonstellationen mit den vorsorgerelevanten Fragen auseinandergesetzt. Dabei seien durchaus kontroverse Sichtweisen zum Ausdruck gekommen, etwa bei folgenden Fragen: (...) Was ist der richtige Stichtag zur Bemessung der Ansprüche? (...) Wie viel an Rückwirkung des Vorsorgeausgleichs ist rechtlich und sachlich – gerade auch im Fall der geschiedenen Witwen – gerechtfertigt? (...) Im Ergebnis begrüsse die Kommission die Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs und schliesse sich ohne abweichende Anträge der Vorlage des Bundesrats an, ausser bei den Zuständigkeiten im internationalen Verhältnis (Votum von SR Stefan Engler, in: Amtl.Bull. SR 2014 S. 522 f.).

Obschon die Regelung von Art. 122 ZGB in der kleinen Kammer (im Gegensatz zum Nationalrat) nicht umstritten war, hat sich der Rat damit befasst und sich für die nunmehr geltende Fassung der Norm ausgesprochen. Die wichtigsten Argumente waren die Sicherheit bei der Festlegung des massgeblichen Zeitpunkts, die bessere Praktikabilität, wenn lediglich einmal die Berechnungen der Vorsorgestiftung eingeholt werden müsse, sowie die Verhinderung des prozessualen Taktierens des (potentiellen) Vorsorgeausgleichsberechtigten (Voten von SR Claude Janiak, in: Amtl.Bull. SR 2014 S. 523, und SR Stefan Engler, in: Amtl.Bull. SR 2014 S. 525).

Daneben hat der Ständerat gewisse Anpassungen des Übergangsrechts vorgenommen. So hatte Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB

gemäss Gesetzesentwurf folgenden Wortlaut (Entwurf des Bundesrats vom 29.5.2013, in: BBI 2013 4962):

Auf Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom ... vor einer kantonalen Instanz rechtshängig sind, findet das neue Recht Anwendung. Neue Rechtsbegehren, die durch den Wandel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, sind zulässig; nicht angefochtene Teile des Urteils bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss.

Die ständerätliche Kommission unterbreitete dem Plenum den Antrag, Satz 2 dieser Norm zu streichen, die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) jedoch um einen neuen Art. 407c mit folgendem Wortlaut zu ergänzen, den der bundesrätliche Entwurf noch nicht vorgesehen hatte (Amtl.Bull. SR 2014 S. 526; Entwurf und Botschaft, in: BBI 2013 4887 ff. und 4959 ff.; Fahne Sommersession 2015 Nationalrat und Fahne Sommersession 2014 Ständerat, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20130049&k=PdAffairId:20130049>; letztmals abgerufen am 10.11.2017):

1 In Scheidungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Änderung vom ... rechtshängig sind, gilt das neue Recht.

2 Neue Rechtsbegehren, die durch den Wandel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, sind zulässig; nicht angefochtene Teile des Urteils bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss.

Der Ständerat schloss sich beiden Kommissionsanträgen an (Amtl.Bull. SR 2014 S. 526).

In der Debatte im Nationalrat gelangte das Übergangsrecht nicht zur Sprache; einen zentralen Punkt bildete allein die Neufassung von Art. 122 ZGB, wobei sich die grosse Kammer letztlich dem Ständerat und dem Bundesrat anschloss. Zentral waren erneut die Überlegungen, wonach der bisherigen Regelung der Nachteil immanent sei, dass sie zum Taktieren verleite und für den berechtigten Ehegatten einen Anreiz schaffe, das Verfahren möglichst in die Länge zu ziehen (Votum von NR Gabi Huber, in: Amtl.Bull. NR 2015 S. 762 f.). Davon abgesehen sei es nicht möglich, den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft im Voraus zu bestimmen, weshalb man sich in der Praxis ohnehin mit Annäherungswerten behelfen müsse. Zudem werde auch bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf die Einleitung des Scheidungsverfahrens abgestellt. Im Übrigen gehe es um eine Teilung von Ansprüchen, welche die Ehegatten durch ein gemeinsames Wirken erworben hätten, wobei man spätestens während des Scheidungsverfahrens kaum mehr von einem gemeinsamen Wirken sprechen könne (Votum von BR Simonetta Sommaruga, in: Amtl.Bull. NR 2015 S. 764).

Vor diesem Hintergrund nimmt sich die Argumentation von Myriam Grütter resp. Alexandra Jungo und Myriam Grütter wenig stichhaltig aus, wonach davon ausgegangen werden dürfe, dass sich nach dem Entscheid über die Streitfrage nach dem massgebenden Stichtag niemand mehr Fragen zu den Auswirkungen auf hängige Prozesse gestellt habe; das Thema sei in den eidgenössischen Räten und in den parlamentarischen Kommissionen nicht diskutiert worden; die Entstehungsgeschichte der Gesetzesrevision lasse darauf schliessen,

dass der Gesetzgeber keine Rückwirkung des neuen Rechts vor den 1. Januar 2017 beabsichtigt habe. Die Botschaft hat das Parlament auf die Parallele zu Art. 7b SchIT ZGB hingewiesen und zumindest anlässlich der Beratung des Geschäfts im Ständerat wurde das Übergangsrecht nachweislich thematisiert und sogar überarbeitet. Die Formulierung des Einwands zeigt, dass es sich dabei hauptsächlich um Annahmen handelt, die Roland Fankhauser denn auch widerlegt, indem er aufzeigt, dass vornehmlich die ständerätliche Rechtskommission nicht nur via Botschaft sehr wohl über die intertemporalrechtlichen Auswirkungen informiert gewesen war. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB lassen sich sonach die geforderten triftigen Gründe für ein Abweichen vom klaren Wortlaut der Norm schwerlich konstruieren.

#### 5.5.5.

Wie vorstehend erörtert liessen sich National- und Ständerat bei ihrem Entschluss für eine Vorverschiebung des vorsorgerechtlichen Stichtags auf den Tag der Einreichung des Scheidungsbegehrens resp. der Scheidungsklage hauptsächlich von drei Argumenten leiten. Erstens sollte die gesetzliche Regelung dem berechtigten Ehegatten nicht länger einen Anreiz bieten, das Scheidungsverfahren um einer höheren Vorsorgeausgleichszahlung willen zu verzögern. Zweitens sollte Abhilfe für das Problem geschaffen werden, dass sich der massgebende Zeitpunkt – der Eintritt der Rechtskraft – im Voraus nicht exakt bestimmen lässt. Drittens wurde argumentiert, Grundlage des Vorsorgeausgleichs sei die Teilung von Ansprüchen, welche die Ehegatten durch gemeinsames Wirken erworben hätten, wovon nach Einleitung des Scheidungsverfahrens nur noch schwerlich die Rede sein könne. Im Übrigen wurden die Parallelen der vorgesehenen Neuregelung mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung erwähnt (vgl. E. 5.5.4 vorstehend). Wie Roland Fankhauser zutreffend ausführt, steht eine Vorverlegung des Stichtags auch für Verfahren, die am 1. Januar 2017 bereits vor einem kantonalen Gericht pendent waren, mit dem Zweck der Revision besser im Einklang. Denn gerade bei jenen Verfahren, die schon geraume Zeit vor Inkrafttreten des neuen Rechts anhängig gemacht wurden und noch nicht zu einem Abschluss gebracht werden konnten, besteht die Möglichkeit, dass die ausgleichsberechtigte Partei den Prozess aus taktischen Überlegungen bislang verzögert haben könnte. Würde mit der herrschenden Lehrmeinung der 31. Dezember 2016 als Stichtag gewählt, würden diese Parteien für ihr Verhalten belohnt. Wenn sie nunmehr – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – um ihren Taktierungsgewinn gebracht werden, kann darin schwerlich Willkür erblickt werden. Die Argumentationslinie der Mehrheitsmeinung führt letztlich dazu, allfälliges Taktieren in der Vergangenheit entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers zu schützen. Desgleichen gelten die übrigen für die Revision von Art. 122 ZGB ins Feld geführten Überlegungen (fehlendes Zusammenwirken der Ehegatten während des laufenden Scheidungsverfahrens, kein exakt definierbarer Stichtag) unabhängig davon, ob der Scheidungsprozess am 1. Januar 2017 schon rechtshängig war oder erst nach diesem Datum anhängig gemacht wird. Im Übrigen wohnt jedem Stichtag a priori eine gewisse Willkür inne, was schon darin seinen Niederschlag fand, dass im Nationalrat intensiv über den Wortlaut von Art. 122 ZGB debattiert wurde (vgl. Amtl. Bull. NR 2015 S. 757 ff.). Ungeachtet dessen werden sich fortan unbestritten alle in ein Scheidungsverfahren involvierten Personen dem Entscheid des Gesetzgebers für den neuen Stichtag zu fügen haben. Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB bezweckt, die vom Gesetzgeber gewünschten Änderungen möglichst umgehend einzuführen (so auch Grütter, a.a.O., S. 129), wobei nach dem vorstehend Gesagten keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Art. 122 ZGB davon nicht erfasst



sein soll; vielmehr beabsichtigte der Gesetzgeber, für den – gerade von den Anwälten in den eidgenössischen Räten bemängelten (Amtl.Bull. SR 2014 S. 522 ff.; Amtl.Bull. NR 2015 S. 757 ff.) – bisherigen Stichtag sobald als möglich Abhilfe zu schaffen.

Ivo Schwander führt in seinem Artikel aus, dass zahlreiche spezielle intertemporalrechtliche Regeln im neueren Bundesrecht nicht intertemporalrechtliche Kollisionsregeln seien, die sich darauf beschränken würden, die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen altes oder neues Recht anzuwenden sei, sondern zumeist als materiellrechtliches Übergangsrecht formuliert seien, das für eine gewisse Übergangszeit ein spezielles Privatrecht schaffe, das genau so weder der altrechtlichen noch der neurechtlichen Regelung entspreche (Schwander, a.a.O., S. 1579). Gemäss dem von ihm ebenfalls erwähnten, unbestrittenen Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" haben Gerichte und Behörden das neue Recht grundsätzlich ab seinem Inkrafttreten anzuwenden (vgl. Schwander, a.a.O., S. 1577). Wenn der Gesetzgeber Art. 122 ZGB erst mit Wirkung ab dem 1. Januar 2017 hätte versehen wollen, hätte es keiner intertemporalrechtlichen Kollisionsregel bedurft resp. hätte er eine ausdrückliche Sonderregel analog zu Art. 9f, 10b oder 10c SchIT ZGB schaffen können (vgl. Schwander, a.a.O., S. 1579). Dass er sich bewusst für eine Übergangsbestimmung mit dem Wortlaut von Art. 7d SchIT ZGB entschied, unterstreicht vor diesem Hintergrund die Absicht, die sich daraus ergebenden Rückwirkungen bewusst hinzunehmen.

#### 5.5.6.

##### 5.5.6.1.

Aus der Stellung von Art. 7d SchIT ZGB im Gesetz lassen sich unmittelbar ebenfalls keine einschlägigen Indizien für die eine oder andere Auslegung entnehmen. Zumindest spricht aber die bisherige Auslegung der Art. 7b und 7c, die im Rahmen vorangegangener Revisionen in den Schlusstitel des ZGB eingefügt wurden, gegen die Art und Weise, in der die wohl herrschende Lehre Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB auslegt.

In BGE 128 V 41 erwog das Bundesgericht – unter Verweis auf umfangreiche Literatur –, mit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts am 1. Januar 2000 sei die Aufteilung der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge unter den Ehegatten (Art. 122 ff. ZGB) neu geregelt worden. Das von der Beschwerdeführerin am 10. Dezember 1998 anhängig gemachte Scheidungsverfahren sei bis zum Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts noch nicht rechtskräftig erledigt worden. Damit finde auf den Scheidungsprozess der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 7b Abs. 1 SchIT ZGB das seit 1. Januar 2000 gültige Recht Anwendung. Ob und in welchem Umfang sie Anspruch auf einen Teil der Austrittsleistung ihres Ehemannes habe, beurteile sich mithin nach den Art. 122 ff. ZGB (in der ab 1.1.2000 geltenden Fassung; E. 2a). Art. 122 Abs. 1 ZGB räume jedem Ehegatten Anspruch auf die Hälfte der für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten ein, wenn ein Ehegatte oder beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge angehört und bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten sei. Dabei seien grundsätzlich sämtliche Ansprüche aus Vorsorgeverhältnissen zu teilen, die dem Freizügigkeitsgesetz (FZG, SR 831.42) unterständen (E. 2b). Mit der Argumentation der herrschenden Lehrmeinung zu Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB wären die "negativ betroffenen" Vorsorgeausgleichsschuldner jedoch in ihrem Vertrauen zu schützen gewesen, dass der Vorsorgeausgleich erst ab dem Zeitpunkt, in dem das neue Scheidungsrecht in Kraft trat (mithin ab dem 1.1.2000), für sie Geltung entfalten würde und die zuvor erworbenen Austrittsleistungen gerade

nicht zu teilen wären. In vergleichbarer Weise führte das Bundesgericht in BGE 131 III 249 E. 2.2 aus, am 1. Juni 2004 sei die am 19. Dezember 2003 revidierte Fassung von Art. 114 ZGB in Kraft getreten. Neu müssten Ehegatten nur mehr zwei statt vier Jahre getrennt gelebt haben, um die Scheidung verlangen zu können. Für Scheidungsverfahren, die am 1. Juni 2004 bereits rechtshängig gewesen und noch von einer kantonalen Instanz zu beurteilen seien, gelte gestützt auf Art. 7c SchIT ZGB die Trennungsfrist nach neuem Recht. Aus dem Wortlaut der neuen Übergangsbestimmung und der Entstehungsgeschichte von Art. 114 ZGB erhelle zudem, dass für eine Zulassung der Klage auf Scheidung die Erfüllung der Zweijahresfrist im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision genüge. Analog hätten sich mit den Argumenten der herrschenden Lehre zum neuen Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB scheidungsunwillige Ehegatten damals auf ihr Vertrauen berufen und verlangen können, dass die Zweijahresfrist erst ab dem 1. Juni 2004 beginnen könne, sofern nicht vor Inkrafttreten der Gesetzesnovelle ohnehin schon eine mindestens zweijährige Trennung vorgelegen habe (in welchem Fall lediglich noch der Rest der ursprünglichen Vierjahresfrist abzuwarten gewesen wäre). Es mutet befremdlich an, die im Wortlaut insoweit identischen Art. 7b Abs. 1, Art. 7c und Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB divergierend auszulegen.

#### 5.5.6.2.

Eine abweichende Auslegung von Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB lässt sich schliesslich ebenso wenig aus den Art. 1-4 SchIT ZGB herleiten.

Gemäss Art. 1 SchIT ZGB sind die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten einer neuen Bestimmung eingetreten sind, auch danach noch nach dem bisherigen Recht zu beurteilen; für die neurechtlichen Tatsachen ist das neue Recht massgebend. Dieses Prinzip der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung schützt das Vertrauen in den Bestand von einst rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeten Rechten. Es erfährt jedoch gewichtige Einschränkungen: Nur gestützt auf Art. 1 SchIT ZGB lässt sich nicht begründen, ob altes oder neues Recht zur Anwendung gelangt; vielmehr sind stets auch die Art. 2-4 SchIT ZGB miteinzubeziehen, die in bestimmten Fällen eine Durchbrechung des Nichtrückwirkungsprinzips vorsehen. Denn die Rechtsordnung muss sich weiter entwickeln und veränderten Verhältnissen und Überzeugungen anpassen können (BGE 138 III 659 E. 3.3; Brändli, in: Handkomm. zum Schweizer Privatrecht [Hrsg. Breitschmid/Jungo], 3. Aufl. 2016, Art. 1 SchIT ZGB N 3; Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, § 23 N 4; Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl. 2016, N 521).

Für Rechtsfolgen, die an einmalige Ereignisse anknüpfen, bietet die Abgrenzung zwischen alt- und neurechtlicher Tatsache keine Schwierigkeit. Anders sieht es bei Rechtsfolgen aus, die mit einem bestimmten Zustand im Zusammenhang stehen, der zwar noch während der Gültigkeit des alten Rechts entstand, aber erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts ein Ende findet oder geändert wird (Dauertatsachen; Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, a.a.O., § 23 N 5). Der Schutz der bisherigen Rechtslage rechtfertigt sich zumindest dann nicht, wenn nicht in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte zur Diskussion stehen, sondern Rechtswirkungen, die sich unabhängig vom Willen der Parteien bei einem zeitlich offenen Dauerrechtsverhältnis, das laufend neue Rechte und Pflichten entstehen lässt, direkt aus dem Gesetz ergeben, und es um die Wirkungen nach Eintritt der Rechtsänderung geht (BGE 138 III 659 E. 3.3, 135 III 14 E. 5.5.1 und 5.5.2; BGer-Urteil 2C\_345/2015 vom

24.11.2015 E. 2.2). Dahinter steht der Gedanke, dass sich die Parteien häufig gar keine Vorstellung über die rechtlichen Wirkungen eines solchen Rechtsverhältnisses gemacht haben. Es besteht somit kein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtswirkung, das geschützt werden müsste (Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, a.a.O., § 23 N 10).

Dabei sind zwei Arten von Rückwirkung zu unterscheiden: Von einer eigentlichen oder echten Rückwirkung spricht das Bundesgericht, wenn neues Recht auf ein Ereignis angewandt wird, das sich vor dessen Inkrafttreten ereignet hat und das im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Norm abgeschlossen ist. Bei einer unechten Rückwirkung wird demgegenüber auf Verhältnisse abgestellt, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch andauern. Das Bundesgericht bezeichnet eine unechte Rückwirkung allgemein als verfassungsrechtlich zulässig, sofern keine wohlerworbenen Rechte verletzt werden (BGE 138 III 659 E. 3.3, 126 V 134 E. 4a, 124 III 266 E. 4e; Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 521-523). Von einer solchen unechten Rückwirkung kann man bei den Art. 3 und 4 SchIT ZGB sprechen (BGE 138 III 659 E. 3.3; Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 523).

Art. 3 SchIT ZGB als wichtigste Ausnahme der Nichtrückwirkung differenziert zunächst zwischen Entstehung resp. Bestand der Rechtsverhältnisse einerseits sowie ihrem Inhalt bzw. ihren Wirkungen andererseits, tangiert aber nur den Inhalt der Rechtsverhältnisse, nicht deren Entstehung. Hinsichtlich der Entstehung bleibt es bei der Regel der Nichtrückwirkung: Das nach altem Recht gültig entstandene Rechtsverhältnis wird nicht in Frage gestellt (Bestandesschutz; BGE 138 III 659 E. 3.3; Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, a.a.O., § 23 N 10; Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 530; Koller, Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR – Altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte unter neuem Recht, in: ZBGR 2000 S. 293 und 295; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, ZGB – Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 120 N 13). Sodann findet Art. 3 SchIT ZGB nur auf Rechtsverhältnisse Anwendung, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nicht aber auf erworbene, selbständige Rechte, die auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen (BGE 138 III 659 E. 3.3): Sind die Wirkungen eines Rechtsverhältnisses durch Parteiwillkür (durch Vertrag) frei bestimmt, muss der Rechtsunterworfenen sowohl auf den Bestand des Rechts ebenso wie auf den Weiterbestand seines Inhalts vertrauen dürfen (Vertrauensschutz; Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 531; Koller, a.a.O., S. 293; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, a.a.O., § 120 N 14). Mit Rechtsverhältnissen, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind in erster Linie gesetzliche Rechtsverhältnisse gemeint, das heisst Berechtigungen, die gestützt auf einen bestimmten Zustandstatbestand für alle Personen unmittelbar durch das Gesetz begründet werden (BGE 138 III 659 E. 3.3; Koller, a.a.O., S. 295). Erfasst werden jedoch auch rechtsgeschäftlich begründete, inhaltlich aber durch Gesetz fixierte Rechtsverhältnisse. Die Ausgestaltung solcher Dauerrechtsverhältnisse kann ohne Weiteres auch ohne Zustimmung der betroffenen Parteien bzw. sogar gegen deren Willen ändern. Denn jedermann muss damit rechnen, dass sich der Inhalt gesetzlicher Rechtsverhältnisse ändert und sich eine Änderung gegebenenfalls gefallen lassen; hingegen muss man als Rechtsunterworfenen nicht damit rechnen, dass ein bestehendes Rechtsverhältnis (z.B. eine Ehe) als solches aufgehoben wird (BGE 138 III 659 E. 3.3; Koller, a.a.O., S. 293 und 295). Schulbeispiel eines rechtsgeschäftlich begründeten, inhaltlich aber durch Gesetz fixierten Rechtsverhältnisses ist die Ehe, die zwar auf Rechtsgeschäft beruht, aber in ihren Wirkungen (Inhalt) der

Parteidisposition entzogen ist. Eine altrechtliche Ehe hat daher auch unter dem neuen Recht bestand, nun aber mit dem neurechtlichen Inhalt (Koller, a.a.O., S. 295; im Ergebnis ebenso: Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 532). Die Bestimmungen des neuen Eherechts haben mit ihrem Inkrafttreten auch für Ehen Gültigkeit, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, gelten doch die Normen des Eherechts grundsätzlich unabhängig vom konkreten Willen der Beteiligten (Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, a.a.O., § 23 N 11 unter Verweis auf BGE 119 V 16 E. 3). Wo Art. 3 SchlT ZGB zurückwirkt, geschieht dies ex nunc: Dem alten Recht wird ab Inkrafttreten des neuen Rechts die Weiterwirkung versagt; die bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretenen Rechtsverhältnisse werden jedoch vollumfänglich respektiert (Vertrauensschutz; Koller, a.a.O., S. 293).

Das Gesetz knüpft eine bestimmte Rechtsfolge häufig an eine Mehrheit von Ereignissen. Solange nicht alle notwendigen Tatsachen gegeben sind, ist das Recht noch nicht entstanden. Durch den Eintritt einzelner der geforderten Tatsachen entsteht zwar die Hoffnung, mit dem Eintritt der übrigen Tatsachen das Recht zu erwerben, ein rechtlich geschützter Anspruch ist damit jedoch (noch) nicht begründet worden; vorerst besteht nur eine Erwartung oder Anwartschaft (Hausheer/Aebi-Müller/Geiser, a.a.O., § 23 N 12). Art. 4 SchlT ZGB statuiert, dass blosser Anwartschaften oder Erwartungen auf einen Rechtserwerb, aus denen noch kein rechtlich geschützter Anspruch entstanden ist, keinen Vertrauensschutz verdienen. Sie gelten nicht als sogenannt wohlverworbene Rechte und halten folglich vor dem neuen Gesetz, das sie (allenfalls) nicht anerkennt, nicht stand (Hürlimann-Kaup/Schmid, a.a.O., N 533 und 534; Kilde, in: Handkomm. zum Schweizer Privatrecht [Hrsg. Breitschmid/Jungo], 3. Aufl. 2016, Art. 4 SchlT ZGB N 2). Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo nennen als Anwendungsfall von Art. 4 SchlT ZGB exemplarisch die Zerstörung von auf kantonalem Erbrecht beruhenden Hoffnungen, weil der Erblasser das Inkrafttreten des ZGB, das eine andere Regelung enthielt, noch erlebt hat (ZGB – Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 120 N 12).

Als Wirkung der Ehe muss unbestreitbar auch eine allfällige Partizipation an der beruflichen Vorsorge des anderen Ehegatten – ab und bis zu einem bestimmten Zeitpunkt – gelten. Dieser gesetzlich geregelte Inhalt des Ehebands hat sich sowohl vor dem Hintergrund der allgemeinen Bestimmungen von Art. 1-4 SchlT ZGB als auch gemäss den Spezialnormen der Art. 7 ff. SchlT ZGB nach dem jeweils geltenden Recht zu richten, solange keine wohlverworbenen Rechte aus der Ehe hervorgegangen sind. Die berufliche Vorsorge, die selbst für den Ehegatten, der sie als Ausfluss seiner Erwerbstätigkeit öffnet, nach konstanter und unbestrittener Gerichtspraxis vor Eintritt des Vorsorgefalls lediglich eine Anwartschaft repräsentiert, kann für den anderen Ehegatten freilich kein wohlverworbenes Recht darstellen, das gegenüber den Änderungen der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetzesrevision resistent wäre. Denn sowohl Art. 122 ZGB als auch Art. 122 aZGB definieren nicht nur den Anspruch der Ehegatten auf Ausgleich der beruflichen Vorsorge, sondern enthalten zugleich eine Art Bemessungsregel, die sich jedoch überhaupt erst aktualisiert, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst werden soll. Das Argument, die Interpretation des intertemporalen Rechts im Sinn der Minderheitsmeinung bedeute eine Rückwirkung des neuen Vorsorgeausgleichsrechts vor dessen Inkrafttreten zurück, verfängt vor diesem Hintergrund insofern nicht, als der Vorsorgeausgleich im Zeitpunkt der Scheidung nach dem dann gültigen Recht beurteilt wird – in casu erstinstanzlich vor Bezirksgericht am 8. Mai 2017 und somit zu einer Zeit, als das neue Recht bereits in Kraft getreten war. Im Einklang mit Roland Fankhauser ist festzuhalten, dass eine echte Rückwirkung

nur vorläge, wenn das neue Recht auf ein Verfahren angewandt würde, in dem die Scheidung bereits vor dem 1. Januar 2017 rechtskräftig ausgesprochen wurde und im Rechtsmittelverfahren (nur) noch über den Vorsorgeausgleich zu befinden wäre. Im Übrigen behauptet die Beklagte nicht, dass sie im Vertrauen auf die Weitergeltung des alten Rechts bis zum 31. Dezember 2016 Dispositionen getroffen habe, die sich nicht ohne Nachteile wieder rückgängig machen liessen, womit sich ein allfälliger Vertrauensschutz unter diesem Blickwinkel als fragwürdig erweisen müsste (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N 283).

Sonach spricht auch die Gesetzessystematik gegen die von der herrschenden Lehre postulierte Auslegung von Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB.

#### 5.5.7.

Nach dem Gesagten lassen sich keine triftigen Gründe ausmachen, die ein Abweichen vom klaren Wortlaut von Art. 7d Abs. 2 SchIT ZGB und eine Auslegung dahingehend rechtfertigen würden, dass Art. 122 ZGB bei am 1. Januar 2017 bereits hängigen Scheidungsverfahren erst ab diesem Datum Wirkung entfalten solle. Vielmehr wird der Entstehungsgeschichte der Norm, deren Sinn und Zweck sowie ihrem Verhältnis zu anderen Bestimmungen besser Nachachtung verschafft, wenn das neue Vorsorgeausgleichsrecht einschliesslich Art. 122 ZGB auch auf bereits am 1. Januar 2017 pendente Scheidungsprozesse zur Anwendung gelangt.

Der Berufung der Beklagten kann deshalb, soweit sie das Urteil des Bezirksgerichts in puncto Ausgleich der beruflichen Vorsorge anfecht, nicht stattgegeben werden.