

## **BGE 146 III 73**

Bundesgericht (BGE), 2019-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_146\\_III\\_73](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_146_III_73)

FR: ATF 146 III 73

IT: DTF 146 III 73

### **Regeste**

Regeste Art. 122 f., 207 Abs. 1 und Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; Art. 331 Abs. 3 OR; Ehescheidung; Vorsorgeausgleich und güterrechtliche Auseinandersetzung (Errungenschaftsbeteiligung); Berücksichtigung von Arbeitgeberbeitragsreserven. Bei Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehende Arbeitgeberbeitragsreserven betreffen künftige Beitragszahlungen der Arbeitgebergesellschaft und nicht vom Arbeitnehmer bereits erworbene Ansprüche aus beruflicher Vorsorge. Bei der Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung bleiben sie grundsätzlich ausser Betracht. Eine Lücke in der Regelung zum Vorsorgeausgleich besteht nicht (E. 4.1). Es sind keine hypothetischen Austrittsleistungen anzurechnen (E. 4.2). In der Bildung von Beitragsreserven durch die Arbeitgebergesellschaft liegt grundsätzlich keine Vermögensentäusserung durch den Arbeitnehmer. Den Beitragsreserven ist bei der Bewertung der vom Arbeitnehmer gehaltenen Aktien der Arbeitgebergesellschaft im Rahmen der Berechnung der Errungenschaft Rechnung zu tragen (E. 5).

Regeste Art. 122 s., 207 al. 1 et art. 208 al. 1 ch. 2 CC; art. 331 al. 3 CO; divorce; partage de la prévoyance professionnelle et liquidation du régime matrimonial (participation aux acquêts); prise en considération des réserves de cotisations de l'employeur. Les réserves de cotisations de l'employeur existant au moment de l'ouverture de la procédure de divorce concernent les cotisations futures versées par la société employeuse et non le droit à la prévoyance professionnelle déjà acquis par le salarié. Elles ne sont en principe pas prises en considération dans le calcul de la prestation de libre passage à partager. La réglementation en matière de partage de la prévoyance professionnelle ne présente pas de lacune (consid. 4.1). Aucune prestation de libre passage hypothétique ne doit être prise en compte (E. 4.2). La constitution de réserves de cotisations par la société employeuse ne constitue en principe pas une aliénation de biens d'acquêts par l'employé. Les réserves de cotisations doivent être prises en compte dans l'évaluation des actions détenues par le salarié dans la société employeuse lors du calcul des acquêts (E. 5).

Regesto Art. 122 seg., 207 cpv. 1 e art. 208 cpv. 1 n. 2 CC; art. 331 cpv. 3 CO; divorzio; conguaglio della previdenza professionale e liquidazione del regime dei beni (partecipazione agli acquisti); presa in considerazione delle riserve contributive alimentate dal datore di lavoro. Le riserve contributive alimentate dal datore di lavoro esistenti al momento dell'avvio della procedura di divorzio concernono pagamenti futuri di contributi da parte della società datrice di lavoro e non pretese di previdenza professionale già acquisite dal lavoratore. In linea di principio esse non sono prese in considerazione nel calcolo della prestazione di uscita da dividere. La regolamentazione sul conguaglio della previdenza professionale non contiene alcuna lacuna (consid. 4.1). Non vanno conteggiate prestazioni di uscita ipotetiche (consid. 4.2). Con la costituzione di riserve contributive da parte della società datrice di lavoro non vi è in linea di principio alcuna alienazione di beni

da parte del lavoratore. Le riserve contributive vanno prese in considerazione nella valutazione delle azioni detenute dal lavoratore nella società datrice di lavoro nel quadro del calcolo degli acquisti (consid. 5).

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

Unbestritten ist der Beschwerdegegner Arbeitnehmer der C. AG. Er hält ausserdem insgesamt 42 Aktien dieser Gesellschaft, wobei er deren sieben während der Ehe erworben hat. Diese sieben Aktien fallen in seine Errungenschaft. Zudem ist der Beschwerdegegner eines von drei Verwaltungsratsmitgliedern der Aktiengesellschaft. Diese hat in den vergangenen Jahren bei der D. Pensionskasse nicht unerhebliche Arbeitgeberbeitragsreserven gebildet, welche nach Angaben des Beschwerdegegners weiterhin verwendet werden. Die Verfahrensbeteiligten sind sich uneinig darüber, wie mit diesen Beitragsreserven bei der Regelung der Nebenfolgen der Ehescheidung umzugehen ist. Die Beschwerdeführerin verlangt ihre Berücksichtigung entweder im Rahmen des Vorsorgeausgleichs (hinten E. 4) oder der güterrechtlichen Auseinandersetzung (hinten E. 5). (...)

### **E. 4**

Umstritten ist vorab, ob die Arbeitgeberbeitragsreserven bei der Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung zu berücksichtigen sind.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 122 ZGB werden bei der Scheidung die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge ausgeglichen. Die erworbenen Austrittsleistungen samt Freizügigkeitsguthaben und Vorbezügen für Wohneigentum werden hälftig geteilt ( Art. 123 Abs. 1 ZGB ). Wie die Austrittsleistung zu berechnen ist, bestimmt sich gemäss Art. 123 Abs. 3 ZGB nach den Art. 15-17 und 22a oder 22b BGE 146 III 73 S. 76 FZG (SR 831.42). Auf die detaillierte Darstellung dieser Bestimmungen durch die Vorinstanz kann verwiesen werden. Demnach sind bei der Scheidung in zeitlicher Hinsicht diejenigen Vorsorgeansprüche auszugleichen, die zwischen dem Eheschluss und der Einleitung des Scheidungsverfahrens akkumuliert worden sind ( BGE 145 III 169 E. 3.1). Arbeitgeberbeitragsreserven werden aus Geldern gebildet, die ein Arbeitgeber über seine gesetzlichen, reglementarischen und vertraglichen Pflichten hinaus der Pensionskasse auf Anrechnung an seine künftige Beitragspflicht bezahlt (Urteil 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 8.3.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, N. 6 zu Art. 331 OR ; BUSER, Der Einsatz von Arbeitgeberbeitragsreserven, in: Die Rolle des Arbeitgebers in der beruflichen Vorsorge, Bd. 5, 2016, S. 71 ff., 73; ausführlich: LOSER, Die Behandlung von Arbeitgeberbeitragsreserven in der Unternehmensbewertung, 2003, S. 83 ff.; vgl. auch BGE 130 V 518 E. 3). Sie dienen dem Zweck der (künftigen) Beitragszahlung, und zwar insofern, als der Arbeitgeber seine Beiträge entweder aus eigenen Mitteln oder eben aus den vorgängig geäußneten Beitragsreserven bezahlt ( Art. 331 Abs. 3 OR ; Urteil 9C\_707/2014 vom 15. April 2014 E. 1, in: SVR 2015 BVG Nr. 40 S. 150; HÜRZELER/BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Soziale Sicherheit, Meyer [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, S. 2150 Rz. 232). Die bei Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehenden Beitragsreserven betreffen damit nicht die bis zu diesem

Zeitpunkt vom Arbeitnehmer erworbenen Ansprüche im Sinne von Art. 122 ZGB. Sie bleiben folglich auf die während der Ehe geäußerte Austrittsleistung grundsätzlich ohne Einfluss. Für die Belange des Vorsorgeausgleichs sind Arbeitgeberbeitragsreserven vielmehr gleich zu behandeln wie freie Mittel der Vorsorgeeinrichtung. Die Frage, ob diese in den Vorsorgeausgleich einzubeziehen sind, stellt sich erst im Fall der Liquidation (BGE 133 V 25 E. 3.3.2-3.3.4; vgl. weiter E. 4.2 hiernach). Die Beschwerdeführerin tut nicht dar, dass die Voraussetzungen für eine solche im vorliegenden Fall gegeben sind; blosse Mutmassungen genügen den Begründungsanforderungen nicht. Damit hat das Obergericht die Beitragsreserven in Anwendung der gesetzlichen Vorgaben zu Recht nicht in die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistungen einbezogen. Nach dem Ausgeführten ist entgegen der Beschwerdeführerin auch nicht ersichtlich, inwiefern die gesetzliche Regelung zum BGE 146 III 73 S. 77 Vorsorgeausgleich mit Blick auf die Arbeitgeberbeitragsreserven unvollständig sein sollte (zum Begriff der Gesetzeslücke vgl. BGE 142 II 446 E. 2.4; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 135 III 385 E. 2.1): Im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehende Beitragsreserven betreffen - vom Fall der Liquidation der Vorsorgeeinrichtung abgesehen - von vornherein nicht den für den Vorsorgeausgleich relevanten Zeitraum, womit auch kein diesbezüglicher Regelungsbedarf besteht. Die von der Beschwerdeführerin weiter aufgeworfene Frage der missbräuchlichen Reservenbildung, um den Wert der Errungenschaft zu schmälern, ist sodann nicht ein Problem der Teilung der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge, sondern des Güterrechts (vgl. dazu hinten E. 5). Entsprechend erweist sich die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verfassungs- und Rechtsverletzung als unbehelflich.

#### **E. 4.2**

Anders als die Beschwerdeführerin meint, besteht weiter auch kein Anlass, dem Beschwerdegegner unter Rückgriff auf Art. 2 ZGB eine hypothetische Austrittsleistung anzurechnen: Die im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehenden Arbeitgeberbeitragsreserven betreffen wie gesehen nicht den für die Berechnung der Austrittsleistung massgebenden Zeitraum. Sodann ist nicht geltend gemacht, dass die für die Scheidung relevanten Ansprüche des Beschwerdegegners aus der beruflichen Vorsorge in irgendeiner Weise geschmälert wären bzw. hinter dem ihm gesetzlich zustehenden Betrag zurückbleiben würden. Weshalb unter diesen Umständen Anlass für die Anrechnung zusätzlicher (hypothetischer) Ansprüche im Rahmen des Vorsorgeausgleichs bestehen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführerin hilft auch der Hinweis auf die für alle Matrimonialsachen geltende Rechtsprechung zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht weiter. Die Anrechnung eines solchen Einkommens setzt nicht nur voraus, dass dieses zu erzielen der betroffenen Person möglich und zumutbar ist, sondern auch, dass der ausgewiesene Bedarf nicht gedeckt ist (statt vieler: BGE 143 III 233 E. 3.2). Da kein Defizit in den Vorsorgeansprüchen des Beschwerdegegners behauptet ist, kommt eine analoge Anwendung dieser Rechtsprechung von vornherein nicht in Frage. Damit braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob und unter welchen Voraussetzungen einer Person überhaupt hypothetische Vorsorgeleistungen angerechnet werden könnten. Ohnehin missachtet die Beschwerdeführerin, dass ein Arbeitgeber nicht über die Arbeitgeberbeitragsreserven verfügen kann, soweit sie behauptet, der Beschwerdegegner könne als Verwaltungsrat der C. BGE 146 III 73 S. 78 AG die Ausschüttung veranlassen. Zwar kann der Arbeitgeber auch nach der Reservenbildung über die Verwendung der Mittel mitbestimmen (Urteil 2A.395/2001 vom 19. Dezember 2001 E. 2b). Die ins Vermögen der Vorsorgeeinrichtung übergegangene Beitragsreserve bleibt aber für die Zwecke der

beruflichen Vorsorge gebunden. Sie dient ausschliesslich der Finanzierung derjenigen Leistungen, welche die Vorsorgeeinrichtung den Destinatären vorsorgerechtlich zu erbringen hat ( BGE 130 V 518 E. 5.1; Urteil 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 8.3.1). Abgesehen davon darf die Arbeitgeberbeitragsreserve grundsätzlich erst bei einer Liquidation an die Destinatäre ausbezahlt und keinesfalls dem Arbeitgeber zurückerstattet werden ( BGE 130 V 518 E. 5.2 und 5.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 331 OR ; HÜRZELER/BRÜHWILER, a.a.O., S. 2150 Rz. 232). Dass eine Liquidation erfolgt wäre, tut die Beschwerdeführerin nicht dar. Damit könnte der Beschwerdegegner von vornherein und unabhängig seiner Stellung innerhalb der C. AG keine Ausschüttung an sich selbst veranlassen, womit der Beschwerde die Grundlage entzogen ist.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend hatte das Obergericht keinen Anlass, die Arbeitgeberbeitragsreserven in den Vorsorgeausgleich einzubeziehen, und erweist die Beschwerde sich insoweit als unbegründet. Dementsprechend kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, den massgeblichen Sachverhalt in diesem Zusammenhang nicht abgeklärt bzw. darauf verzichtet zu haben, die Streitsache dem nach dem Freizügigkeitsgesetz zuständigen Gericht zu überweisen.

#### **E. 5**

Zu prüfen bleiben die von der Beschwerdeführerin (eventuell) erhobenen Rügen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung.

#### **E. 5.1**

Vorab überzeugt das Vorbringen nicht, in der Bildung von Arbeitgeberbeitragsreserven liege eine unzulässige Vermögensentäusserung: Gemäss Art. 197 Abs. 1 ZGB sind die Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes entgeltlich erwirbt, Errungenschaft. Zur Errungenschaft hinzugerechnet werden Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern ( Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ). Dadurch schützt das Gesetz die Anwartschaft des einen Ehegatten auf die Beteiligung am Vorschlag des anderen, indem es gewisse illoyale Vermögensverminderungen sanktioniert ( BGE 138 III 689 E. 3.2). Erfasst sind alle juristischen Vorgänge, mit denen ein Ehegatte während der Dauer des BGE 146 III 73 S. 79 Güterstandes über Vermögenswerte der Errungenschaft verfügt und dadurch den Wert dieser Masse verringert (Urteile 5A\_397/2015 vom 23. November 2015 E. 9.1; 5A\_339/2015 vom 18. November 2015 E. 8.3). Die streitbetroffenen Arbeitgeberbeitragsreserven setzen sich aus von der C. AG bezahlten Mitteln zusammen, nicht aus Geldern des Beschwerdegegners. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdegegner sich missbräuchlich auf die juristische Selbständigkeit der Gesellschaft beruft, sodass diese ausnahmsweise zu ignorieren wäre (dazu: BGE 144 III 541 E. 8.3), bestehen sodann nicht und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht hinreichend dargetan. Allein der Umstand, dass der Beschwerdegegner als Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft beim Entscheid, Arbeitgeberreserven zu äufnen, möglicherweise einen massgeblichen Einfluss hatte, genügt dafür nicht. Eine Hinzurechnung kommt damit nicht in Frage, ohne dass die weiteren Voraussetzungen zu prüfen wären. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, die Bildung von Beitragsreserven schmälere den Wert der Gesellschaft und verringere auf diese Weise die Errungenschaft des

Beschwerdegegners als Aktionär, ist demgegenüber bei der Bewertung der Errungenschaft Rechnung zu tragen.

## **E. 5.2**

Diesbezüglich ist die Bewertung der Aktien der C. AG und namentlich die Frage umstritten, ob die Vorinstanz hierzu hätte ein Gutachten einholen müssen.

### **E. 5.2.1**

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, es hätte nicht auf den mit der sog. "Praktikermethode" ermittelten Steuerwert der Aktien abgestellt werden dürfen und sieht die Vorgehensweise des Obergerichts als unzulässig an, da verschiedene Gesichtspunkte, namentlich die Arbeitgeberbeitragsreserven, unberücksichtigt geblieben seien. Damit wendet sie sich gegen die Wahl der Methode zur Aktienbewertung, wobei es sich um eine Rechtsfrage handelt (Urteil 5A\_104/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.3.1, in: FamPra.ch 2012 S. 1137, mit Hinweis auf BGE 132 III 489 E. 2.3 und BGE 121 III 152 E. 3c). Soweit sie mit ihren pauschalen Ausführungen der Begründungspflicht überhaupt genügt, bringt die Beschwerdeführerin allerdings nichts vor, was das Vorgehen der Vorinstanz als rechtsfehlerhaft erscheinen liesse (zur "Praktikermethode" vgl. Urteile 2C\_1168/2013 vom 30. Juni 2014 E. 3.5, in: StE 2014 B 72.13.2 Nr. 44; 2C\_309/2013 vom 18. September 2013 E. 3.6, in: ASA 82 S. 305; allgemein zur Unternehmensbewertung vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2; BGE 125 III 1 E. 5c; Urteile 5A\_378/2015 vom 15. März BGE 146 III 73 S. 80 2016 E. 5.9, in: FamPra.ch 2016 S. 719; 5A\_387/2010 vom 14. September 2010 E. 4, in: FamPra.ch 2011 S. 170; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, 1992, N. 18 zu Art. 211 ZGB ; BADDELEY, L'entreprise dans le contexte du droit matrimonial, FamPra.ch 2009 S. 289 ff., 302 ff.; zu den Arbeitgeberbeitragsreserven vgl. LOSER, a.a.O., passim und S. 269 ff.). Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass gemäss der einschlägigen Wegleitung der Schweizerischen Steuerkonferenz zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer (vom 28. August 2008; Fassung vom 26. März 2018) Vorauszahlungen und andere ausserordentliche Zuwendungen an Personalvorsorgeeinrichtungen bei der Berechnung des Ertragswerts eines Unternehmens zu berücksichtigen sind (Ziff. B. 9 [Abs. 1 Bst. d]; zur Anwendbarkeit der Wegleitung vgl. § 34 Abs. 1 der Vollzugsverordnung des Kantons Solothurn vom 28. Januar 1986 zum Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern [BGS 614.12]).

### **E. 5.2.2**

Soweit die Beschwerdeführerin sodann in tatsächlicher Hinsicht geltend macht, der Aktienwert sei fehlerhaft berechnet worden, ist festzuhalten, was folgt: Kommt das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ohne Willkür zum Schluss, seine dadurch gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache könne durch die Abnahme weiterer Beweise nicht erschüttert werden, kann es von weiteren Beweiserhebungen absehen (sog. antizipierte Beweiswürdigung; BGE 143 III 297 E. 9.3.2). In diesem Vorgehen liegt weder eine Verletzung des Rechts auf Beweis noch des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( BGE 140 I 285 E. 6.3.1). Eine derartige antizipierte Beweiswürdigung kann vor Bundesgericht nur in Frage gestellt werden, wenn in dem strengen Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ) genügender Art und Weise dargetan wird, dass die Vorinstanz dadurch in Willkür verfallen ist ( BGE 138 III 374 E. 4.3.2; kürzlich etwa Urteil 5A\_713/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 3). Das Obergericht ermittelte den Verkehrswert der Aktien des Beschwerdeführers zulässigerweise ausgehend von deren

Steuerwert und lehnte in der Folge weitere Beweismassnahmen (implizit) als unnötig ab. Die Beschwerdeführerin legt zwar dar, weshalb ihrer Ansicht nach damit nicht der zutreffende Wert der Aktien ermittelt worden sei, zumal mit Blick auf die Arbeitgeberbeitragsreserven. Vielmehr hätte eine Begutachtung angeordnet werden müssen. Sie belässt es indessen bei der Darlegung ihrer eigenen Sichtweise und BGE 146 III 73 S. 81 wirft der Vorinstanz nicht vor, mit ihrem Vorgehen in Willkür verfallen zu sein. Entsprechend legt sie solches auch nicht hinreichend detailliert dar. Damit vermag die Beschwerdeführerin die von der Vorinstanz vorgenommene (antizipierte) Beweiswürdigung und die Feststellung des Verkehrswerts der Aktien nicht in Frage zu stellen und keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder des Rechts auf Beweis aufzuzeigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.