Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

9C 691/2009

Urteil vom 24. November 2009

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Borella, Kernen, Seiler,
Bundesrichterin Pfiffner Rauber,
Gerichtsschreiber Nussbaumer.

Parteien
M._____,
vertreten durch Fürsprecher Daniel Buchser,
Beschwerdeführer,

gegen

W._____,
vertreten durch Fürsprech Beat Widmer,
Beschwerdegegnerin,

Pensionskasse P._____,
Mitbeteiligte.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge,

Beschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juni 2009.

Sachverhalt:

A.
Am 29. Januar 2009 schied das Bezirksgericht Z._____ die am 17. März 1995 geschlossene Ehe des M._____ und der W._____, ordnete unter anderem die hälftige Teilung der Austrittsleistung an und überwies die Akten gestützt auf Art. 142 Abs. 2 ZGB an das Versicherungsgericht des Kantons Aargau.

B.
Mit Urteil vom 16. Juni 2009 wies das Versicherungsgericht die Pensionskasse P._____, Vorsorgeeinrichtung von M._____, an, von dessen Freizügigkeitsguthaben den Betrag von Fr. 112'054.95 zuzüglich Zins auf das Freizügigkeitskonto von W._____ zu überweisen.

C.
M._____ erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, seine Vorsorgeeinrichtung sei anzuweisen, den Betrag von Fr. 62'804.95 auf das Freizügigkeitskonto der Beschwerdegegnerin zu

überweisen.
W._____ beantragt Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils sowie Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, während das Bundesamt für Sozialversicherungen auf eine Vernehmlassung verzichtet und die Pensionskasse P._____ mitteilt, sie werde der anspruchsberechtigten Person auf richterliche Verfügung hin die ihr zustehende Freizügigkeitsleistung überweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Vorinstanz hat erwogen, die Beschwerdegegnerin habe während der Ehe kein Vorsorgeguthaben geäufnet; zu teilen sei demgemäss nur die vom Beschwerdeführer ehelich erworbene Austrittsleistung. Der Beschwerdeführer habe im Zeitpunkt der Heirat ein Vorsorgeguthaben von Fr. 133'223.42 und im Zeitpunkt der Scheidung ein solches von Fr. 268'697.80 gehabt. Am 30. Mai 1995, d.h. kurz nach der Heirat, habe er einen Vorbezug für Wohneigentum im Betrag von Fr. 130'000.- getätigt. Dieser sei im Nominalwert zur Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung hinzuzurechnen. In Bezug auf die Frage, zu wessen Lasten der Zinsverlust auf dem Vorbezug gehe, sei für den Zeitpunkt des Vorbezugs eine Zwischenabrechnung vorzunehmen und bis zu diesem Zeitpunkt der gesamte Vorbezug, danach nur noch der Restbetrag aufzuzinsen. Demgemäss berechnete die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdegegnerin wie folgt:

Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung: 268'697.80
+ WEF Vorbezug 98'500.–
(Fr. 130'000 abzüglich Rückzahlung von Fr. 31'500.-)
Total 367'197.80
- Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat,
aufgezinst bis zum Zeitpunkt des Vorbezugs 134'303.80
- Aufzinsung des nach dem Vorbezug verbleibenden
Guthabens bis zur Scheidung 8'784.10
Differenz 224'109.90
davon die Hälfte 112'054.95.

1.2. Sachverhaltlich unbestritten und für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) sind die Beträge der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat (Fr. 133'223.42) und der Scheidung (Fr. 268'697.80) sowie die Tatsache, dass der Beschwerdeführer während der Ehe (am 30. Mai 1995) einen Vorbezug im Betrag von Fr. 130'000.- tätigte. Unbestritten ist sodann, dass während der Ehe (am 30. März 2007) eine Rückzahlung des Vorbezugs im Umfang von Fr. 31'500.- erfolgte.

1.3. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie habe nicht berücksichtigt, dass beim Verkauf des Hauses ein Verlust auf dem investierten Vorsorgekapital von Fr. 98'500.- eingetreten sei. Sodann habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass bei der Beschwerdegegnerin der Vorsorgefall bereits erfolgt sei; richtigerweise sei der zu überweisende Betrag um einen Anteil virtuelles Vorsorgekapital der Beschwerdegegnerin zu kürzen. Schliesslich sei es ungerecht, ihm den Zins auf seinem eingebrachten Kapital zu verweigern.

1.4. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits stellt folgende Rechnung an, die zu einem ähnlichen Resultat wie dasjenige der Vorinstanz führt:

Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung 268'697.80
- Aufzinsung des Restguthabens 8'784.10
Differenz 259'913.70
davon die Hälfte 129'956.85
- die Hälfte des Verlusts von 98'500 49'250.-
+ im Scheidungsurteil angerechneter Verlust 36'629.05
Anspruch 117'335.90.

2.
Vorab ist die Rüge des Beschwerdeführers zu beurteilen, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass bei der Beschwerdegegnerin der Vorsorgefall bereits eingetreten sei. Sollte nämlich dadurch die Teilung nach Art. 122 ZGB unmöglich werden, wäre das vorsorgeausgleichsrechtliche Verfahren zu sistieren und gegebenenfalls eine Revision des Scheidungsurteils in die Wege zu leiten, um eine Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB festzulegen (Urteil 9C 899/2007 vom 28. März 2008 E. 5.2). In der Tat ergibt sich aus den Akten und dem Scheidungsurteil (E. 4.2.2.), dass die Beschwerdegegnerin seit 1992 und damit schon während der Ehedauer eine Invalidenrente der beruflichen Vorsorge bezogen hat und insoweit der Vorsorgefall im Sinne von Art. 122 bzw. 124 ZGB bei ihr im Zeitpunkt der Scheidung bereits eingetreten war. Das Scheidungsgericht hat dies erkannt, aber trotzdem eine Teilung nach Art. 122 ZGB angeordnet. Da gemäss der nicht bestrittenen Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz die Beschwerdegegnerin während der Dauer der Ehe kein Freizügigkeitsguthaben geäufnet hat, muss die von ihr bezogene Rente der beruflichen Vorsorge aus einem ausschliesslich vorehelichen Vorsorgeverhältnis stammen, welches für die vorsorgeausgleichsrechtliche
Teilung ohnehin irrelevant wäre. Fällt somit für die Teilung nur Vorsorgeguthaben des Beschwerdeführers in Betracht, bei welchem im Zeitpunkt der Scheidung kein Vorsorgefall eingetreten war, ist die Teilung gemäss Art. 122 ZGB ohne weiteres möglich. Unter diesen Umständen ist das rechtskräftige Scheidungsurteil für das Berufsvorsorgegericht verbindlich (BGE 134 V 384). Damit besteht auch kein Grund, einen Anteil an einem virtuellen Vorsorgekapital der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen.

3.

3.1. Die Vorinstanz hat zur Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung den "WEF-Vorbezug im Nominalwert von Fr. 98'500.- (Fr. 130'000.- abzüglich der Rückzahlung von Fr. 31'500.-) " hinzugezählt. Sie hat aber nicht dargelegt (Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG), auf welcher tatsächlichen Grundlage dies erfolgt. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist insoweit unvollständig festgestellt. Er kann jedoch vom Bundesgericht aufgrund der Akten ergänzt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.2. Aus dem Scheidungsurteil ergibt sich aktenmässig belegt, dass der Vorbezug von Fr. 130'000.- in die eheliche Liegenschaft X._____ investiert, diese Liegenschaft im Jahre 2002 verkauft, dafür eine andere Liegenschaft Y._____ gekauft und auch diese Liegenschaft im Jahre 2007 veräussert wurde. Der Verkaufspreis von Fr. 486'000.- wurde zur Rückzahlung der Hypothekarschuld von Fr. 453'500.- verwendet und es wurden Fr. 31'500.- an die Pensionskasse des Beschwerdeführers zurückbezahlt. Insgesamt resultierte daraus ein Verlust von Fr. 98'500.- zu Lasten des Eigenguts, der im Rahmen des Scheidungsurteils in die güterrechtliche Ausscheidung einfloss. Dementsprechend meldete das Scheidungsgericht der Vorinstanz einen "Verlust auf Vorbezug: Fr. 98'500.-". Diese Darstellung wurde von den Parteien weder im vorinstanzlichen noch im bundesgerichtlichen Verfahren in Frage gestellt. Es ist von diesem Sachverhalt auszugehen.

3.3. Der Vorbezug ist ein Vorsorgesurrogat; der vorbezogene Betrag fällt zwar aus dem Vermögen der Vorsorgeeinrichtung hinaus, dient aber nach wie vor der Vorsorge, einerseits indem das damit erworbene Wohneigentum benützt werden kann, wodurch die Wohnkosten (Hypothekarzinsen) reduziert werden, und andererseits indem eine bedingte und gesicherte Rückzahlungspflicht besteht (Art. 30d und 30e BVG [SR 831.40]; BGE 132 V 332 E. 4.1; ANDREA BÄDER FEDERSPIEL, Wohneigentumsförderung und Scheidung, Zürich 2008, S. 12 f., 267 f.). Dementsprechend gilt der Vorbezug im Falle der Scheidung als Freizügigkeitsleistung und wird nach den Art. 122, 123 und 141 ZGB sowie Art. 22 FZG (SR 831.42) geteilt (Art. 30c Abs. 6 BVG bzw. Art. 331e Abs. 6 OR). Dies erfolgt so, dass der Vorbezug zu der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung hinzugerechnet wird, soweit eine Rückzahlungspflicht besteht (BGE 128 V 230 E. 3b, 132 V 332 E. 4.2; BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 268 Rz. 547, S. 298 Rz. 610). Ist jedoch das Wohneigentum vor der Scheidung veräussert worden, so muss der vorbezogene Betrag im Umfang des Erlöses zurückbezahlt werden (Art. 30d Abs. 5 BVG). Der zurückbezahlte Betrag liegt damit wieder im Vermögen der Vorsorgeeinrichtung und wird im
Scheidungsfalle automatisch als Austrittsleistung im Zeitpunkt der Ehescheidung (Art. 22 Abs. 2 FZG) mitberücksichtigt. Ist beim Verkauf der Liegenschaft ein Verlust auf dem vorbezogenen Betrag entstanden, so besteht insoweit keine Rückzahlungspflicht mehr und gibt es auch vorsorgeausgleichsrechtlich nichts zu teilen

(BGE 132 V 332 E. 4.2, 347 E. 3.3; BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 73 Rz. 150, S. 299 Rz. 613; THOMAS GEISER, Vorsorgeausgleich: Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls, FamPra.ch 2002 S. 83 ff., 89; MYRIAM GRÜTTER/THOMAS GEISER, Problemfälle im Bereich des Vorsorgeausgleichs?, in: Vierte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2008, S. 153 ff., 161 f.; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER/CHRISTIAN BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, in: Paquier/Jaquier [Hrsg.], Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, S. 193 ff., 230; DANIEL R. TRACHSEL, Spezialfragen im Umfeld des scheidungsrechtlichen Vorsorgeausgleiches: Vorbezüge für den Erwerb selbstbenutzten Wohneigentums und Barauszahlungen nach Art. 5 FZG, FamPra.ch 2005 S. 529 ff., 535). Der Verlust ist allenfalls in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen (BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 72 ff.; GEISER,
FamPra.ch 2002 S. 89, 93 f.; TRACHSEL, a.a.O., S. 540 f.).

3.4. Vorliegend ist das mit dem Vorbezug finanzierte Wohneigentum vor der Scheidung verkauft und der Erlös an die Vorsorgeeinrichtung zurückbezahlt worden. Aus den Akten ergibt sich auch kein Anhaltspunkt, dass in den letzten zwei Jahren vor dem Verkauf die Hypothek erhöht worden wäre, so dass sie bei der Berechnung des Erlöses unberücksichtigt zu bleiben hätte (Art. 15 WEFV; SR 831.411). Die Rückzahlungspflicht (Art. 30d Abs. 5 BVG; Art. 331e Abs. 8 OR) wurde demnach erfüllt. Der resultierende Verlust von Fr. 98'500.- ist im Scheidungsurteil in der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt worden (E. 3.2 hievor). Er kann nicht im Rahmen der vorsorgeausgleichsrechtlichen Teilung erneut zu der zu teilenden Masse hinzugerechnet werden (E. 3.3 hievor), wie das die Vorinstanz getan hat. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits lässt bei ihrer Rechnung die bei der Eheschliessung vorhandene Austrittsleistung gänzlich unberücksichtigt. Die Beschwerde ist insoweit begründet.

4.
Zu prüfen ist schliesslich die Frage der Verzinsung des Vorbezugs.

4.1. Da die vorbezogene Summe aus dem Vermögen der Vorsorgeeinrichtung herausfällt, wird sie von dieser effektiv nicht mehr verzinst. In der Lehre werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen, die den Zinsverlust entweder vollständig der zu teilenden oder der nicht zu teilenden Austrittsleistung belasten oder aber verschiedene Zwischenlösungen vornehmen (vgl. die Darstellung der verschiedenen Methoden bei ROLF BRUNNER, Die Berücksichtigung von Vorbezügen für Wohneigentum bei der Teilung der Austrittsleistung nach Art. 122 ZGB, ZBJV 136/2000 S. 525 ff., 538 ff.; BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 275 ff.; FELIX KOBEL, Immobilien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, Basel 2007, S. 148 ff.; DAMIAN SCHAI, Vorbezüge aus der zweiten Säule für Wohneigentum im Scheidungsfall, BJM 2006 S. 57 ff., 71 ff.). Das ehemalige Eidg. Versicherungsgericht hat in Bezug auf die vorehelich getätigten Vorbezüge in BGE 128 V 230 E. 3c S. 235 entschieden, dass diese nicht aufgezinst werden. In Bezug auf die während der Ehe getätigten Vorbezüge hat es in BGE 132 V 332 E. 4.4 die Frage offengelassen.

4.2. Die Methode, den Zinsverlust vollständig der nicht zu teilenden Austrittsleistung anzulasten, indem auch der getätigte Vorbezug hypothetisch aufgezinst und dieser Zins zur Austrittsleistung im Zeitpunkt der Ehescheidung addiert wird (so THOMAS GEISER, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Heinz Hausheer [Hrsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 55 ff., 77 f.; STEPHAN WOLF, Grundstücke in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung, ZBJV 136/2000 S. 241 ff., 255; vgl. Darstellung bei BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 278 ff.; BRUNNER, a.a.O., S. 545 ff.; SCHAI, a.a.O., S. 75 [Variante 4]), hat keine gesetzliche Grundlage und würde den Grundsatz verletzen, wonach die während der Ehe erworbene Austrittsleistung hälftig zu teilen ist (Art. 122 Abs. 1 ZGB); sie wird daher von der herrschenden Lehre zu Recht abgelehnt (BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 271, 279 f.; BRUNNER, a.a.O., S. 547; KOBEL, a.a.O., S. 153 f.; THOMAS KOLLER, Vorbezüge für den Erwerb von Wohneigentum und Vorsorgeausgleich bei Scheidung: Wer trägt den Zinsverlust? - Ein weiterer Diskussionsbeitrag, ZBJV 137/2001 S. 137 ff., 140; SCHAI, a.a.O., S. 79; SCHNEIDER/BRUCHEZ, a.a.O., S. 230 Fn. 165; TRACHSEL, a.a.O., S. 533).

4.3. Auszugehen ist von der gesetzlichen Regelung, wonach die bei der Eheschliessung vorhandene Austrittsleistung aufzuzinsen ist (Art. 22 Abs. 2 Satz 2 FZG). Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde dies auch gelten,

wenn nach der Eheschliessung ein Vorbezug erfolgt ist (REGINA E. AEBI-MÜLLER, Vorbezüge für Wohneigentum bei Scheidung: Wer trägt den Zinsverlust?, ZBJV 137/2001 S. 132, 136; BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 275 f.; BRUNNER, a.a.O., S. 539; KOBEL, a.a.O., S. 147 f., 160; SCHNEIDER/BRUCHEZ, La prévoyance professionnelle et le divorce, SVZ 68/2000, S. 172 ff., 247 ff., 255). In der Literatur wird diese Konsequenz allerdings als unbillig kritisiert, weil der Ertrag dieser Austrittsleistung nicht der Vorsorge zukommt und eine Aufzinsung die Tatsache, dass ein Vorbezug erfolgt ist, unberücksichtigt lässt (AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 132 f.; BÄDER FEDERSPIEL, a.a.O., S. 276 f.; BRUNNER, a.a.O., S. 541; KOLLER, a.a.O., S. 140; TRACHSEL, a.a.O., S. 533). Diese Argumentation kann aber höchstens greifen, soweit überhaupt ein Vorbezug zur Diskussion steht, also nicht für den Zeitraum vor dem Vorbezug und nicht für das nach dem Vorbezug verbleibende Restguthaben, soweit dieses kleiner ist als die bis zum Vorbezug aufgezinste
Austrittsleistung bei Heirat (SCHAI, a.a.O., S. 79 f.). Denn insoweit ist das vorehelich vorhandene Vorsorgekapital durch den Vorbezug nicht berührt worden, so dass sich die Frage nicht stellen kann, ob die Tatsache, dass ein Vorbezug erfolgt ist, eine Abweichung von der gesetzlich vorgesehenen Aufzinsung rechtfertigen kann. Entsprechend der gesetzlichen Wertung, wonach das voreheliche Vorsorgeguthaben während der Ehe wertmässig erhalten bleiben soll (BGE 132 V 332 E. 4.3), ist daher mindestens insoweit eine Aufzinsung vorzunehmen.

4.4. Die Vorinstanz ist nach dieser Methode vorgegangen (Aufzinsung der bei Heirat vorhandenen Austrittsleistung bis zum Zeitpunkt des Vorbezugs und anschliessend des Restbetrags). Ob eine für den Beschwerdeführer günstigere Methode richtig wäre, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden: Denn die vorinstanzliche Berechnung, korrigiert um den zu Unrecht berücksichtigten Verlust (E. 3.4 hievor), ergibt für die Beschwerdegegnerin einen Anspruch in genau der Höhe, die der Beschwerdeführer beantragt (Fr. 268'697.80 [Austrittsleistung bei Scheidung]- Fr. 134'303.80 - Fr. 8'784.10 = Fr. 125'609.90, geteilt durch 2 = Fr. 62'804.95). Da das Bundesgericht nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen kann (Art. 107 Abs. 1 BGG), fällt die Anwendung einer für den Beschwerdeführer vorteilhafteren Berechnungsmethode von vornherein ausser Betracht.

5.
Die Beschwerde ist daher begründet. Unbegründet ist der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf den Rückkaufswert der Versicherungspolice, soweit damit gemeint sein sollte, dieser hätte eine anspruchserhöhende Wirkung für die Beschwerdegegnerin. Denn dabei handelt es sich um eine Versicherungspolice der Säule 3a, die güterrechtlich zu teilen ist (BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm Scheidung, 2005, N. 98 Vorbem. zu Art. 122-124 ZGB; THOMAS GEISER, FamPra.ch 2002 S. 85; HERMANN WALSER, Berufliche Vorsorge, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich, Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 49 ff., 51 f.) und vom Scheidungsgericht denn auch bei der güterrechtlichen Beurteilung berücksichtigt wurde (Scheidungsurteil E. 6.1, 6.3.1).

6.
Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihr kann die unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung und Verbeiständung; Art. 64 BGG) gewährt werden, da die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 135 I 2 E. 7.1; 125 V 201 E. 4a S. 202 und 371 E. 5b S. 372). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu in der Lage ist. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entbindet die Beschwerdegegnerin nicht von der Pflicht, den obsiegenden Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 64 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG; Urteil 5P.170/2004 vom 1. Juli 2007, E. 2; THOMAS GEISER, Basler Kommentar BGG, Art. 64 N. 28 und 39).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juni 2009 wird dahin abgeändert, dass die Pensionskasse P._____ angewiesen wird, vom Freizügigkeitsguthaben des Beschwerdeführers Fr. 62'804.95 nebst Zins zu 2 % ab 11. März 2009 auf das Freizügigkeitskonto der Beschwerdegegnerin zu überweisen.

2.
Der Beschwerdegegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, indes vorläufig auf die Gerichtskasse genommen.

4.
Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.- zu entschädigen.

5.
Fürsprech Beat Widmer, Reinach, wird als unentgeltlicher Anwalt der Beschwerdegegnerin bestellt, und es wird ihm für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'000.- ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 24. November 2009
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Meyer

Der Gerichtsschreiber: Nussbaumer