

**Portée de la modification de l'art. 122 CC.** Selon l'art. 122 CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, la date d'introduction de la requête en divorce est désormais déterminante pour calculer le montant de la prévoyance professionnelle à partager en cas de divorce (consid. 2).

**Lacunes de prévoyance (*Vorsorgeunterhalt*) et mesures provisionnelles.** Les prestations de prévoyance professionnelle acquises durant la procédure en divorce ne sont plus partagées (consid. 3.1). Or, ce n'est que pour la période post-divorce que le conjoint peut réclamer une contribution d'entretien permettant de couvrir les futures lacunes de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 125 CC. Plusieurs voix dans la doctrine considèrent qu'il s'agit d'une lacune qui doit être comblée, non pas dans le cadre de l'entretien après le divorce, mais déjà pendant la durée de la procédure en divorce dans le cadre des mesures provisionnelles. D'autres possibilités de compensation sont envisageables, comme une répartition supérieure à la moitié des avoirs de prévoyance sur la base de l'art. 124b al. 3 CC ou un entretien post-marital rétroactif ou disproportionné sur la base de l'art. 125 f. CC (consid. 3.2). Les auteurs parlent d'une « lacune ». Or, il n'est pas clair de savoir s'il s'agit d'une lacune de cotisations, respectivement d'une lacune de prévoyance, ou d'une véritable lacune de la loi (consid. 3.3).

**Processus législatif menant à la modification de l'art. 122 CC.** Au moment de l'adoption de la loi, un débat approfondi a lieu au sujet de la coordination entre le moment du partage de la prévoyance professionnelle et la créance en entretien. Les inconvénients pour l'époux créancier ont été examinés (consid. 3.4).

Le parlement avait conscience qu'au travers de l'avancement du terme final déterminant pour le partage, les prestations de sortie à partager allaient être moins importantes. Cette conséquence a été voulue par la majorité du parlement. L'effet est le même qu'en matière de dissolution du régime matrimonial, qui intervient au moment de l'introduction de la procédure de divorce (cf. art. 204 al. 2 CC), et qui implique qu'on ne partage pas l'augmentation du patrimoine des acquêts réalisée pendant la durée de la procédure de divorce (consid. 3.5).

**Compensation du déficit de prévoyance et mesures provisionnelles durant la procédure de divorce.** La notion de « *vorsorglicher Vorsorgeunterhalt* » proposée par la doctrine permettrait d'harmoniser les différentes périodes de calcul, en couvrant la part de déficit de prévoyance accumulée durant la procédure de divorce par le biais d'une contribution d'entretien octroyée par des mesures provisionnelles. Il n'y aurait dès lors pas à financer cette période par la contribution d'entretien post matrimoniale (consid. 3.6).

**Fondement de la créance.** Pendant la procédure de divorce, la créance alimentaire demeure une créance matrimoniale, qui se fonde matériellement sur l'art. 163 CC, alors que la contribution d'entretien post matrimoniale se fonde matériellement sur l'art. 125 CC (consid. 3.6).

Selon l'art. 125 al. 1 CC, l'entretien dû entre époux comprend une prévoyance vieillesse appropriée. L'entretien dû au sens de l'art. 125 CC comprend la couverture des besoins culturels comme les vacances, les hobbies, etc., en sus des besoins fondamentaux tels que la nourriture, les vêtements, le logement et les soins personnels et de santé (ainsi que la charge fiscale en cas de ressources suffisantes), au regard du mode de vie précédent. A côté de cet entretien « de consommation », l'entretien de prévoyance compense les lacunes de prévoyance vieillesse qui peuvent en particulier apparaître lorsque la prise en charge de l'enfant empêche totalement ou partiellement un parent d'exercer une activité lucrative (consid. 3.6).

L'art. 163 CC n'a pas été modifié lors de l'entrée en vigueur de la révision partielle du droit de la prévoyance. Par conséquent, même si l'art. 163 CC exige que le conjoint subvenant aux besoins de la famille constitue une prévoyance vieillesse, la créance alimentaire résultant de l'art. 163 CC comprend exclusivement un entretien de « consommation ». Les art. 159 al. 3 et 164 al. 2 CC ne constituent pas une base légale suffisante permettant de fixer l'entretien en tenant compte du besoin de prévoyance (consid. 3.6).

Besetzung  
Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte  
A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Werner Wunderlin,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

B.,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Vorsorgliche Massnahmen (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, vom 20. November 2018 (ZSU.2018.233).

#### **Sachverhalt:**

##### **A.**

A. und B. heirateten 2004. Sie haben die Töchter C. (geb. 2004) und D. (geb. 2006). Seit Juli 2013 leben sie getrennt. Beim Bezirksgericht Baden ist das Ehescheidungsverfahren hängig.

##### **B.**

Mit Gesuch vom 10. November 2017 um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens beantragte A. Unterhaltsbeiträge von je Fr. 5'000.-- für die Töchter und Fr. 9'500.-- für sich selbst.

Mit Entscheid vom 4. Juli 2018 regelte das Bezirksgericht Baden u.a. den Kindes- und den Ehegattenunterhalt.

Beschränkt auf den Ehegattenunterhalt erhoben beide Parteien die Berufung. Mit Entscheid vom 20. November 2018 setzte das Obergericht des Kantons Aargau diesen auf Fr. 8'502.-- von Oktober 2017 bis Juni 2018, auf Art. 7'714.-- vom Juli 2018 bis Dezember 2018, auf Fr. 6'965.-- vom Januar 2019 bis Mai 2019 und auf Fr. 6'616.-- ab Juni 2019 fest.

##### **C.**

In Bezug auf die Zeit ab Juli 2018 hat A. am 4. Januar 2019 beim Bundesgericht eine Beschwerde eingereicht, mit welcher sie Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'465.-- von Juli 2018 bis Dezember 2018, von Fr. 8'765.-- von Januar 2019 bis Mai 2019 und von Fr. 8'116.-- ab Juni 2019 verlangt. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

#### **Erwägungen:**

##### **1.**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Es kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden

(**Art. 98 BGG**). Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Anwendung der einschlägigen Normen des ZGB und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

## 2.

Mit der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Vorsorgerevision wurde u.a. **Art. 122 ZGB** geändert und der für die Teilung der beruflichen Vorsorge massgebliche Stichtag von der Rechtskraft des Scheidungsurteiles auf die Einleitung der Scheidungsklage vorverlegt. "Teilungsmasse" bilden nicht mehr die während der Ehe bis zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils, sondern nur noch die bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge.

Streitfrage der vorliegenden Beschwerde ist, ob dadurch eine rechtlich relevante Vorsorgelücke entsteht, welche durch Zuspruch von Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen auszugleichen ist. Die Vorinstanzen haben diese Möglichkeit verneint.

Das Obergericht hat zur Begründung in erster Linie auf diejenige des Kantonsgerichts Basel-Stadt im Entscheid 400 17 270 vom 7. November 2017 (veröffentlicht in: FamPra.ch 2018 S. 858 ff.) verwiesen und festgehalten, dass dem Parlament die Möglichkeit einer Beitragslücke bewusst gewesen sei, weshalb es an einem Verfügungsanspruch fehle, wie er für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nötig sei, und dass sodann auch dogmatische Überlegungen gegen den Zuspruch von Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens sprechen würden insofern, als es beim Trennungunterhalt um die Alimentierung der laufenden Ausgaben gehe, während der Scheidungsunterhalt auch Sparcharakter habe und einen Sparbeitrag für den Aufbau einer angemessenen beruflichen Altersvorsorge enthalten könne.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Lehre, welche die Möglichkeit bejahe, Vorsorgeunterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zuzusprechen, und macht geltend, die Gesetzesänderung habe Kurzehen und Verfahrensverschleppung im Auge gehabt. Indes habe plötzlich die ausgleichspflichtige Partei ein Interesse an Verschleppung, wenn das Entstehen einer Beitragslücke akzeptiert werde. Im Übrigen überzeuge auch die Behauptung nicht, dass es sich um einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers handle; dieser habe eine einfache Lösung, aber keine Schlechterstellung des ausgleichsberechtigten Ehegatten angestrebt. Zumal auch keine überhäftige Teilung nach **Art. 124b ZGB** zur Deckung der entstehenden Lücke zu Gebote stehe und naheheleicher Unterhalt nicht für vor dem Scheidungszeitpunkt liegende Perioden zugesprochen werden könne, würde insgesamt ein stossender und nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen, welcher dem Gleichbehandlungsbedanken und dem Grundsatz des Ausgleichs ehebedingter Nachteile diametral entgegenstehe und nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen könne. Als gesetzliche Grundlage für die Festsetzung des vorsorglichen Vorsorgeunterhaltes kämen **Art. 159 Abs. 3** und **Art. 164 Abs. 2 ZGB** in Betracht. Schliesslich möge die Berechnung des Vorsorgeunterhaltes nicht ganz einfach sein; sie könne aber von einem Gericht ohne weiteres und ohne Gutachten durchgeführt werden.

## 3.

Beschwerdegegenstand bildet die Frage, ob für die Zeit des Scheidungsverfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Vorsorgeunterhalt zugesprochen werden kann bzw. ob dies im angefochtenen Entscheid in willkürlicher Weise verweigert wurde.

**3.1.** Gemäss der bis Ende 2016 gültigen Fassung von **Art. 122 ZGB** waren bei der Scheidung die nach dem Freizügigkeitsgesetz für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistungen der Ehegatten hälftig zu teilen. Berechnungsbasis bildeten mithin die zwischen dem Eheschluss und dem rechtskräftigen Scheidungsurteil geäußerten Austrittsleistungen.

Mit der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetzesrevision wurde **Art. 122 ZGB** dahingehend geändert, dass die während der Ehe bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche der beruflichen Vorsorge auszugleichen sind (vgl. AS

2016 2313), wobei mit der Einleitung des Scheidungsverfahrens der Zeitpunkt gemeint ist, in dem ein gemeinsames Scheidungsbegehren oder eine Scheidungsklage eingereicht wird (**Art. 274 ZPO**), also prozessual gesprochen der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Sinne von Artikel 62 ZPO (vgl. Botschaft, BBl 2013 4906). Zu teilen sind mithin die Vorsorgeleistungen, welche zwischen dem Eheschluss und der Einleitung des Scheidungsverfahrens akkumuliert worden sind; die während des Scheidungsverfahrens entstandenen zusätzlichen Leistungen verbleiben hingegen neu demjenigen Ehegatten, welcher im betreffenden Arbeitsverhältnis steht.

**3.2.** Die Gesetzesänderung hat zur Folge, dass der Endtermin für die Teilung der Austrittsleistungen und der Zeitpunkt, ab welchem zur Deckung künftiger Vorsorgeücken im Rahmen des nahehelichen Unterhaltes sog. Vorsorgeunterhalt zugesprochen werden kann, auseinanderfallen, indem während der Dauer des Scheidungsverfahrens nunmehr dem anspruchspflichtigen Teil das Vorsorgekapital (bzw. bei beidseitiger Erwerbstätigkeit: die Differenz zwischen den Austrittsleistungen) alleine anwächst, er jedoch für diese Zeit nicht zur Leistung von Vorsorgeunterhalt verpflichtet ist.

Verschiedene Stimmen in der Lehre sehen darin eine Lücke, welche zu schliessen sei, indem nicht erst im Rahmen des nahehelichen Unterhaltes, sondern bereits während des Scheidungsverfahrens mittels vorsorglicher Massnahmen Vorsorgeunterhalt zugesprochen werde (JUNGO/GRÜTTER, in: FamKomm Scheidung, Band I, 3. Aufl. 2017, N. 28 zu **Art. 124b ZGB**; GLOOR/SPYCHER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N. 5 und 33 zu **Art. 125 ZGB**; GRÜTTER, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, in: FamPra.ch 2017, S. 152; JUNGO, Ausnahmen vom Vorsorgeausgleich, in: Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, 2018, S. 8; SPYCHER, Betreuungs- und Vorsorgeunterhalt: Stand der Diskussion und Ausblick, in: Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, 2018, S. 93 f.; SCHWIZER/ DELLA VALLE, Kindesunterhalt und Vorsorgeausgleich, in: AJP 2016, S. 1600). Als weitere Kompensationsmöglichkeiten werden eine auf **Art. 124b Abs. 3 ZGB** gestützte überhälftige Teilung des Vorsorgeguthabens und gestützt auf Art. 125 f. ZGB eine retrospektive oder überproportionale Zusprechung von nahehelichem Unterhalt vorgeschlagen (JUNGO/GRÜTTER, a.a.O., N. 27 f. zu **Art. 124b ZGB**; GRÜTTER, a.a.O., S. 142 und 152; JUNGO, a.a.O., S. 8 f.; SPYCHER, a.a.O., S. 94 f.; SCHWIZER/DELLA VALLE, a.a.O., S. 1600).

**3.3.** Die zitierten Autoren sprechen von einer "Lücke". Dabei bleibt letztlich unklar, ob bloss eine - durch eine angepasste Interpretation der bestehenden Normen (dahingehend wohl: SPYCHER, a.a.O., S. 94; JUNGO/GRÜTTER, a.a.O., N. 28 zu **Art. 124b ZGB**) oder durch Analogien (dahingehend: GRÜTTER, a.a.O., S. 153 oben) zu kompensierende - Beitrags- bzw. Vorsorgeücken gemeint ist oder (jedenfalls implizit) eine eigentliche Gesetzeslücke angesprochen wird (dahingehend wohl: SCHWIZER/DELLA VALLE, a.a.O., S. 1600).

Eine Gesetzeslücke besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm grundsätzlich verwehrt (zuletzt **BGE 144 II 281 E. 4.5.1 S. 292 m.w.H.**).

Demgegenüber würde eine im Licht einer Gesetzesänderung erfolgende und auf Harmonisierung mit der neuen Ausgangslage zielende Interpretation bestehender weiterer Gesetznormen keine Lückenfüllung im technischen Sinn bedeuten; vielmehr ginge es hier um eine gesetzessystematische oder allenfalls um eine objektiv-zeitgemässe Gesetzesauslegung. Auf diese Problematik wird nach einer Darstellung des Gesetzgebungsprozesses zurückzukommen sein.

**3.4.** Die Vorverlegung des Endtermines für die Berechnung der "Teilungsmasse" wurde in der Botschaft des Bundesrates vom 29. Mai 2013 damit begründet, dass die bisherige Regelung "zum Taktieren verleitet und für den berechtigten Ehegatten einen Anreiz schafft, das Scheidungsverfahren möglichst in die Länge zu ziehen" (Botschaft, BBl 2013 4905). "Dass damit die während des Scheidungsverfahrens geäußerte Austrittsleistung nicht hälftig geteilt wird", wurde dabei gesehen und "ist im Interesse einer einfachen Lösung in Kauf zu nehmen" (Botschaft, BBl 2013 4906). Ebenso argumentierte Bundesrätin Sommaruga im Nationalrat: Die vom Bundesrat vorgeschlagene Vorverlegung des massgeblichen Zeitpunktes verhindere Verzögerungsmanöver und man könne den Zeitpunkt "einfach und klar bestimmen"; ausserdem werde mit der Vorverlegung Kongruenz zur güterrechtlichen Auseinandersetzung erzielt (AB N 2015 764).

Auch im Ständerat lautete die Begründung für die Vorverlegung des Zeitpunktes, man "verhindert damit Manöver, hinter denen die Absicht steht, das Scheidungsverfahren in die Länge zu ziehen und den Abschluss hinauszuzögern" (Votum Engler für die Kommission, AB S 2014 525).

Im Nationalrat hatte die Kommissionsmehrheit die Beibehaltung der bisherigen Regelung und die Kommissionsminderheit die Zustimmung zum Beschluss des Ständerates und damit zum Vorschlag des Bundesrates beantragt (AB N 2015 762). Es fand eine ausführliche Debatte mit zahlreichen Voten statt, bei welcher insbesondere auch die Nachteile für die schwächere Partei (Votum Huber, AB N 2015 762; Votum Stamm, AB N 2015 763; Votum Vischer, AB N 2015 765; Votum Kiener Nellen, AB N 2015 765) bzw. die Nachteile für den kinderbetreuenden und damit erwerbsbehinderten Ehegatten (Votum Schneider Schüttel, AB N 2015 763; Votum Kiener Nellen, AB N 2015 765) und die Koordination mit der Frage des nahehelichen Unterhaltes, der auf anderen Grundlagen fusse als der eheliche Unterhalt (Votum Vischer, AB N 2015 764), thematisiert wurden.

**3.5.** Namentlich in diesen Voten, ferner aber auch in denjenigen im Zusammenhang mit den beiden Fragen, ob sich ein Taktieren bzw. eine Verfahrensverschleppung für den anspruchsberechtigten Teil lohne (Votum Amherd, AB N 2015 763; Votum Schneider Schüttel, AB N 2015 763; Votum Vischer, AB N 2015 764) und ob es sich tatsächlich, wie vom Bundesrat angeführt, um eine einfache statt komplizierte Lösung handle (Votum Amherd, AB N 2015 763; Votum Schneider Schüttel, AB N 2015 763; Votum Vischer, AB N 2015 764), zeigt sich, dass dem Parlament die Konsequenzen der Gesetzesänderung bewusst waren, dass nämlich durch die Vorverlegung des massgeblichen Endtermins die zu teilenden Austrittsleistungen kleiner sind und dies konkrete Auswirkungen auf die vorsorgerechtliche Situation der Ehegatten hat (besonders deutlich hervorgehend aus den Voten Vischer und Kiener Nellen). Ebenso ergibt sich klar, dass dies von der Parlamentsmehrheit im Sinn einer "einfachen Lösung" gewollt war. Fakt ist sodann, dass keinerlei Kompensationen diskutiert und insbesondere keine weiteren Gesetzesnormen angepasst wurden.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich Folgendes: Soweit bei der neuen Regelung von einer Unvollständigkeit ausgegangen werden müsste, worauf noch zurückzukommen sein wird, wäre sie jedenfalls nicht planwidrig. Indem der Gesetzgeber die Problematik der kleineren Teilungsmasse sowie der finanziellen Auswirkungen diskutiert und im Wissen darum eine bewusste Entscheidung getroffen hat, ist im Sinn der in E. 3.2 diskutierten konstanten Rechtsprechung zur Gesetzeslücke keine Rechtsfrage übersehen, sondern im negativen Sinn mitentschieden worden, dass die Auswirkungen der Rechtsänderung beim Anspruchsberechtigten grundsätzlich in Kauf zu nehmen sind, so dass kein Raum für richterliche Lückenfüllung verbleibt. Es verhält sich mit anderen Worten so, wie wenn früher (im Sinn eines theoretischen Gedankens) die güterrechtliche Auseinandersetzung auf den Scheidungszeitpunkt vorzunehmen gewesen wäre und nunmehr (wie es der effektiven Gesetzeslage entspricht, vgl. **Art. 204 Abs. 2 ZGB**) auf den Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens zurückzubeziehen ist, dies mit der analogen Folge, dass ein während des Scheidungsverfahrens entstandener Vermögenszuwachs bei der Errungenschaft nicht mehr zu teilen ist. Eine solche (theoretische) Gesetzesänderung würde ebenso wenig zu einer Gesetzeslücke führen. Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Kontext erwähnt, dass im Parlament verschiedentlich erwähnt wurde, dass mit der Vorverlegung des Stichtages für die Teilung der Austrittsleistungen

Kongruenz mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung erzielt werde (Votum Engler, AB S 2014 525; Bundesrätin Sommaruga, AB N 2015 764).

Entsprechend ist im Folgenden einzig noch zu klären, ob im Rahmen der unveränderten Gesetzesnormen über die Wirkungen der Ehe Anlass und die Möglichkeit zur Kompensation eines allfälligen Vorsorgedefizites durch Festsetzung von Vorsorgeunterhalt mittels vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens besteht. Dabei gehtes freilich um allgemeine Normauslegung, nicht um die Frage der Lückenfüllung (vgl. E. 3.3 a.E.).

**3.6.** Vorweg ist zu bemerken, dass das Konzept eines "vorsorglichen Vorsorgeunterhaltes", wie es in der Lehre vorgeschlagen wird, an sich mit dem Grundsatz der Periodizität der Unterhaltsbeiträge (**BGE 132 III 593 E. 7.3 S. 597; 133 III 57 E. 3 S. 61**) harmonisieren würde, indem eine allfällige Vorsorgelücke in derjenigen Zeitperiode aufgefangen würde, in welcher sie entsteht, und es zu keiner "Phasenverschiebung" im Sinn einer Nachfinanzierung käme, wie dies etwa der Fall wäre, wenn im Rahmen des Scheidungsurteils den pro futuro zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen gewissermassen "entgangener" Vorsorgeunterhalt aus der Zeit des Scheidungsverfahrens aufaddiert würde. Als problematisch erweist sich hingegen die Frage der gesetzlichen Grundlage für die Festsetzung von Vorsorgeunterhalt während des hängigen Scheidungsverfahrens:

Der Unterhaltsanspruch bleibt auch während des Scheidungsverfahrens ein ehelicher, welcher materiell - Art. 276 i.V.m. **Art. 271 lit. a ZPO** schafft keine materielle Grundlage, sondern begründet prozessual die Regelungszuständigkeit des Scheidungsgerichtes - auf **Art. 163 ZGB** fusst (**BGE 130 III 537 E. 3.2 S. 541; 137 III 385 E. 3.1 S. 386 f.; 138 III 97 E. 2.2 S. 98 f.; 140 III 337 E. 4.2.1 S. 338**), während die ab dem Scheidungszeitpunkt bzw. ab dem Zeitpunkt der Regelung der Nebenfolgen der Scheidung gegebenenfalls festzusetzenden Unterhaltsbeiträge nahehelichen Unterhalt darstellen, welcher materiell auf Art. 125ZGB basiert.

Im alten Scheidungsrecht war der naheheliche Unterhalt in Art. 151 f. ZGB geregelt (sog. Schaden- bzw. Unterhaltsersatzrente nach Art. 151ZGB und Bedürftigkeitsrente nach **Art. 152 ZGB**). Beiden Rentenarten war die Komponente eines Vorsorgeunterhaltes fremd. Ein solcher war auch nicht nötig, weil die Ehe als Versorgerinstitut begriffen wurde und die schuldlose Ehefrau im Rahmen von **Art. 151 ZGB** jedenfalls bei langdauernden Ehen im Prinzip einen Anspruch auf lebenslängliche Fortführung der Versorgung hatte (vgl. **BGE 115 II 6 E. 3 S. 8 ff.**). Dies änderte sich mit der auf den 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision (AS 1999 1118), welche nicht nur vom Verschuldensprinzip abrückte, sondern auch die Eigenversorgung und die konsequente wirtschaftliche Entflechtung der Ehegatten in den Vordergrund rückte und zur Kompensation für die Abkehr von der lebenslangen rentenmässigen Ersatzversorgung die Teilung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen (**Art. 122 ff. ZGB**) und für eine gewisse Zeit nach der Scheidung den Vorsorgeunterhalt einführte. Im Gesetzestext kommt dies darin zum Ausdruck, dass nach der bewussten Wortwahl in **Art. 125 Abs. 1 ZGB** der beiden Ehegatten zustehende gebührende Unterhalt eine angemessene Altersvorsorge einschliesst (vgl. sodann auch **Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB**).

Der gebührende Unterhalt im Sinn von **Art. 125 ZGB** kann somit über den Verbrauchsunterhalt hinausgehen, welcher der Bestreitung der laufenden Lebenshaltungskosten dient und neben den Grundbedürfnissen wie Nahrung, Kleidung, Wohnung, Körper- und Gesundheitspflege (sowie bei genügend Mitteln die Steuerlast, vgl. **BGE 140 III 337 E. 4.2.3 S. 339**) entsprechend der bisherigen Lebensführung auch die Befriedigung kultureller Bedürfnisse wie Urlaub, Hobbys, etc. umfasst. Neben diesen Verbrauchsunterhalt tritt wie gesagt als weitere Komponente der Vorsorgeunterhalt, mit welchem ehebedingte zukünftige Lücken bei der Altersvorsorge ausgeglichen werden, wie sie insbesondere entstehen können, wenn Kinderbetreuung den betreffenden Elternteil ganz oder teilweise von eigener Erwerbsarbeit abhält (**BGE 135 III 158 E. 4.1 S. 159**).

Demgegenüber blieb **Art. 163 ZGB** (in der Fassung der auf 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Revision der Wirkungen der Ehe, AS 1986 I 122) im Wortlaut unverändert. Eine Modifikation war im Zeitpunkt der Scheidungsrechtsrevision auch nicht nötig, weil die während der ganzen Ehedauer bis zum Scheidungszeitpunkt erworbenen Austrittsleistungen zu teilen waren und insofern während der gesamten Ehedauer keine rechtsrelevanten Lücken bei der Altersvorsorge entstehen konnten.

Was die gesetzliche Grundlage für den vorliegend interessierenden "vorsorglichen Vorsorgeunterhalt" anbelangt, ist entscheidend, dass **Art. 163 ZGB** auch im Zusammenhang mit der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Vorsorgerechtsnovelle unverändert belassen wurde, obwohl dem Parlament die Auswirkungen der Revision bekannt waren. Entsprechend umfasst - auch wenn **Art. 163 ZGB** den die Familie versorgenden Ehegatten zum Aufbau einer Altersvorsorge anhält (**BGE 129 III 257** E. 3.1 S. 260 m.w.H.) - der sich aus **Art. 163 ZGB** ergebende und im Rahmen von **Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB** oder Art. 276 Abs. 1 ZPO klageweise durchsetzbare Unterhaltsanspruch ausschliesslich den Verbrauchsunterhalt (**BGE 134 III 577** E. 3 S. 579; **140 III 337** E. 4.2.1 S. 338; Urteile 5A\_876/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.1; 5A\_565/2015 vom 24. November 2015 E. 4.1; 5A\_1020/2015 vom 15. November 2016 E. 5.1; 5A\_493/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1). Es würde Lückenfüllung und nicht bloss Normauslegung bedeuten, wenn in den sich im Wortlaut klar von **Art. 125 Abs. 1 ZGB** unterscheidenden Gesetzestext von **Art. 163 ZGB** hineininterpretiert würde, dass der eheliche Unterhalt nebst dem Verbrauchsunterhalt neu auch Vorsorgeunterhalt mitumfasse.

Nichts daran ändern die Verweise der Beschwerdeführerin auf **Art. 159 Abs. 3 ZGB** und auf **Art. 164 Abs. 2 ZGB**: Erstere Norm statuiert in allgemeiner Weise eine gegenseitige Treue- und Beistandspflicht. Darunter kann nicht zuletzt über **Art. 163 ZGB** hinausgehende finanzielle Unterstützung fallen (Urteil 5A\_572/2008 vom 6. Februar 2009 E. 3.2). Nebst der Pflicht zur Unterstützung des anderen Ehegatten bei der Erfüllung von Unterhaltspflichten gegenüber einem früheren Ehegatten oder ausserehelichen Kindern (**BGE 127 III 68** E. 3 S. 71 f.; Urteile 5A\_572/2008 vom 6. Februar 2009 E. 2.2; 5A\_241/2010 vom 9. November 2010 E. 5.4.1; 5A\_440/2014 vom 20. November 2014 E. 4.3.2.2) ist beispielsweise an Beistand bei einer von der Krankenkasse nicht übernommenen speziellen Heilbehandlung oder von Kosten für eine Aus- oder Weiterbildung zu denken. Als typisches Beispiel wird in der Lehre sodann der Prozesskostenvorschuss für nicht eheliche Verfahren genannt, wobei das Bundesgericht sich bislang nie in abschliessender Weise äussern musste, ob es eine solche Unterscheidung gibt oder ob die Prozesskostenvorschusspflicht generell auf **Art. 163 ZGB** beruht (vgl. **BGE 142 III 36** E. 2.3 S. 39 m.w.H.). So oder anders bildet **Art. 159 Abs. 3 ZGB** keine genügende gesetzliche Grundlage für die Zusprechung von Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsprozesses, zumal der Gesetzgeber den topischen **Art. 163 ZGB** unverändert gelassen hat. Was sodann **Art. 164 Abs. 2 ZGB** anbelangt, geht es um die Festsetzung des Betrages zur freien Verfügung, welcher den Vorsorgeaufbau nicht über Gebühr strapazieren soll. Daraus lässt sich keine gesetzliche Grundlage für den Zuspruch von Vorsorgeunterhalt ableiten.

#### 4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (**Art. 66 Abs. 1 BGG**). Der Gegenseite ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

#### Demnach erkennt das Bundesgericht:

##### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

##### 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

##### 3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. April 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli