

# Mitteilungen zum Familienrecht

---

Ausgabe Nr. 10 / Januar 2009

Kantonsgericht St.Gallen

II. Zivilkammer

Klosterhof 1

9001 St.Gallen



**Vorwort** 5**Aufsätze**

Andrea Büchler

**Von Irrungen und Wirrungen rund um die elterliche Sorge** 7

Ingeborg Schwenzer

**Nachehelicher Unterhalt****oder: nach der Änderung ist vor der Änderung** 11

Alexandra Rumo-Jungo

**Nichteheliche Lebensgemeinschaft und nachehelicher Unterhalt** 17

Thomas Geiser

**Rechtsnatur der Rente nach Art. 124 ZGB** 23

Thomas Sutter-Somm

**Güterrecht – Quo vadis?****Überlegungen zur Entwicklung des schweizerischen Ehegüterrechts** 33

Ivo Schwander

**Vorsorgliche Massnahmen während eines Scheidungsverfahrens****im internationalen Verhältnis** 39

Christoph Leuenberger

**Das Scheidungsverfahren:****vom st.gallischen Recht zur Schweizerischen Zivilprozessordnung** 45

Joseph Duss-von Werdt

**Ehegericht – Familie als Gericht – Familiengericht** 51

**Entscheide**

Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge	57
Pflicht zur Kindesanhörung	59
Zuweisung eines Mankos	61
Anrechnung verschwundener Errungenschaft	64
Verspätete Anfechtung der Kindeserkennung	67
Kindeswille und persönlicher Umgang	71
Sicherstellung des Kindesunterhalts	74
Aussichtslose Klage beim unzuständigen Gericht	76

<b>Inhalt der Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 1 – 10</b>	<b>79</b>
---	-----------

## VORWORT

Am 1. Januar 2000 trat das neue Scheidungsrecht in Kraft und das war für die Justiz vielleicht wichtiger als der Kalenderwechsel. Ehepaare brauchten sich fortan nicht mehr scheiden zu lassen, sie konnten selbst voneinander scheiden und einen Vertrag schliessen, um sich vor allem in ihrer Elternrolle wieder besser zu vertragen. Für die erstinstanzlichen Gerichte bedeutete das, dass sie aus dem Kreis der Laien Leute zu bestimmen hatten, welche die Familien auf diesem Weg begleiteten. Für das Kantonsgericht hiess es, dass die ausgewählten Personen auf den neuen Beruf vorbereitet werden mussten. Fast zehn Jahre später kann nun folgende Bilanz gezogen werden: Die II. Zivilkammer hat in dieser Zeit gut 150 Weiterbildungstage veranstaltet, mehrere Tagungen organisiert, jährliche Übungen im Familienrecht durchgeführt, zahlreiche Kurse – von der Einführung in das Familiensystem über die Verhandlungslehre bis zur Buchhaltungskunde – angeboten, eine regelmässige Supervision eingerichtet, einen Erfahrungsaustausch zwischen Gerichten und Anwaltschaft aufgezogen und diverse Hilfsmittel produziert. Es hat zudem periodisch Mitteilungsblätter mit insgesamt fast hundert, oft in Zeitschriften nachgedruckten Entscheiden, praktischen Hinweisen, Fallbeispielen usw. veröffentlicht und Sonderhefte zur Häuslichen Gewalt sowie zur Zusammenarbeit in Kinderbelangen herausgegeben. Das als eine Art Notlösung gedachte st.gallische Familiengericht ist inzwischen zu einem anerkannten Modell geworden. Die Beteiligten sind längst keine Laien mehr, sondern Spezialisten in der Herstellung des Einvernehmens, die sich darum bemühen, Beziehungskonflikte zu lösen und nicht nur Rechtsstreitigkeiten zu beenden.

Nun liegt die zehnte und voraussichtlich letzte Ausgabe der Mitteilungen zum Familienrecht vor. Sie soll eine Jubiläumsnummer sein. Es geht nämlich einerseits darum, Abschied zu nehmen, und andererseits darum, einen Neubeginn zu machen. Der Präsident der Familienrechtskammer Rolf Vetterli hat das Pensionsalter erreicht und wird sein Amt bald aufgeben. Die Amtsdauer der Kreisgerichte endet demnächst und dabei wird ein grosser Teil der Familienrichterinnen und -richter zurücktreten. Künftig bringen die fest Angestellten zwar eine juristische Ausbildung mit, müssen sich das Geschick im Umgang mit Menschen in einer familiären Krise aber erst erwerben. Wir haben acht Professorinnen und Professoren angefragt, ob sie bereit wären, aus diesem dreifachen Anlass für uns kurze persönliche Notizen zu wichtigen familienrechtlichen Fragen zu verfassen, und sie haben alle zugesagt. Wir möchten auf diese Weise das begeisterte Wirken von Rolf Vetterli würdigen, den Zurücktretenden den verdienten Dank für ihr unermüdliches Engagement aussprechen und den neu Gewählten einen kräftigen Anstoss für ihre anspruchsvolle Tätigkeit geben.



## VON IRRUNGEN UND WIRRUNGEN RUND UM DIE ELTERLICHE SORGE

von Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Zürich

### Von Sorge, Verantwortung und Entscheidungsrechten

Unbefangen meint elterliche Sorge zum einen Besorgnis, zum andern Fürsorge. Der im Familienrecht fest verankerte Begriff suggeriert Nähe, Alltag, Bezogenheit. Und er impliziert, dass eine so von Besorgnis und Fürsorge geprägte Beziehung Eltern vorbehalten ist. Das Konzept der Elternschaft wiederum verweist auf biologische Zusammengehörigkeit. Das heisst: Die unzertrennliche, weil über die Gene definierte Verwandtschaft vermittelt eine exklusive Position der Besorgnis und der Fürsorge.

Diese Assoziationskette beruht auf einer ganzen Reihe von Irrtümern: Erstens ist Elternschaft kein biologisches Konzept, sondern ein kulturell-rechtliches; zweitens können auch Personen, denen Elternschaft rechtlich nicht zugestanden wird, dem Kind nahe sein; und drittens hat elterliche Sorge im Recht wenig mit Alltag und viel mit Entscheidungsmacht zu tun.

Es trifft freilich zu, dass das rechtliche Institut der elterlichen Sorge zum einen Fürsorge für das Kind sicherstellen und zum andern die Position der fürsorgeleistenden Person absichern will. So beinhaltet elterliche Sorge nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch nämlich die Pflicht zu Pflege und Erziehung und das Recht, die nötigen Entscheidungen zu treffen. Inwiefern sie diese Funktionen wahrzunehmen vermag, bleibt zu diskutieren.

### Funktionen und Disfunktionalitäten

Elterliche Sorge im rechtlichen Kontext ist vor allem Anlass zu Auseinandersetzungen: Im Scheidungsverfahren der Eltern, in der Lehre, in der gerichtlichen Praxis, in der Politik. Die Auseinandersetzung wird meist darüber geführt, wem diese privilegierte Position nach der Scheidung der Eltern zukommen soll. Einigen sich die Eltern nicht darauf, dass trotz Scheidung niemand diese Position aufgeben muss, wird sie von Amtes wegen jemandem entzogen. Ein Entzug der elterlichen Sorge setzt eigentlich eine schwerwiegende Kindeswohlgefährdung voraus. Offenbar setzt der Gesetzgeber die Scheidung mit einer Kindeswohlgefährdung gleich. Entzogen wird die elterliche Sorge in der grossen Mehrheit der Fälle dem Vater, weshalb die Auseinandersetzung nicht selten als Geschlechterkampf fehlgedeutet oder missbraucht wird.

Richtig ist, dass diese Einseitigkeit auf tradierte gesellschaftliche Zuständigkeiten verweist, die in der Schweiz nach wie vor weit verbreitet sind. Die Befragung von über 2000 geschiedenen Eltern hat dies bestätigt: 86 % von ihnen haben angegeben, dass sie ein traditionelles Familienmodell gelebt haben und leben, wonach die Mutter im Alltag für die Kinder zuständig und allenfalls Teilzeit erwerbstätig ist, der Vater Vollzeit erwerbstätig ist und Besuchskontakte zu den Kindern pflegt. Das Bild verändert sich kaum, wenn die Eltern nach der Scheidung gemein-

sam die rechtliche elterliche Sorge innehaben: Lediglich 16 % der geschiedenen Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge haben angegeben, die Betreuung der Kinder partnerschaftlich zu teilen. Und diese Realität hat sich als Quelle der Unzufriedenheit erwiesen: Ein Drittel der Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge würde nach eigenen Angaben zu diesem rechtlichen Modell die Zustimmung nicht mehr geben, könnten sie nochmals wählen. Hingegen wäre kaum ein Vater bereit, die Position zu räumen, unabhängig davon, wie sich der Alltag gestaltet. Im Gegenteil: Die grosse Mehrheit der Väter, denen die elterliche Sorge mit der Scheidung entzogen wurde, gab an, darüber unglücklich zu sein, was mitunter mit einem Gefühl des Verstossenwordenseins einhergeht.<sup>1</sup>

Die Befragung offenbart ein Spannungsfeld zwischen sorgerechtlicher Entscheidungskompetenz und Alltagsleistungen. Erstere ist eine Rechtsposition, die zweiten sind reales Leben. Und nicht immer harmonieren die beiden Ebenen. Darin liegt, wenn man sich die Funktionen der rechtlichen elterlichen Sorge nochmals vergegenwärtigt, eine Disfunktionalität, die freilich dem rechtlichen Konstrukt selbst innewohnt. Eine Rechtsposition hat man inne oder auch nicht. Jedenfalls kann man sie geltend machen oder deren Verlust beklagen. Pflege und Erziehung hingegen leistet man, kann solche aber kaum durchsetzen.

### **Rechtspolitische Desiderate**

Die rechtspolitischen Desiderate sind zahlreich. Die Diskussion um die elterliche Sorge ist in der Öffentlichkeit und teilweise auch in gerichtlichen Entscheidungen eine Diskussion um Rechte der Eltern. Diese zu überwinden zugunsten einer Debatte um elterliche Verantwortung muss primäres Ziel sein. Das zentrale Anliegen ist das Wohl der Kinder und nicht eine gleichmässige Verteilung von Elternrechten.

Deshalb darf die Diskussion nicht auf die Frage reduziert werden, ob die gemeinsame elterliche Sorge nun als Regefall eingeführt werden soll oder nicht, wie das leider zur Zeit geschieht. Denn das Institut der gemeinsamen elterlichen Sorge ist ein juristisches Konstrukt, das zunächst mit Inhalt zu füllen ist. Von grösserer praktischer Relevanz ist hingegen die Frage, wie elterliche Sorge als rechtliches Instrument für Eltern und Kinder tatsächlich einen konstruktiven Beitrag zur Reorganisation ihres Alltags leisten kann, also die Frage nach dessen Ausübung.

Weil die Zunahme und Normalisierung von Scheidungen ein unumkehrbarer gesellschaftlicher Prozess ist, wird es wichtig, die Scheidung nicht als krisenhaftes Ende einer Familie, sondern als Phase der Neuordnung zu begreifen. Ganz allgemein darf elterliche Verantwortung nicht eine Frage des Zivilstands sein. Es ist erst recht kein Grund ersichtlich, einem Elternteil

---

<sup>1</sup> Zum empirischen und interdisziplinären Projekt "Kinder und Scheidung" im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms (NFP) 52 unter der Leitung von Andrea Büchler und Heidi Simoni: BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch 2007, 207 ff.; BÜCHLER/SIMONI (Hrsg.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009 (erscheint demnächst).



einzig wegen der Zivilstandsänderung die elterliche Sorge zu entziehen. Ein solcher Entzug steht auch im Widerspruch zu einem Verständnis von Elternschaft, das gemeinsame und eigenständige Aspekte elterlicher Verantwortung zu integrieren vermag. Dennoch sind mit der Scheidung zugleich Ort und Zeitpunkt markiert, wo Behörden auf die Reorganisation der Familie einwirken und einen Beitrag zur Wahrung des Kindeswohls leisten können. So soll die Scheidung zum Anlass genommen werden, unter Einbezug der Kinder eine möglichst taugliche Regelung für den Alltag zu gestalten. Die Alltagstauglichkeit verlangt, dass sich Entscheidungsbefugnisse in erster Linie nach der Beziehungsrealität und nicht einzig und ohne Weiteres nach einem rechtlichen Konstrukt richten. Dies bedeutet, dass zwar kein Elternteil aus seiner elterlichen Verantwortung entlassen oder aus dieser Position verdrängt werden soll. Die mit der Ausübung der elterlichen Sorge verbundenen notwendigen Entscheidungsbefugnisse sollen allerdings mit dem realen Leben harmonieren, das heisst in erster Linie derjenigen Person zukommen, welche die Betreuung des Kindes wahrnimmt.

Stehen gelebte Beziehungen im Vordergrund, so muss ferner – dies ein weiteres Postulat – das Recht allen Personen, die mit Fürsorge für das Kind betraut sind und die an seiner Lebensgestaltung teilnehmen, die Besorgnis hegen und seine Sorgen kennen, rechtlich abgesicherte Verantwortung zuteil werden lassen. Das geltende Recht kennt nur einen Vater und eine Mutter und schliesst alle anderen, den Elternstatus nicht innehabenden Personen aus dem System der Elternrechte und Elternpflichten aus. So vermag es auch nicht das Netz von Beziehungen, Gefühlen und Loyalitäten abzubilden, welches das Leben eines Kindes umspannt. Grossmütter, Stiefväter, Pflegeeltern: Sie alle können tatsächliche Fürsorge in einem Masse wahrnehmen, das es rechtfertigt, ihnen elterliche Verantwortung einzuräumen.

So würde uns die Verwirklichung dieser Postulate zum einen ein Stück näher zum allgemeinen Verständnis der elterlichen Sorge führen, zur Besorgnis und zur Fürsorge als Ausgangspunkt rechtlicher Positionen. Zum andern würde sie die Komplexität und Vielfalt heutiger Familienrealitäten, die Möglichkeit, mehrere Eltern zu haben, die Idee eines Netzes emotionaler Verbundenheiten, weit besser einzufangen vermögen. Steht die Perspektive des Kindes im Zentrum, so ist es hehre Aufgabe der Rechtsordnung, der von Verantwortung bestimmten Verbundenheit und sozialen Geborgenheit einen verbindlichen Rahmen zu bieten.



## **NACHEHELICHER UNTERHALT**

### **ODER: NACH DER ÄNDERUNG IST VOR DER ÄNDERUNG**

von Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

Rolf Vetterli hat wie kaum ein anderer Praktiker das Familienrecht der Schweiz in den letzten Jahren nachhaltig beeinflusst. Nicht nur "sein" Familiengericht hat Geschichte geschrieben, auch seine literarischen und in Entscheiden niedergelegten grundlegenden Ausführungen zum materiellen Familienrecht sind wegweisend. Es sei deshalb erlaubt, ihm einige Aperçus zu einem von ihm besonders berücksichtigten Gebiet – dem nachehelichen Unterhaltsrecht – zu widmen.

#### **Einleitung**

Das nacheheliche Unterhaltsrecht kommt nicht zur Ruhe. Dies gilt nicht allein für die Schweiz, wo das Bundesgericht die interessierte Fachöffentlichkeit immer wieder mit Rechtsprechungsänderungen bzw. wenigstens deren Ankündigung zu überraschen versteht. Es gilt auch für die internationale Diskussion. In Deutschland ist zum 1. Januar 2008 das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts in Kraft getreten; der 67. Deutsche Juristentag hat sich im September 2008 mit der Frage auseinandergesetzt "Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich – sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss?". Gerade eine Woche davor diskutierten rund 300 Experten aus aller Welt verschiedene Themen rund um "Family Finances" anlässlich der 13. Weltkonferenz der International Society of Family Law in Wien. Allerorten ist dabei ein Ringen um die "richtige", die "rechtsethische" Begründung<sup>1</sup> für die Berechtigung nachehelichen Unterhalts zu verzeichnen. In Zeiten, in denen vielerorts die Hälfte der Ehen geschieden wird, setzt sich allenthalben das Prinzip des Clean break durch. Nachehelicher Unterhalt wird nicht mehr als selbstverständlich hingenommen, sondern erscheint als begründungsbedürftige Ausnahme.<sup>2</sup>

In der internationalen Diskussion zeichnen sich dabei die folgenden Fallgruppen ab: Betreuungsunterhalt, Unterhalt zum Ausgleich ehebedingter Nachteile und Unterhalt aufgrund nachehelicher Solidarität. Deren Behandlung soll hier kurz mit einem Blick auf die jüngste schweizerische Rechtsprechung zusammengefasst werden, gerade auch weil hierzulande oftmals die erforderliche Differenzierung zu vermissen ist.

---

<sup>1</sup> Vgl. BRUDERMÜLLER, Geschieden und doch gebunden? – Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral, München, 2008; DERS., Referat zum 67. Deutschen Juristentag "Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich – sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss? Unterhaltsrechtliche Ausgleichsordnung und ihre ethische Legitimation".

<sup>2</sup> BORN, NJW 2008, 1, 5; vgl. auch BERGSCHNEIDER, DNotZ 2008, 96.

## Betreuungsunterhalt

Betreuungsunterhalt ist der Unterhalt, der es einem geschiedenen Elternteil ermöglichen soll, ein Kind oder mehrere Kinder selbst zu betreuen. Dass diesem Betreuungsunterhalt eine ganz besondere Stellung zukommen muss, steht mittlerweile international ausser Zweifel. Es geht insofern weder um naheheliche Solidarität noch um Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern darum, dass ein Elternteil mit der Betreuung des Kindes eine auch dem anderen Elternteil obliegende Aufgabe wahrnimmt und diesen damit entlastet. Folgerichtig wird in vielen ausländischen Rechtsordnungen der Betreuungsunterhalt nicht nur nach Auflösung einer Ehe, sondern auch zur Betreuung eines nichtehelichen Kindes geschuldet. Eine Gleichstellung wurde insbesondere in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> eingefordert und nunmehr durch den Gesetzgeber umgesetzt. Die herausragende Stellung zeigt sich auch darin, dass der Betreuungsunterhalt grundsätzlich nicht der Parteidisposition im Rahmen eines Ehevertrages zugänglich sein soll. In letzter Konsequenz ist er gar nicht mehr als Unterhalt für den betreuenden Elternteil, sondern als Teil des Kindesunterhalts zu begreifen.<sup>4</sup> Daraus folgt auch, dass er nicht entfällt, wenn der betreuende Elternteil wieder heiratet oder womöglich nur in einer stabilen nichtehelichen Gemeinschaft lebt.<sup>5</sup> Allenfalls mag man bei Hinzukommen der Betreuung weiterer Kinder eine quotenmässige Aufteilung in Erwägung ziehen.<sup>6</sup>

Von diesem Stand der internationalen Diskussion sind wir in der Schweiz noch weit entfernt. Dass die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB grundsätzlich lediglich für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes Betreuungsunterhalt soll verlangen können, erscheint nicht nur als stossend, sondern steht auch im krassen Widerspruch zu den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention, denn es stellt zweifellos eine Diskriminierung aufgrund des Status des Kindes bzw. desjenigen der Eltern im Sinne des Art. 2 Abs. 1 UN-KRK dar, wenn dem nichtehelichen Kind die persönliche Betreuung durch einen leiblichen Elternteil im Gegensatz zum ehelichen Kind nicht mittels Betreuungsunterhalt ermöglicht wird. Vor allem wird auch der Betreuungsunterhalt nach Scheidung nicht gesondert behandelt, wie sich schon aus der Fassung des Art. 125 Abs. 2 ZGB ergibt, wo naheheliche Betreuungsleistungen ein Kriterium unter vielen darstellen, sondern je nach Sichtweise des Betrachters als Ausdruck nahehelicher Solidarität oder Ausgleich ehebedingter Nachteile. Dementsprechend erfolgt auch keine Sonderbehandlung im Hinblick auf spätere Wiederverheiratung oder Eingehen einer stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaft.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> BVerfGE 118, 45 vom 28. Februar 2007 = FamRZ 2007, 965; vgl. nunmehr auch Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages, Abteilung Zivilrecht, B: Unterhalt, I. Betreuungsunterhalt Nr. 4.

<sup>4</sup> SCHWENZER, Model Family Code, Antwerpen/Oxford 2006, Art. 3.40(1), Comment 2, 168; vgl. nunmehr auch Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Betreuungsunterhalt Nr. 1 + 2.

<sup>5</sup> Vgl. DETHLOFF, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, A 85.

<sup>6</sup> Vgl. Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Betreuungsunterhalt Nr. 8a.

<sup>7</sup> Dazu kritisch FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 102, Art. 130 ZGB N 5.

## Ausgleich ehebedingter Nachteile

Soweit es nicht (mehr) um naheheliche Kinderbetreuung geht, besteht weitgehend internationaler Konsens, dass Basis eines nahehelichen Unterhaltsanspruchs allein der Ausgleich ehebedingter Nachteile zu sein hat.<sup>8</sup> Ehebedingte Nachteile sind immer dann zu verzeichnen, wenn ein Partner bzw. eine Partnerin aufgrund gemeinsamer Entscheidung eine eigene Erwerbstätigkeit nicht aufgenommen, aufgegeben oder eingeschränkt hat, sei es um für Kinder, den Haushalt, den Partner oder aufgrund gemeinsamer moralischer Verpflichtung für dritte Personen zu sorgen, den Partner in dessen Gewerbe oder Beruf zu unterstützen oder auch nur zur Aufrechterhaltung der Beziehung in ein anderes Land zu ziehen. Dabei besteht Einigkeit, dass es jedenfalls nach langer Ehe nicht (mehr) auf die Ermittlung der konkreten Höhe dieses Nachteils im Einzelfall ankommen kann,<sup>9</sup> sondern grundsätzlich eine Partizipation im Sinne des Halbteilungsgrundsatzes stattzufinden hat.<sup>10</sup> Danach soll beiden Ehegatten nach der Scheidung grundsätzlich weitgehend derselbe Lebensstandard ermöglicht werden.<sup>11</sup> Entscheidend ist nun freilich, wie der in der Ehe gelebte Lebensstandard berechnet wird. Waren beide Ehegatten schon während der Ehe erwerbstätig, so war der Lebensstandard klar auch von der Summe der beiderseitigen Einkünfte geprägt. Probleme treten dann auf, wenn der haushaltsführende Ehegatte eine Erwerbstätigkeit erst anlässlich der Trennung aufgenommen hat bzw. aufnehmen musste oder wenn gar im Scheidungszeitpunkt allein auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen abgestellt wird. Da die Haushaltstätigkeit in der Regel Fremdleistungen Dritter ersetzt, für die sonst entsprechende Mittel aufgewandt werden müssen, kann der Lebensstandard nicht allein aufgrund der Erwerbseinkünfte des einen Ehegatten berechnet werden. Es ist vielmehr von der Gleichwertigkeit von Erwerbs- und Familienarbeit auszugehen und bei der Berechnung des Lebensstandards den Erwerbseinkünften ein entsprechender Betrag für die geleistete Familienarbeit hinzuzurechnen. In Deutschland ist deshalb der Bundesgerichtshof<sup>12</sup> von der sogenannten Anrechnungsmethode, nach der ein Unterhaltsanspruch je nachdem ganz entfallen konnte, zur sogenannten Differenzmethode übergegangen.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Unterhalt, II, Nr. 2. Die rechtsethische Rechtfertigung anderer nahehelicher Unterhaltstatbestände fusst auf diesem Grundsatz.

<sup>9</sup> Anders aber offenbar BRUDERMÜLLER (Fn. 1), 173; vgl. auch KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 9, 5 f. = FamPra.ch 2008, 188.

<sup>10</sup> Vgl. DETHLOFF (Fn. 5), A 30 mit weiteren Nachweisen; Canada: Supreme Court 1992 in Moge v. Moge (1992) 3 S.C.R. 813.

<sup>11</sup> Gegebenenfalls soll dem (Allein-)Erwerbstätigen ein Bonus verbleiben; vgl. die in Deutschland überwiegend angewandte 3/7-Regel, hierzu Düsseldorfer Tabelle, FamRZ 2008, 193, 211.

<sup>12</sup> Vgl. BGHZ 148, 105 = FamRZ 2001, 986 = NJW 2001, 2254 mit Anmerkungen BÜTTNER, 3244 ff.; LUTHIN, FamRZ 2001, 1065; SCHOLZ, FamRZ 2001, 1061 ff.

<sup>13</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese Auffassung bestätigt, vgl. BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527, mit Anmerkungen SCHOLZ, 733.

Diesem Ansatz war auch in der Schweiz die lange für durchschnittliche Einkommensverhältnisse unangefochten vertretene Grundbedarfsberechnung mit Überschussverteilung<sup>14</sup> verpflichtet. Dies änderte sich schlagartig mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2007<sup>15</sup>. Nach einer 20-jährigen in klassischer Rollenteilung gelebten Ehe, während derer die Ehefrau zwei Kinder grossgezogen hatte, wurde ihr jeglicher Unterhalt versagt, da für sie von einem (hypothetischen) Einkommen von CHF 3'690.– auszugehen war, während der Ehemann Fr. 5'330.– verdiente. Die ehelichen Lebensverhältnisse seien allein durch das Erwerbseinkommen des Mannes geprägt gewesen. Den an diesem Standard zu bemessenden gebührenden Unterhalt könne die Frau ohne Weiteres mit ihren eigenen Einkünften decken. In einer ganzen Reihe weiterer Entscheide im Jahre 2008 wurde nunmehr immer wieder vom Bundesgericht betont, dass eine Überschussteilung "in der Regel für den nahehelichen Unterhalt unpassend" sei<sup>16</sup>.

Diese Rechtsprechung verkennt zum einen das auch dem Schweizer Recht zugrunde liegende Prinzip der Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit. Sie setzt sich aber auch in Widerspruch zu der im Obligationenrecht einmütig vertretenen Auffassung, dass bei Verletzung einer Hausfrau und Mutter der sogenannte Haushaltsschaden normativ zu berechnen ist,<sup>17</sup> dass diesem also durchaus ein Vermögenswert beizumessen ist. Betrachtet man schliesslich die in dem Bundesgerichtsentscheid genannten Zahlen, so ist kaum ersichtlich, wie es der Frau gelingen sollte, aus ihren Einkünften eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen, während für den Ehemann ein Wiederaufstocken der aufgrund Vorsorgeausgleichs geminderten Anwartschaften ohne Weiteres machbar scheint. Von einem Ausgleich ehebedingter Nachteile bei lebensprägenden Ehen kann bei dieser Rechtsprechung sicher nicht mehr gesprochen werden; wir sind vielmehr wieder mehr oder weniger bei der Bedürftigkeitsrente alten Rechts angelangt. Damit korreliert dann, dass vielerorts auch heute noch in diesen Fällen statt von Ausgleich ehebedingter Nachteile von nahehelicher Solidarität gesprochen wird.<sup>18</sup>

### **Nacheheliche Solidarität**

Nur wo keine ehebedingten Nachteile zu verzeichnen sind, kann von einem (ausnahmsweise zu gewährenden) Unterhalt aufgrund nachehelicher Solidarität gesprochen werden. Zu denken ist insoweit an die Doppelverdiener Ehe ohne Kinder mit nicht ehebedingten Einkommensunterschieden, an die Altersehe oder an Fälle, in denen Krankheit oder Arbeitslosigkeit eines Ehegats-

---

<sup>14</sup> Dazu FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 75 ff.; FamKomm Scheidung/FREIVOGEL, Anh. UB N 70 ff.; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Basel 2007, 129; vgl. auch noch BGer, 13. März 2007, 5C.261/2006.

<sup>15</sup> BGE 134 III 145 ff. = FamPra.ch 2008, 392 ff., mit Anmerkungen AESCHLIMANN, 395 f.

<sup>16</sup> BGer, 23. Juni 2008, 5A\_154/2008, E. 2.2.2, FamPra.ch 2008, 937; vgl. auch BGer, 3. Juni 2008, 5A\_508/2007.

<sup>17</sup> Nachweise bei SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 14.10.

<sup>18</sup> BGer, 5. Mai 2008, 5A\_103/2008 E. 2.4.0, FamPra.ch 2008, 953; vgl. auch BGer, 28. Februar 2008, 5A\_525/2007, FamPra.ch 2008, 960.

ten in keinerlei Zusammenhang mit der Ehe stehen und auch im Übrigen keine ehebedingten Nachteile vorliegen. Einigkeit besteht hier, dass eine weitere Teilhabe in Form einer Überschussteilung nicht in Betracht kommt und dass Unterhalt in Mass und Dauer auf das zu beschränken ist, was erforderlich ist, um der Berechtigten eine Anpassung an die neuen Lebensverhältnisse zu ermöglichen.<sup>19</sup> In der Schweiz hat dies vor allem auch das Kantonsgericht St.Gallen immer wieder besonders klar herausgearbeitet.<sup>20</sup>

### **Schlussbetrachtung**

Es tut Not, sich im nahehelichen Unterhaltsrecht auf die rechtspolitischen und -ethischen Grundlagen zu besinnen. Was erscheint in unserer mehr und mehr auf konsekutiver Polygamie aufbauenden Gesellschaft noch vermittelbar, wo fühlt sich der einzelne Lebensabschnittspartner überfordert? Bei Begriffen wie Clean break oder naheheliche Solidarität geht es primär darum, Unterhaltsansprüche einzuschränken und abzuwehren. Dass dies wohl das Modell der Zukunft sein wird, zeigt ein Blick auf viele skandinavische Staaten. Dabei darf aber das dortige Gesellschaftsmodell nicht aus den Augen verloren werden. Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist dort schon lange kein Thema mehr und ehebedingte Erwerbseinbussen kommen dementsprechend selten vor. Wo aber in einer Gesellschaft wie der Schweiz weder ausreichende Drittbetreuungsangebote für Kleinkinder noch Ganztageschulen zur Verfügung stehen, belastet jede Einschränkung des Ausgleichs ehebedingter Nachteile einseitig den Ehegatten, der Familienarbeit leistet. Es ist nicht verwunderlich, dass immer mehr junge Paare dies mit Kinderlosigkeit quittieren, wohingegen gerade Länder, die eine Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördern – neben Skandinavien vor allem auch Frankreich – mit Geburtenraten von über 2,0 zu den führenden Europas gehören. Das naheheliche Unterhaltsrecht muss sich auch diesen gesellschaftspolitischen Fragen stellen.

---

<sup>19</sup> Vgl. SCHWENZER, Model Family Code (Fn. 4), Art. 1.31 und Art. 1.32; Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Solidarunterhalt Nr. 2.

<sup>20</sup> KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 8, 13 ff. = FamPra.ch 2007, 159; KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 5, 37 = FamPra.ch 2003, 647; vgl. auch BGer, FamPra.ch 2005, 919 (Altersehe).





## NICTHEHELICHE LEBENSGEMEINSCHAFT UND NACHEHELICHER UNTERHALT

von Prof. Dr. iur. Alexandra Rumo-Jungo, Freiburg\*

Rolf Vetterli ist wohl einer der engagiertesten Familienrichter in der Schweiz überhaupt. Er hat eine Familiengerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen aufgebaut<sup>1</sup> und sich für Massnahmen gegen häusliche Gewalt eingesetzt<sup>2</sup>. Er ist aber weit mehr als ein Familienrichter, nämlich auch Dozent, Referent an Weiterbildungsveranstaltungen, Autor zahlreicher Beiträge und nun auch Mitverfasser eines viel beachteten Lehrbuchs über das Familienrecht der Schweiz.<sup>3</sup>

Als Familienrichter hat er zahlreiche wegweisende Urteile gefällt bzw. daran mitgewirkt. Er hat dabei Kreativität bewiesen und ist neue Wege gegangen. Die St.Galler Rechtsprechung zu Art. 129 ZGB ist ein Beispiel dafür, ein Beispiel das vielleicht bald vor dem Bundesgericht Schule macht.

### Nichteheliche Lebensgemeinschaft als Veränderung der Verhältnisse

Nach Art. 129 Abs. 1 ZGB führt die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Rentenschuldners, allenfalls auch die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Rentengläubigerin zur *Herabsetzung, Aufhebung oder Sistierung* der Rente. Umgekehrt ist unter Umständen auch eine *Erhöhung* der Rente möglich, nämlich im Sinn einer Anpassung an die Teuerung sowie für den Fall, dass noch keine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgelegt werden konnte (Art. 129 Abs. 2 und 3 ZGB).

Die *nichteheliche Lebensgemeinschaft* – als ein möglicher Veränderungstatbestand – ist in Art. 129 ZGB nicht gesondert erwähnt. Sie unterliegt somit denselben Voraussetzungen wie die übrigen Veränderungstatbestände, mithin wie eine Erwerbseinbusse oder eine Erhöhung der Unterhaltskosten wegen der Geburt weiterer Kinder. Folglich muss die tatsächliche Veränderung *erstens wirtschaftliche Folgen* nach sich ziehen:<sup>4</sup> Eine Krankheit ohne Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit ist somit nicht wesentlich. *Zweitens* muss die wirtschaftliche Veränderung die für die Festsetzung des nachehelichen Unterhalts *massgeblichen Verhältnisse* betreffen: Die berufliche Ausbildung und die Chancen der beruflichen Entwicklung (Art. 125

---

\* Ich danke BLaw Sandra Imbach, Unterassistentin am Lehrstuhl für Zivilrecht, für die Unterstützung bei der Erstellung des Fussnotenapparates und die kritische Durchsicht des Textes.

1 VETTERLI, Die Anfänge der st.gallischen Familiengerichtsbarkeit, in: VETTERLI (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 111 ff.

2 VETTERLI/DUBOIS, Häusliche Gewalt: erste Erfahrungen mit neuen Gesetzen, FamPra.ch 2004, 851 ff.

3 BÜCHLER/VETTERLI, Ehe – Partnerschaft – Kind. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2007.

4 BÜCHLER/STEGMANN, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch, FamPra.ch 2004, 229, 243 f.; BaslerKomm/SPYCHER/GLOOR, Art. 129 ZGB N 1; HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrecht, Bern 2003, N 9.08; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 129 ZGB N 8.

Abs. 2 Ziff. 7 ZGB) sind für den nahehelichen Unterhalt massgebliche Faktoren, deren Änderung gegebenenfalls zu berücksichtigen ist.

### **Veränderung der Verhältnisse mit wirtschaftlichen Folgen**

Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft muss wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen, soll sie zur Abänderung der Unterhaltsrente führen. Dementsprechend sind grundsätzlich nur effektive, nicht dagegen bloss unterstellte Veränderungen zu berücksichtigen.<sup>5</sup> Die Tatsache, dass entgegen dieser Ansicht auch die bloss (allenfalls auf den Notfall beschränkte) Unterstützungsbereitschaft des neuen Lebenspartners berücksichtigt wird,<sup>6</sup> führt zur indirekten Begründung einer Unterhaltspflicht unter Lebenspartnern, obwohl das Bundesgericht immer wieder beteuert, eine solche bestehe nicht.<sup>7</sup> In Wirklichkeit soll mit dieser Rechtsprechung verhindert werden, dass es die Lebenspartner durch die (missbräuchliche) Verneinung der gegenseitigen Unterstützung in der Hand haben, den nahehelichen Unterhaltsanspruch zu behalten. Das ist ein berechtigtes Anliegen, sollte aber differenziert betrachtet werden, denn nicht jede Lebensgemeinschaft begründet auch eine Solidaritätsgemeinschaft in finanzieller Hinsicht. Die dreistufige Betrachtungsweise des Kantonsgerichts St.Gallen ermöglicht diese Differenzierung:<sup>8</sup> Nach sechsmonatigem Zusammenleben ist von einer Lebensgemeinschaft auszugehen und sind wesentliche Kostenersparnisse zu berücksichtigen.<sup>9</sup> Nach zweijähriger Lebensgemeinschaft und gleichzeitig realem und nahem Verhältnis kann eine Solidargemeinschaft vorliegen, bei der die Lebenspartner das Existenzrisiko gemeinsam tragen und einander am eigenen Lebensstandard teilhaben lassen. Eine solche rechtfertigt die Sistierung einer auf dem Solidaritätsgedanken basierenden nahehelichen Unterhaltsrente<sup>10</sup>. Dauert eine Lebensgemeinschaft seit fünf Jahren oder ist aus ihr ein Kind hervorgegangen, so hat sie lebensprägenden Charakter und kann zur Sistierung einer Unterhaltsrente führen, die auch ehebedingte Nachteile deckt. Wo etwa die Lebenspartnerin ein gemeinsames Kind betreut, ist ihre Erwerbstätigkeit nun nicht mehr aus-

---

<sup>5</sup> So auch BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 243.

<sup>6</sup> BGer, 23. Oktober 2006, 5C.93/2006, E. 2.2.1; BGer, 12. März 2002, 5C.296/2001, E. 3b.aa.; HAUSHEER/SPYCHER (Fn. 4), N 10.30c; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 129 ZGB N 18; a.M. BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 236 f.; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 129 ZGB N 26, N 34.

<sup>7</sup> BGer, 27. Oktober 2004, 5C.170/2004, E. 3.1; BGer, 11. Juni 2008, 5A\_81/2008, E. 5.2.

<sup>8</sup> KGer SG, FamPra.ch 2005, 932, 935 f.

<sup>9</sup> Keine Kostenersparnis ist aber gegeben, wenn im Hinblick auf das Zusammenleben eine neue grössere Wohnung bezogen wird, die doppelt so teuer ist wie die bisherige Wohnung. Ersparnisse ergeben sich hier einzig aus der Teilung von Fixkosten wie Telefonabonnement des Fixtelefons, Fernseh- oder Abfallgebühren. Diese sind aber nicht erheblich und somit ohne Einfluss auf die Unterhaltsrente (Art. 129 Abs. 1 ZGB).

<sup>10</sup> Eine solche liegt etwa vor, wenn ein Ehegatte zu einer Unterhaltsrente verpflichtet wurde, um der Berechtigten bei grossem Einkommensgefälle den sozialen Abstieg zu ersparen oder um sich an einem allgemeinen (nicht ehebedingten) Lebensrisiko, z.B. der Erwerbsunfähigkeit, zu beteiligen; siehe dazu HAUSHEER/SPYCHER (Fn. 4), N 5.03.

schliesslich ehebedingt eingeschränkt. Führt sie in der Lebensgemeinschaft – neben der Betreuung der Kinder aus der Beziehung mit ihrem früheren Ehemann – den gemeinsamen Haushalt, so erbringt sie gewisse Dienstleistungen für die Lebensgemeinschaft und wird ihre Erwerbstätigkeit womöglich nicht mehr ausschliesslich ehebedingt (bzw. elternbedingt) eingeschränkt oder verhindert.

### **Veränderung der für den nahehelichen Unterhalt massgeblichen Verhältnisse**

Welche Veränderungen zur Abänderung des nahehelichen Unterhalts führen können, gibt immer wieder Anlass zu Diskussionen.<sup>11</sup> Soll die Unterhaltsrente abgeändert oder sistiert werden (weil die Änderung nicht definitiv ist), so muss dies naturgemäss auf eine Veränderung eines für die Festsetzung der Unterhaltsrente massgeblichen Faktors zurückzuführen sein, z.B. auf die Veränderung des Einkommens oder des Vermögens (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB). Andernfalls fehlt ein Einfluss des veränderten Faktors auf die Unterhaltsrente.

Entsteht nach der Ehescheidung eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, resultiert daraus häufig eine Ersparnis im Bereich der *allgemeinen Lebenshaltungskosten*.<sup>12</sup> Weil diese auch bei der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts wesentlich sind, begründet diese Änderung, wenn sie denn erheblich ist, eine Änderung/Sistierung der Unterhaltsrente. Dagegen können Kosten bzw. finanzielle Einbussen, die aus der geschiedenen Ehe resultieren und sich mit der Begründung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht verändern, nicht letzterer angelastet werden. Die aus den *Betreuungspflichten gegenüber gemeinsamen Kindern* der Unterhaltsgläubigerin mit dem Unterhaltsschuldner resultierende Einschränkung der Erwerbstätigkeit und die damit verbundene geringe (oder fehlende) Eigenversorgungskapazität ist ehebedingt und wird durch die Begründung einer (neuen) Lebensgemeinschaft nicht beeinflusst.<sup>13</sup> Hätte die Partnerin nämlich keine Kinder aus erster Beziehung, würde sie (mit einem höheren Pensum) erwerbstätig sein und somit (mehr) zum gemeinsamen Budget der Lebensgemeinschaft

---

<sup>11</sup> BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 229 ff.; LIATOWITSCH, Abänderung von Scheidungsurteilen unter besonderer Berücksichtigung der Sistierung nach neuem Recht – eine rudimentäre empirische Studie?, FamPra.ch 2007, 45 ff., 59; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, vermögens- und kindesrechtliche Belange, FamPra.ch 2004, 895 ff., 904 f. Obwohl statistisch gesehen nur rund 11 % aller Paare in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben und alle anderen in einer Ehe, darf nicht übersehen werden, dass im Lebenszyklus eines Menschen der Scheidung vielfach eine neue Partnerschaft, eine Lebensgemeinschaft vorangeht (NAVE-HERZ, Familie heute. Wandel der Familienstrukturen und Folgen für die Erziehung, Darmstadt 1994, 8 f.) und 52 % der geschiedenen Frauen sowie 55 % der geschiedenen Männer sich erneut vermählen. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Demografisches Portrait der Schweiz, Ausgabe 2006, Neuenburg 2006, Portrait 46 ([www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)); DASSELBE, Eidgenössische Volkszählung 2000, Haushalte und Familien, Neuenburg 2005, 40.

<sup>12</sup> BGer, 11. Juni 2008, 5A\_81/2008, E. 5.4.4.

<sup>13</sup> BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 240 f.; FASEL/WEISS, Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche, AJP 2007, 13, 19; BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 3), 143.

beitragen können.<sup>14</sup> Dieser Teil der Unterhaltsrente kann also wegen der Begründung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht aufgehoben oder sistiert werden.<sup>15</sup> Würden die Kinderbetreuungskosten – was konsequent wäre und andernorts bereits postuliert wurde<sup>16</sup> – als Aufwand im Kinderunterhalt und nicht im Ehegattenunterhalt berücksichtigt, stünde die Aufhebung oder Sistierung dieses Teils der Rente unter dem Titel von Art. 129 ZGB gar nie zur Diskussion.<sup>17</sup>

Aus den erwähnten Gründen kann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft die vollständige Sistierung des nahehelichen Unterhalts jedenfalls beim Vorliegen von betreuungsbedürftigen Kindern des Unterhaltsschuldners nicht rechtfertigen. Vielmehr liegen hier *Kinderkosten* vor, die weiterhin von den unterhaltsverpflichteten Eltern zu tragen sind und als "Altlasten" nicht dem neuen Lebenspartner der Mutter der Kinder auferlegt werden können, sei die Lebensgemeinschaft zwischen den beiden noch so stabil.<sup>18</sup> Dagegen kommt durchaus eine Teilsistierung des nahehelichen Unterhalts in Frage. Eine solche kann – wie bei anderen Veränderungen der Verhältnisse – vorgenommen werden, wenn die Veränderung voraussichtlich dauernd ist. Dafür ist kein sogenanntes stabiles Konkubinat erforderlich, sondern es kann auch eine Lebensgemeinschaft von einem halben Jahr genügen.<sup>19</sup>

---

14 Dasselbe gilt für die ehe- bzw. kinderbedingt nicht beendete Ausbildung, die nicht unternommene berufliche Weiterbildung oder der hinausgeschobene bzw. unterlassene berufliche Wiedereinstieg.

15 Dasselbe gilt für jenen Teil der Unterhaltsrente, der die Sicherung der Altersvorsorge bezweckt. Damit soll ein ehebedingter Nachteil wettgemacht werden, und die nichteheliche Lebensgemeinschaft ändert an der ehebedingt mangelnden Altersvorsorge nichts.

16 RUMO-JUNGO, Kindesunterhalt und neue Familienstrukturen, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, 1, 21; mit Hinweis auf SCHWENZER, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. 1, Gutachten, München 1992, A 1, 52. Siehe auch BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Familienvermögensrecht, 59, 82.

17 Folgerichtig sieht das Gesetz denn auch keine nachträgliche Korrektur der Teilung der Austrittsleistungen aus der beruflichen Vorsorge vor. Dieser Anspruch deckt die grundsätzlich ehebedingten Nachteile in der Begründung einer eigenen beruflichen Vorsorge und kann bei erheblicher Veränderung der Vorsorgesituation des Schuldners oder der Gläubigerin nicht angepasst werden. Dementsprechend darf auch der im nahehelichen Unterhalt enthaltene Anteil für die künftige Altersvorsorge nicht angepasst werden, sofern dieser Nachteil durch veränderte Verhältnisse (z.B. durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft) nicht kompensiert wird.

18 Diese Altlasten sind nach dem geltenden Verständnis des Familienrechts eheliche Altlasten, gewährt doch ausschliesslich eine Auflösung der Ehe Anspruch auf Deckung der mit der Kinderbetreuung und -erziehung verbundenen Kosten, während eine Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Eltern eines Kindes dem erziehenden Elternteil keinen Anspruch auf Deckung der durch die Erziehungsarbeit bedingten Erwerbseinbusse gewährt. Dazu ausführlich und kritisch RUMO-JUNGO (Fn. 16), 15 ff.

19 So KGer SG, FamPra.ch 2005, 932 ff.; LIATOWITSCH (Fn. 11), 57; BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 241. FASEL/WEISS (Fn. 13), 19, schlagen die pauschale Sistierung der Hälfte der Rente vor. Dieser Vorschlag ist verlockend, weil einfach handhabbar. Da aber dem schweizerischen Unterhaltsrecht Pauschalierungen eher fremd sind, passt der Vorschlag nicht so ganz in das grössere Umfeld der Unterhaltsbemessung.

## Keine Analogie zur Wiederverheiratung

Bei Wiederverheiratung geht der Unterhaltsanspruch gegenüber dem Unterhaltsschuldner unter, unabhängig davon, ob der neue Ehepartner denselben Lebensstandard pflegt wie der unterhaltspflichtige frühere Ehepartner (Art. 130 Abs. 2 ZGB). Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist allerdings nicht mit der Wiederverheiratung gleichzustellen, auch nicht per Analogie. Dazu besteht im heutigen Recht um so weniger Anlass als Art. 129 ZGB Instrumente zur Berücksichtigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Verfügung stellt. Solche kannte das alte Recht noch nicht, weshalb die analoge Anwendung der Auswirkungen der Wiederverheiratung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft sinnvoll war. Das gilt *de lege lata* nicht mehr, weshalb bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft grundsätzlich nur die Sistierung möglich, die *Herabsetzung* oder *Aufhebung* dagegen *ausgeschlossen* ist.<sup>20</sup>

Der Einfluss der Veränderung auf die Unterhaltsrente ist differenziert zu beurteilen: Die *Sistierung* kann daher durchaus nur einen *Teil der Rente* betreffen. Es ist mithin gerechtfertigt, die nichteheliche Lebensgemeinschaft auch diesbezüglich anders zu behandeln als eine Wiederverheiratung, die keine differenzierte Aufhebung/Herabsetzung der Unterhaltsrente enthält.<sup>21</sup> Denn mit der Auflösung der zweiten Ehe entstehen – anders als bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – neue Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt und Teilung der Austrittsleistungen in der beruflichen Vorsorge. Ausserdem entsteht aus der neuen Ehe eine Beistandspflicht mit Bezug auf die Unterhaltspflicht gegenüber vor- oder ausserehelichen Kindern,<sup>22</sup> was auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht zutrifft.<sup>23</sup> Das Bundesgericht hat allerdings eine kantonale Bestimmung, die indirekt zur Begründung einer Beistandspflicht führt, als nicht willkürlich qualifiziert.<sup>24</sup> Diese ehelichen und nahehelichen Ansprüche machen zwar den Verlust der Unterhaltsleistungen aus der ersten Ehe nicht zwingend wett, weil

---

<sup>20</sup> BGer, 23. Oktober 2006, 5C. 93/2006, E. 2.1.1 und 2.1.2; SUTTER/FREIBURGHHAUS (Fn. 6), Art. 129 ZGB N 8; BaslerKomm/SPYCHER/GLOOR, Art. 130 ZGB N 8; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 129 ZGB N 23; a.M. FASEL/WEISS (Fn. 13), 19; HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 135 (1999), 1, 28 f.

<sup>21</sup> BÜCHLER/STEGMANN (Fn. 4), 240 f.; RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH (Fn. 11), 904 f.; LIATOWITSCH, Die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in der Gerichtspraxis und in Scheidungsvereinbarungen, FamPra.ch 2000, 476, 482.

<sup>22</sup> Voreheliche Kinder: BGE 120 II 285, 287 f., E. 2b; BGer, 14. Juli 2004, 5C.82/2004, E. 3.2.1; BGer, 14. Februar 2006, 5C.208/2005, E. 5; BGer, 2. August 2006, 5P.242/2006, E. 5; BGer, 16. Januar 2007, 5C.203/2006 E. 3. Aussereheliche Kinder: BGE 126 III 353 ff., nicht veröffentlichte E. 4; 127 III 68, 72; 129 III 417, 421. Siehe dazu BADDELEY/LEUBA, L'entretien de l'enfant du conjoint et le devoir d'assistance entre époux, in: PIOTET/TAPPY (Hrsg.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genf/Zürich/Basel 2006, 175, 184 ff.; teils kritisch RUMO-JUNGO (Fn. 16), 32, mit weiteren Hinweisen in Fn. 137.

<sup>23</sup> BGE 128 III 159 E. 3b.

<sup>24</sup> BGE 129 I 1: Es ging um eine kantonale Bestimmung, wonach für die Beurteilung der Voraussetzungen zur Alimentenbevorschussung auch das Einkommen des Konkubinatspartners des obhutsberechtigten Elternteils der unterhaltsberechtigten Kinder zum massgeblichen Einkommen angerechnet wurde.

sie nur (aber immerhin) die Dauer und die wirtschaftlichen Nachteile aus der zweiten Beziehung berücksichtigen. Gleichwohl steht eine geschiedene Ehegattin ungleich günstiger da als eine Partnerin nach aufgelöster Lebensgemeinschaft.

### **Zusammenfassung**

Es ist das Verdienst der vom Kantonsgericht St.Gallen begründeten Rechtsprechung, Kriterien herausgeschält zu haben, nach denen sich beurteilt, ob im Fall einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft tatsächlich eine unterhaltsrelevante Veränderung der Verhältnisse vorliegt. Gegebenenfalls kann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft die (teilweise) Sistierung des nahehehlichen Unterhaltsanspruchs begründen, nicht aber dessen (definitive) Herabsetzung oder Aufhebung. Die Sistierung setzt dabei stets die Veränderung eines Faktors durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft voraus, der auch für die Festsetzung des nahehehlichen Unterhalts massgeblich war. Nicht kongruente Kosten dürfen daher nicht zu einer Sistierung führen.

## RECHTSNATUR DER RENTE NACH ART. 124 ZGB

von Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, St.Gallen

### I. Ausgangslage

#### 1. Anwendungsvoraussetzungen für Art. 124 ZGB

Das ZGB regelt die Aufteilung der beruflichen Vorsorge bei der Scheidung in drei Bestimmungen. Dabei behandelt Art. 122 ZGB die Fälle, bei denen noch bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten ist<sup>1</sup>. Bei dieser Sachlage ist es möglich, für die Vorsorgeeinrichtung jedes Ehegatten die während der Ehe erworbene Austrittsleistung zu berechnen und zu teilen. Der Saldo, der sich nach der Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche ergibt, ist dann dem Ehegatten, dem ein höherer Betrag zusteht, als Freizügigkeitsleistung auszurichten. Damit bleiben diese Beträge für die Vorsorge gebunden. Sie dienen nun aber der Vorsorge der anderen Partei.

Eine genau hälftige Teilung ist technisch nicht mehr möglich und auch nicht mehr angebracht, wenn bei einem Ehegatten der Vorsorgefall vor der Scheidung bereits eingetreten ist. Bei diesem Ehegatten kann aus der laufenden Rente kein Kapital mehr herausgebrochen werden. Das Kapital ist bereits in eine Rente umgewandelt worden. Wohl lässt sich immer der Kapitalwert einer Rente berechnen. Es lässt sich aber nicht – auch theoretisch nicht – festlegen, welcher Teil dieses Kapitals nun während der Ehe und welcher vor der Ehe erworben worden ist. Zu beachten ist überdies, dass jener Ehegatte, bei dem der Vorsorgefall bereits eingetreten ist, sehr viel unmittelbarer auf die Vorsorgeleistungen für seinen Unterhalt angewiesen ist als der andere Ehegatte, welcher vorerst noch im Erwerbsalter steht und seine Altersvorsorge noch aufbessern kann. Von daher wäre eine *hälftige Teilung* auch *nicht in jedem Fall angebracht*.

Dass hier eine einfache, mathematische Teilung nicht möglich ist, hat auch der Gesetzgeber erkannt und in Art. 124 ZGB für diese Fälle eine Sonderregel geschaffen. Dabei ging er davon aus, dass es eine *Vielzahl von möglichen Konstellationen* gibt<sup>2</sup>. Bei der klassischen Zuverdienerehe kann jener Ehegatte bereits pensioniert sein, welcher den Haupterwerb erzielt, oder jener, der den Zuverdienst erzielt. Letzterer verfügt dabei nur über ein geringes Vorsorgekapital. Bei einer Doppelverdienerehe ist es möglich, dass der eine oder andere Ehegatte über gar keine eigene zweite Säule verfügt. Es bedurfte deshalb einer Lösung, welche dem Gericht ein Ermessen einräumt. Das Gesetz sieht also einen Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung" vor. Die Anwendung von Art. 124 ZGB an Stelle von Art. 122 ZGB rechtfertigt sich in all jenen Fällen, in denen dem Gericht ein Ermessen zukommen muss, um eine einzelfallge-

---

<sup>1</sup> GEISER, Übersicht zum Übergangsrecht des neuen Scheidungsrechts, in: HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 259 ff., Rz. 2.29; FamKomm Scheidung/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB N 1.

<sup>2</sup> Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 105.

rechte Lösung zu finden. Die Ausrichtung kann dann als Kapital, als Rente oder aber als Freizügigkeitsleistung erfolgen, falls beim Leistungspflichtigen noch kein Vorsorgefall eingetreten ist.

## 2. Berechnung der angemessenen Entschädigung

Das Gesetz präzisiert nicht, was unter einer "angemessenen Entschädigung" zu verstehen ist. Der Begriff muss als ein Verweis auf die *gesamten wirtschaftlichen Umstände* des Falles angesehen werden<sup>3</sup>. Nicht zu beachten sind auch hier die Umstände, die zur Scheidung geführt haben, namentlich ein allfälliges Scheidungsverschulden<sup>4</sup>. Zu den entscheidenden Umständen gehört einerseits, was beide Ehegatten während der Ehe an *Austrittsleistung* angespart und bis zur Scheidung wieder verbraucht haben<sup>5</sup>. Namentlich wenn die Scheidung kurz nach der Pensionierung eines Ehegatten erfolgt ist, muss sich die Entschädigung verglichen mit dem Betrag als angemessen erweisen, der sich errechnet hätte, wenn der Vorsorgefall noch nicht eingetreten wäre<sup>6</sup>. Andererseits sind aber auch die *Vorsorgebedürfnisse* – und zwar beider Parteien – zu berücksichtigen<sup>7</sup>. Diese können je nach Alter und Ausgestaltung des nahehelichen Unterhalts stark unterschiedlich sein<sup>8</sup>. Insoweit muss neben den Vorsorgeansprüchen auch das übrige Vermögen und Einkommen berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat im Anwendungsbereich des Art. 124 ZGB bewusst nicht als Grundsatz die hälftige Teilung der Vorsorgeansprüche vorgesehen, wie dies zum Teil in der Lehre gefordert wird<sup>9</sup>, sondern eine differenziertere Lösung vorgeschlagen<sup>10</sup>.

Daraus ergibt sich ein *zweistufiges Vorgehen*, bei dem zuerst die während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen in sinngemässer Anwendung von Art. 122 ZGB berechnet werden müssen; anschliessend ist auf die *Vorsorgebedürfnisse* einzugehen<sup>11</sup>. Das Ergebnis kann je nach den Umständen des konkreten Falls sehr nahe beieinander liegen<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> BGE 127 III 439, E. 3. Vgl. auch KGer BL, 17. August 2004, FamPra.ch 2006, 421; TRIGO TRINIDADE, *Prévoyance professionnelle, divorce et succession*, SJ II 2000, 493 f.; SUTTER/FREIBURGHANUS, *Kommentar zum Scheidungsrecht*, Zürich 1999, Art. 124 ZGB N 18.

<sup>4</sup> Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 106.

<sup>5</sup> BGer, 15. Mai 2003, 5C.66/2002, E. 3.4.1; GEISER, *Vorsorgeausgleich: Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls*, FamPra.ch 2002, 97; a.M. BAUMANN/LAUTERBURG, *Teilen? Teilen!* FamPra.ch 2003, 764.

<sup>6</sup> BGE 133 III 405 f.

<sup>7</sup> BGE 127 III 439; BGer, 1. Oktober 2002, 5C.159/2002, E. 2; BGer, 1. Mai 2002, 5C.276/2001, E. 4.c und BGer, 15. Mai 2003, 5C.66/2002, E. 3.4.1; GEISER (Fn. 1), Rz. 2.104; MICHELI/NORDMANN/JACCOTTET TISSOT/CRET-TAZ/THONNEY/RIVA, *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 1999, Rz. 743 ff.

<sup>8</sup> GEISER (Fn. 1), Rz. 2.103.

<sup>9</sup> BAUMANN/LAUTERBURG, *Darf's ein bisschen weniger sein?*, FamPra.ch 2000, 191, 210 f.; GRÜTTER/SUMMERMATTER, *Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung*, insbesondere nach Art. 124 ZGB, FamPra.ch 2002, 652 f.

<sup>10</sup> BGE 127 III 439.

<sup>11</sup> BGE 133 III 404; BGer, 1. Oktober 2002, 5C.159/2002, E. 2; BGer, 15. Mai, 2002, 5C.66/2002, E. 3.4.1.; BGer, 10. Februar 2006, 5C.247/2005 E. 4.1.; GEISER (Fn. 1), Rz. 2.103; BAUMANN/LAUTERBURG, FamPra.ch 2000, 208 ff.; SCHNEIDER/BRUCHEZ, *La prévoyance professionnelle et le divorce*, in: PAQUIER/JAQUIER (Hrsg.), *Le nouveau droit du divorce*, Lausanne 2000, 241 und 244.

<sup>12</sup> Vgl. BGer, 24. Juli 2008, 9C.185/2008.



### 3. Ausrichtung der angemessenen Entschädigung

Die angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB kann auf *verschiedene Weise* ausgerichtet werden. Es kann sich um eine Freizügigkeitsleistung nach FZG<sup>13</sup>, eine einmalige Kapitalzahlung aus freien Mitteln, um Ratenzahlungen eines solchen Kapitals oder um eine Abgeltung in Form einer Rente handeln. Je nachdem, welche Modalität gewählt wird, gelten andere Grundsätze. Das Bundesgericht hatte allerdings bis anhin noch kaum Gelegenheit, die entsprechenden Rechtsfragen zu klären.

Die angemessene Entschädigung kann auch in Form einer *einmaligen Kapitalzahlung* erfolgen. Der Betrag erfolgt aus freien Mitteln. Eine Einzahlung dieser Mittel in die berufliche Vorsorge beim Berechtigten ist nicht in grösserem Umfang möglich, als wenn er dies aus eigenen Mitteln unabhängig von einer Scheidung tun wollte. Ist der berechtigte Ehegatte nicht oder nur in beschränktem Umfang erwerbstätig, wird eine Überführung in die gebundene Vorsorge regelmässig unmöglich sein. In diesen Fällen ist mit der Ausrichtung des Kapitals der Vorgang abgeschlossen. Spätere Veränderungen haben auf diese Leistung keinen Einfluss mehr. Die Art. 126 ff. ZGB können hier keine Anwendung finden. Eine spätere Abänderung des Scheidungsurteils in diesem Punkt steht nicht zur Diskussion. Möglich ist höchstens eine Revision. Der Tod der einen oder anderen Partei ändert am Vorgang nichts. Sobald der Anspruch entstanden ist (Rechtskraft des Scheidungsurteils), wird er sowohl *aktiv wie auch passiv vererblich*<sup>14</sup>. Eine solche Leistung kann meines Erachtens, weil es sich um ein Kapital beim Tod des Pflichtigen handelt, *keine Geschiedenen-Witwenrente auslösen*. Der Vorgang hat im Gegenteil auch hier die Wirkung, dass eine auf Grund einer Unterhaltsrente unter Umständen geschuldete Geschiedenen-Witwenrente kleiner ausfallen kann, weil beim Pflichtigen eine Vorsorgelücke bestanden hat. Fällt der Pflichtige in Konkurs, bevor er das Kapital ausgerichtet hat, handelt es sich diesbezüglich um eine Konkursforderung. Wird ein Konkursverlustschein ausgestellt, kann für dieses Kapital erst wieder betrieben werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist.

Meist wird ein Ehegatte allerdings kaum in der Lage sein, den Betrag auf einmal zu bezahlen. Es können folglich *Ratenzahlungen* vereinbart werden. Es kann sich um einige wenige Raten handeln. Möglich ist aber auch, dass über mehrere Jahre regelmässig Raten bezahlt werden. Wohl ist mit Rechtskraft des Scheidungsurteils die Schuld noch lange nicht erfüllt. Dennoch ist der Vorgang grundsätzlich abgeschlossen. Es gelten damit die gleichen Regeln wie bei einer einmaligen Kapitalzahlung.

---

<sup>13</sup> Art. 22b FZG.

<sup>14</sup> OGer LU, FamPra.ch 2006, 147.

## II. Rente als angemessene Entschädigung

### 1. Möglichkeit der Festsetzung einer Rente

Schliesslich besteht die Möglichkeit, die angemessene Entschädigung in *Form einer Rente* auszurichten<sup>15</sup>. Praktisch ist diese Variante von sehr grosser Bedeutung, vor allem wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse relativ knapp sind.

### 2. Rechtsnatur dieser Renten

Eine Rente ist ein Dauerschuldverhältnis. Damit stellt sich sofort die Frage, wie sich bestimmte Ereignisse auf dieses Verhältnis auswirken. Namentlich fragt sich, wie der Tod der einen oder anderen Partei sich auf die Rentenschuld auswirkt, was bei Wiederverheiratung geschieht, ob die Rente nachträglich herauf- oder herabgesetzt werden kann und was im Falle des Konkurses des einen oder anderen geschieht. Schliesslich fragt sich auch, welche Regeln bei der Durchsetzung zur Anwendung gelangen.

Während das Gesetz für eine Unterhaltsrente<sup>16</sup> alle diese Fragen regelt<sup>17</sup>, schweigt es sich bei der angemessenen Entschädigung vollständig aus. Es ist damit zu prüfen, ob die für die Unterhaltsrente geltenden Regeln auch hier zur Anwendung gelangen oder nicht. Rechtstheoretisch ist zu prüfen, ob die *Unterhaltsrechtsregeln* bei Art. 124 ZGB anwendbar sind oder ob es sich um *eine gewöhnliche Forderung* handelt. Die Frage ist in der Lehre umstritten und die Rechtsprechung hat sich bis heute kaum dazu aussprechen müssen.

#### a) Art. 126 ZGB: Art der Leistung

Art. 126 Abs. 1 und 2 ZGB betreffen nur die Art der Leistung. Sie gelten für die Entschädigung nach Art. 124 ZGB insofern nicht, als hier genau umgekehrt in erster Linie ein Kapital auszurichten ist und nur auf die *Rentenlösung* zurückzugreifen ist, wenn der Anspruch *nicht auf andere Weise* abgegolten werden kann.

Eine Leistung kann immer an *Bedingungen* geknüpft werden. Die in Art. 126 Abs. 3 ZGB vorgesehene Regel gilt bereits auf Grund des in Art. 7 ZGB enthaltenen Verweises auf die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. Hier stellt sich somit die Frage der Angleichung an die Unterhaltsrente nicht.

---

<sup>15</sup> Vgl. BGE 131 III 1 E. 4; nicht publizierte E. 3 von BGE 132 III 145; BGer, 10. Februar 2006, 5C.247/2005 E. 4.3.

<sup>16</sup> Art. 125 ZGB.

<sup>17</sup> Siehe insbesondere die Art. 126 ff. ZGB.

*b) Art. 127 – 129 ZGB: Abänderung*

Eine der wichtigsten Besonderheiten der familienrechtlichen Unterhaltsrenten besteht darin, dass sie *nachträglich herabgesetzt* werden können, wenn sich die wirtschaftliche Lage des Schuldners verschlechtert oder jene des Gläubigers verbessert hat<sup>18</sup>.

Die Herabsetzung, Aufhebung oder befristete Einstellung der Rente wegen erheblicher, dauernder und nicht vorhergesehener *Verschlechterung der Verhältnisse beim Schuldner* rechtfertigt sich auch beim Vorsorgeausgleich. Die Entschädigung hat *angemessen* zu sein. Eine Rente wird nur zugesprochen, wenn sich die Ausrichtung eines Kapitals mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und Möglichkeiten als nicht angemessen erweist. Für die Angemessenheit spielt aber die Einschätzung der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung durchaus eine Rolle. Statt im Zeitpunkt der Festsetzungen mit Blick auf die Unsicherheit der zukünftigen Entwicklung bei der Rente einen Einschlag vorzusehen, erweist es sich als sinnvoller, eine nachträgliche Anpassung vorzubehalten, wenn sich die Verhältnisse beim Schuldner dann tatsächlich verschlechtern. Was unter einer erheblichen und bleibenden Verschlechterung zu verstehen ist, muss allerdings im Lichte des Vorsorgeausgleichs unter Umständen etwas anders beurteilt werden als beim Unterhalt. Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse beim Pflichtigen wird allerdings selten eintreten, da sein Einkommen in der Regel aus einer BVG-Rente bestehen wird und damit grundsätzlich sicher ist. Immerhin kann ausnahmsweise die Vorsorgeeinrichtung die Rente kürzen<sup>19</sup> oder zahlungsunfähig werden, ohne dass der Sicherheitsfonds leistet. Indessen wird häufig die Teuerung nicht ausgeglichen werden. Zudem können sich die Familienlasten vergrössern und eine Herabsetzung notwendig machen, namentlich dann, wenn weitere Kinder dazukommen.

Ohne Zweifel heikler ist die *Kürzung der Rente wegen verbesserter Verhältnisse beim Gläubiger*<sup>20</sup>. Eine solche Verbesserung hat nicht notwendigerweise einen Einfluss auf die Vorsorgebedürfnisse. Allerdings ist auch nicht einzusehen, warum eine Kürzung nicht erfolgen soll, wenn die Vorsorgebedürfnisse des Gläubigers sich erheblich reduziert haben. Zu denken ist beispielsweise an einen Ehegatten, der nach der Scheidung unerwarteterweise in ein Amt gewählt wird, welches ihm ein Ruhegehalt sichert, ohne dass ein Einkauf notwendig wäre. Entfällt dadurch jedes weitere Vorsorgebedürfnis, ist nicht einzusehen, warum die andere Partei weiterhin eine Vorsorgerente bezahlen sollte. Eine Aufhebung nach Art. 129 Abs. 1 ZGB ist angezeigt. Allerdings darf eine solche Änderung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Die Anwendung von Art. 129 Abs. 1 ZGB auf eine Rente nach Art. 124 ZGB erweist sich somit durchaus als sinnvoll, wobei der Ausschluss der Änderung nach Art. 127 ZGB vorzubehalten ist.

Schliesslich ist es auch vernünftig, die *nachträgliche Erhöhung nach Art. 129 Abs. 3*

---

<sup>18</sup> Art. 129 Abs. 1 ZGB.

<sup>19</sup> Art. 65d Abs. 3 lit. b BVG.

<sup>20</sup> Art. 129 Abs. 1 ZGB.

ZGB vorzubehalten, wenn im Zeitpunkt der Scheidung keine angemessene Rente zugesprochen werden kann. Allerdings bemisst sich die Angemessenheit nicht danach, ob der "gebührende Unterhalt" gedeckt werden kann. Vielmehr muss vom Zweck der Vorsorgerente her geprüft werden, ob mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse während der Ehe und die nachfolgenden Vorsorgebedürfnisse im Zeitpunkt der Scheidung eine angemessene Entschädigung zugesprochen werden konnte oder nicht.

*c) Art. 130 Abs. 1 ZGB: Vererblichkeit*

Auch bei der Rente nach Art. 124 ZGB ist *keine aktive und keine passive Vererblichkeit* gegeben<sup>21</sup>. Eine passive Vererblichkeit brächte mehr Nach- als Vorteile: Die Rente müsste nach dem Tod des Pflichtigen in aller Regel von den Kindern bezahlt werden. Es bestünde eine grosse Unsicherheit darüber, ob überhaupt etwas bezahlt wird. Die Erben können die Erbschaft ausschlagen und sich damit der Verpflichtung entledigen. Der Schuldner kann sein Vermögen unter Lebenden verschenken, ohne dass der Gläubiger und damit auch der aus Art. 124 ZGB Rentenberechtigte nachher diese Schenkungen anfechten könnte<sup>22</sup>. Nur die ausschlagenden Erben müssen dann eventuell doch bezahlen, wenn sie Schenkungen in den letzten fünf Jahren erhalten haben<sup>23</sup>. Von dieser Pflicht werden aber die Beschenkten, welche nicht gleichzeitig Erben sind, nicht betroffen. Die Vermehrung der Nachlassschulden führt zudem zu einer Vergrösserung der Verfügungsfreiheit unter Lebenden. Soweit durch diese Verfügungen der Nachlass nämlich nur negativer wird, werden die Pflichtteile nicht geschmälert, da bei einem negativen Nachlass gar keine bestehen. Die pflichtteilsgeschützten Erben können damit die Verfügungen unter Lebenden nicht anfechten.

Die Passivvererblichkeit hätte wohl auch zur Folge, dass *keine BVG-Hinterbliebenenrente* an den geschiedenen Ehegatten geschuldet wäre.

*d) Art. 130 Abs. 2 ZGB: Wiederverheiratung*

Eine Rente nach Art. 124 ZGB sollte wohl mit der *Wiederverheiratung des Berechtigten nicht untergehen*. Insofern kann Art. 130 Abs. 2 ZGB nicht anwendbar sein. Vielmehr muss die umgekehrte Regel gelten. In einer Konvention bzw. in einem Scheidungsurteil sollte dies aber sinnvollerweise ausdrücklich festgehalten werden.

*e) Art. 131 ZGB: Inkassohilfe*

Die Kantone sollten auch für eine Rente nach Art. 124 ZGB *Inkassohilfe* leisten müssen. Bezüglich der *Bevorschussung* kann der Kanton allerdings zwischen Unterhalts- und Vorsorgeaus-

---

<sup>21</sup> OGer LU, FamPra.ch 2006, 147.

<sup>22</sup> Vorbehalten bleibt die Anfechtung nach SchKG (Pauliana).

<sup>23</sup> Art. 579 ZGB.

gleichsrenten unterscheiden. Eine solche Unterscheidung macht aber in erster Linie die Rechtsordnung komplizierter und dient der Rechtssicherheit wenig.

Der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts<sup>24</sup> hat keine eigene normative Bedeutung. Demgegenüber müsste der Gesetzgeber entscheiden, ob die Legalzession nach Art. 131 Abs. 3 ZGB auch bei diesen Renten eintritt oder nicht.

#### f) Art. 132 ZGB: Anweisung und Sicherstellung

Eine *Anweisung an die Schuldner* des Pflichtigen sollte bei einer Rente nach Art. 124 ZGB ebenso möglich sein wie bei einer Unterhaltsrente. Die Bestimmung ist somit analog anwendbar<sup>25</sup>.

Im Zeitpunkt der Festsetzung der Rente kann die *Sicherstellung* bereits nach Art. 124 Abs. 2 ZGB angeordnet werden. Eine analoge Anwendung von Art. 132 Abs. 2 ZGB ist aber für die nachträgliche Anordnung der Sicherstellung notwendig.

#### g) Weitere Regeln

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich somit, dass eine *Abänderung des Scheidungsurteils* bei einer Rente nach Art. 124 ZGB in ähnlicher Weise möglich ist, wie bei einer Unterhaltsrente. Die entsprechenden *Verfahrensbestimmungen* gelten somit analog.

Für die Durchsetzung der Rente kann *nötigenfalls in das Existenzminimum des Pflichtigen eingegriffen* werden, wenn der Berechtigte für die Erlangung des eigenen Existenzminimums auf die Rente angewiesen ist. Die Praxis hat für diesen Fall eine besondere Berechnungsformel entwickelt<sup>26</sup>. Bei der *Festsetzung* der Rente ist dem Pflichtigen sein Existenzminimum aber zu belassen<sup>27</sup>.

Soweit eine Vorsorgeeinrichtung beim Tod des Vorsorgenehmers für den geschiedenen Ehegatten eine *Hinterbliebenenleistung* vorsieht und dafür darauf abstellt, ob diese Person eine Scheidungsrente erhalten hat<sup>28</sup>, löst auch eine Rente nach Art. 124 ZGB diese Hinterbliebenenleistung aus. Es handelt sich um eine Rente, welche mit dem Tod erlischt, so dass sich eine Hinterbliebenenrente unter den üblichen Voraussetzungen rechtfertigt.

Fällt der Rentenpflichtige in *Konkurs*, so sind die ausstehenden Rentenraten Konkursforderungen. Es handelt sich jedoch um eine familienrechtliche Rente, welche – wie eine Unterhaltsrente – immer neu entsteht. Damit wird das Stammrecht durch den Konkurs nicht fällig und die Rentenzahlungen sind nach Konkurseröffnung weiterhin vom Schuldner zu bezahlen, auch

---

<sup>24</sup> Art. 131 Abs. 2 ZGB.

<sup>25</sup> KGer SG, FamPra.ch 2003, 412, 415.

<sup>26</sup> BaslerKomm/VONDER MÜHLL, Art. 93 SchKG N 38 ff.; OCHSNER, in: DALLÈVES/FOËX/JEANDIN (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf 2005, Art. 93 SchKG N 136 ff.; BGE 111 III 15; 106 III 19 f.

<sup>27</sup> Vgl. BGer, 21. März 2006, 5C.290/2005, E. 2.4.

<sup>28</sup> Art. 19 BVG und Art. 20 BVV 2.

wenn er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Ist ihm dies finanziell nicht möglich, ist das Scheidungsurteil abzuändern und die Rente herabzusetzen.

Für die Berechnung des *steuerbaren Einkommens* kann die Rente vom Pflichtigen beim Einkommen abgezogen werden und ist vom Berechtigten zu versteuern. Allerdings fragt es sich, ob sie von der Bevorzugung der Einkommen aus Leibrenten profitiert<sup>29</sup>, so dass sie beim Berechtigten nur zu 40 % versteuert wird und dafür der Pflichtige sie auch nur in diesem Umfang von seinem Einkommen abziehen kann. Die Praxis ist offenbar uneinheitlich.

Um bei diesen verschiedenen Arten die angemessene Entschädigung auszurichten, stellt sich auch immer wieder die Frage, wohin die entsprechenden Beträge zu zahlen sind. Während für eine Freizügigkeitsleistung das FZG bestimmt, wie und gegebenenfalls auch wohin die Überweisung zu erfolgen hat, ist in allen übrigen Fällen der Betrag bar auszurichten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Namentlich ist eine Rente nicht der Vorsorgeeinrichtung des Berechtigten zu überweisen. Vielmehr ist der entsprechende Betrag ihm direkt auszurichten<sup>30</sup>. Ob der Berechtigte diese Beträge anschliessend in eine Vorsorgeeinrichtung einbringen kann und will, hängt entscheidend von seinem vorsorgerechtlichen Status ab<sup>31</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob eine *Verrechnung* mit anderen Forderungen möglich ist. Das Bundesgericht scheint dies in allgemeiner Weise mit dem Argument zu verweigern, dass die Entschädigung nach Art. 124 ZGB der Vorsorge diene<sup>32</sup>. Das überzeugt allerdings kaum in allen Fällen. Richtigerweise muss wohl differenziert werden, wie die Entschädigung ausgerichtet wird. Erfolgt diese in gebundener Form, das heisst als Freizügigkeitsleistung, ist eine Verrechnung mit einer Forderung in ungebundener Form nicht statthaft. Die Leistungen sind unterschiedlich. Eine Überführung freien Vermögens in gebundenes Vermögen ist nicht ohne Weiteres möglich. Andererseits fallen bei der Überführung von gebundenem Vermögen in ein freies Steuern an. Eine Verrechnung hätte somit eine Änderung der Leistung zur Folge und kann deshalb in diesen Fällen nicht zulässig sein<sup>33</sup>. Demgegenüber ist nicht einzusehen, warum eine Verrechnung ausgeschlossen sein soll, wenn die Entschädigung aus freiem Vermögen bezahlt werden muss.

Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob der Pflichtige sich nach Art. 217 StGB strafbar machen kann, wenn er seiner Rentenleistungspflicht schuldhaft nicht nachkommt. Mit Blick auf den Wortlaut der Strafnorm muss die Strafbarkeit wohl in diesen Fällen ausgeschlossen sein. Unter dem früheren Scheidungsrecht wurde die Strafbarkeit auch nur bei Leistungen nach

---

<sup>29</sup> Art. 22 Abs. 3 DBG.

<sup>30</sup> BGE 132 III 152 f.

<sup>31</sup> Vgl. KOLLER, Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB? ZBJV 2002, 1 ff.

<sup>32</sup> BGer, 23. Februar 2006, B 131/2004 E. 4.

<sup>33</sup> Vgl. BGer, 23. März 2006, 5C.271/2005 E. 8.: Eine güterrechtliche Forderung kann ohne Zustimmung des Berechtigten nicht mit einem Guthaben der Säule 3a beglichen werden.

aArt. 152 und 151 Abs. 1 ZGB bejaht, nicht aber für Entschädigungen nach aArt. 151 Abs. 2 ZGB<sup>34</sup>.

### III. Folgerungen für die Rechtsnatur der Rente

Es erweist sich somit, dass die Interessenlage der Parteien in vielen Bereichen bei Renten nach Art. 124 ZGB keine andere ist als beim nachehelichen Unterhalt. Entscheidend erscheint, dass es bei der Vorsorge – und damit auch beim Vorsorgeausgleich – um die Absicherung des täglichen Bedarfs und nicht um Vermögensbildung geht. Die Vorsorge soll zwar in der Regel – nicht aber immer – nicht den gegenwärtigen, sondern den künftigen Unterhalt sichern. Von daher rechtfertigt es sich auch, eine Rente nach Art. 124 ZGB grundsätzlich gleich zu behandeln wie eine solche nach Art. 125 ZGB. Der Vorsorgeausgleich wird zudem meist nur dann zu einem Rentenanspruch der einen Partei gegen die andere führen, wenn bei einem der Ehegatten bereits ein Vorsorgefall eingetreten ist. Dann wird aber häufig die Ausnahme zutreffen, nämlich dass die Rente dem *laufenden* Unterhalt des Gläubigers dient. Damit sind aber diese Leistungen von Unterhaltsleistungen kaum zu unterscheiden. Die erste Meinung erweist sich deshalb als zutreffend. *Renten nach Art. 124 ZGB sind grundsätzlich analog den Unterhaltsrenten nach Art. 125 ZGB zu behandeln*<sup>35</sup>.

Es kann aber auch nicht bestritten werden, dass gewisse Bestimmungen nicht oder jedenfalls nicht vorbehaltlos angewendet werden können. Eine vollständige Gleichstellung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB mit einer Unterhaltsleistung nach Art. 125 ZGB ist nicht möglich. Es kann sich nur um eine *sinngemässe Anwendung* der für das Unterhaltsrecht geltenden Bestimmungen handeln.

---

<sup>34</sup> TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, Art. 217 StGB N 5.

<sup>35</sup> A.M.: das Bundesgericht in einem Obiter dictum, in dem es die Meinung vertrat, dass sich eine Rente nach Art. 124 ZGB von einer Unterhaltsrente bezüglich Vererblichkeit und Abänderbarkeit unterscheidet; BGE 129 III 481, E. 3.4.





## GÜTERRECHT – QUO VADIS?

### ÜBERLEGUNGEN ZUR ENTWICKLUNG DES SCHWEIZERISCHEN EHEGÜTERRECHTS

von Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm, Basel

#### Rückblick

Das schweizerische Ehegüterrecht ist traditionsgeprägt und weist in der Geschichte der Systeme seit dem Mittelalter eine ungebrochene Linie auf. Darüber gibt der Gesetzesredaktor des ZGB, EUGEN HUBER, zuverlässig und detailliert Auskunft: *"Die Entwicklung, welche sich im ehelichen Güterrecht seit der fränkischen Zeit vollzogen hat, ist im ganzen einfach und stetig und weist keine Sprünge und keinen raschen Gang auf. Von Perioden der Ausbildung kann weiter schwerlich gesprochen werden. Wo man dies versucht und die Zeit des spätern Mittelalters und der Neuzeit unterschieden hat, ist man dazu gekommen, den gesponnenen Faden ganz ohne Not und ganz im Widerspruch mit der Materie, die man entwickelte, abzurechen und willkürlich wieder an anderem Ort die Anknüpfung zu versuchen. Vollends lassen die Quellen eine solche Abgrenzung nicht zu, denn sie sind bald Zeugen der einen, bald der andern typischen Auffassung, auch wenn sie zeitlich Jahrhunderte auseinander liegen."*<sup>1</sup> Auch die verschiedenen Güterrechtssysteme sind letztlich über Jahrhunderte in der Schweiz gleich geblieben<sup>2</sup>. Zwar favorisierten die verschiedenen Regionen in der Schweiz jeweils unterschiedliche Hauptsysteme (gesetzlicher Güterstand) und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten (vertraglich begründete Güterstände), z.B. die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft die Gütergemeinschaft mit Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung der Gütertrennung oder umgekehrt der Kanton Tessin mit der Gütertrennung als gesetzlichem Güterstand und der Möglichkeit der vertraglichen Gütergemeinschaft. Die meisten kantonalen Privatrechte gingen von der Güterverbindung als Grundmodell aus<sup>3</sup>. Zudem wichen diese Partikularrechte im Einzelnen vom Typus Güterverbindung oder Gütergemeinschaft ab<sup>4</sup>. In grundsätzlicher Hinsicht lassen sich alle Systeme auf die beiden Grundmodelle der Gütergemeinschaft und der Gütertrennung zurückführen, denn die Güterverbindung ist von der geschichtlichen Entwicklung her gesehen nichts anderes als eine Gütertrennung verbunden mit einem Nutzniessungsrecht des Ehemanns<sup>5</sup>.

---

1 HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Vierter Band, Basel 1893, 367.

2 Vgl. dazu im Einzelnen HUBER (Fn. 1), 386 ff.

3 Vgl. dazu HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Erster Band, Basel 1886, 369 ff.

4 Vgl. dazu insbesondere HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band, Leipzig 1886, 364 ff., zu den "Prinzipien des ehelichen Güterrechts".

5 HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Aufl., Bern 1914, 119, spricht von der Güterverbindung als einer Art "Gütertrennung, verbunden mit der Vormundschaft des Ehemanns im alten Sinn, das heisst der tutela usufructuaria."

Die Reglementierung des ehelichen Güterrechts bei der Einführung des ZGB im Jahre 1912 erfolgte in den bisherigen Bahnen<sup>6</sup>. Es ging primär um eine einzige Frage, nämlich welches der genannten Systeme inskünftig der gesetzliche Güterstand in der ganzen Schweiz sein soll. Zwar wurde im Vorfeld der Gesetzgebung der Güterstand der Gütertrennung verschiedentlich favorisiert, weil er beiden Ehegatten wirtschaftliche Selbständigkeit garantierte<sup>7</sup>. Dass die Güterverbindung zum gesetzlichen Grundmodell avancierte, hat vor allem zwei Gründe. Zunächst war sie in den kantonalen Rechten mit Abstand der am meisten verbreitete Güterstand<sup>8</sup>. Zudem war der Gesetzesredaktor EUGEN HUBER der Auffassung, dass die Gütergemeinschaft für die Ehefrau zu gefährlich sei, weil im Ergebnis – wegen den Bedürfnissen des täglichen Rechtsverkehrs – der Ehemann allein zum eigentlichen und ausschliesslichen "Inhaber der Gemeinschaft" geworden wäre<sup>9</sup>. Die Gütertrennung, für welche sich damals vor allem verschiedene Frauenvereine einsetzten, fiel ebenfalls ausser Rang und Traktanden. EUGEN HUBER lehnte die Gütertrennung als ordentlichen Güterstand mit der Begründung ab, diese "*verlange aus ethischen Gründen nach einer Ergänzung durch den Ehevertrag oder stehe unter dem Postulat, dass die Ehefrau dem Ehemann ihr Vermögen freiwillig zur Verwaltung übergebe.*"<sup>10</sup> Im Sinne einer typisch schweizerischen Kompromisslösung wurden jedoch Gütergemeinschaft und Gütertrennung als vertragliche Güterstände in das ZGB aufgenommen.

Im Rahmen der Revision des Familienrechts erfolgte die Änderung des Eherechts einschliesslich der bislang einzigen Totalrevision des Ehegüterrechts<sup>11</sup>. Die Gesetzesvorlage, von rechtsbürgerlichen, gegen die Gleichstellung von Mann und Frau auch im Eherecht eingestellten Kreisen bekämpft, trat nach Annahme in der Volksabstimmung auf den 1. Januar 1988 in Kraft. Abgesehen von der Beseitigung offensichtlicher (verfassungswidriger) Diskriminierungen der Ehefrau<sup>12</sup> brachte die Revision beim Güterrecht keine Weiterentwicklung, weil das Gesetz weiterhin den tradierten Güterrechtsmodellen verbunden blieb. Bei der Wahl des Grundmodells des gesetzlichen Güterstands war ausschlaggebend, dass die Errungenschaftsbeteiligung als zeitgemässe Weiterentwicklung der Güterverbindung eingestuft wurde. In ihr wurde ein guter Mittelweg erblickt, welcher die Nachteile der Errungenschaftsgemeinschaft und der Gütertrennung

---

<sup>6</sup> HUBER (Fn. 5), 118 ff.

<sup>7</sup> Zu den Diskussionen im Rahmen des Schweizerischen Juristentags ZSR 1894, 690 ff.

<sup>8</sup> HUBER (Fn. 5), 124.

<sup>9</sup> HUBER (Fn. 5), 124 f.

<sup>10</sup> HUBER (Fn. 5), 127.

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 5. Okt. 1984 (AS 1986 122).

<sup>12</sup> Das alte Recht bezeichnete den Ehemann als "Haupt der Gemeinschaft", der die "eheliche Wohnung bestimmt" und für den "Unterhalt von Weib und Kind Sorge zu tragen hat". Weiter hielt das alte Recht fest, dass die Ehefrau "dem Manne mit Rat und Tat zur Seite steht" und den "Haushalt zu führen hat". Der Ehemann konnte zudem der Ehefrau die Vertretungsbefugnis für den Haushalt entziehen. Eine über den Haushalt hinausgehende Vertretungsbefugnis stand der Ehefrau nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Bewilligung des Ehemannes zu. Der Ehemann konnte schliesslich der Ehefrau die Ausübung eines Berufs verbieten etc.

vermeide, ohne deren Vorteile völlig preiszugeben<sup>13</sup>. Der Güterstand bedeute zwar grundsätzlich Gütertrennung während der Ehe, weil jeder Ehegatte sein Vermögen selbst verwalte und nutze. Trotzdem sei es den Ehegatten unbenommen, "*eine Gemeinschaftskasse anzulegen, die sie gemeinsam verwalten oder Vermögenswerte auf den gemeinsamen Namen anzulegen*", wie auch eine einfache Gesellschaft zu bilden<sup>14</sup>. Zwar wurde erkannt, dass die Liquidation des Güterstands vor allem mit seinen Mehrwertanteilen und Ersatzforderungen "*recht kompliziert erscheint*", was aber bereits für die Güterverbindung der Fall gewesen sei<sup>15</sup>. Dass das erklärte Ziel der Gesetzgebung, nämlich die Schaffung eines ordentlichen Güterstands, bei welchem "*Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit möglichst übereinstimmen*" und der für eine "*einigermassen harmonische Ehe in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen*" passend sein sollte<sup>16</sup>, kaum erreicht werden kann, war damit bereits im Zeitpunkt der Revision absehbar. Der Güterstand der Gütertrennung wurde vom Gesetzgeber vor allem deswegen abgelehnt, weil er gemeinschaftsfeindlich sei und insbesondere ein Ausgleich für den Ehegatten vorzusehen wäre, "*der seine Kräfte ganz der Familie gewidmet und deswegen auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtet hat, während der andere Ehegatte vielleicht ganz ansehnliche Beiträge auf die Seite legen konnte.*"<sup>17</sup>

## Gegenwart

Ein zentraler Gesichtspunkt für die Bedeutung und Tragweite güterrechtlicher Auseinandersetzungen besteht darin, dass in den meisten Fällen, das heisst der Konstellation, an der sich der Gesetzgeber primär zu orientieren hat, nämlich in der Ehe in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, die während der Ehe primär geäußerten "Ersparnisse", sprich die zweite Säule, güterstandsunabhängig normiert sind. Wird der Güterstand durch Tod aufgelöst, so sind die Ansprüche aus der zweiten Säule ebenfalls güterstandsunabhängig und werden zudem auch ausserhalb des Erbrechts abgewickelt<sup>18</sup>. Wird der Güterstand durch Scheidung aufgelöst, so kommt der zwingende güterstandsunabhängige Teilungs- bzw. Entschädigungsmechanismus von Art. 122 – 124 ZGB zum Zug. Damit ist für Ehen in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen schon weitgehend die Grundlage für die komplexen und letztlich unpraktikablen Ausgleichsmechanismen des Güterrechts, namentlich von Art. 206 und 209 ZGB, entzogen. Das Thema bei Scheidungen ist in der Regel weniger die Aufteilung von während der Ehe gebildeten

---

<sup>13</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, 29, Ziff. 156.

<sup>14</sup> Botschaft Eherecht (Fn. 13), 28, Ziff. 156.

<sup>15</sup> Botschaft Eherecht (Fn. 13), 29, Ziff. 156.

<sup>16</sup> Botschaft Eherecht (Fn. 13), 22, Ziff. 153.

<sup>17</sup> Vgl. zu den Argumenten gegen die Gütertrennung im Einzelnen Botschaft Eherecht (Fn. 13), 23 ff., Ziff. 154.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 129 III 305 ff.

Ersparnissen im Rahmen der Errungenschaft als vielmehr die Aufteilung von wirtschaftlichen Defiziten infolge gestiegener Kosten für zwei Haushalte.

Bereits an anderer Stelle ist kritisiert worden, dass die Errungenschaftsbeteiligung als ordentlicher gesetzlicher Güterstand gravierende Mängel aufweist. Der ordentliche gesetzliche Güterstand als "Grundmodell" für die Mehrzahl der Ehen sollte praktikable und gerechte Lösungen bringen. Das ist aber de lege lata nicht der Fall, weil das gesetzliche Modell weder praktikabel noch lebensnah ist und das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung von Zufälligkeiten abhängt. Das beginnt schon bei der einfachen und naheliegenden Frage, ob für Ausgaben, die vor vielen Jahren getätigt wurden, überhaupt noch Belege vorhanden sind und falls ja, ob mit der betreffenden Ausgabe mit Mitteln der Errungenschaft zugunsten des Eigenguts eines Ehegatten damals der "gebührende Unterhalt" überschritten wurde oder nicht. Im ersten Fall würde daraus eine Ersatzforderung zugunsten der Errungenschaft des betreffenden Ehegatten resultieren, im anderen Fall nicht. Daneben enthält das Güterrecht derart viele offene Fragen, erwähnt sei etwa nur die Behandlung von Hypotheken, insbesondere von bezogenen Mitteln der zweiten Säule im Kontext von Wohneigentumserwerb in der güterrechtlichen Auseinandersetzung<sup>19</sup>.

In Gesprächen mit Angehörigen der Anwaltschaft, der Gerichte und der sonstigen Fachwelt wird jeweils immer wieder mit Nachdruck betont, wie wichtig es sei, Vereinfachungen und Verbesserungen durch eine Revision herbeizuführen. Im Kommentarschrifttum werden solche Mängel ausgeblendet, geschweige denn thematisiert<sup>20</sup>. Die Praxis sucht insofern eigene Wege, als in den meisten Fällen die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht nach dem Gesetz, sondern "über den Daumen gepeilt" vorgenommen wird. Der Rechtssicherheit ist dieser Zustand abträglich. Insofern besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur Festlegung des nachehelichen Unterhalts. Auf den ersten Blick vermittelt zwar auch hier das Gesetz den Eindruck von Rechtssicherheit und klaren Beurteilungsgrundlagen, doch bleibt das Verhältnis der einzelnen Bemessungskriterien untereinander (Art. 125 Abs. 2 ZGB) letztlich völlig unklar.

## Zukunft

Es stellt sich die Frage, ob das schweizerische Güterrecht, nicht zuletzt auch angesichts der Tatsache der Scheidungshäufigkeit von rund 50 %, überholt ist und einfachere, gerechtere Regelungen für den ordentlichen gesetzlichen Güterstand gesucht werden müssen. Dies ist meines Erachtens klar zu bejahen. Ungenügend wäre es, wie bei der Revision des Ehegüterrechts des vergangenen Jahrtausends in den überkommenen, traditionellen Bahnen zu verharren. Vielmehr

---

<sup>19</sup> Vgl. zum Ganzen SUTTER-SOMM/KOBEL, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 2004, 776 ff.

<sup>20</sup> Das mag damit zusammenhängen, dass in den verschiedenen Kommentaren wenige Autorinnen und Autoren gewissermassen eine "Monopolstellung" innehaben und eine offensichtliche Tendenz besteht, abweichende Meinungen schon gar nicht erst zu erwähnen.

sind völlig neue Lösungsansätze zu bedenken. Namentlich die Rechtsordnungen der skandinavischen Staaten können dabei eine hilfreiche Orientierung bieten, die zwar Eheverträge zulassen, aber als subsidiäre gesetzliche Ordnung vorsehen, dass das gesamte Vermögen in das Gemeinschaftsgut fällt und bei Auflösung des Güterstands hälftig geteilt wird. Eine gegenteilige, aber ebenfalls sehr pragmatische Lösung sieht das englische Recht vor, das grundsätzlich vom System der Gütertrennung ausgeht, aber trotzdem beim Billigkeitsausgleich für die Vermögensverteilung einen grossen Ermessensspielraum zulässt<sup>21</sup>. Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob nicht Regeln einzuführen wären, die – ohne an den Zivilstand anzuknüpfen – generell für die Auflösung von Partnerschaften gelten<sup>22</sup>.

---

21 Vgl. dazu im Einzelnen auch die rechtsvergleichende Übersicht bei SUTTER-SOMM/KOBEL, FamPra.ch 2004, 776, 797 ff.

22 Vgl. dazu SCHWENZER, Model Family Code – From a Global Perspective, Antwerpen/Oxford 2006, 230 ff.



## VORSORGLICHE MASSNAHMEN WÄHREND EINES SCHEIDUNGSVERFAHRENS IM INTERNATIONALEN VERHÄLTNIS

von Prof. Dr. iur. Ivo Schwander, St.Gallen

### Einführung

Nach der Besprechung dreier Bundesgerichtsentscheide zur internationalen Zuständigkeit schweizerischer Gerichte beim Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens soll herausgearbeitet werden, worin die Ursachen liegen, dass sich Praxis und Lehre zuweilen mit dieser Thematik schwertun, wobei in diesem Teil auch Fragen des anwendbaren Rechts und der Anerkennung ausländischer Entscheidungen angesprochen und Lösungsvorschläge gemacht werden sollen.

### Drei neuere Bundesgerichtsentscheide

#### *BGE 126 III 257: Vorsorgliche Massnahmen bei umstrittener internationaler Zuständigkeit*

Hier hat das Bundesgericht zu Recht entschieden, dass das in der Schweiz angerufene Scheidungsgericht für vorsorgliche Massnahmen nach Art. 137 ZGB auch dann zuständig ist, wenn seine Zuständigkeit von der beklagten Partei bestritten wird. Art. 62 Abs. 1 IPRG sieht die Zuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts vor, "sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde". Im vorliegenden Fall machte die Klägerin glaubhaft, dass ein bereits gefälltes ausländisches Scheidungsurteil voraussichtlich in der Schweiz nicht anerkannt werden könne.

Konkret ging es vor allem um Kinderbelange. Für solche steht – soweit sich die Kinder gewöhnlich in der Schweiz aufhalten – ohnehin eine schweizerische Hauptsachenzuständigkeit in der Schweiz (Art. 1 Minderjährigenschutzabkommen; Art. 4 Haager Unterhaltsstatutabkommen) zur Verfügung, auch für eine subsidiäre Abänderungsklage, selbst wenn das ausländische Scheidungsurteil anerkenntbar wäre. Sobald es um kindesrechtliche Nebenfolgen geht, hängt also die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für neue vorsorgliche Massnahmen nicht notwendigerweise von einer Scheidungszuständigkeit in der Schweiz oder der Regel des Art. 62 Abs. 1 IPRG ab. Hingegen fehlt die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen, wenn die Kinder sich nicht mehr in der Schweiz aufhalten<sup>1</sup>.

Nun kann man sich fragen, ob sich nicht auch in weiteren Punkten, insbesondere bei den Ehwirkungen während der Dauer des Scheidungsprozesses die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in der Schweiz nicht nur aus der Hauptsachenzuständigkeit für die

---

<sup>1</sup> Vgl. LEUMANN LIEBSTER, Teilunzuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts bei Aufenthaltswechsel des Kindes ins Ausland, FamPra 2002, 511 ff.

Scheidung, sondern auch aus jener für den Anspruch auf Unterhalt (Art. 5 Ziff. 2 Lugano Übereinkommen, Art. 46 f. IPRG) oder zur Regelung des Getrenntlebens (Art. 46 f. IPRG) herleiten lässt. Auf der Ebene des Erlasses vorsorglicher Massnahmen gibt es keine "Einheit des Scheidungsurteils", im Gegenteil gibt es für den hauptsächlichen Anspruch selbst – den der Scheidung als Statusurteil – gerade keine vorsorgliche Regelung. Es muss unbekümmert darum, ob der Scheidungsprozess im Ausland oder in der Schweiz stattfindet und welche der beiden konkurrierenden Scheidungszuständigkeiten sich schliesslich durchsetzt, in der Schweiz möglich sein, existenziell wichtige vorsorgliche Anordnungen zum Ehegattenunterhalt, den Kinderbelangen sowie dem Getrenntleben samt dem Schutz der Familienwohnung zu treffen, wenn sich das Rechtsschutzinteresse in der Schweiz verwirklicht, weil die unterhaltsberechtigte Person und/oder die Kinder hier wohnen bzw. die Familienwohnung sich hier befindet. Also hat sich die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen letztlich auch – neben Art. 62 Abs. 1 IPRG – aus der Hauptsachenzuständigkeit für den unterhalts- oder den Kindesrechtlichen Anspruch bzw. für die Regelung des Getrenntlebens in der Schweiz abzuleiten, und nicht nur aus der allgemeineren Zuständigkeit zum Erlass eines Scheidungsstatusurteils<sup>2</sup>.

*BGer, 22. November 2001, 5C.215/2001: Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zum Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des im Ausland hängigen Scheidungsverfahrens<sup>3</sup>*

Beide Eheleute waren schweizerisch-türkische Doppelbürger und wohnten mit ihren Kindern in der Schweiz. Der Ehemann leitete als erster eine Scheidungsklage in der Türkei ein; eine später von der Ehefrau in der Schweiz eingereichte Scheidungsklage wurde im Sinne von Art. 9 IPRG sistiert. Die Ehefrau verlangte vor dem schweizerischen Gericht vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des – in der Türkei – hängigen Scheidungsverfahrens. Das schweizerische Gericht erachtete sich zu Recht gestützt auf Art. 62 IPRG als zuständig, denn es wäre auch für die vorläufig sistierte Hauptklage zuständig. Soweit es um die Kindeszurechnung geht, drängte sich die schweizerische Zuständigkeit ohnehin nach Art. 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens auf. Eine schweizerische Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen hätte aber auch dann bestanden, wenn keine Hauptklage bei ihm sistiert gewesen wäre. Bei gegebenem Rechtsschutzinteresse hätte sich dann die Zuständigkeit aber auf Art. 10 IPRG abgestützt<sup>4</sup>.

Eine schweizerische Gerichtszuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des im Ausland anhängigen Scheidungsprozesses ist in folgenden, nicht abschliessend aufgezählten Konstellationen zu bejahen: (a) wenn das vom ausländischen Gericht anzu-

<sup>2</sup> Vgl. ähnliche Argumentation von BUCHER, SZIER 2005, 360, im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen auf Grund der Zuständigkeit nach Art. 10 IPRG bei Hängigkeit des Scheidungsprozesses im Ausland; es ging dort um Auskunfterteilung bzw. Edition von Unterlagen im Sinne des Art. 170 ZGB (BGer, 22. Januar 2004, 5C.157/2003, Erw. 5.2.).

<sup>3</sup> SZIER 2003, 379 ff.

<sup>4</sup> Gleiche Meinung BUCHER, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SZIER 2003, 382.



wendende Recht keine mit aArt. 145 ZGB bzw. Art. 137 ZGB vergleichbaren vorsorglichen Massnahmen kennt; (b) wenn Massnahmeentscheide des ausländischen Scheidungsgerichts am schweizerischen Wohnsitz der Partei(en) nicht vollstreckt werden können; (c) wenn Massnahmen zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögensobjekte in der Schweiz angeordnet werden sollen; (d) wenn Gefahr im Verzug ist; (e) wenn im Sinne des Art. 9 IPRG zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht nicht innert angemessener Frist entscheiden könnte<sup>5</sup>.

*BGE 134 III 326: Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen bei gegebener ausländischer Scheidungszuständigkeit*

Die soeben aufgezählten Fallgruppen wurden nunmehr unter neuem IPRG und unter Hinweis auf BGE 104 II 246 vom Bundesgericht in BGE 134 III 326 bestätigt. Ebenso wurde in dieser Entscheidung erkannt, dass sich eine schweizerische Massnahmenzuständigkeit bei gegebener ausländischer Hauptsachenzuständigkeit auf Art. 10 IPRG stützt. Betrachtet man die weite Formulierung der Fallgruppen, so muss immerhin angemerkt werden, dass das Bundesgericht – meiner Meinung nach zu Recht – die schweizerische Zuständigkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, im Gebiet des Eherechts weiter fasst als beispielsweise in kommerziellen Rechtsgebieten<sup>6</sup>.

Interessant an dieser Entscheidung ist, dass das Bundesgericht das dringliche Rechtsschutzinteresse an einer vorsorglichen Massnahme durch ein schweizerisches Gericht darin erblickte, dass der ins Ausland gezogene Ehemann sich nicht mehr um die Zahlung des Mietzinses für die Familienwohnung in der Schweiz kümmerte, obgleich die nicht berufstätige Ehefrau diesen nicht aufbringen konnte.

### **Schwierigkeiten mit vorsorglichen Massnahmen**

Es ist kein Zufall, dass sich die meisten publizierten Gerichtsentscheidungen zu vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens mit der Frage der *Entscheidungszuständigkeit* befassen. Die vorne besprochenen Bundesgerichtsentscheide haben auf diesem Gebiet zweifellos mehr Vorhersehbarkeit in die Rechtsprechung gebracht. Positiv zu würdigen ist dabei, dass das Bundesgericht bereit ist, Art. 10 IPRG im Bereich des Scheidungsrechts extensiver auszulegen als in anderen (insbesondere schuldrechtlichen) Teilen des Privatrechts. Die ausdrückliche Anerkennung bestimmter – meiner Meinung nach nicht abschliessend aufgezählter – Fallgruppen, in denen es eine schweizerische Massnahmenzuständigkeit selbst bei Fehlen einer Hauptsachenzuständigkeit gestützt auf Art. 10 IPRG in der Schweiz bejaht, beweist zudem, dass das Bundesgericht bestrebt ist, Rechtsschutz möglichst weitgehend zu gewähren. Es geht hier um einen Service public im Interesse von Familienangehörigen, die zumeist ohnehin schon

<sup>5</sup> BGer, 5. März 1991, 5C.243/1990 = AJP 1992, 406 ff. mit Bemerkungen SCHWANDER.

<sup>6</sup> Siehe dazu etwa die Ausführungen von BERTI in BaslerKomm/BERTI, Art. 10 IPRG N 8.

mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen haben und nun mit den zusätzlichen Hürden von Verfahren im Ausland konfrontiert sind.

Mit BGE 134 III 326 ff. ist ein gewisses Niveau an Rechtssicherheit in diesem Gebiet erreicht worden, auch wenn das Bundesgericht dabei im Grunde genommen nur der eigenen früheren Praxis (unter altem IPRG) und der Lehre gefolgt ist.

Für die weitere Klärung der Zuständigkeiten scheinen mir folgende Auslegungsfragen zentral:

Es wäre einmal zu fragen, ob Art. 62 Abs. 1 IPRG nicht dahingehend zu interpretieren ist, dass eine schweizerische Gerichtszuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in Scheidungssachen schon dann gegeben ist, wenn zwar ein Scheidungsverfahren im Ausland anhängig ist (oder noch nirgends anhängig ist), in der Schweiz aber virtuell eine Zuständigkeit nach Art. 46 – 47 IPRG bzw. Art. 59 – 60 IPRG bestehen würde, das heisst eine Scheidungsklage in der Schweiz auch nur hängig gemacht werden könnte<sup>7</sup>.

Vorsorgliche Massnahmen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, folglich spielt hier die Zielsetzung, widersprüchliche Entscheidungen in verschiedenen Staaten (im ausländischen Staat, wo das Scheidungsverfahren stattfindet, und in der Schweiz, wo sich die Frage des Erlasses vorsorglicher Massnahmen stellt) zu vermeiden, wenn überhaupt eine nur geringe Rolle. Art. 9 IPRG zielt auf die Vermeidung widersprüchlicher Endurteile ab<sup>8</sup>. Auch fehlt es zuweilen an Identität des Streitgegenstands. Sodann steht es ja jedem Ehegatten zu, im Rahmen des vom anderen Ehegatten eingeleiteten Massnahmenverfahrens Gegenanträge und annexe Anträge zu stellen.

Wie bei der Besprechung des BGE 126 III 257 ff. bereits ausgeführt, spielt im Bereich der vorsorglichen Massnahmen und dies ganz besonders im internationalen Verhältnis der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils nicht. Es ist daher eigentlich eine Fehlüberlegung, wenn Rechtsprechung und Lehre die Frage immer dahingehend stellen, dass im Grundsatz ein einziges Gericht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens zuständig sein soll. Für die Scheidung als Hauptpunkt selber gibt es keine vorsorgliche Anordnung. Es gibt – abgesehen vom inneren Zusammenhang einzelner Nebenfolgen untereinander, der aber regelmässig erst beim Endurteil relevant wird – in der Regel keinen zwingenden Grund, dass die Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen für einzelne Nebenfolgen (wie die Sicherung von Vermögenswerten für die güterrechtliche Auseinandersetzung, den Schutz der Familienwohnung, die vorsorgliche Unterhaltsleistung) bei einem einzigen Gericht konzentriert werden müsste. Im internationalen Verhältnis stehen öfters das Bedürfnis nach rascher Klärung oder die Schwierigkeit der Vollstreckung im Vordergrund, weshalb es wichtiger ist,

---

<sup>7</sup> SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, St.Gallen 2000, 300 ff.

<sup>8</sup> SCHWANDER, Art. 114 ZGB und die Scheidungsklagen im Ausland bzw. Massnahmen in der Schweiz, AJP 2001, 608 ff.

vorsorgliche Massnahmen in dem Staat anzuordnen, in dem sie auch wirksam werden sollen, das heisst, wo ein Vermögenswert gesichert, eine Wohnung zugeteilt werden soll, allenfalls auch dort, wo die unterhalts- und kindesrechtlichen Folgen eintreten sollen (inkl. Unterhaltsbevorschussung, Durchsetzung mithilfe von Kindeschutzbehörden)<sup>9</sup>. Es wäre daher meines Erachtens künftig für die Frage der Zuständigkeit, aber auch für die Frage des anwendbaren Rechts vielmehr zu prüfen, ob nicht vorsorgliche Massnahmen konsequent der Zuständigkeit bzw. dem Statut der betreffenden einzelnen Nebenfolge folgen sollten.

In Bezug auf das *anwendbare Recht* wäre meiner Meinung nach daher die Regelung in Art. 62 Abs. 2 und 3 IPRG zu hinterfragen. Die Ausnahmen, die in Art. 62 Abs. 3 IPRG aufgeführt werden (Unterhalt der Ehegatten, Wirkungen des Kindesverhältnisses, Minderjährigenschutz), sind derart gewichtig, dass Art. 62 Abs. 2 IPRG – wonach vorsorgliche Massnahmen, die durch schweizerische Gerichte angeordnet werden, schweizerischem Recht unterstehen – nur ein relativ enger Bereich übrig bleibt. Immerhin sind Massnahmen zur Sicherung von güterrechtlichen Ansprüchen oder von solchen aus beruflicher Vorsorge, Massnahmen im Zusammenhang mit der Familienwohnung – sie würden nach Art. 62 Abs. 2 IPRG schweizerischem Recht unterstehen – meines Erachtens vernünftigerweise nach dem Güterrechtsstatut, dem Ehwirkungsstatut, dem Vorsorgestatut, dem Recht am Ort der Familienwohnung oder der zu sichernden Vermögenswerte zu erlassen. Sollen nämlich Ansprüche aus Güterrechtsstatut, Vermögensstatut, Wohnungsstatut, Vorsorgestatut vorläufig, aber wirksam gesichert werden, ist dies nur mittels auf diese Spezialstatute gestützte vorsorgliche Massnahmen möglich.

Generell sollte man auch im Bereich des Scheidungsrechts vermehrt bedenken, dass auf vorsorgliche Massnahmen im Grundsatz dasselbe in- oder ausländische Recht angewendet werden sollte, welches für die betreffenden Ansprüche (im Scheidungsrecht: für diese Nebenfolgen) dem Endurteil zu Grunde gelegt wird. Insoweit die Hauptklage bei einem schweizerischen Gericht hängig ist oder noch hängig gemacht werden kann, ist das nach schweizerischem IPRG im Hauptklageverfahren anwendbare Recht bereits im einstweiligen Rechtsschutz heranzuziehen. Werden hingegen gestützt auf Art. 10 IPRG in der Schweiz vorsorgliche Massnahmen erlassen, obgleich die Hauptklage im Ausland hängig ist oder dort hängig zu machen ist, hat der schweizerische Massnahmen- oder Eheschutzrichter das im zuständigen ausländischen Staat geltende IPR zu konsultieren. Das vom ausländischen IPR bezeichnete Recht ist alsdann auch den in der Schweiz angeordneten vorsorglichen Massnahmen zu Grunde zu legen, jedenfalls wenn es um vorläufige Leistungsurteile oder Sicherung von im Ausland gelegenen Vermögenswerten geht. Bei Sicherungsanordnungen bezüglich Vermögenswerten, Vorsorgeeinrichtungen und Familienwohnungen in der Schweiz hingegen wird der Aspekt überwiegen, dass die Siche-

---

<sup>9</sup> Dem kommt entgegen, dass der Gerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten in internationalen Konventionen (Lugano Übereinkommen; Haager Unterhaltsvollstreckungsabkommen) anerkannt ist und daher ein solches Urteil zumeist am Wohnsitz des Unterhaltsschuldners durchgesetzt werden kann.

rung in einer Form von Anordnungen zu erfolgen hat, die in der Schweiz sofort vollsteckbar sind (weshalb es sich hier rechtfertigt, zumindest auch die *lex fori* heranzuziehen). Der Grundsatz, dass vorsorgliche Massnahmen aber wenn möglich nach derselben Rechtsordnung angeordnet werden sollen, welche für die Beurteilung des betreffenden Anspruchs im (in- oder ausländischen) Endurteil massgeblich sein wird, lässt sich meiner Meinung nach damit begründen, dass im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nicht andere, weiter gehende Ansprüche, aber auch nicht ineffizient weniger weit gehende Ansprüche gesichert werden sollen, als im Endurteil zugesprochen werden können<sup>10</sup>. Im Scheidungsrecht ist allerdings zu beachten, dass im Massnahmeverfahren auch Ansprüche zur Debatte stehen, die sich aus der bestehenden Ehe ergeben, und nach der Scheidung gerade entfallen, sodass in diesem Bereich eine Einschränkung des genannten Grundsatzes gerechtfertigt sein kann.

Bezüglich der *Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer vorsorglicher Massnahmen* ist darauf hinzuweisen, dass es sowohl im schweizerischen IPR-Gesetz als auch im Lugano Übereinkommen sowie in anderen für Nebenfolgen einschlägigen Konventionen regelmässig gewisse, wenn auch nicht alle Konstellationen abdeckende Regeln über die Behandlung inhaltlich widersprüchlicher in- und ausländischer Entscheidungen gibt (Verweigerungsgründe wie Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG oder Art. 27 Ziff. 5 Lugano Übereinkommen).

Soweit ausländische vorsorgliche Massnahmen nicht anerkannt werden können, entsteht selbstverständlich eine entsprechende Möglichkeit, neue Massnahmen in der Schweiz zu beantragen. Ebenso gilt Art. 64 IPRG bezüglich Ergänzung oder Abänderung von Entscheidungen auch für vorsorgliche Massnahmen.

Schliesslich soll auf eine praktische Schwierigkeit im Umgang mit ausländischen Anordnungen hingewiesen werden. Wird eine Entscheidung eines ausländischen Scheidungsgerichts zur Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung vorgelegt, ist jeweils sorgfältig zu prüfen, um welche Art der gerichtlichen Anordnung es sich handelt. Ist es ein End- oder ein Teilurteil? Ist es eine vorsorgliche Anordnung für die Dauer des Prozesses? Solche Entscheidungen sind nach den Regeln der Art. 25 – 32, 50, 58 und 65 IPRG zu behandeln. Oder handelt es sich einzig um gerichtliche prozessleitende oder prozesssichernde Anordnungen (wie Editionen von Urkunden, Ermächtigungen zum Einzug von Vermögenswerten, Überweisungen von Beträgen an einen vom Gericht bezeichneten Receiver, Auskunfterteilungen)? Dann sind diese regelmässig auf dem Weg der Rechtshilfe zu behandeln – somit der zuständigen Stelle des Bundes weiterzuleiten – und nicht als Entscheide anzuerkennen.

---

<sup>10</sup> SCHWANDER, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, St.Gallen 1985, 547 ff.; DERSELBE (Fn. 7), 302 f.

## **DAS SCHEIDUNGSVERFAHREN:**

### **VOM ST.GALLISCHEN RECHT ZUR SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNG**

von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Christoph Leuenberger, St.Gallen

#### **Von der gemischten Kompetenz zur Bundeskompetenz**

Nach geltendem Recht sind im ZGB verschiedene Bestimmungen über das Scheidungsverfahren enthalten. Zum Teil sind es umfassende und abschliessende Regelungen, zum Teil lediglich Mindestvorschriften. Dort wo das Bundesrecht keine Regelung oder nur Mindestvorschriften enthält, kommen kantonale Verfahrensbestimmungen zur Anwendung. Im Scheidungsverfahren ist nach der st.gallischen Zivilprozessordnung (SG-ZPO) insbesondere der Instruktionsprozess anwendbar. Im Hinblick auf die am 1. Januar 2000 in Kraft gesetzte Revision des Scheidungsrechts, die insbesondere die einvernehmliche Scheidung brachte, wurde die SG-ZPO nicht oder nur zu einem kleinen Teil dem neuen Recht angepasst. So wurde Art. 8<sup>bis</sup> über die sachliche Zuständigkeit der Familienrichterinnen und Familienrichter und Art. 254<sup>bis</sup> betreffend die Rechtsverweigerungsbeschwerde des Kindes in die SG-ZPO eingefügt. Die weiteren Bestimmungen, die auf das revidierte Scheidungsrecht anzuwenden sind, wurden demgegenüber in der Verordnung über das Scheidungsverfahren (sGS 961.22) erlassen. Art. 1 Abs. 3 dieser Verordnung sagt – etwas aussergewöhnlich – die SG-ZPO gelte im Scheidungsverfahren, soweit nicht die Scheidungsverordnung eine Regelung enthalte.

In Zukunft wird das Verfahren vollkommen vom Bundesrecht bestimmt sein. Die eigentlichen Verfahrensbestimmungen im ZGB werden zu diesem Zweck in die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) übernommen und anstelle der bisherigen kantonalen Regelungen treten neue Bestimmungen. Für kantonale Einführungserlasse bleibt kein Raum, da die Schweizerische Zivilprozessordnung sich als Kodifikation versteht, die kantonale Bestimmungen nur zulässt, soweit sie ausdrücklich vorgesehen sind.

#### **Familienrichterinnen und Familienrichter**

Nach bisherigem Recht ist der Kreisgerichtspräsident Familienrichter; zusätzlich können die Kreisgerichte geeignete Mitglieder des Gerichts als Familienrichterinnen und Familienrichter bezeichnen. Diese leiten das Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren. Im streitigen Verfahren führen sie das Verfahren in den streitigen Punkten als Instruktionsrichterin oder Instruktionsrichter des Kreisgerichts weiter (Art. 5 ff. Scheidungsverordnung).

In Zukunft wird sich daran nichts ändern, weil die Kantone frei sind, die sachliche Zuständigkeit festzulegen (Art. 4 ZPO). Der Kanton St.Gallen kann damit weiter Familienrichterinnen und Familienrichter bezeichnen und ihnen das Scheidungsverfahren übertragen. Auch die

Instruktionsrichter müssen nicht verschwinden, denn nach Art. 124 Abs. 2 ZPO kann die Prozessleitung an ein Gerichtsmitglied delegiert werden.

### **Das Scheidungsverfahren als eigenständiges Verfahren**

Im bisherigen Recht wird das Scheidungsverfahren als eigenständiges Verfahren verstanden. Entweder kommt der Instruktionsprozess (Art. 184 ff. SG-ZPO) zur Anwendung oder das Verfahren richtet sich nach den Regeln der Scheidungsverordnung. Bereits bisher wird allerdings auf den ordentlichen Prozess zurückgegriffen, soweit der Instruktionsprozess keine Bestimmungen enthält (Art. 185 Abs. 3 SG-ZPO). Die familienrechtlichen Summarverfahren richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen, soweit nicht besondere Regeln bestehen.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung widmet dem ehe- und familienrechtlichen Verfahren ebenfalls eigene Verfahrensbestimmungen (6. Titel: Besondere eherechtliche Verfahren, 7. Titel: Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten, 8. Titel: Verfahren bei eingetragener Partnerschaft). Diese Verfahren sind damit – wie nach dem bisherigen Recht – eigenständige Verfahren. Sie enthalten insbesondere spezielle und wichtige Vorschriften über die Feststellung des Sachverhalts, die Einreichung von Rechtsschriften, das persönliche Erscheinen der Parteien, die mündliche Verhandlung sowie die Anweisung an das Gericht, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen. Im Übrigen gelten subsidiär die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, soweit in den ehe- und familienrechtlichen Verfahren nichts anderes bestimmt ist.

Im Eheschutzverfahren gilt ausdrücklich der Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO), die Regel der mündlichen Verhandlung und des persönlichen Erscheinens der Parteien sowie die Anweisung, eine Einigung zu suchen (Art. 273 ZPO). Im Übrigen wird auf die allgemeinen Bestimmungen des Summarverfahrens zurückgegriffen (Art. 271 ZPO).

Schliesslich gilt für selbständige Klagen betreffend die Kinderbelange das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO), allerdings mit Offizial- und Untersuchungsgrundsatz.

### **Kein Schlichtungsverfahren**

Gemäss Art. 136 Abs. 1 ZGB findet bereits nach geltendem Recht bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren kein Schlichtungsversuch vor dem Vermittler statt. Nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung entfällt der Schlichtungsversuch in Zukunft auch bei streitigen Scheidungen (Art. 198 lit. c ZPO). Die Schlichtung wird hier ganz Aufgabe des Gerichts sein.

### **Untersuchungsgrundsatz**

Nach bisherigem Recht gilt, soweit die Scheidung streitig ist, der Instruktionsprozess mit seinem umfassenden Untersuchungsgrundsatz. Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin hat von Amtes wegen die Streitpunkte abzuklären und den Sachverhalt festzustellen. Diese Regel

gilt für alle Fragen des Scheidungsverfahrens und geht damit über die bundesrechtliche Minimalvorschrift hinaus.

Im zukünftigen Scheidungsprozess gilt für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nachehelichen Unterhalt der Verhandlungsgrundsatz. Das heisst, die Parteien haben grundsätzlich die Tatsachen zu behaupten, auf die sie sich stützen, und die notwendigen Beweismittel zu beantragen. Der Verhandlungsgrundsatz wird aber durch eine besondere Hinweispflicht abgeschwächt, indem das Gericht die Parteien auffordert, die für die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen notwendigen Urkunden nachzureichen, sofern diese fehlen. In den übrigen Punkten stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, was aber nicht so weit geht wie der bisherige st.gallische Instruktionsprozess, denn die Parteien haben den Sachverhalt grundsätzlich selber darzulegen. Das Gericht hat hier aber eine verstärkte Fragepflicht, wenn Lücken bestehen oder Beweismittel fehlen.

In Kinderbelangen hingegen sagt die Schweizerische Zivilprozessordnung, das Gericht erforsche den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 ZPO). Dies macht deutlich, dass es hier ganz im Sinne des bisherigen st.gallischen Instruktionsprozesses vorzugehen und selbständig den Sachverhalt festzustellen hat, sofern dieser nicht von den Parteien zuverlässig dargelegt worden ist. Das Gericht hat damit auch ohne Parteiantrag von sich aus jede Abklärung zu treffen, die nötig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Dabei kann auch im Sinne des Freibeweises Beweis abgenommen werden.

Im Eheschutzverfahren, in dem nach bisherigem Recht von Amtes wegen Beweis erhoben wird (Art. 210 Abs. 2 SG-ZPO), ändert sich im Grunde nichts, denn die Schweizerische Zivilprozessordnung legt für dieses Verfahren einheitlich den Untersuchungsgrundsatz fest (Art. 272 ZPO). Damit gilt im Eheschutzverfahren auch im Hinblick auf die Unterhaltsbeiträge der Untersuchungsgrundsatz, im Gegensatz zum Scheidungsprozess, wo in dieser Frage der Verhandlungsgrundsatz gilt. Dies führt zu einer gewissen Unebenheit zwischen Eheschutz- und Scheidungsverfahren.

## **Rechtsschriften**

Nach dem bisherigen st.gallischen Recht muss weder bei einer streitigen Scheidung, noch bei einer Teileinigung eine eigentliche Rechtsschrift eingereicht werden. Bei der Scheidungsklage reicht es, den Antrag zu stellen, es sei das Instruktionsverfahren aufzunehmen. Bei der Teileinigung ist ebenfalls keine begründete Rechtsschrift erforderlich. Es genügt, die notwendigen Unterlagen einzureichen (Art. 4 Abs. 2 Scheidungsverordnung).

Nach der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung kann die Scheidungsklage ebenfalls ohne schriftliche Begründung eingereicht werden (Art. 290 ZPO). Das Gericht lädt die Parteien vor und versucht, eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen (Art. 291 ZPO). Erst wenn keine Einigung zustande kommt oder der Scheidungsgrund nicht feststeht,

setzt das Gericht der klagenden Partei eine Frist an, um eine schriftliche Klagebegründung nachzureichen (Art. 291 Abs. 3 ZPO). Dies geht über die bisherige st.gallische Regelung hinaus, in der ein Schriftenwechsel nur beim ehelichen Güterrecht angeordnet werden kann.

Bei der Teileinigung liegt das Schwergewicht auch nach zukünftigem Recht bei der Verhandlung mit den Parteien, in der über die strittigen Punkte eine Einigung herbeigeführt werden soll. Darum müssen die Parteien ihre Standpunkte vorerst nicht schriftlich begründet einreichen; sie sind allerdings frei, dies bereits zu Beginn zu tun (Art. 286 ZPO). Das Gericht kann hier aber das Verfahren in Bezug auf die Scheidungsfolgen kontradiktorisch fortsetzen, und es kann auch die Parteirollen, die bis zu diesem Zeitpunkt nicht von Bedeutung waren, festlegen (Art. 288 Abs. 2 ZPO).

Indem sowohl bei der Scheidungsklage als auch bei der Teileinigung zunächst davon ausgegangen wird, dass das Gericht mit den Ehegatten eine einvernehmliche Lösung sucht, wird der erwähnte Verhandlungsgrundsatz in Bezug auf das Unterhalts- und Güterrecht stark relativiert. Er bekommt nur Bedeutung, wenn eine Verständigungslösung nicht als möglich erscheint und die Parteien aufgefordert werden, Rechtsschriften einzureichen.

## **Kinderbelange**

Die Vorschriften über die Kinderbelange in eherechtlichen Verfahren entsprechen zum grössten Teil dem geltenden Recht (vgl. Art. 144 ff. ZGB). Neu sind folgende Regelungen:

Bisher konnte das Kind mit Rechtsverweigerungsbeschwerde geltend machen, dass sein Recht auf Anhörung oder sein Antrag auf Bestellung eines Beistandes abgelehnt wurde (Art. 254<sup>bis</sup> SG-ZPO). In Zukunft kann das urteilsfähige Kind im Zusammenhang mit der Anhörung (Art. 298 Abs. 3 ZPO) und der Nichtanordnung der Vertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO) Beschwerde führen. Im Gegensatz zur Rechtsverweigerungsbeschwerde hat die Beschwerde neben der beschränkten Überprüfung des Sachverhalts eine volle Rechtskognition. Neu ordnet das Gericht die Vertretung des Kindes an und bezeichnet direkt den Beistand und nicht wie bisher die Vormundschaftsbehörde. Ein Entscheid wird im Übrigen dem Kind eröffnet, wenn es das 14. Altersjahr zurückgelegt hat (Art. 301 lit. b ZPO).

## **Mediation**

Nach dem bisherigen Recht ist eine im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Mediation im Rahmen des Scheidungsverfahrens jederzeit möglich, wenn beide Parteien diese wünschen. Das Verfahren kann zu diesem Zweck sistiert werden (Art. 62 Abs. 2 SG-ZPO).

Im zukünftigen Recht wird die Mediation ausdrücklich erwähnt. Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen und die Parteien können gemeinsam eine Mediation beantragen (Art. 214 ZPO). Diese Bestimmung, die für alle Prozesse gilt, hat für das Scheidungsverfahren eine besondere Bedeutung. Ein zusätzliches Gewicht bekommt die Mediation in



Kinderbelangen, denn das Gericht kann hier die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Es darf die Mediation allerdings nicht gegen den Willen der Parteien anordnen. Die Kosten der Mediation gehen grundsätzlich zu Lasten der Parteien. In kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art haben die Parteien aber einen Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, wenn ihnen die erforderlichen Mittel fehlen und das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Das kantonale Recht kann hier weitere Kostenerleichterungen vorsehen (Art. 218 Abs. 2 ZPO).



## **EHEGERICHT – FAMILIE ALS GERICHT – FAMILIENGERICHT**

von Prof. Dr. phil. Dr. theol. Joseph Duss-von Werdt, Luzern

Dieser Essay entwirft in drei Etappen eine geschichtliche, aktuelle und futuristische Perspektive der Familiengerichte. Er durchstreift drei Staaten: Bern in der Alten Eidgenossenschaft, Frankreich kurz nach der Revolution und die heutige Schweiz.

### **Verschiedene Ursprünge von Familie und Ehe**

Familie und Ehe gehören nur lose zusammen und stammen nicht aus dem gleichen Gewächs. Die Familie ist urtümlicher als die Ehe. Ihre soziale Geburt fällt mit der Geburt eines Kindes zusammen und existiert, seit es Kinder gibt. Damit dies möglich wird, braucht es in der Evolution einen Mann und eine Frau. Die Fortpflanzungstechnologie kann nun diesen Naturzustand in einem Laboratorium ersetzen und erzeugt künstlich eine Familie aus technisch bewerkstelligter Befruchtung. Familiengründer ist in beiden Fällen das Kind und erst mit seiner Geburt werden ein Mann und eine Frau zu Eltern, was sie bis ans eigene Lebensende bleiben. Sie haben das Kind nicht "gemacht", sondern sich dem seit Urzeiten bestehenden Leben zur Verfügung gestellt und es weitergegeben. Kinderlose Väter und Mütter gibt es wenig wie ehelose Ehepaare.

Die Ehe ist eine kulturelle Einrichtung, welche keine natürliche oder künstliche Bedingung für das Entstehen einer Familie darstellt. Sehr viele Kinder kommen auch heute noch ohne Ehe zur Welt. Die kleinste und übersichtlichste Familie besteht aus einem Kind und einer erwachsenen Person, welche es betreut. Die Familiengrenzen sind in Stammeskulturen hingegen weniger klar als bei unseren Klein- oder Kernfamilien.

Nochmals: Die Familie ist urwüchsiger als die Ehe. Dass man die Reihenfolge umkehrte, und die Ehe der Zeugung und Erziehung von Nachkommen zu dienen hat, ist ein geschichtliches Ergebnis und nicht direkt von der natürlichen Evolution abhängig. Die unterschiedliche Herkunft von Ehe und Familie hat in den einzelnen Kulturen zu vielfältigen gesellschaftlichen und rechtlichen Ausgestaltungen geführt. Bei uns ist die Institution Einehe, die Monogamie, Massstab für die Familienausgestaltung und ihre zivile Ordnung.

An der Ehe als Institution halten die westlich geprägten Gesellschaften fest, obwohl die Idee, sie sei ein blosser Vertrag, "un simple contrat", und keine von oben kommende Institution der Kirche und des Staates im ersten zivilen Eherecht Frankreichs leidenschaftlich vertreten wurde. Wenn sie nur als Vertrag gälte, wäre es logisch, sie im Obligationenrecht zu regeln. So viel ich weiss, ist das nirgends geschehen. Gesonderte Ehe-, Scheidungs-, Kindschafts- und Familienrechte finden sich in unserem Kulturkreis überall. Sie enthalten aber auch den Vertragsgedanken. Der reine Vertrag kam allerdings selbst in Frankreich nicht durch. Verträge binden nur die Vertragspartner. Das Jawort stiftet die Vertragsehe. Seit ungefähr dreihundert Jah-

ren wird sie gleichzeitig als Liebesehelie verstanden und durch eine Liebesheirat besiegelt. Der vertragliche Charakter der Ehe, verbunden mit der Liebe, führte zu einer Entwicklung, während welcher die Ehe immer mehr zu einer privaten Angelegenheit wurde. Auf dem Weg dazu gibt es Stufen vom lebenslänglichen über das temporäre Projekt zum eheähnlichen Partnerschaftsvertrag, von der trauscheinlosen Verbindung, dem sogenannten Konkubinat bis zur "freien Liebe". Den Ausschlag gebende Gründe zu Heirat und Ehe gibt es unzählige: Da ist es ein schöner Brauch, dort eine gesellschaftliche, kirchliche und rechtliche Erwartung oder Forderung. Man mag sich, liebt sich gegenseitig als Person oder wegen irgendetwas anderem. Gefühle der Liebe und der Sympathie, Wünsche nach Geborgenheit und Zusammengehörigkeit stiften wahrscheinlich mehr Ehen als Familientradition oder Firmenfusion, Erhaltung eines Standesbewusstseins oder Zuwachs an Bekanntheit. Heirat ist jedoch keine Versicherung gegen Krisen, Brüche, Trennung und Scheidung, Not und Elend.

Wäre die Scheidung für die Partner nur eine rechtliche Sache, könnte sie leicht über die Gerichtsbühne gehen. Der juristische Grund zur Scheidung ist zwar die Ehe durch Heirat, die nun als eine für beide verbindliche Institution rückgängig gemacht wird. Solange die Heirat der rechtliche Gründungsakt der Ehe ist, wird auch das Gegenstück, die im Französischen treffend als "démariage" bezeichnete Scheidung, also die "Entheiratung", rechtlich geregelt bleiben. Subjektiv gesehen gehen die Partner jedoch nicht auseinander, weil die Ehe als Einrichtung des Rechts untauglich geworden ist, sondern weil die sie stiftenden persönlichen Bedingungen verblasst, verschwunden oder sonstwie abhanden gekommen sind: verliebt – geliebt – entliebt. Das ist mit Schmerz, Sehnsucht, Wut, Schuldgefühlen und -zuweisungen oder Liebesverrat verbunden, was dann auch bis ins Scheidungsverfahren hinein wirksam bis dramatisch werden kann. Liebesgeschichten können als Tragödien und Kriminalromane enden. Weder Richter noch Anwälte, Mediatorinnen, Sozialarbeiter und Gutachterinnen können von der emotionalen Orchestrierung der Scheidung Abstand nehmen und so tun, als ob alles mit rein rechtlichen, verfahrensorganisatorischen und administrativen Vorkehrungen zu erledigen sei. Alles ist immer auch ein mehr oder weniger tiefer Eingriff in private und höchst verletzbare intime Bereiche, die nur schwer ausheilen.

Bei Familienehen kommen, vielfach erschwerend, die emotionale Beziehung, die Bindung zu den Kindern und die getrennte Erwartung beider Eltern hinzu, die Kinder sollten sich loyal auf die eigene Seite stellen. Der zivile Ungehorsam zum Beispiel gegenüber den verfügten Anordnungen des Besuchsrechts ist notorisch und gehört oft ins Kapitel von privater Strafjustiz, Rache und Vergeltung. Die Angst, die Kinder zu verlieren, das Bedürfnis, sie zum Pfand, zu Gefährten und Parteien im Kampf zu machen, kann berechnet, real oder irrational sein. Rein sachlich lassen sich all die partnerschaftlichen und familiären Befindlichkeiten und Beziehungskonflikte nicht beruhigen, im Gegenteil.

Vor diesen Hintergründen tauchen die Ehe- und Familiengerichte auf. Ihre Kulissen änderten periodisch. Ein Rückblick in zwei verschiedene Zeiten möge einen weiteren Blick in die Jetztzeit und einen Ausblick in die Zukunft vorbereiten.

## Das Ehegericht

Just zwei Jahre vor der französischen Revolution haben "Schultheiss, Klein und Grosse Rätthe der Stadt und Republik Bern" 1787 die "Ehegerichts-Satzungen für die Stadt Bern und Dero Lande" neu drucken lassen. Sie gaben dabei dem "gnädigen und geneigten Willen" Ausdruck, dass *"wir aus verschiedenen höchstwichtigen Gründen nöthig befunden, Unsere bisherige Ehegerichts-Satzung und dahin einschlagende Sitten-Mandate auf ein frisches zu untersuchen, und in eint- und andern Stücken abzuändern und zu verbessern"*.

Der gnädige Wille der Obrigkeit zeigt sich in zeitgemässer Bemessung etwa so: *"Eine Eheversprechung ist ungültig, wenn sie ohne Vorwissen des Vaters, oder deren, die an Vaters statt sind, als Mutter, Grossvater, Grossmutter, Vögten oder nächsten Verwandten gemacht wird, ehe der Knab und das Mägdlein, das vier und zwanzigste Jahr ihres Alters angetreten."* Von den Vögten abgesehen, ist das Zustandekommen der Ehe Familiensache und nicht Konsensus der Ehemilligen.

Der Zweyte Titel "Von den Ehescheidungen" wird wie folgt eingeleitet: *"Obgleich nach göttlichen und menschlichen Gesetzen die Ehescheidung in gewissen Fällen nicht nur zugelassen, sondern sogar nothwendig ist, so ist jedoch Unser ernstgemeinter Wille, dass solche nicht ohne nothdringende Ursache, keineswegs aber aus unzulässigen Gründen ertheilt werde. Im Gegentheile sollen alle diejenigen, so einmal christlicher Ordnung nach, alles Ernsts ermahnt seyn, in der Furcht Gottes, in Friede und Einigkeit, mit ehelicher Liebe und Treue bey einander zu wohnen, nach eines jeden Beruf, getreu und fleissig vorzustehen, und kein Ehegatte dem anderen zu einigem Verdruss, Argwohn, Unwillen und daraus entstehenden Streitigkeiten, Ursache und Anlass zu geben."* Von den göttlichen Gesetzen abgesehen, finden sich Spuren des hier hervortretenden Zeitgeistes noch in späteren zivilrechtlichen Scheidungsgesetzen als Erbstücke der rechtlich verbindlichen Sittenmandate auch nach der Trennung von Kirche und Staat bis ins 20. Jahrhundert wieder.

Die daselbst ebenso noch lange fortgeschriebenen Scheidungsgründe werden ausführlich aufgezählt, besonders der Ehebruch. Es folgen als weitere Scheidungsgründe "böbliche Verlassung", "Verbrechen, die in die Malefiz einschlagen", ansteckende, unheilbare und erbliche Krankheiten, "Unvermöglichkeit", gemeint ist die Impotenz, "Raseray und Wahnsinnigkeit". Die "Erhaltung der Kinder und Theilung des Guts" sind in 13 Zeilen rasch abgehandelt und nicht vom Gericht, sondern vom Amtmann oder "Unserm täglichen Rath", also von der Verwaltung zu regeln. Das Ehegericht war mithin kein Familiengericht.

## Die Familie als Gericht

Das wurde drei Jahre später in Frankreich anders. Da man in der Familie eine Schule der Demokratie sah, sollte sie sich auch eigenständig und mündig verhalten. Weil zudem Familienangelegenheiten in den Händen der Familie bleiben sollten, richtete man zwischen 1790 und 1796 das "Tribunal de la famille" als selbstjustizielle Instanz der Familie ein. Es bestand nur aus Mitgliedern beider Familien von Mann und Frau. Vor mindestens drei Personen jeder Seite mussten sie ihre internen Eheschwierigkeiten ausbreiten und über die Möglichkeiten einer Aussöhnung verhandeln. Bei der einseitigen Scheidungsabsicht hatte ausser den sechs Familienangehörigen noch ein Beamter an mindestens drei der vorgesehenen Verhandlungen teilzunehmen, allerdings ohne Entscheidungskompetenz, sondern nur als Verhandlungshelfer. Als solcher handelte er also in der Funktion eines Gesprächsvermittlers, trug aber nicht den Titel eines "médiateur".

Dieses Gericht der Familie sollte dazu verhelfen, eine rasche, leichte und sozusagen häusliche Justiz zu schaffen. Es hatte über die Scheidung hinaus auch die Befugnis, in Sachen ehelicher Güter, Erbschaft und Vormundschaft in eigener Kompetenz und ohne Intervention des Staates zu befinden. Da es sich dabei um ureigenste Belange der Familie handle, sollte dadurch *"die Familie von Fremdkörpern, nämlich den Juristen, ferngehalten werden; diese sollten keinen Eintritt in jene Privatsphäre haben, in die auch der Staat selber möglichst wenig eindringen soll"* (JEAN HALPÉRIN). Das stellte eine folgerichtige Anwendung jener Individualrechte dar, welche die Erklärung der Menschenrechte von 1789 einforderte, und die heute noch gültiges Verfassungsrecht in Frankreich darstellt. Die Familie selber wurde eine "Bürgerin" genannt, die von den neuen Bürgerrechten profitieren sollte. Die innerfamiliären Gerichte jedoch überlebten nicht. Das Direktorium schaffte sie 1796 wieder ab, und als Napoleon an die Macht kam, verfügte er verbindlich die Oberhoheit der Richter in der Lenkung, dem "gouvernement" der Familien.

## Familiengerichte heute

Im kurzlebigen französischen Tribunal de la famille könnte man einen Vorläufer der Mediation sehen, welcher es ja ebenfalls darum geht, die eigene Sache selber in der Hand zu behalten und ihre Unwegsamkeiten zu regeln.

Die Familiensoziologin IRÈNE THÉRY sagt über das heute erneute Aufkommen informeller Konfliktlösungen wie der Mediation Folgendes: *"Wenn dieses Modell der familiären Regelung im gegenwärtigen Kontext wieder belebt wurde, so aufgrund völlig neuer Massstäbe: Es handelt sich nicht mehr darum, die Utopie weiterzugeben, dass die Gesellschaft sich auf die Nachahmung der Natur zu gründen habe, noch an das Ideal einer gemeinschaftlichen Gesellschaft zu glauben, sondern in den Formen der staatlichen Regelungen selbst die Wandlungen der familiären Verhaltensweisen, der individualistischen Wahrnehmung der Privatsphäre und der Ablehnung des vorschreibenden Rechts zu bestätigen."*

Man könnte also sagen: Was in der Anfangszeit der französischen Revolution ohne den Staat privat und im Rahmen der Familienautonomie zu regeln war, soll heute der Staat selber im Rahmen seiner eigenen Kompetenzen wieder ermöglichen. Er soll nicht allein dem gesetzlichen Modell entsprechende Regelungen treffen, sondern auch als rechtsgültig anerkennen, was die Verhandlungspartner im Rahmen des Rechts selber vereinbaren. Vielleicht sind die Privatisierungstendenz der Familiengestaltung und die Mediation Indikatoren einer weiteren Entwicklung, in der Gerichte ihr Antlitz verändern. Erfahrungen in Nachbarländern scheinen das zu bestätigen.

In einer demokratisch verfassten Gesellschaft besteht im Blick auf die Bürger eine "Mündigkeitsvermutung". Macht nicht der heute immer wieder ertönende Ruf nach mehr Selbstverantwortung für die eigenen Belange, besonders im Unternehmerischen, davon Gebrauch? Allerdings ist Mündigkeit für manche Bürger eine Zumutung, die sie überfordert, sei es intellektuell oder in Krisensituationen noch zusätzlich emotional. So oder so: Ein demokratischer Rechtsstaat braucht für die jeweiligen Bereiche seiner Kernaufgaben möglichst klare, für alle verständliche Leitlinien und durchsichtige Institutionen. Gleichzeitig entwickelt sich die Gesellschaft stets weiter, wohin auch immer, sodass der Staat Gesetze und Institutionen immer wieder anpassen muss. Reform ist dafür ein ungenügendes Wort, denn es weist rückwärts und scheint zu bedeuten, dass etwas wieder zurückgeformt werden sollte. Eine Ausrichtung nach vorn bedarf der Voraussicht und deshalb neuer Entwürfe.

Ob der Staat mit seinen gesetzlichen Institutionen der Entwicklung eher hinterher hinkt oder diese vorspurt, ist kontrovers und eher aus der Rückschau abzuschätzen. Ich neige zur ersten Ansicht und sehe in Rolf Vetterli einen Gleichgesinnten. Es gibt Verspätungen auf den Gang der Zeit. Familienbelange sind zwar selbstverständlich rechtsrelevant, aber ihre ausserrechtlichen Dimensionen stellen mehr als nur lästige Nebenerscheinungen dar. Werden diese Belange vollständig verrechtlicht, können sie der Vielfalt der Aspekte nicht genügen. Das müsste dann besonders in den einschlägigen Institutionen und ihrem Vorgehen berücksichtigt werden. Der Horizont, innerhalb dessen sich im Kanton St.Gallen Konturen eines Familiengerichts abzeichnen, weist nach vorn und hätte Zukunft. Ob es in diese Richtung geht, entzieht sich meiner Ortskenntnis. Wenn nicht, wäre die mögliche bis wahrscheinliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Zukunft mindestens als Hypothese dennoch im Auge zu behalten.

### **Morgen noch Familiengerichte?**

Wir leben nicht in einer Zeit mutiger Zukunftsentwürfe. Die Erhaltung der Vergangenheit nimmt viel Energie in Anspruch. Ich habe nie verstanden, wieso es in Ehe- und Familiensachen in einem demokratischen Staat noch Gerichte gibt, und das erst noch in einem Staat, in welchem immer wieder betont wird, die Familie sei die Keimzelle der Gesellschaft. Die Idee von der Familie als Bürgerin hat etwas Bestechendes an sich und geht in andere Richtung als die Verstaatli-

chung der Familie. Können Gerichte in Familiensachen den Anschein des Obrigkeitlichen noch aufrecht erhalten, wie es in der Schweiz kurz vor der Wende zu einem aufgeklärten Staatswesen und einer dazugehörigen Bürgerschaft im gnadenabhängigen Bern des ausgehenden 18. Jahrhunderts noch der Fall war? Dass es rechtliche Sicherheiten, Rechtsberatung – als Eheberatung im Unterschied zur Paarbeziehungs- und Familienberatung – und Rechtsbeistand braucht, ist unbestritten.

Der Ort der Heirat und der Ort der Scheidung passen nicht zusammen. Wieso spricht man das "Nein, so nicht mehr" nicht am selben Ort wie das "Ja, so wollen wir eine Gemeinschaft sein", nicht im gleichen Raum? Dass Liebesgeschichten vor dem Richter enden müssen, will mir nicht in den Kopf. Deswegen werde ich gegenüber weniger macht- und gewaltanfälligen Unternehmungen, etwa der Vermittlung, immer geneigter und werbender. Zum vor mehreren Jahrzehnten in den Wind geschriebenen Plädoyer "Für eine standesamtliche Scheidung" stehe ich immer noch. Ein Gericht, das schon "auf dem Weg zum Familiengericht" ist, bräuchte beim Übergang in eine andere Zukunft nur neue Namens- und Hinweisschilder. Niemand verlöre seine Stelle, auch wenn er eine neue Berufsbezeichnung bekäme. Wenn dann auch noch die Familie das wichtigere Gravitationszentrum wäre und nicht die Ehe, hätten die Kinder mehr Platz in der Öffentlichkeit und würden weniger zu Rekruten und Kindersoldaten im elterlichen Rosenkrieg.

Nach einer Untersuchung von Scheidungsurteilen Ende der 1970er Jahre wurden in einer Anschlussstudie von den Urteilen betroffene Geschiedene befragt, wie sie die Scheidung erlebt hatten. Mehrheitlich nicht gut, sagten auch die "Gewinner" nach dem alten Scheidungsrecht, welches noch auf Schuld und Unschuld erkannte. Damit rückten die Strukturen des Verfahrens in den Vordergrund, denn auch an denen liegt es, wie die Scheidung aufgefasst und erlebt wird, und nicht nur an den Personen. Was käme bei einer Wiederholung der Befragung heute heraus? Wohl kaum dasselbe. Gerade deshalb könnte eine Wiederholung sinnvoll sein. Betroffene zu befragen und dann auch die Konsequenzen daraus zu ziehen, ist immer nützlich. Ihre Informationen sind nur nicht so leicht erhältlich wie die der professionellen Akteure.



## ZUTEILUNG DER ALLEINIGEN ELTERLICHEN SORGE

Art. 133 Abs. 2 ZGB. Aus der bisherigen Aufgabenteilung und dem Angebot einer fortdauernden Eigenbetreuung kann kein Vorrang bei der Kinderzuteilung abgeleitet werden, wenn sich die Betreuung in blosser Präsenz erschöpft und keine angemessene Behütung und beständige Förderung umfasst.

*Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 23. April 2008, BF.2007.40*

*Aus den Erwägungen:*

Gute Erziehung besteht vor allem darin, dass die Eltern das Wohlbefinden der Kinder sichern, ihnen Zeit und Aufmerksamkeit schenken, ihre Gefühle anerkennen und ihre Anliegen aufnehmen, ihnen beständige Wärme geben, klare und erklärbare Regeln setzen, Gemeinsamkeit leben, Geduld aufbringen und Anregungen vermitteln (DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, München 2002, 107 f.). Das sind freilich Ideale, welche auch tüchtige Erziehende nicht immer verwirklichen. Der Mutter fehlen aber die meisten dieser Fähigkeiten. Sie kümmert sich zu wenig um Gesundheit und Ernährung der Kinder und lässt sie damit im engen Sinne ein Stück weit verwahrlosen. Sie bringt keine hinreichende Alltagskompetenz auf, leitet die Kinder nicht konsequent zu Sauberkeit, Ordentlichkeit und Pünktlichkeit an und nimmt damit in Kauf, dass sie sich mit der Zeit zu Aussenseitern entwickeln, die von ihren Kameraden gemieden werden. Sie schwankt in ihrer Erziehungsweise zwischen passivem Gewährenlassen und gelegentlichem Dreinfahren und ein solches unberechenbares Verhalten gilt als besonders ungünstig (STAUB/FELDER, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, 85 ff.). Sie vermag die Kinder schliesslich nicht mit sinnvoller Beschäftigung in der Freizeit und anhaltender Motivierung für die Schule zu selbständigen und lebensstüchtigen Menschen zu erziehen. Zwar trifft es zu, dass die Mutter, welche schon bisher die Familienarbeit besorgte, die Kinder weiterhin persönlich und in der gewohnten Umgebung betreuen könnte. Eigenbetreuung darf sich aber nicht in blosser Präsenz erschöpfen, sondern muss angemessene Behütung und engagierte Förderung umfassen. Kontinuität bedeutet nicht, dass den Kindern ein Wechsel der Bezugspersonen und des Umfelds stets erspart werden soll; in einer unbefriedigenden Lage kann gerade eine Veränderung das Richtige sein (FIGDOR, Scheidungskinder – Wege der Hilfe, 2. Aufl., Giessen 1998, 200 f.).

Der Vater bekundet hingegen ein waches Interesse an den Kindern, misst ihnen einen hohen Stellenwert zu, zeigt beträchtliches Einfühlungsvermögen und pflegt einen verlässlichen, wenn auch noch nicht ganz gradlinigen Erziehungsstil. Er konnte seine Qualitäten bislang immerhin nur an Wochenenden und in Ferien beweisen und müsste sich als täglicher Versorger und alleiniger Erzieher der Kinder erst noch bewähren. Der Vater versichert zwar glaubhaft, dass er seine Arbeitszeit frei einteilen könne, möchte aber neben der Kinderbetreuung voll be-

rufstätig bleiben und würde damit auf Jahre hinaus in einem ausserordentlichen Masse belastet. Eine Reduktion des Arbeitspensums wäre ihm nicht leichthin zuzumuten, weil die Familie damit in finanzielle Not geriete. Der Vater plant deshalb für den Fall, dass ihm die Kinder anvertraut werden, in die Nähe seines Arbeitsortes zu ziehen, eine geräumigere Wohnung zu mieten und die Kinder während seiner beruflich bedingten Abwesenheit an einem von der Schule angebotenen Mittagstisch, in einem Kinderhort oder in einer Tagesfamilie unterzubringen. Sein Unterkunfts- und Betreuungskonzept scheint zwar ernst gemeint, ist aber noch nicht umgesetzt. Man kann von einem Elternteil freilich nicht verlangen, dass er sein Leben auf Vorrat umstellt. Es muss genügen, wenn er sich aufrichtig darum bemühen will, soweit als möglich zu Hause zu sein und im Übrigen für eine geeignete Drittbetreuung zu sorgen (BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 156 ZGB N 97). Die Zuweisung der elterlichen Verantwortung an den Vater stellt somit eine echte Chance dar, den Kindern zu liebevoller Fürsorge, gefestigter Erziehung und tatkräftiger Förderung zu verhelfen, die mit einem nicht ganz auszuräumenden Risiko der Überforderung oder Vernachlässigung verbunden ist. So betrachtet erscheint diese Möglichkeit als hinlänglich aussichtsreicher Versuch und nicht als schlechthin untolerierbares Wagnis.

Die Alternative dazu wäre nicht etwa eine unveränderte Fortsetzung des Zusammenlebens der Kinder mit der Mutter, welche die Minimalanforderungen an eine elterliche Sorge nicht zuverlässig und beständig erfüllt, sondern eine Fremdplatzierung. Eine solche liesse sich mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit aber nicht vereinbaren und verstiesse insbesondere gegen den Grundgedanken der Subsidiarität, dem zufolge eine so tief greifende Massnahme erst angebracht ist, wenn kein Elternteil bereit wäre, von sich aus gewissenhaft zu handeln und freiwillig Hilfe anzunehmen (HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 27.10; STETTLER, SPR III/2, Das Kindesrecht, 498 f.).

*Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (Urteil vom 25. August 2008, Nr. 5A\_416/2008)*

## PFLICHT ZUR KINDESANHÖRUNG

Art. 144 Abs. 2 ZGB. Das Gericht ist bei der Ordnung der Elterntrennung gehalten, ein Kind im urteilsfähigen Alter zur Mitwirkung einzuladen. Unterlässt es dies, so ist der Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör verletzt und das hat in der Regel zur Konsequenz, dass der Entscheid aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung zurückgewiesen werden muss.

*Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 4. Juni 2008, RF.2008.33*

### *Sachverhalt:*

Die Ehegatten trennten sich im Herbst 2006. Die Ehefrau zog aus und mietete ein Studio. Die heute 16 ½ Jahre alte Tochter blieb mit dem Vater und einem erwachsenen Bruder in der Familienwohnung. Als sich das Verhältnis unter den Geschwistern verschlechterte, fand sie Zuflucht bei einer älteren Schwester. Darauf ersuchte die Ehefrau den Eheschutzrichter, das Getrenntleben zu ordnen, weil sie sich wünschte, zusammen mit dem Kind wieder im Wohnhaus der Familie leben zu können. Der Richter stellte die Tochter aber in die väterliche Obhut, weil er annahm, dass sie nach dem Weggang des Bruders wieder beim Vater einziehen werde. Dagegen erklärt die Ehefrau Rekurs und rügt es als elementaren Verfahrensfehler, dass das Kind nicht angehört wurde.

### *Aus den Erwägungen:*

Nach der UN-Kinderrechtskonvention soll ein Kind, das fähig ist, eine eigene Meinung zu bilden, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei äussern können und erwarten dürfen, dass seine Meinung angemessen berücksichtigt wird (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK). Dafür muss es in jedes Verfahren, von dem es persönlich betroffen ist, einbezogen werden (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK). Diese Konventionsbestimmung hat grundrechtlichen Gehalt und ist unmittelbar anwendbar (BGE 124 III 90). Nach dem Zivilgesetzbuch hat ein Gericht, welches die Kinderbelange bei der Elternscheidung regelt, das Kind in geeigneter Weise anzuhören, soweit nicht das zu geringe Alter oder andere wichtige Gründe entgegenstehen (Art. 144 Abs. 2 ZGB). Es ist anerkannt, dass dies für alle Familiensachen gilt und bei der Trennungsordnung im Eheschutz- oder Massnahmeverfahren sogar besondere Bedeutung hat, weil das der entscheidende Moment ist, in dem die Familie neu organisiert wird (BGE 126 III 497; OGer BE, ZBJV 2002, 46; OGer ZH, ZR 2002 Nr. 59). Im Übrigen wird unterschieden zwischen dem Anhörungs- und dem Mitbestimmungsrecht. Kinder vermögen sich spätestens ab dem siebten Lebensjahr verständlich auszudrücken und sollen dann auch gehört werden (BGE 131 III 553). Etwa ab dem zwölften Altersjahr können Kinder die Vor- und Nachteile künftiger Lebenssituationen gegeneinander abwägen

und sind damit urteilsfähig geworden (BGer, FamPra.ch 2006, 757, 760). Ihr Wille ist nun als Ausdruck der Persönlichkeit zu respektieren und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Er gilt als Akt beschränkter Eigenverantwortung, der zwar nicht allein massgeblich ist, aber auch nicht mehr übergangen werden darf. Je älter ein Kind wird, je nachdrücklicher es seine Auffassung vertritt und je stabiler seine Haltung erscheint, desto eher ist darauf abzustellen, bis schliesslich eine Obhutszuteilung gegen seinen gefestigten Willen grundsätzlich nicht mehr zu rechtfertigen wäre.

Ein urteilsfähiges Kind kann seinen Mitwirkungsanspruch selbst geltend machen – vorausgesetzt, dass es vom laufenden Verfahren zwischen seinen Eltern überhaupt etwas erfährt. Im Übrigen kann auch jeder Elternteil als gesetzlicher Vertreter des Kindes oder als Partei die Anhörung verlangen (RUMO-JUNGO, Die Anhörung des Kindes, AJP 1999, 1578 ff., 1588). Vor allem aber ist das Gericht nach der gemäss Art. 145 Abs. 1 ZGB in Kinderbelangen geltenden vollen Untersuchungsmaxime von sich aus zur Anhörung verpflichtet (Handkomm/SCHWANDER, Art. 144 ZGB N 2). Der Einbezug eines Kindes im Jugendalter ist obligatorisch (Basler Komm/SCHWENZER, Art. 144 ZGB N 4) und eine antizipierte Würdigung, dass es nichts Wesentliches beitragen könne oder wolle, ausgeschlossen. Die Kindesanhörung gehört insoweit zum verfahrensrechtlichen Mindeststandard (BGE 131 III 409, 413). Die Unterlassung stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar; sie verletzt den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör, auch wenn es nicht als Partei am Verfahren beteiligt ist. Die formelle Natur des Anspruchs bewirkt in der Regel, dass eine Verfügung, in der dieser missachtet wurde, aufgehoben werden muss. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs wäre nur ein unvollkommener Ersatz (BGE 110 Ia 74). Wohl ist es möglich, eine Kindesanhörung im Rechtsmittelverfahren nachzuholen, wenn sie zuvor wegen zeitlicher Dringlichkeit unterblieb (BGE 131 III 413; BGer, 5C.149/2006). Sonst ist eine Kassation des Entscheids aber durchaus zu erwägen und namentlich dann vorzuziehen, wenn das Ergebnis der Anhörung sich auf die Regelung anderer Trennungsfolgen auswirken kann. Eine Rückweisung ist auch im summarischen Eheschutzverfahren zulässig. Sie soll zwar nicht allein aus "pädagogischen Gründen" erfolgen, aber jedenfalls dann stattfinden, wenn sich die Vorinstanz bisher gar nicht ernsthaft mit der Angelegenheit befasste (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Art. 222 N 3).

## ZUWEISUNG EINES MANKOS

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Ein Ehegatte, der verantwortungslos handelte, indem er seine Arbeitsstelle kündigte und sein ganzes Barvermögen verschwendete, kann sich nicht auf die Garantie des Existenzminimums berufen. Ihm ist zuzumuten, sich zunächst stärker einzuschränken und später die selbstbewohnte Liegenschaft zu verkaufen, um die Familie vor Not und Verschuldung zu bewahren.

*Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 5. Mai 2008, RF.2007.75*

### *Sachverhalt:*

Bei der Ordnung des Getrenntlebens stellte der Eheschutzrichter fest, dass der Notbedarf der Familie aus dem Einkommen nicht gedeckt werden könne. Er verpflichtete den Ehemann, das Manko aus seinem Vermögen aufzufüllen.

### *Aus den Erwägungen:*

Der Ehemann erhebt Rekurs und wendet ein, er habe seine flüssigen Mittel vollständig aufgebraucht. Man könne von ihm nicht verlangen, dass er das Defizit der Familie tragen und sich damit übermässig einschränken müsse. Sein eigenes Existenzminimum stelle eine absolute Obergrenze dar. Die Ehefrau erklärt, ihre Lage habe sich nicht verbessert. Sie habe zwar zeitweise als Putz- oder Haushalthilfe gearbeitet, auf Dauer sei ihr das aber nicht zumutbar.

Es ist anerkannt, dass die Erziehung eines dreijährigen Kleinkinds einer vollen Beschäftigung gleichkommt (ZWEIFEL, Die Festlegung der Geldbeiträge an den Unterhalt, SJZ 1988, 190 f.; vgl. auch BGE 115 II 6, 10; 114 II 301, 303). Ein Nebenerwerb wäre überpflichtig (Fam Komm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 44) und eine blosser Hilfsarbeit zudem wenig sinnvoll, weil der damit erzielbare Billiglohn nicht wesentlich mehr deckt als die Berufsauslagen und Betreuungskosten. Die Notlage der Ehefrau samt dem Kind scheint deshalb offenkundig und unvermeidlich.

Zu prüfen ist vor allem die Leistungsfähigkeit des Ehemanns. Er kündigte in der sich zuspitzenden Ehekrise seine Arbeitsstelle und trat bis heute keine neue an. Er verbrauchte sein Barvermögen, das bei Trennungsbeginn noch knapp Fr. 95'000.– betrug, innert einem halben Jahr bis auf einen kleinen Rest. Aus seinen beiden Bankkonten beglich er alle fixen Auslagen, deckte die Einkäufe für den täglichen Bedarf und überwies der Ehefrau Unterhaltsbeiträge von Fr. 11'700.–. Zudem bezahlte er die Kosten für eine wohl nicht vordringliche Zahnbehandlung von Fr. 12'000.– und leistete einem Parapsychologen für das unsinnige Angebot, mit "mentaler Kraft und kosmischer Energie" eine Wiederaufnahme der Partnerschaft zu bewirken, ein horren-

des Honorar von Fr. 27'600.–. Sodann bezog er insgesamt Fr. 33'250.– in bar. Er behauptete zwar, davon seien mehr als Fr. 7'000.– an die Familie geflossen, aber das ist grösstenteils bestritten und schon deshalb unglaubwürdig, weil damit mehr als die nach der angefochtenen Eheschutzverfügung geschuldete Summe bezahlt worden wäre. Anzunehmen ist vielmehr, dass der Ehemann monatlich mindestens Fr. 5'000.– für sich verwendete und sich damit einen Luxus leistete, der den ehelichen Lebensstandard weit überstieg. Schliesslich leaste er auch noch ein Auto der Marke BMW im Wert von über Fr. 30'000.– und gab sein altes Fahrzeug zum Preis von Fr. 8'000.– an Zahlung. Anscheinend pflegt der Ehemann diesen übersetzten Lebensstil weiter. Jedenfalls soll er inzwischen seine Konten überzogen haben. Wohl ist er noch Eigentümer eines Grundstücks, das einen amtlichen Verkehrswert von rund Fr. 700'000.– aufweist und mit Hypotheken von Fr. 350'000.– belastet ist. Er kann es aber nicht stärker belehnen, weil die Bank ihn nicht mehr für kreditwürdig hält, und will es auch nicht verkaufen, weil er selbst im einen Hausteil wohne, während sein Vater im anderen lebe. Insgesamt offenbarte der Ehemann eine Haltung, die von krassem Egoismus und völlig fehlendem Einfühlungsvermögen für die Angehörigen geprägt war. Er versuchte, den Verlust der Familie zu kompensieren, indem er sich alles gönnte und zugleich die Ehefrau bestrafte. In einer Kette leichtfertiger Handlungen verliess er zunächst seinen Arbeitsplatz, verschleuderte darauf sein Vermögen und verspielte damit schliesslich auch noch seinen Kredit.

Im Allgemeinen wird gesagt, dass von einem unterhaltspflichtigen Ehegatten nichts verlangt werden dürfe, was er unmöglich erbringen könne. Wenn sich seine Situation unwiderruflich verschlechterte, weil er die Erwerbstätigkeit aufgab und keine gleichwertige mehr findet oder weil er Vermögen weggab und nicht mehr zurückholen kann, so müsse man sich schliesslich mit diesen Fakten abfinden, und zwar ganz unbekümmert darum, welches Motiv den finanziellen Ruin auslöste (BGE 128 III 4, 6; 117 II 16, 17 und dazu GEISER, Herabsetzung von Unterhaltsleistungen wegen [absichtlicher] Verminderung der wirtschaftlichen Leistungskraft?, ZBJV 1992, 529 ff.). Vorausgesetzt wird allerdings, dass ein Unterhaltspflichtiger, der einen wirtschaftlichen Abstieg behauptet, klar nachweist, dass seine Verhältnisse tatsächlich so desolat sind und sich beim besten Willen nicht mehr ändern lassen (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.63). Darüber hinaus wird mit gutem Grund beklagt, familienschädigendes Verhalten werde auf diese Weise geradezu prämiert (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 97), und gefordert, jedenfalls grob verantwortungslose und eigentlich böswillige Handlungen nicht zu tolerieren (OGer ZH, ZR 2000 Nr. 17; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, Rz. 21.24c; SPYCHER, Unterhaltsleistungen bei Scheidung, Diss. Bern 1996, 80 f.; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 125 ZGB N 55; vgl. auch zum deutschen Familienrecht MünchenerKomm/MAURER, § 1581 BGB N 5). Niemand soll aus dem von ihm selbst geschaffenen Unrecht einen Vorteil ableiten können (BernerKomm/MERZ, Art. 2 ZGB N 582 ff.; vgl. auch PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, Neuere Entwicklungen im nachehelichen

Unterhalt, in: dieselben [Hrsg.], Familienvermögensrecht, 21; offen gelassen in BGE 128 III 4, 6). Das spricht dafür, dem missbräuchlich Handelnden das bewusst herbeigeführte Manko aufzubürden, statt es auf die von ihm vernachlässigte Familie abzuwälzen. Ein Ehegatte, der seine Stelle grundlos kündigte, braucht gewiss keinen Anreiz zur Förderung seines Arbeitswillens. Er leistet eben nicht das, wozu er fähig wäre, und kann nicht erwarten, dass er trotzdem besser gestellt wird als der andere, der seine familiären Pflichten weiterhin erfüllt. Zwar muss er dann einen Eingriff in sein Existenzminimum hinnehmen. Dieser geht aber gemäss den Regeln des Betreibungsrechts (BGE 116 III 10; 111 II 13; 106 III 18) nur so weit, dass sich Schuldner und Gläubigerin im selben Verhältnis einschränken müssen, und das entspricht dem Grundsatz, dass Partner und Partnerin in einer noch bestehenden Ehe gleich berechtigt und gleich verpflichtet sind (Art. 163 Abs. 1 ZGB; Botschaft Eherecht, Ziff. 214.121). Nach Abzug der pfändbaren Quote für Unterhaltsansprüche (BGE 111 III 116; SchKG-Komm/VONDER MÜHLL, Art. 93 N 39) bleibt dem Ehemann von seinem Ersatzeinkommen immer noch erheblich mehr als der Betrag einer blossen Nothilfe und zumindest während einer Übergangszeit genug für ein zwar bescheidenes, aber immerhin menschenwürdiges Dasein. Damit ist er hinreichend geschützt. Eine Beschränkung des Unterhaltsbeitrags hätte zur Folge, dass die Ehefrau beim Sozialamt Schulden machen müsste, für die sie nach der Trennung persönlich haftet und die sie bei einer Scheidung als Rückschlag allein trägt (BGE 133 III 57, 59 f.), und das lässt sich hier auf keine Art mehr rechtfertigen.

Im Übrigen ist die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten und dem gemeinsamen Kind im Vergleich zu anderen Pflichten rechtlich privilegiert und moralisch qualifiziert. Ihre Erfüllung verlangt Ausschöpfung aller finanziellen, intellektuellen und physischen Ressourcen (vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 276 ZGB N 25). Der Pflichtige muss namentlich seine Arbeitskraft voll ausnutzen und hat notfalls eine Beschäftigung in einem fremden Beruf oder an einem anderen Ort anzunehmen (vgl. BernerKomm/HEGNAUER, Art. 285 ZGB N 56). Falls ihm eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit trotz aller Anstrengungen nicht gelingt, ist er gehalten, auch sein Vermögen einzusetzen (BGE 129 III 7, 10 = Pra 2003 Nr. 85). Ein Vermögensverzehr ist grundsätzlich zumutbar, wenn das laufende Einkommen nicht ausreicht, um die Familie vor Not zu bewahren (BGE 110 II 321, 323 f.; BGer, FamPra.ch 2007, 396; 2006, 939 und 2002, 806; HAUSHEER/BRUNNER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 03.109), es sei denn, eine Verwertung erweise sich als schlechthin unwirtschaftlich oder ausgesprochen unbillig (GerKr X Thun, FamPra.ch 2005, 603; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 24). Ein Ehemann, der Barvermögen verschwendete, welches das Überleben der Familie für geraume Zeit gesichert hätte, kann nicht darauf bestehen, dass ihm das Grundeigentum samt dem darin gebundenen beträchtlichen Eigenkapital erhalten bleibt. Das muss ohne Rücksicht darauf gelten, ob er die Liegenschaft selbst bewohnt und ob diese Eigengut darstellt. Die Unterhaltspflicht geht im elementaren Umfang jedem Komfortbedürfnis vor und besteht unabhängig vom Güterrecht.

## ANRECHNUNG VERSCHWUNDENER ERRUNGENSCHAFT

Art. 208 Abs. 1 ZGB. Einem Ehegatten kann bestrittene Errungenschaft nur dann zugeschrieben werden, wenn er während der Ehe erworbene Vermögenswerte verschenkt hat oder verheimlicht.

*Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 12. Dezember 2007, BF.2007.11*

### *Sachverhalt:*

Der Ehemann war bis Anfang 1999 Geschäftsführer und Alleinaktionär einer während der Ehe aufgebauten Brokerfirma. Danach veräusserte er sämtliche Aktien für Fr. 600'000.–. Das Kreisgericht nahm an, vom Kaufpreis seien bis zur Anordnung der Gütertrennung Mitte 2003 Fr. 10'000.– der Ehefrau übergeben, Fr. 210'000.– in zwei Eigentumswohnungen investiert und nicht mehr als Fr. 80'000.– für den Lebensaufwand verbraucht worden. Daraus schloss es, dass der Ehemann bei Auflösung des ordentlichen Güterstandes noch Errungenschaftswerte von mindestens Fr. 300'000.– besessen habe. Der Berufungskläger wendet sich gegen diese hypothetische Aufrechnung. Er behauptet, der gesamte Kaufpreis sei auf sein Bankkonto einbezahlt und nichts davon beiseite geschafft worden. Die Berufungsbeklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, der Ehemann habe keine schlüssigen Auskünfte gegeben und den angebliehen Vermögensverzehr bei weitem nicht vollständig erklären können.

### *Aus den Erwägungen:*

Dem Ehemann kann Errungenschaftsvermögen nur dann zugeschrieben werden, wenn während der Ehe erworbene Vermögenswerte bei Auflösung des ordentlichen Güterstandes effektiv noch vorhanden waren oder wenn sie zwar ausgegeben wurden, aber nach Art. 208 Abs. 1 ZGB hinzuzurechnen sind. Die Hinzurechnung will verhindern, dass der Beteiligungsanspruch des Ehepartners auf illoyale Weise durch Vermögensentäusserungen geschmälert wird. Im Übrigen kann ein Ehegatte jedoch sein Vermögen frei nutzen und darüber beliebig verfügen. Seine Handlungsfreiheit ist nicht soweit eingeschränkt, dass er auch für schlechte Verwaltung oder leichtsinnigen Verbrauch der Errungenschaft haftbar gemacht würde (BGE 118 II 27, 30 f.; Botschaft Eherecht, 126; SCHNYDER, in: ZBJV 1994, 159 f.; FamKomm Scheidung/STECK, Art. 208 ZGB N 1).

Die Ehefrau verlangt zunächst eine Hinzurechnung unentgeltlicher Zuwendungen. Der Ehemann erklärte in einer Zusammenstellung seiner Ausgaben unter anderem, er habe der Tochter M. insgesamt Fr. 38'000.– für die Renovation der Wohnung, die Anschaffung von Hausrat sowie den Kauf eines Autos übergeben und die Tochter N. mit zirka Fr. 20'000.– unterstützt. Die Kontoauszüge zeigen freilich, dass die monatlichen Geldleistungen an N. einen Gesamtbeitrag von Fr. 28'500.– erreichten. Im Übrigen ist anzunehmen, dass der Ehemann, der keine pri-



vate Buchhaltung führte, über sein Ausgabenverhalten am besten orientiert ist. Auf das Zugeständnis betreffend die Beiträge an M. darf deshalb ohne Weiteres abgestellt werden (vgl. BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, 100), auch wenn nur ein kleiner Teil davon ausgewiesen ist. Es ist also davon auszugehen, dass der Ehemann die beiden Töchter mit total Fr. 66'500.– bedachte. Er macht nicht geltend, die erwachsenen und bereits verheirateten Kinder hätten sich in einer Notlage befunden, weshalb seine Hilfe geradezu moralisch geboten gewesen sei (vgl. BaslerKomm/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 208 ZGB N 15; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208 ZGB N 22; FamKomm Scheidung/STECK, Art. 208 ZGB N 12). Die Leistungen an sie dienten wohl eher zur Erfüllung gewisser Komfortbedürfnisse, wie etwa der Autokauf anschaulich zeigt. Der Ehemann pflegte offenbar die Ehefrau in einer schon zerrütteten Beziehung über seine finanziellen Transaktionen nicht mehr zu orientieren. Jedenfalls tut er in keiner Weise dar, dass sie den Schenkungen ausdrücklich oder konkludent zustimmte (BGE 127 III 396, 400) oder diese nachträglich genehmigte, und dafür trägt er die Beweislast (BGer, 5C.111/2002; DESCHE-NAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, N 1423; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 208 N 34). Damit sind alle Voraussetzungen für eine Hinzurechnung im Sinne von Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfüllt: Es handelt sich um unentgeltliche Zuwendungen innerhalb der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstands, die weder blosse Gelegenheitsgeschenke darstellten, noch zur Erfüllung einer eigentlichen moralischen Unterstützungspflicht bestimmt waren und ohne Einverständnis der Ehefrau erfolgten.

Sodann bringt die Ehefrau vor, der Ehemann habe nie vollständig dargelegt, wofür er den Erlös aus dem Firmenverkauf verwendet habe, weshalb es sich – soweit eine andere Erklärung fehle – nur um eine Vermögensverschleierung handeln könne. Zwar hat ein Ehegatte dem anderen in wirtschaftlichen Belangen umfassende Auskunft zu erteilen und ihn insbesondere auch über das Schicksal verschwundener Vermögenswerte zu informieren (Art. 170 Abs. 1 ZGB). Er ist allerdings nicht gehalten, alle Belege aufzubewahren, um in einer späteren Auseinandersetzung lückenlos Aufschluss geben zu können. Es findet auch keine Umkehr der Beweislast statt. Ein Ehegatte, zu dessen Errungenschaft bestimmte Vermögenswerte einmal gehörten, muss also nicht nachweisen, dass er diese nicht verschenkt oder verheimlicht habe (SCHNYDER, ZBJV 1994, 159). Allenfalls kann sein Verhalten zur Folge haben, dass das Gericht die Überzeugung gewinnt, die Angaben seien unzulänglich oder falsch, und eher der Darstellung des anderen Ehegatten vertraut (BGE 118 II 28 f.; BGer, FamPra.ch 2007, 166). Die Ehefrau setzt sich aber mit den vom Ehemann präsentierten Bankauszügen, die jede einzelne Kontobewegung in den Jahren 1999 bis 2003 aufzeigen, gar nicht auseinander und verlangt von ihm keine Auskünfte zu bestimmten Positionen. Nach der im kantonalen Recht statuierten sozialen und mithin beschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 236 SG-ZPO) bleibt nur zu prüfen, ob gewisse Bezüge als offensichtlich ungewöhnlich und erklärungsbedürftig erscheinen. Es deutet

aber nach einer Durchsicht der Bankbelege nichts darauf hin, dass der Ehemann im Hinblick auf eine Scheidung Vermögen abzweigte. Vielmehr spricht alles dafür, dass der Verkaufserlös – soweit er nicht in Wohneigentum investiert oder an Familienmitglieder verteilt wurde – dazu diente, den bisherigen Lebensstil ohne Rücksicht auf das nach der Geschäftsaufgabe gesunkene Einkommen beizubehalten, und dass bei Auflösung des ordentlichen Güterstandes tatsächlich nichts mehr übrig geblieben war.

## VERSPÄTETE ANFECHTUNG DER KINDESANERKENNUNG

Art. 260c ZGB. Ein gesetzlicher Erbe ist zwar befugt, die Anerkennung einer Vaterschaft anzufechten. Er darf aber nicht bis zum Tod des Anerkennenden passiv bleiben und darüber hinaus zuwarten, bis ihm der Verkauf einer Liegenschaft aus dem Nachlass angekündigt wird.

*Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 8. April 2008, BF.2007.15*

### *Sachverhalt:*

A. lebte in den Jahren 1993 und 1994 in nichtehelicher Gemeinschaft mit B. zusammen. Sie brachte am 4. Januar 1994 eine Tochter zur Welt, welche der Partner wenig später, am 14. Januar 1994, als sein Kind anerkannte. Am 27. Februar 2004 starb A. im Spital, wobei seinem Körper im Hinblick auf einen möglichen Vaterschaftstest Blut entnommen wurde. Ende August 2005 kündigte das Amtsnotariat an, dass das landwirtschaftliche Gewerbe im Wert von rund einer halben Million Franken, welches den Kern des Nachlasses bildete, zum freihändigen Verkauf angeboten werde. Darauf erhob C., ein Bruder des Verstorbenen, am 15. Oktober 2005 eine Anfechtungsklage. Das Kreisgericht stellte mit Teilurteil fest, dass die Anerkennung des Kindes rechtzeitig angefochten worden sei, und ordnete ein Vaterschaftsgutachten an. Dagegen erklärte das von einem Beistand vertretene Kind Berufung.

### *Aus den Erwägungen:*

Der Kreis der Klageberechtigten ist weit gezogen. Jedermann, der daran ein Interesse hat, kann die Anerkennung eines Kindes anfechten. Befugt dazu ist namentlich jeder gesetzliche Erbe (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 260a ZGB N 105; SAGER, Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung, Diss. Zürich 1979, 153 f.). Die Klage richtet sich nach dem Tod des Anerkennenden allein gegen das Kind (Basler Komm/SCHWENZER, Art. 260a ZGB N 8; a.M. BernerKomm/HEGNAUER, Art. 260a ZGB N 113; SAGER, 158).

Der Anerkennende selbst kann nur klagen, wenn er das Kind unter dem Einfluss einer schweren Drohung oder im Irrtum über seine Vaterschaft anerkannte. Die übrigen Interessierten brauchen sich nicht auf solche Gründe zu berufen. Sie können sich auf die Erklärung beschränken, der Anerkennende sei nicht der Vater (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 260b ZGB N 10). Sie müssen also den Willen des Anerkennenden nicht respektieren und dürfen sich ohne Weiteres in die mit der Anerkennung entstandene rechtliche und soziale Eltern-Kind-Beziehung einmischen (kritisch dazu BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 260a ZGB N 7). Das lässt sich damit be-

gründen, dass der Anerkennende eben auch eine bewusst unrichtige Erklärung abgeben kann und damit Erbberechtigten zu schaden vermag.

Die Anfechtungsklage ist innert einem Jahr ab Kenntnis der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der Vater ist, jedenfalls aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Anerkennung einzureichen (Art. 260c Abs. 1 ZGB). Offensichtlich ist die absolute fünfjährige Frist längst verstrichen. Die Anfechtung ist deshalb nur noch zulässig, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt werden kann (Art. 260c Abs. 3 ZGB). Wo das Gesetz auf wichtige Gründe verweist, hat das Gericht einen Entscheid nach Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu treffen. Es muss sich also fragen, was unter den besonderen Umständen als zweckmässig erscheint (Berner Komm/MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 50) und was zugleich den Grundwerten der Rechtsordnung am besten entspricht (ZürcherKomm/DÜRR, Art. 4 ZGB, N 87; BernerKomm/MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 44). Wichtige Gründe darf das Gericht aber erst annehmen, wenn etwas den Charakter des Besonderen und Aussergewöhnlichen annimmt (ROGGWILLER, Der wichtige Grund und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1956, 36 ff.). Es ist demnach ein eher strenger Massstab anzulegen. Eine verspätete Klage wird grundsätzlich zugelassen, wenn der Kläger zuvor an der Vaterschaft bloss vage zweifelte, aber keine bestimmten Anhaltspunkte für diesen Verdacht hatte. Dann wird ihm nicht zugemutet, auf Geratewohl zu klagen. Er ist aber gehalten, sich soweit möglich ein besseres Wissen zu verschaffen. Unterlässt er es, sich auf geeignete Weise kundig zu machen, so ist das Zuwarten nicht mehr entschuldbar (BGE 132 III 1 = Pra 2006 Nr. 79; BGE 119 II 110 = Pra 1995 Nr. 224; BGE 91 II 153; BGer 5C.113/2005; BGer 5C.130/2003).

Allerdings betraf diese Gerichtspraxis stets das Verhältnis zwischen dem angeblichen Vater und dem Kind. Ein klagender Dritter kann erst recht keine subjektive Gewissheit verlangen, er hat sich mit einem Erfolg versprechenden ersten Anschein zu begnügen, zumal die ernsthafte Behauptung der Nichtvaterschaft als Klagegrund ausreicht und Sicherheit sich ohnehin nur mit einem Gutachten erzielen lässt. Der Kläger muss – im Gegensatz zum Anerkennenden oder zu dem als Vater geltenden Ehemann der Mutter – auch keine Hemmung überwinden im Hinblick auf eine DNA-Analyse, an der er ja nicht mitzuwirken hat, und keine Zurückhaltung ablegen mit Rücksicht auf eine gefühlsmässige Bindung an Mutter und Kind, die gar nie bestand, sondern braucht nur das Kostenrisiko eines Prozesses zu bedenken. Das ist in einer bedeutsamen Statusfrage aber kein beachtliches Motiv, solange die Klage nicht geradezu als aussichtslos erscheint.

Was als wichtiger Grund zu betrachten ist, lässt sich im Übrigen nicht allgemein sagen, sondern ergibt sich erst aus einer Interessenabwägung im Einzelfall (BGE 121 III 4; BGer, 5C.113/2005; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 260c ZGB N 34). Die Klage verfolgt nicht das Ziel, dem Kind indirekt zum genetisch richtigen Vater zu verhelfen. Es handelt sich im Gegenteil darum, dem Kind diejenige Person zu nehmen, die bisher als sein Vater bezeichnet wurde, seine

lange Zeit getragene Identität aufzuheben und ihm die für eine ungestörte Kindheit wie für eine ungehinderte Ausbildung bedeutsame Existenzgrundlage zu entziehen, um sich selbst in den Besitz der Erbschaft zu setzen. In diesem Missverhältnis zwischen den vorwiegend ideellen Interessen des Kindes und den rein materiellen, wenn auch vom Gesetz noch für schutzwürdig gehaltenen Interessen des Klägers besteht kein Anlass, diesem entgegenzukommen.

Der Kläger bringt in tatsächlicher Hinsicht vor, der Anerkennende habe der Familie wiederholt eröffnet, er zweifle an der Vaterschaft, weil das Kind ihm überhaupt nicht ähnlich sehe und weil die Mutter vermutlich noch mit anderen Männern intimen Kontakt gepflegt, aber einen Vaterschaftstest abgelehnt habe. Nach dessen Tod sei an einer Erbenversammlung im April 2004 wieder davon gesprochen worden, und dort habe sich gezeigt, dass alle Geschwister die Vaterschaft "eigentlich immer" bezweifelten.

Unbestritten ist demnach, dass der Anerkennende praktisch seit Geburt des Kindes begründete Zweifel an seiner Vaterschaft hegte und dass die Familie die an sich nachvollziehbare Skepsis teilte, wobei sich an diesem Wissensstand bis heute nichts mehr änderte. Der Kläger hätte durchaus innert Frist handeln können, weil vermuteter Mehrverkehr der Mutter oder auffallende Unähnlichkeit zwischen Vater und Kind als tragfähige Klagefundamente gelten (Bernerkomm/HEGNAUER, Art. 260b ZGB N 14). Die Vorinstanz billigte ihm jedoch zu, er habe den Anerkennenden schonen dürfen und zu dessen Lebzeiten nichts unternehmen müssen. Das würde allerdings bedeuten, dass Erben stets bis zum Tod des Anerkennenden zuwarten könnten, und eine solche Privilegierung lässt sich auf keine Weise begründen. Die Klagebefugnisse des Anerkennenden und der übrigen Interessierten bestehen ja unabhängig voneinander (Bernerkomm/HEGNAUER, Art. 260a ZGB N 108). Die Vorinstanz entschuldigte die Verspätung aber auch noch damit, dass eine Bauernfamilie wohl nicht gewusst habe, ob sich eine Vaterschaftsabklärung gegen den Widerstand der Mutter hätte durchsetzen lassen. Freilich holte der Anerkennende selbst eine ärztliche Auskunft ein und ein Verwandter suchte nach dessen Ableben rechtlichen Rat. Das eine oder andere wäre auch dem Kläger jederzeit zumutbar gewesen. Rechtsunkenntnis kann behoben und Rechtsirrtum vermieden werden, weshalb sich damit ein Verzug kaum je begründen lässt (SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, 242 f.).

Wenn man nun doch einmal unterstellt, die Zweifel des Klägers hätten sich erst in der Familienzusammenkunft nach dem Tod des Anerkennenden hinreichend verdichtet, so konnte er sich von einer Klage allerdings nur noch Erfolg versprechen, wenn ihm zugleich bekannt war, dass Blut des Verstorbenen aufbewahrt wurde. Danach musste er aber so rasch wie möglich handeln. Zu prüfen bliebe also die Frage, wann der Kläger von der Blutentnahme erfuhr. Das will er laut Klageschrift seines Anwalts im August 2005, nach eigener Parteiaussage sogar erst "zirka" im September oder Oktober 2005 entdeckt haben. Wer aber behauptet, er habe ein wesentliches Faktum erst zu einem späten Zeitpunkt erkannt, und daraus Rechte ableitet, muss die

Umstände darlegen, die ihm diese Kenntnis vermittelten. Gelingt ihm das nicht, darf angenommen werden, dass er schon früher Bescheid wusste (BernerKomm/KUMMER, Art. 8 ZGB N 216).

Das Spital hielt im März 2004 in seinem Bericht zum Todesfall fest, man habe Blut konserviert, weil die Vaterschaft des Verstorbenen von den Hinterbliebenen angezweifelt worden war. Der Hausarzt erteilte offenbar ihrem Wunsch folgend den Auftrag dazu, führte hernach im April 2004 ein Gespräch mit den Angehörigen und übergab ihnen eine Kopie des Berichts, und zwar – wie er ausdrücklich bestätigte – auch dem Kläger persönlich. Nach diesen glaubhaften Angaben war dem Kläger schon im April 2004 bekannt, dass eine Blutprobe ausgewertet werden konnte. Er macht allerdings geltend, ein Bruder habe sich damals allein um die Sache gekümmert und man habe ihn vorerst "machen lassen". Gesetzt den Fall, dass es sich so verhielt, konnte der Kläger aber nicht einfach passiv bleiben, sondern musste sich zumindest nach dem Stand der Angelegenheit erkundigen. Er hätte demnach im Frühjahr 2004 zumindest wissen können, dass alle Voraussetzungen für eine Klage gegeben waren. Schliesslich wurde der Spitalbericht der Familie Mitte September 2005 nochmals zugestellt. Selbst wenn man auf diesen letzten denkbaren Termin für eine Kenntnisnahme abstellen würde, erschiene die erst einen runden Monat danach eingereichte Klage wohl noch immer als verspätet. So wurde eine Verzögerung von sieben Wochen nicht mehr toleriert (BGE 85 II 305, 312) und eine solche von vier Wochen nur akzeptiert, weil der Kläger zwischendurch krank gewesen war (BGE 132 III 1, 5).

Insgesamt ist unerklärlich, weshalb der Kläger nicht innert der ordentlichen Klagefrist handelte, und erst recht unverständlich, warum er auch nach dem Tod des Anerkennenden weiter zögerte. Im Grunde genommen wartete er einfach so lange zu, bis er sein Erbe definitiv schwinden sah, und das ist nicht entschuldbar. Würde die Klage jetzt noch zugelassen, so könnte dies unerträgliche Konsequenzen für das Kind haben. Ihm würde Gefahr drohen, schlicht vaterlos zu werden.

*Das Bundesgericht ist auf die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde nicht eingetreten (Urteil vom 29. September 2008, Nr. 5A\_315/2008).*

## KINDESWILLE UND PERSÖNLICHER UMGANG

Art. 273 ZGB. Zeigen Kinder im urteilsfähigen Alter trotz langer Abwesenheit des Vaters und beharrlicher Beeinflussung durch die Mutter eine vorsichtige Bereitschaft, dem Vater wieder zu begegnen, so scheint es sinnvoll, beide Seiten im Sinne einer Aufforderung, aber nicht in Form eines zwangsweise durchsetzbaren Anspruchs einzuladen, einen Tag im Monat miteinander zu verbringen.

*Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 5. Februar 2008, BF.2006.43*

### *Sachverhalt:*

Die Eltern eines heute 14-jährigen Mädchens und eines 12 ½-jährigen Knaben trennten sich kurz nach der Geburt des zweiten Kindes. Seither lebten die Kinder ununterbrochen bei der Mutter und sahen den Vater nur selten. Vor vier Jahren brach die Beziehung vollständig ab. Die Mutter vereitelte mit immer neuen Ausreden und Vorwänden systematisch jede Annäherung, widersetzte sich konsequent allen Anordnungen des Erziehungsbeistands und liess sich auch von einer Strafandrohung nicht beeindrucken.

### *Aus den Erwägungen:*

In der Frage, wie der persönliche Umgang zwischen dem Vater und den Kindern ausgestaltet werden soll und kann, sind zwei Sichtweisen zu unterscheiden – die der Eltern und jene der Kinder. Eltern sollen sich nicht auf einen von ihnen mitverursachten oder gar bewusst provozierten Konflikt berufen und daraus Vorteile ableiten können (BGE 131 III 289; 130 III 585; BGer, FamPra.ch 2007, 428; SG-GVP 2005 Nr. 46). Der persönliche Verkehr darf nicht im Sinne einer Unterwerfung unter die unverständliche Verweigerungshaltung der Klägerin eingeschränkt werden, er kann aber auch nicht als eine Art Genugtuung für den insofern ungerecht behandelten Beklagten ausgeweitet werden. Es geht bei der Festsetzung einer Besuchsordnung eben nicht darum, einen fairen Ausgleich zwischen den Eltern anzustreben, sondern darum, eine Lösung zu finden, die den Bedürfnissen der Kinder entspricht (BGE 120 II 29).

Kinder, die schon urteilsfähig sind, können erwarten, dass ein gefestigter und nicht nur aus einer momentanen Laune heraus gefasster Entschluss respektiert wird (BGE 127 III 295; 124 III 93; 122 III 401; 100 II 76; OGer LU, FamPra.ch 2003, 191). Lehnen sie einen Kontakt kategorisch ab, so wäre es mit dem Zweck der Umgangsregelung und mit ihrem Persönlichkeitsrecht nicht zu vereinbaren, ihnen einen solchen gleichwohl aufzuzwingen (BGer, FamPra.ch 2006, 752; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 273 ZGB N 11). Eine gerichtliche Verordnung wirkt sich auf das Vater-Kind-Verhältnis nämlich nur negativ aus und leitet meist den endgültigen Abbruch der Beziehung ein. Ein Appell an die Selbstbestimmung kann hingegen dazu führen, dass

die Kinder im Laufe der Adoleszenz ihr Urteil über die Eltern revidieren, die Parteinahme für einen Elternteil aufgeben und sich dem anderen freiwillig zuwenden (WALLERSTEIN/LEWIS, Langzeitwirkung der Scheidung auf Kinder, FamRZ 2002, 69 f.). Allenfalls ist es noch vertretbar, den Kindern mit einem gewissen Nachdruck, aber ohne Zwang einen minimalen Kontakt nahezulegen, damit sie das ihnen bisher vermittelte negative Vaterbild mit der Realität vergleichen können (BGer, FamPra.ch 2007, 713; vgl. auch FELDER/HAUSHEER, Drittüberwachtes Besuchsrecht – Die Sicht der Kinderpsychiatrie, ZBJV 1993, 706). Es scheint aber erst dann empfehlenswert, darüber hinauszugehen, wenn eine konkrete Hoffnung besteht, dass sich das Verhältnis zwischen dem Vater und den Kindern verbessern könnte (BGer, FamPra.ch 2006, 753; FamKomm Scheidung/WIRZ, Art. 273 ZGB N 28). Zu überlegen ist dann vor allem, was am ehesten zu einer Verhaltensänderung beiträgt (STAUB/FELDER, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, 131).

Die Kinder lehnen eine Begegnung mit dem Vater nicht rundweg ab. Sie zeigen trotz seiner langer Abwesenheit und der fortwährenden Beeinflussung durch die Mutter einen überraschenden Rest von Ambivalenz. In der ersten Kinderanhörung vor dem Kreisgericht erklärte der Bub seine Bereitschaft, sich dem Vater schrittweise zu nähern, während das Mädchen noch zögerte. In der zweiten Anhörung vor dem Kantonsgericht verhielt es sich gerade umgekehrt. Der Tochter schwebte nun vor, den Vater spontan, wenn auch nicht allzu häufig, anzurufen und mit ihm etwas zu verabreden, derweil der Sohn eine Auszeit wünschte und erst später über das Verhältnis zum Vater nachdenken wollte. Die Gefühle der Kinder schwanken also zwischen zwei Polen – der vordergründigen Angst, mit dem fremd gewordenen Vater konfrontiert zu werden, und der verhaltenen Neugier, ihn wieder kennenzulernen. In dieser Situation scheint ein Angebot an beide Seiten, einen Tag im Monat miteinander zu verbringen, vernünftig und angemessen – ein Minus würde die Besuche auf eine symbolische Handlung reduzieren, was nicht einmal die Mutter verlangt, und ein Plus die Verunsicherung der Kinder vergrössern, zumal die Lebenssituation des Vaters unklar ist. Zu verstehen ist das als Aufforderung, die in verbindlicher Form ausgesprochen wird, aber nicht als Gebot, das zwangsweise durchgesetzt werden kann (vgl. dazu FamKomm Scheidung/WIRZ, Art. 274 ZGB N 28). Die Kinder müssen nicht von vornherein mit unnötigen Auflagen oder festen Terminen in ihrem Mitbestimmungsrecht eingeschränkt werden. Sie sollten sich in einer Angelegenheit, die sie persönlich betrifft, nicht mehr ausschliesslich von der Mutter vertreten und beschützen lassen, sondern selbst die Initiative ergreifen und die Gestaltung der Besuchstage direkt oder allenfalls über den Beistand mit dem Vater aushandeln.

Es ist nun Sache des Beklagten, sich auf seine Erwachsenenkompetenz zu besinnen, geduldig Vorschläge zu machen, keinen Druck auszuüben und nach Absagen nicht gleich zu resignieren, sondern den Kindern die beständige Botschaft zu vermitteln, dass seine Tür für sie immer offen steht (JOHNSTON, Entfremdete Scheidungskinder?, Zeitschrift für Kinder- und Jugendhilfe [ZKJ] 2007, 218 ff., 224). Ein solcher Rat mag ihm zwar unbefriedigend und enttäuschend vorkommen. Nach den Erfahrungen der letzten Jahre liegt darin aber doch seine einzige



Chance, je wieder am Leben der Kinder teilhaben zu können. Gelingt eine erste Kontaktaufnahme, so ist damit eine Basis geschaffen, auf der sich die Beziehung freier entfalten kann. Misslingt sie trotz allen Bemühungen, so braucht sich der Vater wenigstens später den Vorwurf nicht gefallen zu lassen, er habe sich nie um die Kinder gekümmert.

## SICHERSTELLUNG DES KINDESUNTERHALTS

Art. 292 ZGB. Die Sicherstellung dient dazu, durch unredliches Verhalten gefährdete Unterhaltsansprüche zu schützen, und kann nicht missbraucht werden, um sich in die Lebensgestaltung des Pflichtigen einzumischen.

*Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 21. Mai 2008, RF.2008.28*

### *Sachverhalt:*

Eine Familie lebte zeitweise in Kanada, kehrte aber nach einem wirtschaftlichen Misserfolg in die Schweiz zurück. Nach der Scheidung plante der Mann, mit dem älteren und bereits mündigen Sohn erneut nach Kanada auszuwandern. Darauf verlangte die Frau, den Unterhalt für den bei ihr lebenden siebenjährigen Sohn bis zum Abschluss seiner Ausbildung sicherzustellen und die Bankkonten sowie das Wertschriftendepot des Unterhaltspflichtigen zu sperren. Sie begründete dieses Gesuch damit, dass er sich auf ein schon einmal gescheitertes, unverantwortbares Experiment einlasse, dafür alle seine Barmittel einsetze und diese dem Kind als Vollstreckungssubstrat entziehe. Gegen die Abweisung ihres Begehrens erhob sie Rekurs.

### *Aus den Erwägungen:*

Die Sicherstellung greift tief in die wirtschaftliche Existenz einer Person ein und bedarf einer besonderen Rechtfertigung (SUTTER-SOMM/FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 132 ZGB N 27). Vorausgesetzt wird ein unredliches und gläubigerschädigendes Verhalten – entweder eine beharrliche Vernachlässigung der Unterhaltspflicht oder ein Beiseiteschaffen von Vermögenswerten beziehungsweise eine Flucht (Art. 292 ZGB). Der Schuldner vernachlässigt seine Zahlungspflicht, wenn er sie ausgeprägt und andauernd versäumte (BerneKomm/HEGNAUER, Art. 292 ZGB N 8). Hier blieb unwidersprochen, dass der Gesuchsgegner den Kindesunterhalt bislang vollständig und regelmässig leistete. Der Schuldner schafft Vermögenswerte beiseite, wenn er sie versteckt, verschwendet, verschenkt, ungünstig oder grundlos veräussert (SchKG-Komm/STOFFEL, Art. 271 SchKG N 62), aber nicht bereits dann, wenn er einen Vermögensverzehr mit einer beruflichen Umstellung oder einer Veränderung der privaten Verhältnisse plausibel zu begründen vermag (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 271 SchKG N 25). Er trifft Anstalten zur Flucht, wenn er überstürzt oder heimlich abreist, hingegen nicht schon dann, wenn er seinen Wohnsitz auf ordentliche Weise ins Ausland verlegt (SchKG-Komm/STOFFEL, Art. 271 SchKG N 63). Hier ist dargetan, dass der Gesuchsgegner seine Auswanderung umsichtig plante und frühzeitig ankündigte. Er räumte wohl ein, dass er Mittel benötige, um seine Verbindlichkeiten in der Schweiz zu erfüllen und einen Hausbau in Kanada zu finanzieren, legte aber kein irgendwie verdächtiges

Benehmen an den Tag, welches Anlass zur Befürchtung gäbe, dass er sich in Zukunft der Erfüllung seiner Pflicht entziehen wolle (BGE 107 II 396, 401; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 292 ZGB N 9). Der Umstand, dass er auf gerichtlichem Weg eine Herabsetzung des Kindesunterhalts zu erreichen versucht, spricht nicht für bösen Willen, auch wenn die Erfolgsaussichten einer solchen Klage fraglich sein mögen, weil ein Unterhaltspflichtiger die Konsequenzen eines freiwilligen Entschlusses in der Regel selbst zu tragen hat und nicht ohne Weiteres auf Familienangehörige abwälzen kann (vgl. HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.64 ff.).

Die Vorinstanz stellte unbestritten fest, dass der Gesuchsgegner Eigentümer einer Liegenschaft in der Schweiz ist, welche ausreichende Sicherheit biete. Die Gesuchstellerin behauptete nie konkret, es sei ein Verkauf dieses Grundstücks geplant, und dafür bestehen auch keine Anzeichen, zumal die Mutter des Gesuchsgegners im Haus wohnt und Mietzins bezahlt. Sie bringt bloss ganz allgemein vor, eine Liegenschaft könne "problemlos" auf eine andere Person – zum Beispiel auf das erwachsene Kind – überschrieben werden und lasse sich im Übrigen nur schwer verwerten. Der eine Einwand ist rein spekulativ und der andere klar unzutreffend. Das zeigt, dass das Begehren gar nicht in erster Linie das Ziel verfolgt, einen gefährdeten Unterhaltsanspruch zu sichern, sondern vom Motiv geprägt ist, mit einer Beschlagnahme des ganzen Barvermögens die Auswanderung von Vater und Sohn und die dabei befürchtete Entfremdung in der Familie möglichst zu verhindern. Die Sicherheitsleistung kann aber nicht dazu missbraucht werden, um sich in die persönliche Lebensgestaltung des Unterhaltsschuldners einzumischen.

## AUSSICHTSLOSE KLAGE BEIM UNZUSTÄNDIGEN GERICHT

Art. 17 lit. a GestG. Für die Klage eines Elternteils gegen das mündige Kind auf Abänderung des im Scheidungsurteil geordneten Unterhalts steht nur der allgemeine Gerichtsstand zur Verfügung. Das am Wohnsitz des Klägers eingeleitete Verfahren ist aussichtslos, weshalb es nicht unentgeltlich geführt werden kann.

*Kantonsgericht St.Gallen, Präsident der II. Zivilkammer, 9. Januar 2008, RF.2008.3*

### *Sachverhalt:*

Ein Vater wurde bei der Scheidung verpflichtet, für seine Tochter indexierten Unterhalt von Fr. 1'400.– im Monat bis zu ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit zu bezahlen. Nachdem das Kind mündig geworden und der Kontakt abgerissen war, erhob er an seinem Wohnsitz Klage und verlangte die Aufhebung der Unterhaltspflicht. Sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wurde abgewiesen und dagegen erklärte er Rekurs.

### *Aus den Erwägungen:*

Die unentgeltliche Prozessführung wird einer Partei bewilligt, wenn sie bedürftig und ihre Sache nicht von vornherein aussichtslos scheint. Als aussichtslos gilt eine Klage grundsätzlich dann, wenn die Verlustrisiken die Gewinnchancen klar übersteigen und so gross werden, dass das Begehren kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden kann (BGE 122 I 271; 109 Ia 109; 105 Ia 113). Aussichtslosigkeit darf namentlich angenommen werden, wenn eine Klage beim unzuständigen Gericht eingereicht wird (BGE 100 Ia 9). Vorausgesetzt wird dafür freilich, dass die Zuständigkeitsregelung geklärt ist (BGE 119 Ia 251). In einer heiklen und noch umstrittenen Rechtsfrage dürfte der Entscheid des Sachgerichts hingegen nicht vorweggenommen werden (BGE 88 I 145; HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, 168).

Eine Klage gegen eine natürliche Person ist an ihrem Wohnsitz zu erheben, soweit kein besonderer Gerichtsstand vorgesehen ist (Art. 3 Abs. 1 lit. a GestG). Das Gericht am Wohnsitz des Klägers wird dann wahlweise zuständig, wenn es sich um eine eherechtliche Klage (Art. 15 GestG) oder um eine unterhaltsrechtliche Klage (Art. 17 GestG) handelt. Wurde der Unterhalt eines inzwischen mündigen Kindes im Scheidungsurteil festgesetzt, so ist die Neuordnung des Beitrags nicht als Abänderung dieses Urteils aufzufassen (SUTTER/FREIBURGHHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 135 ZGB N 66). Im Vordergrund steht nicht mehr die Anknüpfung an der Elternscheidung, sondern die eigenständige Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen einem Elternteil und dem erwachsenen Kind (HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 22.10). Aus dem Vorbehalt in Art. 135 Abs. 2 ZGB geht klar hervor, dass sich die Zuständigkeit zur Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrags für das mündige Kind nicht nach dem Eherecht,

sondern nach dem Kindesrecht richtet. Die Bestimmung in Art. 15 Abs. 1 lit. d GestG, die sich mit der Zuständigkeit für die Abänderung von Scheidungsurteilen befasst, ist demnach offensichtlich nicht anwendbar (DONZALLAZ, Commentaire de la loi sur les fors, Art. 17 N 3; Basler Komm/LEUENBERGER, Art. 135 ZGB N 15; KommGestG/NAEGELI, Art. 15 N 34; BSK/SPÜHLER/SIEHR/GRAHAM, Art. 15 GestG N 19). Die Zuständigkeit für Unterhaltsansprüche mündiger Kinder ist stattdessen in Art. 17 lit. a GestG geregelt. Der Gesetzeswortlaut bringt allerdings unmissverständlich zum Ausdruck, dass der alternative Gerichtsstand nur dann zur Verfügung steht, wenn das Kind als Kläger auftritt (BSK/SIEHR/GRAHAM, Art. 17 GestG N 5). Diese Privilegierung der unterhaltsberechtigten Person ist durchaus nachvollziehbar und stimmt mit der Zuständigkeitsordnung im internationalen Verhältnis überein (Art. 5 Nr. 2 LugÜ; vgl. dazu Zürcher Komm/SIEHR, Art. 79 IPRG N 4). Die Klage des Elternteils gegen das mündige Kind auf Herabsetzung oder Aufhebung der Unterhaltspflicht stellt keine "Unterhaltsklage des Kindes" im Sinne des Gesetzes dar und muss deshalb am Wohnsitz der beklagten Partei als allgemeinem Gerichtsstand eingereicht werden (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, Art. 135 ZGB/Art. 15 GestG N 18; KommGestG/NAEGELI, Art. 17 N 10). Zwar wäre eine vorbehaltlose Einlassung an einem anderem Ort möglich (Art. 10 GestG). Die Beklagte hat aber schon vor dem Vermittler die Einrede der Unzuständigkeit erhoben. Damit steht fest, dass das angerufene Gericht nicht zuständig ist, und das lässt die Klage als aussichtslos erscheinen.



## INHALT DER MITTEILUNGEN ZUM FAMILIENRECHT NR. 1 – 10

### ENTSCHEIDE

#### Art. 107 und 108 ZGB

Ungültigkeitsgründe und Klagefrist 11.08.2004 Nr. 6, 5 FamPra.ch 2004, 951

#### Art. 111 ZGB

Kostenteilung bei Widerruf 19.10.2002 Nr. 4, 5 FamPra.ch 2003, 442

Einvernehmlicher Rückzug 02.05.2002 Nr. 4, 9 FamPra.ch 2003, 184

Bestätigung des Scheidungswillens 23.04.2004 Nr. 5, 7 SG-GVP 2003 Nr. 44  
FamPra.ch 2003, 663  
SJZ 2004, 269

Teilweiser Widerruf der Vereinbarung 27.04.2004 Nr. 6, 11 SG-GVP 2004 Nr. 40  
FamPra.ch 2004, 947

#### Art. 114 ZGB

Begriff des Getrenntlebens 20.02.2001 Nr. 2, 5 ZBJV 2002, 54

Trennungswille und Trennungsfrist 25.01.2002 Nr. 3, 7 SG-GVP 2002 Nr. 38  
FamPra.ch 2002, 357

Getrenntleben unter einem Dach 10.05.2006 Nr. 8, 5 FamPra.ch 2007, 128

#### Art. 115 ZGB

Unverträglichkeit 06.07.2000 Nr. 1, 7 FamPra.ch 2001, 104

Heiratsmotive 06.07.2000 Nr. 1, 8 FamPra.ch 2001, 106

Psychische Belastung 07.08.2000 Nr. 1, 9 FamPra.ch 2001, 107  
ZBJV 2001, 81

Beweis der Unzumutbarkeit 28.05.2001 Nr. 3, 11

Misshandlung 01.05.2001 Nr. 2, 11 ZBJV 2002, 59

Scheinehe 08.07.2002 Nr. 4, 17 FamPra.ch 2003, 158  
ZBJV 2003, 538

#### Art. 124 ZGB

Bezug des Alterskapitals 14.07.2003 Nr. 5, 11 FamPra.ch 2004, 119

Rententeilung nach langer Ehe 14.10.2002 Nr. 4, 31 FamPra.ch 2003, 412  
SJZ 2003, 260

Barauszahlung 26.02.2006 Nr. 8, 9

**Art. 125 Abs. 1 ZGB**

Clean break 22.09.2000 Nr. 1, 11 FamPra.ch 2001, 372  
ZBJV 2001, 84

**Art. 125 Abs. 2 ZGB**

Unterhalt in Mangellage 28.08.2000 Nr. 1, 15 FamPra.ch 2001, 369  
ZBJV 2001, 86

Aufstockungs- und Vorsorgeunterhalt 22.10.2001 Nr. 3, 15 FamPra.ch 2002, 374

Unterhalt nach Ehe mit mehreren Phasen 08.08.2003 Nr. 5, 21 FamPra.ch 2004, 134

Nacheheliche Solidarität 17.08.2006 Nr. 8, 13 FamPra.ch 2007, 159

Bemessung nach dem negativen Interesse 15.05.2007 Nr. 9, 5 FamPra.ch 2008, 188  
Plädoyer 2008, 67

Rangfolge mehrerer Unterhaltsansprüche 13.08.2007 Nr. 9, 7 FamPra.ch 2008, 190

Unterhalt als Schadenersatz? 10.05.2007 Nr. 9, 9

**Art. 125 Abs. 3 ZGB**

Kein Ausschluss des Unterhalts bei Ehebruch 18.09.2000 Nr. 1, 19

**Art. 129 Abs. 1 ZGB**

Auswirkungen einer Lebensgemeinschaft 14.07.2005 Nr. 7, 5 SG-GVP 2005 Nr. 43  
FamPra.ch 2005, 932

Aufhebung des nachehelichen Unterhalts 10.06.2005 Nr. 7, 11 FamPra.ch 2006, 166

Keine Abänderung bei Einkommensverzicht 07.06.2007 Nr. 9, 13

**Art. 132 Abs. 1 ZGB**

Schuldneranweisung trotz Konkubinatsklausel 15.03.2005 Nr. 7, 15 FamPra.ch 2006, 164

**Art. 133 ZGB**

Grundsätze der Kinderzuteilung 11.02.2002 Nr. 4, 37 SG-GVP 2002 Nr. 39  
FamPra.ch 2003, 192

Untaugliches PAS-Konzept 01.03.2007 Nr. 9, 21 FamPra.ch 2008, 210

Bedeutung der Eigenbetreuung 23.04.2008 Nr. 10, 57

**Art. 134 Abs. 1 ZGB**

Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts 02.12.2004 Nr. 7, 19 FamPra.ch 2005, 963

**Art. 137 ZGB**

Rechtsgrundlage des vorsorglichen Unterhalts 08.08.2000 Nr. 1, 21

Massnahmen nach rechtskräftiger Scheidung 06.02.2006 Nr. 8, 17



Massnahmen im Abänderungsprozess	05.04.2006	Nr. 8, 19	
Massnahmen im Revisionsverfahren	24.01.2007	Nr. 9, 17	
<b>Art. 144 ZGB</b>			
Sinn der Kindesanhörung	26.10.2007	Nr. 9, 23	SG-GVP 2007 Nr. 46 FamPra.ch 2008, 233
Pflicht zur Kindesanhörung	04.06.2008	Nr. 10, 59	FamPra.ch 2009, 279
<b>Art. 149 Abs. 2 ZGB</b>			
Anfechtung vereinbarter Scheidungsfolgen	11.07.2002	Nr. 4, 11	FamPra.ch 2003, 186 ZBJV 2003, 548
<b>Art. 170 Abs. 2 ZGB</b>			
Auskunftspflicht Dritter	22.05.2003	Nr. 5, 33	SG-GVP 2003 Nr. 45 FamPra.ch 2003, 644
Umfang des Auskunftsrechts	27.07.2004	Nr. 6, 15	FamPra.ch 2004, 968 SJZ 2005, 294
<b>Art. 172 Abs. 3 ZGB</b>			
Ermächtigung zur Barauszahlung der Vorsorge	26.09.2002	Nr. 4, 27	SG-GVP 2002 Nr. 40 FamPra.ch 2003, 385 ZBJV 2003, 544
<b>Art. 175 ZGB</b>			
Recht auf Getrenntleben	08.03.2001	Nr. 2, 15	SG-GVP 2001 Nr. 34 FamPra.ch 2001, 776 ZBJV 2002, 67
<b>Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB</b>			
Unterhalt nach kurzer Ehedauer	13.08.2002	Nr. 4, 21	FamPra.ch 2003, 144 ZBJV 2003, 552
Unterhalt bei Alkoholismus	17.06.2003	Nr. 5, 29	FamPra.ch 2003, 666
Unterhalt in Doppelverdienstehe	18.06.2003	Nr. 5, 37	SG-GVP 2003 Nr. 46 FamPra.ch 2003, 647
Unterhalt trotz Vermögensentäusserung	18.02.2004	Nr. 6, 19	FamPra.ch 2004, 963
Anrechnung von Kinderzulagen	21.04.2004	Nr. 6, 25	FamPra.ch 2005, 178
Unterhalt in komplexen Verhältnissen	06.07.2005	Nr. 7, 23	FamPra.ch 2005, 906
Unbillige Unterhaltsvereinbarung	02.10.2007	Nr. 9, 25	SG-GVP 2007 Nr. 48 FamPra.ch 2008, 176
Unterhalt in extrem günstiger Situation	14.06.2007	Nr. 9, 31	SG-GVP 2007 Nr. 47 FamPra.ch 2008, 192

Zuweisung eines Mankos	05.05.2008	Nr. 10, 61	FamPra.ch 2008, 623
<b>Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB</b>			
Zuteilung der Wohnung und des Hausrats	23.04.2003	Nr. 5, 41	SG-GVP 2003 Nr. 47 FamPra.ch 2003, 641
<b>Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB</b>			
Anordnung der Gütertrennung	05.04.2001	Nr. 2, 19	SG-GVP 2001 Nr. 35 FamPra.ch 2001, 779 ZBJV 2002, 71
<b>Art. 176 Abs. 3 ZGB</b>			
Alternierende Obhut	06.09.2002	Nr. 4, 35	SG-GVP 2002 Nr. 41 FamPra.ch 2003, 468
<b>Art. 179 ZGB</b>			
Abänderung des Ehegattenunterhalts	03.06.2005	Nr. 7, 27	FamPra.ch 2005, 904
Wiederaufnahme des Zusammenlebens	12.04.2006	Nr. 8, 23	SG-GVP 2006 Nr. 64
<b>Art. 182 ZGB</b>			
Anfechtung des Ehevertrags	19.08.2004	Nr. 6, 37	FamPra.ch 2005, 126
<b>Art. 205 ZGB</b>			
Zuweisung von Miteigentum an Grundstück	02.07.2004	Nr. 6, 29	FamPra.ch 2005, 141 ZBJV 2005, 147
<b>Art. 208 ZGB</b>			
Hinzurechnung von Errungenschaftsvermögen	12.12.2007	Nr. 10, 64	
<b>Art. 260c ZGB</b>			
Verspätete Anfechtung der Anerkennung	08.04.2008	Nr. 10, 67	
<b>Art. 264 ZGB</b>			
Pflegeplatz als Vorstufe der Adoption	13.09.2004	Nr. 6, 33	FamPra.ch 2005, 149
<b>Art. 273 ZGB</b>			
Besuchsregeln im Elternkonflikt	03.10.2005	Nr. 8, 29	SG-GVP 2005 Nr. 46
Vollzug des Besuchsrechts	10.08.2006	Nr. 8, 33	SG-GVP 2006 Nr. 65 FamPra.ch 2007, 174

Bedeutung des Kindeswillens	05.02.2008	Nr. 10, 71	FamPra.ch 2009, 250
<b>Art. 277 Abs. 2 ZGB</b>			
Zumutbarkeit des Mündigenunterhalts	16.08.2005	Nr. 7, 31	SG-GVP 2005 Nr. 48 FamPra.ch 2006, 212
Bemessung des Mündigenunterhalts	18.02.2005	Nr. 7, 35	SG-GVP 2005 Nr. 47 FamPra.ch 2005, 982
Kein Unterhalt bei fehlendem Lerneifer	10.05.2007	Nr. 9, 37	
<b>Art. 279 ZGB</b>			
Rückwirkende Abänderung Kindesunterhalt	06.06.2005	Nr. 7, 41	FamPra.ch 2006, 206
<b>Art. 285 ZGB</b>			
Koordination Kindes- und Ehegattenunterhalt	22.08.2000	Nr. 1, 23	FamPra.ch 2001, 396
Erwerbsobliegenheit bei Kindesunterhalt	24.01.2006	Nr. 8, 25	FamPra.ch 2007, 191
<b>Art. 286 Abs. 2 ZGB</b>			
Anpassung Kindesunterhalt an Lebenskosten	29.06.2005	Nr. 7, 45	SG-GVP 2005 Nr. 49 FamPra.ch 2006, 209
<b>Art. 289 Abs. 2 ZGB</b>			
Legalzession für Kindesunterhalt	28.06.2005	Nr. 7, 49	FamPra.ch 2005, 987
<b>Art. 292 ZGB</b>			
Sicherstellung des Kindesunterhalts	21.05.2008	Nr. 10, 74	
<b>Art. 420 ZGB</b>			
Behördenstreit über elterliche Sorge	05.10.2006	Nr. 8, 37	
<b>Art. 15 GestG</b>			
Kein Wahlgerichtsstand für Darlehen	02.05.2007	Nr. 9, 39	
<b>Art. 17 GestG</b>			
Gerichtsstand für Klage gegen mündiges Kind	09.01.2008	Nr. 10, 76	

**Art. 281 SG-ZPO**

Unentgeltliche Rechtspflege für Umgangsstreit	02.06.2003	Nr. 5, 45	SG-GVP 2003 Nr. 74 FamPra.ch 2003, 706
Einseitiger Beizug eines Anwalts	28.04.2003	Nr. 5, 47	FamPra.ch 2004, 110
Bedeutung der Waffengleichheit	19.01.2005	Nr. 7, 53	FamPra.ch 2005, 937
Vertretung im einvernehmlichen Verfahren	10.11.2006	Nr. 8, 39	SG-GVP 2006 Nr. 92

**Art. 5 SG-V über das Scheidungsverfahren**

Unentgeltliche Rechtsberatung und Mediation	31.07.2001	Nr. 3, 25	SG-GVP 2001 Nr. 40 FamPra.ch 2002, 168
---	------------	-----------	---

**AUFSÄTZE**

BÜCHLER ANDREA	Von Irrungen und Wirrungen rund um die elterliche Sorge	Nr. 10, 7
CABERNARD MYRJAM	Einführung in das Partnerschaftsgesetz	Nr. 9, 51
DUSS-VON WERDT JOSEPH	Ehegericht – Familie als Gericht – Familiengericht	Nr. 10, 51
FALK HELENA	Scheidung und Invalidenversicherung	Nr. 9, 41
GEISER THOMAS	Rechtsnatur der Rente nach Art. 124 ZGB	Nr. 10, 23
HASLER URS	Wie lese ich eine Bilanz?	Nr. 3, 65
HABERMACHER SEPP	Supervision im Familiengericht	Nr. 6, 79
HRUBESCH STEPHANIE/ VETTERLI ROLF	Übungen zum internationalen Familienrecht	Nr. 7, 55
KAUFMANN MARTIN	Der Platz des Rechts am Familiengericht	Nr. 7, 73
KRABBE HEINER	Verhandeln zu Zweit	Nr. 6, 83
LECHMANN BRUNO	Zur familienrichterlichen Gesprächsführung	Nr. 2, 37
LEUENBERGER CHRISTOPH	Das Scheidungsverfahren: vom st.gallischen Recht zur Schweizerischen Zivilprozessordnung	Nr. 10, 45
LOHSE BUSCH BRIGITTE	Die Entfremdung des Kindes von einem Elternteil	Nr. 3, 57
LOHSE-BUSCH BRIGITTE/ POHLE-HAUSS HEIDI	Zur Psychologie der Kinderanhörung	Nr. 2, 43
RUMO-JUNGO ALEXANDRA	Nichteheliche Lebensgemeinschaft und nachehelicher Unterhalt	Nr. 10, 17
SCHREINER JOACHIM	Und die Kinder?	Nr. 8, 51
SCHWANDER IVO	Vorsorgliche Massnahmen während eines Scheidungsverfahrens im internationalen Verhältnis	Nr. 10, 39
SCHWENZER INGEBORG	Nachehelicher Unterhalt oder: nach der Änderung ist vor der Änderung	Nr. 10, 11
SUTTER-SOMM THOMAS	Güterrecht – Quo vadis? Überlegungen zur Entwicklung des schweizerischen Ehegüterrechts	Nr. 10, 33
VETTERLI ROLF	Methoden der Unterhaltsberechnung	Nr. 2, 23
VETTERLI ROLF	Bemerkungen zu Art. 175 ZGB	Nr. 6, 43
VETTERLI ROLF	Recht sprechen und recht schreiben	Nr. 7, 81
VETTERLI ROLF	Vermittlung im Partnerschaftskonflikt	Nr. 9, 69
WIEDMER URSULA	Scheidung und private Vorsorge	Nr. 8, 59

**GERICHTSPRAXIS**

Urteile zum Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit	Nr. 3, 31
Urteile zum Unterhalt bei Trennung und Scheidung	Nr. 5, 49

**MERKBLÄTTER**

Scheidung und Grundbuch	Nr. 2, 49
Steuerfolgen von Trennung und Scheidung	Nr. 2, 55

**PRAKTISCHE HINWEISE**

Grundstücke im Güterrecht	Nr. 8, 49
Kapitalisieren im Familienrecht	Nr. 6, 67
Literatur zum Scheidungsrecht	Nr. 1, 29
Scheidung im sozialen Netz I: Alimentenbevorschussung und Sozialhilfe	Nr. 4, 51
Scheidung im sozialen Netz II: AHV und IV	Nr. 5, 67
Stationen des Verhandelns	Nr. 4, 59

**ÜBUNGSFÄLLE**

Beispiele zum Güterrecht	Nr. 3, 43
Beispiele zum Vorsorgeausgleich	Nr. 4, 43
Berechnung des Vorsorgeausgleichs	Nr. 3, 51
Güterrechtliche Szenen	Nr. 8, 45
Vereinbarungen über Scheidungsfolgen	Nr. 6, 51