

Frage der Sicherheitsleistung hingegen als Nebenbegehren zur mit Berufung anfechtbaren und angefochtenen Festsetzung des sicherzustellenden Unterhaltsbeitrags, tritt das Bundesgericht darauf selbstredend ein (z.B. BGE 119 II 12 Nr. 4; 107 II 396 Nr. 62; vgl. POUURET/SANDOZ-MONOD D, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Bern 1990, N. 1.4 zu Art. 44 OG, S. 203 f.).

b)–c) [...]

5. [...]

Nr. 16 *Obergericht des Kantons Luzern, II. Zivilkammer,
Entscheid vom 30. März 2001 i. S. X. gegen Y. – 22 00 13

Art. 125, 129 Abs. 1 ZGB: Einfluss des Konkubinats auf die nacheheliche Unterhaltspflicht. Auch die Sistierung der Unterhaltspflicht setzt ein qualifiziertes Konkubinat voraus.

Art. 125, 129 al. 1 CC: Influence du concubinat sur l'obligation d'entretien après le mariage. L'interruption de l'obligation d'entretien présuppose également un concubinat qualifié.

Art. 125, 129 cpv. 1 CC: Influenza del concubinato sull'obbligo di mantenimento dopo il divorzio. Anche la sospensione dell'obbligo di mantenimento presuppone un concubinato qualificato.

Sachverhalt:

Mit Urteil vom 14. Dezember 1999 schied das Amtsgericht die Ehe der Parteien und wies den Antrag der im Konkubinat lebenden Klägerin auf Bezahlung eines persönlichen Unterhaltsbeitrages nach Art. 151, evtl. 152 aZGB wegen schweren zerrüttungskasualen Verschuldens ab. Die dagegen erhobene Appellation der Klägerin hiess das Obergericht teilweise gut. Es prüfte in diesem Zusammenhang, ob auch im neuen Scheidungsrecht ein Konkubinat des ansprechenden Ehegatten der Unterhaltspflicht des angesprochenen Ehegatten entgegenstehe und allenfalls zu einer Sistierung der Unterhaltspflicht führen könne.

Aus den Erwägungen:

4.2.1. Vorab ist auf die Einwendung des Beklagten einzugehen, die Klägerin führe mit X. eine eheähnliche Gemeinschaft, weshalb ihre Forderung nach Unterhaltsbeiträgen rechtsmissbräuchlich sei.

* http://www.lu.ch/index/rechtsprechung_suche.htm

Nach der noch unter altem Scheidungsrecht ergangenen bundesrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 153 Abs. 1 aZGB ist eine Scheidungsrente aufzuheben, wenn der Rentenberechtigte in einem gefestigten Konkubinat lebt, aus dem er ähnliche Vorteile zieht, wie sie ihm eine Ehe bieten würde, so dass anzunehmen ist, der neue Partner leiste ihm Beistand und Unterstützung, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von einem Ehegatten verlangt und das Festhalten an der Rente deshalb als rechtsmissbräuchlich erscheint. Als Konkubinat im Sinne dieser Rechtsprechung gilt eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlichem Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch körperliche und wirtschaftliche Komponente aufweist und auch als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft bezeichnet wird. Indessen kommt nicht allen drei Komponenten dieselbe Bedeutung zu. Ein Konkubinat ist auch gegeben, wenn die Geschlechtsgemeinschaft oder die wirtschaftliche Komponente fehlt, die beiden Partner aber trotzdem in einer festen und ausschliesslichen Zweierbeziehung leben und sich umfassenden Beistand leisten. Die unterhaltsverpflichtete Partei hat zu beweisen, dass zwischen der unterhaltsberechtigten Partei und einer Drittperson ein Konkubinat im Sinne einer umfassenden Lebensgemeinschaft besteht (BGE 118 II 235, 237 f.). Indessen war nach dieser Rechtsprechung zusätzlich vorausgesetzt, dass das Konkubinat so eng und stabil sei, dass der neue Partner der rentenberechtigten Partei bereit wäre, diesem Beistand und Unterstützung zu gewähren, wie es für einen Ehegatten nach Art. 159 ZGB Pflicht wäre (sog. qualifiziertes Konkubinat). Da der Nachweis dieser inneren Haltung mit grossen Beweisschwierigkeiten verbunden ist, wurde im Sinne einer Beweislastumkehr die widerlegbare Tatsachenvermutung aufgestellt, dass die unterhaltsberechtigte Partei aus dem Konkubinat diese eheähnlichen Vorteile ziehe, wenn das Konkubinat fünf Jahre gedauert hat (BGE 109 II 188, 191; BGE 118 II 235, 237 f.; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 10.12 ff.). Hingegen komme es nicht darauf an, ob der neue Partner der rentenberechtigten Partei einen weggefallenen, scheidungsrechtlichen Unterhaltsbeitrag zu ersetzen vermöchte (BGE 114 II 295, 297). Diese Rechtsprechung zur Aufhebung einer Scheidungsrente wurde in BGE 124 III 52 ff. (= Pra 87 [1998] Nr. 87) analog angewendet in einem Fall, in welchem der ansprechende Ehegatte bereits im Zeitpunkt der Scheidung mit einer Drittperson in einer eheähnlichen Gemeinschaft gelebt hatte.

4.2.2. Wie erwähnt, ist am 1. Januar 2000 das Scheidungsrecht revidiert worden. So wurden insbesondere auch die Voraussetzungen für die Abänderung eines Scheidungsurteils neu in Art. 129 ZGB geregelt. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Einfluss eines Konkubinats auf Unterhaltsbeiträge neu nach Art. 129 Abs. 1 ZGB zu prüfen (FamPra 3 [2000] S. 481). In Art. 129 Abs. 1 ZGB wird bestimmt, dass eine Scheidungsrente bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse nicht nur herabgesetzt oder aufgehoben, sondern auch (neu) für eine bestimmte Zeit

eingestellt (= sistiert) werden kann. Welche Auswirkungen diese neu eingeführte Sistierungsmöglichkeit auf die oben angeführte Rechtsprechung zum Konkubinat hat, ist in der Lehre umstritten (vgl. zu den verschiedenen Lehrmeinungen: FamPra 3 [2000] S. 481 ff.). SUTTER/FREIBURGHANUS erachten nicht mehr die Unterstützungsbereitschaft des Konkubinatspartners, sondern dessen tatsächlich gewährte Unterstützung als massgebend (in: Komm. zum neuen Scheidungsrecht, N 26 zu Art. 129 ZGB). Indessen hat der Nationalrat den Antrag verworfen, ein Konkubinat nur im Rahmen der dadurch tatsächlich veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Damit erscheint auch unter neuem Recht nicht die Leistungsfähigkeit bzw. die tatsächlich gewährte Unterstützung des neuen Partners massgebend (vgl. SCHWENZER INGEBORG, Praxiskomm. Scheidungsrecht, N 18 zu Art. 129 ZGB mit Hinweis auf Amtl. Bull. NR 1997, S. 2703 und 2707). INGEBORG SCHWENZER will die Anforderungen an ein Konkubinat für die Herabsetzung einer Scheidungsrente wegen des geänderten Konzepts des Unterhalts unter neuem Recht erhöhen (in: Praxiskomm. Scheidungsrecht, N 18 zu Art. 129 ZGB). Sie führt aber nicht konkret aus, weshalb dies geboten sei. Sie verweist zwar auf Art. 130 Abs. 2 ZGB, wonach selbst die Eingehung einer neuen Ehe nicht notwendigerweise zu einem Wegfall des Unterhaltsanspruchs führe. Indessen bezieht sich der einzige Vorbehalt in Art. 130 Abs. 2 ZGB bezüglich eines Wegfalls der Rente auf eine anderslautende Parteivereinbarung der geschiedenen Ehegatten; weitere Bedingungen für die Rentenaufhebung wurden – entgegen der Botschaft – ausdrücklich vom Gesetzgeber abgelehnt. HEINZ HAUSHEER geht demgegenüber davon aus, es brauche für die Sistierung nicht einmal mehr ein qualifiziertes Konkubinat. Aus den Materialien gehe nicht hervor, dass eine Verstärkung der nachehelichen Unterhaltspflicht angestrebt worden sei. Eine solche würde jedoch herbeigeführt, wenn die Sistierung zur blossen Alternative einer Aufhebung der Rente würde (in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N 3.71). Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber mit der Einführung einer Sistierungsmöglichkeit hauptsächlich auf die Kritik reagieren wollte, dass die Gleichstellung des Konkubinats mit einer Wiederverheiratung insofern nicht völlig befriedige, als bei Auflösung des Konkubinats (im Gegensatz zur Auflösung einer Zweitehe) keinerlei Rechtsgrundlage bestehe, um einen Partner zu Unterhaltsleistungen zu verpflichten (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15.11.1995, in: Bundesblatt 1996, Band I, S. 120; Amtl. Bull. NR 1997 S. 2706). Der Gesetzgeber wollte also die Stellung der Rentenberechtigten verbessern, nicht verschlechtern, was demzufolge zu einer Verstärkung der nachehelichen Unterhaltspflicht führt. Auch wurde in den parlamentarischen Beratungen wiederholt auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts Bezug genommen und insbesondere betreffend der Länge des Konkubinats auf die fünfjährige Dauer hingewiesen (Amtl. Bull. NR 1997, S. 2703, 2706; vgl. aber auch kritisch S. 2705 rechte Spalte). Dies führt zum Schluss, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Sistierungsmöglichkeit im neuen Scheidungsrecht nicht die vom

Bundesgericht erarbeiteten Voraussetzungen an die Qualität eines Konkubinats herabsetzen wollte und daher für die Sistierung der Rente an den vom Bundesgericht entwickelten Begriff eines qualifizierten Konkubinats angeknüpft werden soll.

In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, dass das Eingehen einer neuen Beziehung der unterhaltsberechtigten Partei nichts an der Unterhaltspflicht der pflichtigen Partei zu ändern vermöge, wenn die Unterhaltszahlungen ehebedingte Nachteile (wie durch Kinderbetreuung bedingter Minderverdienst, Aufbau beruflicher Vorsorge oder Wiedereingliederung in Berufsleben) ausgleichen (FamPra 3 [2000] S. 482 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass der Bundesrat in seiner Botschaft bei der Wiederverheiratung gerade einen solchen Vorbehalt vorgesehen hatte (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15.11.1995, in: Bundesblatt 1996, Band I, S. 121), welcher dann aber vom Parlament nicht übernommen wurde. Die Lehre kritisiert diesen Entscheid des Gesetzgebers (SUTTER/FREIBURGHAN, a. a. O., N 4 f. zu Art. 130 ZGB; SCHWENZER INGEBORG, a. a. O., N 5 zu Art. 130 ZGB). Für das Gericht ist er indessen verbindlich (Art. 1 ZGB; vgl. ZBJV 136 [2000] S. 371 ff.). Angesichts dessen, dass die Aufhebung der Unterhaltspflicht bei einem Konkubinat in der Analogie zur Wiederverheiratung begründet ist, drängt es sich auf, den Entscheid des Gesetzgebers analog auch auf das Konkubinat anzuwenden. Allerdings soll in solchen Fällen für die Annahme eines rentenaufhebenden Konkubinats bzw. für die Annahme, dass der neue Partner der unterhaltsberechtigten Partei Beistand ähnlich Art. 159 ZGB leisten würde, ein höherer Massstab angesetzt werden. Es soll nicht leichthin davon ausgegangen werden, der neue Partner sei bereit, auch für die ehebedingten Nachteile (wie z.B. die durch die Betreuung eines Kindes hervorgerufenen Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit) anstelle der unterhaltspflichtigen Partei im Sinne von Art. 159 ZGB Beistand zu leisten bzw. aufzukommen.

Angesichts der neu eingeführten gesetzlichen Sistierungsmöglichkeit wird die Aufhebung der Rente nur unter restriktiven Bedingungen zur Anwendung kommen (FamPra 3 [2000] S. 486 f.). Welche Voraussetzungen zur Aufhebung konkret erfüllt sein müssen, kann hier jedoch offengelassen werden, da – wie zu zeigen sein wird – vorliegend nicht einmal jene für eine (im Übrigen nicht beantragte) Sistierung gegeben sind.

Bemerkungen:

Soweit ersichtlich handelt es sich hier um einen der ersten obergerichtlichen Entscheide zur Bedeutung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft für die naheheliche Unterhaltspflicht nach neuem Recht. Der Sachverhalt macht allerdings deutlich, dass es hier nicht um eine Abänderung der Rente im Sinne des Art. 129 Abs. 1 ZGB ging,

sondern um die Frage, inwieweit eine bereits im Zeitpunkt der Scheidung bestehende nichteheliche Lebensgemeinschaft die erstmalige Festsetzung einer nahehelichen Unterhaltspflicht ausschliesst. Diese Frage unterliegt aber nicht Art. 129 Abs. 1 ZGB sondern Art. 125 Abs. 3 ZGB (vgl. hierzu PraxKomm/SCHWENZER, Art. 125 N 99). Trotz dieser dogmatischen Unsauberkeit kann dem Entscheid im Wesentlichen beige-pflichtet werden.

In der Frage, welche Voraussetzungen an eine nichteheliche Lebensgemeinschaft nach neuem Recht zu stellen sind, damit ein Unterhaltsanspruch sistiert oder verweigert werden kann, ist die Literatur bekanntlich äusserst gespalten. In beispielhaft sorgfältiger Weise setzt sich das Obergericht mit den hierzu vertretenen Auffassungen auseinander. In der Sache kann der Entscheid auf vier Kernaussagen zurückgeführt werden: 1. Die Frage des Einflusses einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf die naheheliche Unterhaltspflicht ist im Zeitpunkt der Scheidung nicht anders zu behandeln als bei nachträglicher Abänderung im Rahmen des Art. 129 Abs. 1 ZGB. 2. Auch die blosse Sistierung der Unterhaltspflicht setzt ein sogenanntes qualifiziertes Konkubinat im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Recht voraus. 3. Die Anforderungen an das Vorliegen eines qualifizierten Konkubinats sind höher, wenn der Unterhalt ehebedingte Nachteile ausgleichen soll. 4. Die Aufhebung der Rente kann nur unter restriktiven Bedingungen zur Anwendung kommen.

Mit diesen Grundpositionen wurde zweifellos ein brauchbares Gerüst für die Lösung der vorliegenden Problematik geschaffen. Es wird nun darum gehen, dieses auf Einzelfälle anzuwenden und mit Leben zu füllen.

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

Nr. 17 Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, I^{re} Cour d'appel,
Arrêt du 18 juin 2001 en la cause G. K. contre M. K. – A1 53/00

Art. 125, 126 CC: Mariage de longue durée. Contribution d'entretien hypothétique. Dans la fixation d'une rente, pension ou contribution d'entretien, le juge peut prendre en considération un revenu hypothétique supérieur au revenu que le débirentier obtient effectivement de son travail, dans la mesure où celui-ci pourrait gagner davantage en faisant les efforts que l'on peut raisonnablement exiger de lui. L'aggravation de l'état de santé du créancier ou la cessation de son activité lucrative prévisible sont des éléments à prendre en compte, notamment pour une éventuelle augmentation de la contribution.

Art. 125, 126 ZGB: Lange-Ehedauer. Hypothetische Leistungsfähigkeit. Für die Festlegung einer Rente, einer Pension oder einer Unterhaltspflicht kann der Richter von einem hypothetischen, höheren Gehalt als demjenigen, das der Unterhaltsschuldner effektiv verdient, ausgehen, insofern dieser mehr verdienen