

AUS DER RECHTSPRECHUNG  
DE LA JURISPRUDENCE  
DALLA GIURISPRUDENZA

BGer, 16.1.2001: Ehehliche Beistandspflicht; Bemessung von Kindesunterhaltsbeiträgen bei knappen finanziellen Verhältnissen	536	405
TC FR, 12.10.2000: Responsabilité solidaire des époux à l'égard des tiers	510	
BGer, 8.2.2001: Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit	513	430
GerKreis II Biel-Nidau, 4.9.2000: Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit	518	
GerKreis X Thun, 31.10.2000: Begriff des Getrenntlebens; Scheidung wegen Unzumutbarkeit	551	440
KGer ZG, 6.12.2000: Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit (Bemerkungen zu Nr. 54-57; Roland Fankhauser)	553	458
OGer LU, 8.8.2000: Bestimmung des Zeitpunkts der Rechtshängigkeit einer im Ausland eingereichten Scheidungsklage	562	
AppH BE, 2.11.2000: Vorsorgeausgleich; Höhe der angemessenen Entschädigung (Bemerkungen: Katerina Baumann und Margareta Lauterburg)	566	479
TC FR, 18.9.2000: Contestation d'une convention de divorce pour erreur; partage des prétentions en matière de prévoyance professionnelle (Bemerkungen: Katerina Baumann und Margareta Lauterburg)	571	500
TC FR, 24.10.2000: Partage des prétentions en matière de prévoyance professionnelle; entretien après le divorce	577	
BGer, 8.12.2000: Nachehelicher Unterhalt; sexuelle Untreue (Bemerkungen: Ingeborg Schwenzer)	580	511
TF, 25.1.2001: Entretien après le divorce; «clean break» (Bemerkungen: Regula Hinderling)	585	522
OGer TG, 25.10.2000: Nachehelicher Unterhalt; sexuelle Untreue	591	
OGer LU, 6.3.2000: Abänderung vorsorglicher Massnahmen; internationale Verhältnisse	594	530
BezGer Appenzell, 19.7.2000: Vorsorgliche Massnahmen; Einkommensverhältnisse eines Selbständigerwerbenden	598	
BGer, 26.4.2001: Zustimmung eines Elternteils zur Adoption	600	531
TA TI, 6.9.2000: Adozione del figlio del coniuge; durata del matrimonio	604	531
BGer, 27.10.2000: Kindesanhörung; Anordnung einer Prozessbeistandschaft	606	
CJ GE, 18.10.2000: Nouvelle attribution de l'autorité parentale; compétence à raison du lieu de l'autorité de tutelle	608	532
CJ GE, 8.12.2000: Attribution des droits parentaux; fixation des contributions d'entretien	612	533
OGer TG, 14.8.2000: Persönlicher Kontakt eines Elternteils zu den Kindern	616	535
KGer AI, 5.9.2000: Steuerrecht; Verfahrensrechte und -pflichten von in ungetrennter Ehe lebenden Ehegatten	619	
TF, 14.12.2000: L'autorité parentale exclut l'enlèvement de son propre enfant	626	

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

<i>Gustavo Scaramuzza</i> : Scheidungsklagen im Schweizer Familienrecht	
<i>Peter Breitschmid</i> : Art. 141 Abs. 1 Ziv. Proz. und Ehegatten bei Auflösung des Unionsverhältnisses	
<i>Dea Lisa A. Lewis</i> : Einseitige Trennung von Partnerschaften	
<i>Christine Greiner</i> : Einseitige Trennung von Partnerschaften	

## AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO

*Christine Greiner*

## PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI

*Christine Greiner*

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HELBING &amp; LICHTENHAHN

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Redaktionsmitglieder

Katerina Baumann  
Peter Breitschmid  
Dieter Bürgin  
Laura Cardia-Vonèche  
Jeanne DuBois  
Joseph Duss-von Werdt  
Emanuela Epiney-Colombo  
Wilhelm Felder  
Elisabeth Freivogel  
Thomas Geiser  
Silvia Grossenbacher  
Mario Guglielmoni  
Marianne Hammer-Feldges  
Andreas Heierli  
Monique Jametti Greiner  
Claudia Kaufmann  
Jean Kellerhals  
Margareta Lauterburg  
Marcel Leuenberger  
Susanne Leuzinger-Naef  
Peter Liatowitsch  
Ueli Mäder  
Jacques Micheli  
Ursula Nordmann  
Renate Pfister-Liechti  
Patricia Schulz  
Jonas Schweighauser  
Daniel Steck  
Martin Stettler  
Thomas Sutter-Somm  
Francesco Trezzini  
Rolf Vetterli  
Franz Werro

## 2.7 Nachehelicher Unterhalt – Entretien après le divorce

Nr. 62 \*Bundesgericht, II. Zivilabteilung  
Entscheid vom 8. Dezember 2000 i. S. PO c. MO – 5C.238/2000

**Art. 125 Abs. 3 ZGB: Nachehelicher Unterhalt; sexuelle Untreue.** Von der Möglichkeit einer Herabsetzung oder Streichung der Unterhaltsrente soll nur Gebrauch gemacht werden, wo das Beharren auf einer ungeschmälernten Rente «als stossend oder offensichtlich unbillig erscheinen muss». Jahrelange sexuelle Untreue genügt nicht.

**Art. 125 al. 3 CC: Entretien après le divorce; infidélité sexuelle.** On ne doit faire usage de la possibilité de diminuer ou de supprimer la contribution d'entretien que si le maintien d'une rente non diminuée «apparaît choquant ou manifestement inéquitable». Une infidélité sexuelle de plusieurs années ne suffit pas.

**Art. 125 cpv. 3 CC: Mantenimento dopo il divorzio; infedeltà pluriennale.** Si può far uso della possibilità di ridurre o di sopprimere un contributo di mantenimento solo se il fatto di insistere per un contributo integrale appare «manifestamente iniquo». Un'infedeltà pluriennale è insufficiente.

### Sachverhalt:

Das Bezirksgericht X schied mit Urteil vom 1. Juli 1998 die seit 1971 verheiratete MO (Beklagte, geboren 1949) und PO (Kläger, geboren 1948) und verpflichtete diesen, der Beklagten eine auf aArt. 152 ZGB gestützte, monatliche Rente von Fr. 600.– bis zum 31. Dezember 2012 zu bezahlen. Weiter wies es die Pensionskasse des Klägers an, der Beklagten für deren Vorsorge Fr. 44 758.– zu bezahlen, sprach der Beklagten aus Güterrecht Fr. 42 972.– zu (wovon Fr. 11 972.– erst mit der Versteigerung der ehelichen Eigentumswohnung fällig werden sollten), ordnete die Versteigerung der ehelichen Liegenschaft an und regelte die Verteilung eines allenfalls daraus resultierenden Gewinnes oder Verlusts. Auf Berufung des Klägers änderte das Kantonsgericht St. Gallen den erstinstanzlichen Entscheid mit Urteil vom 18. September 2000 nur insofern ab, als es die Rente auf Fr. 400.– im Monat senkte (Dispositiv-Ziff. 2) und die Anordnungen über die Versteigerung und deren Gewinn- und Verlustfolgen aufhob (Dispositiv-Ziff. 1). [...]

Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des kantonsgerichtlichen Urteils seien insofern aufzuheben, als er von jeglicher güter- und rentenrechtlichen Zahlung zu entbinden sei. [...]

### Aus den Erwägungen:

1. [...]

2. Das Kantonsgericht hat in Anwendung des neuen Scheidungsrechts (Art. 7b Abs. 1 und 2 SchlTZGB) entschieden, dass die Beklagte dem Kläger untreu gewesen sei, rechtfertigt mit Rücksicht auf den Wortlaut von Art. 125 Abs. 3 ZGB und den Katalog der Ziff. 1 bis 3 nicht, die Rentenpflicht aufzuheben; andernfalls würde das altrechtliche Verschuldensprinzip «durch die Hintertür» wieder eingeführt. Der Kläger rügt, die mehrjährige Untreue der Beklagten und ihre Weigerung, familientherapeutische Hilfe in Anspruch zu nehmen, lasse die ihm auferlegte Rentenpflicht als unbillig erscheinen; die Vorinstanz habe Art. 125 Abs. 3 ZGB verletzt.

a) Entsprechend dem Wortlaut von Art. 125 Abs. 3 ZGB kann ein Unterhaltsbeitrag nur «ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden». Auch die Verwendung der Begriffe «grob verletzt» (Ziff. 1), «mutwillig» (Ziff. 2) und «schwere Straftat» (Ziff. 3) spricht für eine zurückhaltende Praxis zu den Gründen für eine Herabsetzung oder Streichung der Rente, auch wenn die Gründe in Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 bis 3 ZGB nicht abschliessend aufgezählt sind, wie der Einschub des Wortes «insbesondere» zeigt. Die Kann-Vorschrift von Art. 125 Abs. 3 ZGB wird in der Lehre vor den Hintergrund des Rechtsmissbrauchs gestellt mit der Folge, dass die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches in ungeschmälerter Höhe als stossend (venire contra factum proprium) oder offensichtlich unbillig erscheinen muss; daher darf die Rentenpflicht nur mit grosser Zurückhaltung reduziert oder gar aufgehoben werden (H. HAUSHEER, Der Scheidungsunterhalt und die eheliche Wohnung, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 3.29 bis 3.32 S. 139 ff.; I. SCHWENZER, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, N 80 f., 83 ff., 89 ff., 94 ff. und 100 ff. zu Art. 125 ZGB; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 103 ff., 108 ff. und 116 f. zu Art. 125 ZGB; R. KLOPFER, Nachehelicher Unterhalt, Wohnungszuteilung, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 85 f.; vgl. zu Art. 249 OR und zu Art. 477 ZGB BGE 113 II 252 E. 4a S. 256 f. und 106 II 304 E. 3).

Ein vorrangiges Ziel der Revision des Scheidungsrechts war, die Bedeutung des Verschuldens der Ehegatten bei den damals geltenden Scheidungsgründen (aArt. 137 ff. ZGB) und den unterhaltsrechtlichen Scheidungsfolgen (aArt. 151 f. ZGB) möglichst stark zurückzudrängen (Botschaft des Bundesrates über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, BBl. 1996 I S. 27 ff. Ziff. 144.3, S. 42 f. Ziff. 146.22, S. 44 f. Ziff. 146.31 und S. 113 f. Ziff. 233.52). Entgegen dieser Stossrichtung setzte sich in der nationalrätlichen Beratung aber der Vorschlag durch, Art. 125 Abs. 3 ZGB um ein viertes Beispiel zu ergänzen, wonach eine Rente auch zu streichen, bzw. zu kürzen sei, wenn «der berechtigten Person ein

offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt». Jedoch scheiterte dieser Vorstoss am Widerstand des Ständerats, der nicht gewillt war, den Grundsatz der Verschuldensunabhängigkeit so stark zu durchbrechen. Selbst die im Sinne eines Kompromisses von den Räten schliesslich angenommene und heute geltende Fassung von Art. 125 Abs. 3 ZGB, wonach der Begriff «insbesondere» Renten Kürzungen auch aus anderen Gründen als denjenigen von Ziff. 1 bis 3 ermöglicht, wurde im Parlament zum Teil mit Bedauern und dahin kommentiert, die entsprechend geöffnete Bestimmung könne nicht dazu dienen, das Verschuldensprinzip wieder einzuführen. Das gleiche Argument war schon im Vernehmlassungsverfahren gegen eine Bestimmung vorgebracht worden, die dem Verschulden mehr Platz einräumte als Art. 125 Abs. 3 ZGB (SCHWENZER, a. a. O., N 80 und 82 zu Art. 125 ZGB; HAUSHEER, a. a. O., Rz. 328 S. 138 in Fn. 47 und Rz. 3.30 S. 139; SUTTER/FREIBURGHaus, a. a. O., N 6 f. und 116 a. E. zu Art. 125 ZGB; KLOPPER, a. a. O., S. 86 bei Fn. 25).

b) Wenn der Kläger meint, die jahrelange (offenbar 1992 erstmals festgestellte), möglicherweise mit der Depression der Beklagten zusammenhängende Untreue sei mit den in Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 bis 3 ZGB aufgelisteten Tatbeständen vergleichbar, kann ihm nicht gefolgt werden. Denn dass die Beklagte nach fast 30 Jahre dauernder Ehe trotz ihrer Untreue auf einer Rente beharrt, erscheint weder rechtsmissbräuchlich noch offensichtlich unbillig; ein Unterhaltsbeitrag ist vielmehr auf Grund nahehelicher Solidarität geschuldet. Soweit der Kläger für eine Kürzung oder gar Streichung der Rentenpflicht ins Feld führt, die Beklagte habe keine familientherapeutische Hilfe in Anspruch nehmen wollen, läuft seine Argumentation darauf hinaus, die Rentenpflicht vom Verschulden abhängig zu machen. Im Übrigen kann die eheliche Untreue nicht von vornherein der Beklagten allein angelastet werden, wie das Kantonsgericht zu Recht ausführt.

Die Vorinstanz hat Reduktionsgründe ohne Verletzung von Bundesrecht verneint. Denn sexuelle Untreue der Beklagten nach längerer Dauer der Ehe ist für sich allein noch kein Grund für eine Kürzung oder gar die Streichung der Rentenpflicht, und der vorliegende Fall kann mit den Regelbeispielen von Art. 125 Abs. 3 ZGB an Schwere und Intensität nicht verglichen werden (SCHWENZER, a. a. O., N 82 und 97 f. zu Art. 125 ZGB; SUTTER/FREIBURGHaus, a. a. O., N 116 f. zu Art. 125 ZGB; HAUSHEER, a. a. O., Rz. 3.31 S. 140 oben).

3. Das Kantonsgericht hat dem Kläger einen monatlichen Grundbedarf von Fr. 2570.– angerechnet, in den es als Grundbetrag Fr. 1100.–, für die Wohnung Fr. 1000.–, für Krankenkasse und Versicherung Fr. 220.– sowie für Steuern Fr. 250.– eingesetzt hat.

a) Der Kläger macht zunächst geltend, sein Grundbedarf liege höher mit der Folge, dass das Kantonsgericht Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB verletzt habe. Zur Begründung führt er aus, der Kantonsgerichtspräsident habe ihm bei der Prüfung der Bedürftigkeit im Zusammenhang mit seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einen zivilprozessualen Grundbedarf von Fr. 3101.– angerechnet. Damit bleibt er erfolglos:

Obwohl sowohl für die Rentenberechnung (BGE 126 III 353 E. 1 a/bb S. 357; 123 III 1 E. 3b/bb S. 4 f.) als auch für die Ermittlung des zivilprozessualen Grundbedarfs (BGE 124 I 1 E. 2 a S. 2 f.; 97 E. 3b S. 98 f.) vom betriebsrechtlichen Existenzminimum des Rentenschuldners, bzw. des Geschwärtlers auszugehen ist, kann daraus nicht geschlossen werden, das Resultat müsse identisch sein. Wie den zitierten Urteilen entnommen werden kann, hängt das Total von den jeweils massgeblichen Faktoren, allfälligen Prozentschlägen und den konkreten Fallumständen ab, die nicht unter beiden Gesichtswinkeln die gleichen sein müssen.

b) Der Kläger bringt weiter vor, für die Berechnung seines Grundbedarfs sei von Fr. 2930.– auszugehen; dieser Betrag liege über dem vom Kantonsgericht festgesetzten, weil seine Krankenkassenprämie Fr. 55.– höher liege, für Versicherungen Fr. 5.– mehr einzusetzen seien, und weil Fr. 50.– für Kommunikationsbedürfnisse sowie Fr. 100.– für Kosten des Arbeitsweges hinzukommen würden. Da der Betrag von Fr. 2930.– um 20 % erhöht werden müsse, wäre ihm schlussendlich ein Grundbedarf von Fr. 3516.– anzurechnen gewesen mit der Folge, dass er der Beklagten keine Rente bezahlen könne.

aa) Soweit das Kantonsgericht ausführt, eine schematische Erhöhung um ungefähr 20 % komme nach neuem Recht nicht mehr in Betracht, ist ihm bereits deswegen zuzustimmen, weil schon nach altem Recht kein Schematismus bestand. Ein Zuschlag wurde nur gewährt, wenn – anders als hier – mehr Geld zur Verfügung steht, als zur Deckung des Notbedarfs zweier Haushalte erforderliche ist (BGE 123 III 1 E. 3b/bb S. 4 f.). Auch nach neuem Recht fällt, jedenfalls bei knappen finanziellen Mitteln, ein Prozentschlag weg (vgl. SCHWENZER, a. a. O. N. 33 zu Art. 125 ZGB, und HAUSHEER, a. a. O. Rz. 3.13 S. 128 f.). Deshalb braucht hier nicht einlässlich erörtert zu werden, ob dieser in anderen Fällen zu gewähren ist und worauf er sich genau zu beziehen hat (vgl. SUTTER/FREIBURGHaus, a. a. O. N. 74 zu Art. 125 ZGB), weil das diejenigen Rentenschuldner mit einer hohen Steuerlast gegenüber solchen mit einer tiefen grundlos begünstigen würde.

bb) [...]

4.–7. [...]

*Bemerkungen:*

*Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid ist der erste, der sich explizit mit der Bedeutung des Verschuldens für die Gewährung nahehelichen Unterhalts auseinandersetzt. Unter sorgfältiger Darlegung der Entstehungsgeschichte dieser Norm schliesst sich dabei das Bundesgericht der auch in der Literatur allseits vertretenen Auffassung an, dass eine Reduktion oder gar Aufhebung der Rentenpflicht nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Erfreulich ist es, dass – auch dies wiederum in Übereinstimmung mit der Literatur – das Bundesgericht den Ehebruch der berechtigten Person nicht als ausreichend für die Anwendung des Art. 125 Abs. 3 ZGB erachtet. Dies gilt selbst dann, wenn es sich um jahrelange Untreue handelt. Zu Recht weist das Bundesgericht auch darauf hin, dass die Ehe im konkreten Fall fast 30 Jahre gedauert hat. Damit wird deutlich, dass im Rahmen des Art. 125 Abs. 3 ZGB das jeweilige Verhalten, das dem Unterhaltsberechtigten vorgehalten wird, in Zusammenhang mit den gesamten Umständen, d. h. auch mit der jeweiligen Ehedauer betrachtet werden muss. Irreführend jedoch erscheint der Hinweis darauf, dass «ein Unterhaltsbeitrag [...] aufgrund nahehelicher Solidarität geschuldet» sei (vgl. SCHWENZER, FamPra. ch 2000, 24, 32). Der Sachverhalt gibt leider zu wenig her um beurteilen zu können, ob es sich tatsächlich um einen – seltenen – Fall nahehelicher Solidarität oder nicht viel mehr um den Regelfall des Ausgleichs ehebedingter Nachteile handelt.*

*Zuzustimmen ist dem Bundesgericht auch im Hinblick auf seine Ausführungen zur Berechnung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Erfreulich ist die Klarstellung, dass – auch wenn es nach neuem Recht bei dem Verbot des Eingriffs in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners bleiben sollte – der Grundbedarf des Unterhaltsschuldners jedenfalls bei knappen finanziellen Mitteln nicht schematisch um einen Prozentzuschlag erhöht werden kann. Auch der Hinweis darauf, dass sich ein Zuschlag nicht auf die Steuern beziehen dürfe, erscheint für die künftige Praxis nützlich.*

*Bedauert werden muss, dass aus dem Sachverhalt ausser dem Alter der Parteien und der Ehedauer keine weiteren Einzelheiten zu entnehmen sind. Gerade im Bereich des Unterhaltsrechtes, das nach wie vor in weitem Umfang auf gerichtlichem Ermessen aufbaut, erscheint es als nützlich wenn nicht gar unabdingbar, dass die Literatur die Rechtsprechung durch Fallgruppenbildung begleitet, um mit der Zeit zu einem gewissen Mass an Rechtssicherheit, ohne das die Praxis nicht auskommen kann, beizutragen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die jeweiligen Umstände der Einzelfälle (Rolenteilung während der Ehe, Kinderbetreuung, vergangene und aktuelle Erwerbs- und Vermögenssituation etc.) der Fachöffentlichkeit mitgeteilt werden. Ohne Kenntnis dieser Tatsachen ist eine Fallgruppenbildung kaum möglich und bleibt die Vorhersage des Ausgangs eines Unterhaltsverfahrens mehr oder weniger Glückssache.*