

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 nahehelichen Unterhaltsrecht – zu widmen.

Einleitung

Das naheheliche 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" Begründung¹ für die Berechtigung nahehelichen 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.²

In der internationalen Diskussion zeichnen sich dabei die folgenden Fallgruppen ab: Betreuungsunterhalt, Unterhalt zum Ausgleich ehebedingter Nachteile und Unterhalt aufgrund nahehelicher 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.

¹ 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".

² 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 Bundesverfassungsgericht³ 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.⁴ Daraus folgt auch, dass er nicht entfällt, wenn der betreuende Elternteil wieder heiratet oder womöglich nur in einer stabilen nichtehelichen Gemeinschaft lebt.⁵ Allenfalls mag man bei Hinzukommen der Betreuung weiterer Kinder eine quotenmässige Aufteilung in Erwägung ziehen.⁶

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.⁷

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Vgl. DETHLOFF, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, A 85.

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

⁷ 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.⁸ 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,⁹ sondern grundsätzlich eine Partizipation im Sinne des Halbteilungsgrundsatzes stattzufinden hat.¹⁰ Danach soll beiden Ehegatten nach der Scheidung grundsätzlich weitgehend derselbe Lebensstandard ermöglicht werden.¹¹ 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 Bundesgerichtshof¹² von der sogenannten Anrechnungsmethode, nach der ein Unterhaltsanspruch je nachdem ganz entfallen konnte, zur sogenannten Differenzmethode übergegangen.¹³

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

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

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

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

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

¹³ 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 Überschussverteilung¹⁴ verpflichtet. Dies änderte sich schlagartig mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2007¹⁵. 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" sei¹⁶.

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,¹⁷ 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.¹⁸

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 Ehegat-

¹⁴ 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.

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

¹⁶ BGer, 23. Juni 2008, 5A_154/2008, E. 2.2.2, FamPra.ch 2008, 937; vgl. auch BGer, 3. Juni 2008, 5A_508/2007.

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

¹⁸ 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.¹⁹ In der Schweiz hat dies vor allem auch das Kantonsgericht St.Gallen immer wieder besonders klar herausgearbeitet.²⁰

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.

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

²⁰ 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).

NICTHELICHE 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 aufgebaut¹ und sich für Massnahmen gegen häusliche Gewalt eingesetzt². 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.³

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:⁴ Eine Krankheit ohne Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit ist somit nicht wesentlich. *Zweitens* muss die wirtschaftliche Veränderung die für die Festsetzung des nahehelichen 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 nahehelichen 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.⁵ Die Tatsache, dass entgegen dieser Ansicht auch die bloss (allenfalls auf den Notfall beschränkte) Unterstützungsbereitschaft des neuen Lebenspartners berücksichtigt wird,⁶ führt zur indirekten Begründung einer Unterhaltspflicht unter Lebenspartnern, obwohl das Bundesgericht immer wieder beteuert, eine solche bestehe nicht.⁷ 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:⁸ Nach sechsmonatigem Zusammenleben ist von einer Lebensgemeinschaft auszugehen und sind wesentliche Kostenersparnisse zu berücksichtigen.⁹ 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 Unterhaltsrente¹⁰. 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-

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

⁶ 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/FREIBURGHAN, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 129 ZGB N 26, N 34.

⁷ BGer, 27. Oktober 2004, 5C.170/2004, E. 3.1; BGer, 11. Juni 2008, 5A_81/2008, E. 5.2.

⁸ KGer SG, FamPra.ch 2005, 932, 935 f.

⁹ 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).

¹⁰ 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 nachehelichen Unterhalt massgeblichen Verhältnisse

Welche Veränderungen zur Abänderung des nachehelichen Unterhalts führen können, gibt immer wieder Anlass zu Diskussionen.¹¹ 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*.¹² Weil diese auch bei der Festsetzung des nachehelichen 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.¹³ 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

¹¹ 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 vorgeht (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); DASSELBE, Eidgenössische Volkszählung 2000, Haushalte und Familien, Neuenburg 2005, 40.

¹² BGer, 11. Juni 2008, 5A_81/2008, E. 5.4.4.

¹³ 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.¹⁴ Dieser Teil der Unterhaltsrente kann also wegen der Begründung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht aufgehoben oder sistiert werden.¹⁵ Würden die Kinderbetreuungskosten – was konsequent wäre und andernorts bereits postuliert wurde¹⁶ – 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.¹⁷

Aus den erwähnten Gründen kann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft die vollständige Sistierung des nachehelichen 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.¹⁸ Dagegen kommt durchaus eine Teilsistierung des nachehelichen 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.¹⁹

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 nachehelichen 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.²⁰

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.²¹ 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,²² was auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht zutrifft.²³ Das Bundesgericht hat allerdings eine kantonale Bestimmung, die indirekt zur Begründung einer Beistandspflicht führt, als nicht willkürlich qualifiziert.²⁴ Diese ehelichen und nahehelichen Ansprüche machen zwar den Verlust der Unterhaltsleistungen aus der ersten Ehe nicht zwingend wett, weil

²⁰ BGer, 23. Oktober 2006, 5C. 93/2006, E. 2.1.1 und 2.1.2; SUTTER/FREIBURGHaus (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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ BGE 128 III 159 E. 3b.

²⁴ 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 nahehelichen 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 nahehelichen 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 ist¹. 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* gibt². Bei der klassischen Zuverdiener Ehe 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 Doppelverdiener Ehe 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-

¹ 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.

² 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 werden³. Nicht zu beachten sind auch hier die Umstände, die zur Scheidung geführt haben, namentlich ein allfälliges Scheidungsverschulden⁴. Zu den entscheidenden Umständen gehört einerseits, was beide Ehegatten während der Ehe an *Austrittsleistung* angespart und bis zur Scheidung wieder verbraucht haben⁵. 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 wäre⁶. Andererseits sind aber auch die *Vorsorgebedürfnisse* – und zwar beider Parteien – zu berücksichtigen⁷. Diese können je nach Alter und Ausgestaltung des nahehelichen Unterhalts stark unterschiedlich sein⁸. 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 wird⁹, sondern eine differenziertere Lösung vorgeschlagen¹⁰.

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* einzugehen¹¹. Das Ergebnis kann je nach den Umständen des konkreten Falls sehr nahe beieinander liegen¹².

³ 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/FREIBURGHaus, *Kommentar zum Scheidungsrecht*, Zürich 1999, Art. 124 ZGB N 18.

⁴ Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 106.

⁵ 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.

⁶ BGE 133 III 405 f.

⁷ 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.

⁸ GEISER (Fn. 1), Rz. 2.103.

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

¹⁰ BGE 127 III 439.

¹¹ 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.

¹² 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 FZG¹³, 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*¹⁴. 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.

¹³ Art. 22b FZG.

¹⁴ 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* auszurichten¹⁵. 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 Unterhaltsrente¹⁶ alle diese Fragen regelt¹⁷, 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 *Rentelösung* 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Art. 125 ZGB.

¹⁷ 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 hat¹⁸.

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 kürzen¹⁹ 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*²⁰. 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*

¹⁸ Art. 129 Abs. 1 ZGB.

¹⁹ Art. 65d Abs. 3 lit. b BVG.

²⁰ 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* gegeben²¹. 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 könnte²². Nur die ausschlagenden Erben müssen dann eventuell doch bezahlen, wenn sie Schenkungen in den letzten fünf Jahren erhalten haben²³. 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-

²¹ OGer LU, FamPra.ch 2006, 147.

²² Vorbehalten bleibt die Anfechtung nach SchKG (Pauliana).

²³ 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 Rechts²⁴ 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 anwendbar²⁵.

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 entwickelt²⁶. Bei der *Festsetzung* der Rente ist dem Pflichtigen sein Existenzminimum aber zu belassen²⁷.

Soweit eine Vorsorgeeinrichtung beim Tod des Vorsorgenehmers für den geschiedenen Ehegatten eine *Hinterbliebenenleistung* vorsieht und dafür darauf abstellt, ob diese Person eine Scheidungsrente erhalten hat²⁸, 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

²⁴ Art. 131 Abs. 2 ZGB.

²⁵ KGer SG, FamPra.ch 2003, 412, 415.

²⁶ 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.

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

²⁸ 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 profitiert²⁹, 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 auszurichten³⁰. Ob der Berechtigte diese Beträge anschliessend in eine Vorsorgeeinrichtung einbringen kann und will, hängt entscheidend von seinem vorsorgerechtlichen Status ab³¹.

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 diene³². 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 sein³³. 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

²⁹ Art. 22 Abs. 3 DBG.

³⁰ BGE 132 III 152 f.

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

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

³³ 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 ZGB³⁴.

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 nahehelichen 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*³⁵.

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.

³⁴ TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, Art. 217 StGB N 5.

³⁵ 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.