

E III 386

(2. 2. 1990/2)

# Eherecht in der praktischen Auswirkung

Fortbildungsseminar  
der juristischen Fakultät  
der Universität Basel  
und des Basler Juristenvereins

vom 19. Oktober 1990



Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich

# Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung

von

**Ingeborg Schwenzer**

Dr. iur., LL.M., ord. Professorin an der Universität Basel

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	23
II.	Unterhalt während der Trennung	24
	1. Unterhalt im Eheschutz- und Scheidungsverfahren	24
	2. Grundzüge der Bemessung	24
	3. Leistungsfähigkeit	25
	4. Bedürftigkeit	27
	5. Verschulden	28
	6. Rückwirkung	29
III.	Scheidungsrenten	30
	1. Rechtsgrundlagen	30
	2. Befristung	31
	a) Dauer der Ehe	31
	b) Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit	31
	c) Gerichtspraxis	32
	3. Höhe der Unterhaltsrente	33
	4. Verschulden	33
	5. Abänderung des Scheidungsurteils	34
IV.	Zusammenfassung	35

## I. Einleitung

Mit der Neufassung des Ehegesetzes, die am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber das Leitbild der Hausfrauenehe bekanntlich aufgegeben. An seine Stelle ist die einverständliche Regelung der Ehegatten über die Aufgabenteilung in der Ehe getreten. Die ausschliessliche Unterhaltspflicht des

Mannes gegenüber der Frau (aArt. 160 Abs. 2 ZGB) ist ebenso entfallen wie die Haushaltsführungs- und Unterstützungspflicht der Frau gegenüber dem Mann (aArt. 161 Abs. 2 und 3 ZGB). Vielmehr sorgen die Ehegatten nun nach Art. 163 Abs. 1 ZGB «gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie».

Die gesellschaftliche Realität ist freilich von einem partnerschaftlichen Eheverständnis noch weit entfernt. Nach wie vor dominiert eindeutig die Hausfrauenehe, allenfalls die sogenannte Zuverdienstehe nimmt in den letzten Jahren zu. Wie nun werden die neuen Bestimmungen des Eherechtes einerseits und die gesellschaftliche Realität andererseits im Konfliktfall miteinander in Einklang gebracht? Dies soll im folgenden anhand der Rechtsprechung zum Unterhalt bei faktischem Getrenntleben sowie zu den Scheidungsrenten untersucht werden.

## II. Unterhalt während der Trennung

### 1. Unterhalt im Eheschutz- und Scheidungsverfahren

Unterhaltsrechtliche Streitigkeiten beschäftigen die Gerichte vor rechtskräftiger Auflösung der Ehe einmal im Rahmen des Eheschutzverfahrens als Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, zum anderen als vorsorgliche Massnahme nach Einreichung der Scheidungsklage nach Art. 145 Abs. 2 ZGB. Eheschutzmassnahmen betreffend den Unterhalt nach Art. 173 ZGB, d.h. noch während des Zusammenlebens der Partner, kommen in der Praxis kaum vor und sollen deshalb im folgenden ausgespart werden.

### 2. Grundzüge der Bemessung

Ausgangspunkt für die Festsetzung von Geldbeiträgen während des Getrenntlebens und des Scheidungsverfahrens ist die Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten auf der einen und die Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten auf der anderen Seite. Nach fest eingespielter Praxis<sup>1</sup> werden dabei zunächst die betriebsrechtlichen Zwangsbedarfe den massgeblichen Einkünften der Ehe-

<sup>1</sup> Vgl. Engler, BJM 1990, 169, 172; vgl. auch schon Rapp, BJM 1980, 281, 286; Obergericht Zürich, 4.7.1988, 8.7.1988, 2.11.1988, ZR 1988, Nr. 111.

gatten gegenübergestellt. Soweit hieraus ein Überschuss resultiert, ist dieser – wie bereits nach altem Recht vom Bundesgericht<sup>2</sup> entschieden – grundsätzlich hälftig zwischen den Ehegatten zu teilen<sup>3</sup>. Auch nach der Trennung haben beide Ehegatten grundsätzlich Anspruch auf den gleichen Lebensstandard.

Eine Abweichung zugunsten des ansprechenden Ehegatten vom Halbteilungsgrundsatz kommt namentlich bei Obhut über minderjährige Kinder in Betracht<sup>4</sup>. Umgekehrt findet der sogenannte Halbteilungsgrundsatz dort seine Grenze, wo das vorhandene Einkommen beider Ehegatten mehr ausmacht, als es die Wahrung der bislang von den Ehegatten gewählten angemessenen Lebensführung erfordert<sup>5</sup>. Beweispflichtig ist insoweit der ansprechende Ehegatte, d.h. in aller Regel die Frau<sup>6</sup>. Was über den gebührenden Unterhalt hinausgeht, verbleibt dem pflichtigen Ehegatten. Andernfalls würde über den Umweg der unterhaltsrechtlichen Halbteilung die güterrechtliche Auseinandersetzung bereits vorweggenommen.

Der haushaltsführende Ehegatte hat auch nach Trennung grundsätzlich einen Anspruch auf den durch die Reform neu geschaffenen Betrag zur freien Verfügung nach Art. 164 ZGB<sup>7</sup>. Soweit freilich die Einkünfte gerade den Zwangsbedarf decken, geht dieser Anspruch praktisch ins Leere, im übrigen ist er in der Halbteilung des Überschusses enthalten<sup>8</sup>.

### 3. Leistungsfähigkeit

Bei der Frage der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, d.h. in aller Regel der des Mannes, sind zunächst die Einkünfte und Vermögenserträge zu berücksichtigen.

Grundsätzlich muss der Pflichtige seine Arbeitskraft zu 100% einsetzen. Mehr als die volle Ausnutzung seiner Arbeitskraft kann dem Pflichtigen m.E. jedoch selbst dann nicht zugemutet werden, wenn andernfalls der Zwangsbedarf des anderen Ehegatten nicht gedeckt werden kann<sup>9</sup>. Dies gilt auch, wenn der Unterhaltsberechtigte seinerseits etwa durch Obhutspflichten und Erwerbstätigkeit mehr als ein volles Pensum erfüllt. Stossenden Ergebnissen muss in

<sup>2</sup> Vgl. BGE 111 II 103, 106 f.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 114 II 26, 30; 115 II 424, 426; vgl. auch *Engler*, BJM 1990, 169, 172.

<sup>4</sup> Vgl. *Engler*, BJM 1990, 169, 179.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 115 II 424, 426; 114 II 26, 31 f.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 115 II 424, 426; vgl. auch Obergericht Zürich, 25.9.1987, ZR 1988 Nr. 110.

<sup>7</sup> Vgl. vor allem *Curti*, SJZ 1990, 149, 152; *Hegnauer*, Grundriss des Eherechts, 2. Aufl. 1987, Rn. 21.25.

<sup>8</sup> Vgl. *Engler*, BJM 1990, 169, 180.

<sup>9</sup> Ebenso *Zweifel*, SJZ 1988, 189, 190; a.A. *Engler*, BJM 1990, 169, 173.

solchen Fällen durch Nichtanrechnung der Einkünfte aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit beim Unterhaltsberechtigten gegengesteuert werden<sup>10</sup>.

Nutzt der Unterhaltspflichtige seine Arbeitskraft nicht zu hundert Prozent aus, obgleich ihm dies zumutbar und möglich wäre, so ist für die Unterhaltsberechnung insoweit von einem fiktiven Einkommen auszugehen. Dies gilt auch, wenn der Unterhaltspflichtige freiwillig auf die Erzielung des möglichen und im Rahmen des bisherigen liegenden Verdienstes verzichtet<sup>11</sup>, indem er etwa eine gutdotierte Angestelltenposition aufgibt, um sich selbständig zu machen. Darauf, dass der Unterhaltspflichtige dabei böswillig handelt, um den Unterhaltsanspruch des Berechtigten zu schmälern, kann es m.E. nicht ankommen. Auch eine angestrebte Selbstverwirklichung kann nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten gehen.

Vom Einkommen abzuziehen sind nach einem Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1988<sup>12</sup> Einkommens- und Vermögenssteuern jedenfalls insoweit, als Einkommen und Vermögen dem Unterhalt der Familie dienen. Nicht abzugsfähig sind hingegen Erbschafts-, Schenkungs- und Handänderungssteuern<sup>13</sup>.

Fraglich ist, inwieweit auch andere Schulden im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen sind. Für Versicherungsprämien wurde die Abzugsfähigkeit vom Bundesgericht dort bejaht, wo es um die Abdeckung von Risiken geht, die die eheliche Gemeinschaft bzw. den ehemaligen gemeinsamen Haushalt betreffen, und die Versicherungsverträge nicht ohne weiteres kurzfristig gekündigt werden können, d.h. etwa Risikoversicherungen für beide Eheleute, Hausrat-, Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung<sup>14</sup>. Verallgemeinernd wird man sagen können, dass Verbindlichkeiten, die in Zusammenhang mit der ehelichen Gemeinschaft und im Einverständnis beider Ehegatten eingegangen wurden, jedenfalls insoweit abzugsfähig sein müssen, als der jeweilige Zwangsbedarf abgedeckt ist. Schulden, die lediglich den Interessen eines Ehegatten dienen<sup>15</sup>, oder die erst nach Trennung begründet wurden, finden hingegen keine Berücksichtigung.

<sup>10</sup> A.A. *Geiser*, recht 1990, 38, 43.

<sup>11</sup> Vgl. Kassationsgericht Zürich, 18.2.1988, ZR 1988, Nr. 36; vgl. auch die unveröffentlichten BGer-Entscheide zitiert bei *Geiser*, recht 1990, 38, 41.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 114 II 393, 395; zur Berücksichtigung der Steuerbelastung speziell in Basel-Stadt, vgl. *Engler*, BJM 1990, 169, 177.

<sup>13</sup> Vgl. BGer aaO.; vgl. auch *Hausheer/Reusser/Geiser*, Kommentar zum Eherecht, 1988, Art. 163 ZGB N. 11.

<sup>14</sup> Vgl. BGE 114 II 393, 395.

<sup>15</sup> *Engler*, BJM 1990, 169, 176 verlangt freilich, dass insoweit eine klare Zuordnung möglich sein muss.

#### 4. Bedürftigkeit

Bei der Prüfung der Bedürftigkeit spielt die Frage, ob und inwieweit dem Unterhaltsberechtigten eine eigene Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, eine herausragende Rolle.

Letztlich geht es dabei um eine Neubewertung der bislang zwischen den Ehegatten geübten Rollenteilung. Wie bereits hervorgehoben, ist die Basis für die Aufgabenteilung zwischen Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit heute das Einverständnis der Ehegatten. Einigkeit besteht jedoch darin, dass die einmal gewählte Rollenteilung nicht unumstösslich ist, dass vielmehr bei veränderten Umständen jeder Ehegatte Hand zu bieten hat zu einer Änderung der Aufgabenteilung<sup>16</sup>. Fraglich ist jedoch, ob bereits die Trennung einen Umstand darstellt, der die bisher von den Ehegatten gewählte Rollenteilung in Frage stellt, oder ob der haushaltsführende Ehegatte in seinem Vertrauen auf Beibehaltung der bisherigen Rollenteilung zu schützen ist.

Die Literatur will insoweit teilweise differenzieren zwischen Massnahmen im Rahmen des Eheschutzes (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und solchen während des Scheidungsverfahrens (Art. 145 Abs. 2 ZGB). Im Eheschutzverfahren müsse der bisherigen Lebensgestaltung in weiterem Masse Rechnung getragen werden als bei vorläufigen Massnahmen im Scheidungsverfahren, da ersteres grundsätzlich auf eine Wiedervereinigung der Parteien ausgerichtet sei<sup>17</sup>. M.a.W.: Die Grenze der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit für den bisher haushaltsführenden Ehegatten soll im Eheschutzverfahren enger gezogen werden als während des Scheidungsverfahrens. Die seit 1988 veröffentlichte Judikatur gibt für eine derartige Differenzierung in der Sache freilich wenig her; die Frage der Zumutbarkeit einer Aufnahme bzw. des Ausbaus einer Erwerbstätigkeit des bislang haushaltsführenden Ehegatten wird in beiden Verfahren anhand derselben Kriterien beurteilt<sup>18</sup>, allenfalls wird ihm im Eheschutzverfahren eine gewisse Übergangsfrist eingeräumt. Diese Vorgehensweise verdient m.E. Zustimmung. Schon mit der Trennung fällt die bisherige Verständigung über die Aufgabenteilung dahin<sup>19</sup>, das Vertrauen des bisher haushaltsführenden Ehegatten ist in dieser Phase kaum weitergehend schutzwürdig, als wenn bereits Scheidungsklage eingereicht ist.

<sup>16</sup> Vgl. *Hegnauer*, Grundriss des Eherechts, 2. Aufl. 1987, Rn. 16.25; *Hausheer/Reusser/Geiser*, Kommentar zum Eherecht, 1988, Art. 163 N. 46.

<sup>17</sup> Vgl. *Geiser*, recht 1990, 38, 43 f.; *Hausheer/Reusser/Geiser*, Kommentar zum Eherecht, 1988, Art. 176 N. 18.

<sup>18</sup> Vgl. auch Botschaft vom 11.7.1979, Nr. 219.223.2 (Art. 176).

<sup>19</sup> Vgl. Obergericht Zürich, 2.11.1988, ZR 1988, Nr. 111.

Die Frage, ob und inwieweit dem bisher haushaltsführenden Ehegatten eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist, beurteilt sich auch nach neuem Recht nach den konkreten Umständen der gelebten Ehe. Zu berücksichtigen sind dabei vor allem – ähnlich wie bei der Festsetzung von Scheidungsrenten nach Art. 151, 152 ZGB – die finanziellen und sozialen Verhältnisse der Parteien, die Ehedauer, die bisherige Aufgabenteilung, die Belastung der Ehefrau mit der Kindererziehung, ihr Alter, ihre Gesundheit, ihre Vorbildung und frühere Berufsausübung und die aktuelle Arbeitsmarktlage<sup>20</sup>.

Von besonderer Bedeutung ist dabei die Erfüllung von Obhutspflichten. Nach herrschender Praxis ist der Frau eine volle Erwerbstätigkeit zumutbar, wenn das jüngste Kind die Altersgrenze von 16 Jahren überschritten hat<sup>21</sup>. Teilzeiterwerbstätigkeit kommt bei einem Einzelkind mit Primarschuleintritt<sup>22</sup>, bei mehreren Kindern jedenfalls dann in Betracht, wenn das jüngste Kind mit 10 Jahren dem Kleinkindalter entwachsen ist<sup>23</sup>.

Des Weiteren kommt vor allem der Dauer der Ehe und dem Alter des ansprechenden Ehegatten besonderes Gewicht zu. Der unter 45-jährigen Frau ist auch die Neuaufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich zuzumuten, jedenfalls soweit diese entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen noch als sozial adäquat anzusehen ist<sup>24</sup> und der Ehemann nicht in der Lage ist, mit seinem Einkommen die Mehrkosten, die mit der Führung zweier Haushalte verbunden sind, abzudecken.

Das von der Ehefrau tatsächlich erzielte bzw. – nach Einräumung einer gewissen Übergangsfrist – das hypothetisch erzielbare Einkommen ist – im Gegensatz zum früheren Recht<sup>25</sup> – immer voll anzurechnen<sup>26</sup>.

## 5. Verschulden

Unsicherheit scheint derzeit in der Frage zu bestehen, ob und inwieweit Verschulden auch bereits für Unterhaltsansprüche in der Trennungsphase zu berücksichtigen ist. Während in der Literatur teilweise insoweit eine Analogie

<sup>20</sup> Vgl. *Hegnauer*, Die allgemeinen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, S. 17, in: *Hausheer*, Vom alten zum neuen Eherecht, 1986; Obergericht Zürich, 4.3.1988, ZR 1988, Nr. 112; *Hausheer*, ZBJV 1986, 55, 56 f.; ders., FS *Hegnauer* 1986, S. 175, 178 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 109 II 286, 289.

<sup>22</sup> Vgl. *Zweifel*, SJZ 1988, 189, 190.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 114 II 301, 303; BGE 115 II 6, 10.

<sup>24</sup> Darauf weist insbesondere *Engler*, BJM 1990, 169, 175 hin.

<sup>25</sup> Vgl. noch BGE 111 II 103, 106, wonach bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen lediglich ein Drittel bis die Hälfte des Einkommens der Frau anzurechnen war.

<sup>26</sup> Vgl. Obergericht Zürich, 2.11.1988, ZR 1988 Nr. 11; *Hegnauer*, in: Das neue Eherecht, 1987, S. 9 ff.

zu den Scheidungsrenten befürwortet wird<sup>27</sup>, will die wohl überwiegende Auffassung dem Trennungverschulden vor Auflösung der Ehe grundsätzlich keine Bedeutung beimessen, es sei denn, die – nicht zu niedrig anzusetzende – Grenze des Rechtsmissbrauchs wäre überschritten<sup>28</sup>.

M.E. kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Solange das nacheheliche Unterhaltsrecht – wie es heute noch der Fall ist – auf Verschuldensgesichtspunkten basiert, kann Verschulden auch in der Trennungsphase nicht unberücksichtigt bleiben. Es hat dann als ein Abwägungsfaktor unter vielen in die Beurteilung der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit für die Ehefrau einzufließen.

Wenig diskutiert wurde bislang auch, ob das Eingehen einer neuen festen Beziehung zu einem anderen Partner zu einem Ausschluss des Unterhaltsanspruches während der Trennung führen kann. In einer noch zum alten Recht ergangenen Entscheidung hat der Bernische Appellationshof<sup>29</sup> das im Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens bereits 18 Monate dauernde umfassende Zusammenleben der Frau mit einem anderen Mann als krasse Eheverfehlung bewertet und ihr Unterhaltsbegehren dementsprechend als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen. In der Sache verdient dieser Entscheid durchaus Zustimmung. Dem Ehemann kann grundsätzlich während der Trennung nicht zugemutet werden, die neue Beziehung seiner Frau durch Unterhaltsleistungen finanzieren zu müssen. Dogmatisch wäre es freilich nicht erforderlich gewesen, das Verhalten der Frau als krasse Eheverfehlung einzustufen. Möglich wäre es in Fällen dieser Art, die Bedürftigkeit insoweit zu verneinen, als der neue Partner faktische Unterhaltsleistungen erbringt, der Frau also die Leistungen des Partners zum gemeinsamen Haushalt als Einkünfte anzurechnen.

## 6. Rückwirkung

Besteht ein Unterhaltsanspruch, so kann dieser sowohl im Eheschutz- als auch im Scheidungsverfahren rückwirkend bis zu einem Jahr vor Einreichung des Gesuchs zugesprochen werden. Diese Möglichkeit ist zwar vom Gesetzgeber nur in Art. 173 Abs. 3 ZGB, d.h. für die Regelung des Zusammenlebens vorgesehen, die Vorschrift soll jedoch nach einer Entscheidung des Bundesgerichts aus dem Jahre 1989<sup>30</sup> entsprechend auch bei Art. 176 und 145 ZGB anwendbar sein.

<sup>27</sup> Vgl. Engler, BJM 1990, 169, 175 Fn. 16.

<sup>28</sup> Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, 1988, Art. 176 N. 6; Obergericht Zürich, 5.8.1988, ZR 1988, Nr. 112; vgl. auch Obergericht Zürich, 31.3.1982, ZR 1983, Nr. 1 (krasses Fehlverhalten).

<sup>29</sup> V. 25.6.1985, ZBJV 1987, 236 unter Berufung auf Bühler/Spühler, Art. 145 N. 134.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 115 II 201, 205.



### III. Scheidungsrenten

Die Rechtsprechung zu den Scheidungsrenten nach Art. 151 Abs. 1, 152 ZGB hat nach Inkrafttreten des neuen Eherechtes keine gravierenden Veränderungen gezeitigt. Letztlich hat freilich bereits das Bundesgericht schon vor 1988 bei den Scheidungsrenten den gesellschaftlichen und rechtlichen Wandel vorweggenommen. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass ca. 90% der nahehelichen Unterhaltsleistungen im Wege von Konventionen vereinbart werden<sup>31</sup>, in Basel dürfte der Anteil sogar noch etwas darüber liegen. Höchstrichterliche Rechtsprechung bleibt jedoch auch für einverständliche Regelungen Leitlinie.

#### 1. Rechtsgrundlagen

Die Grundlage für nahehelichen Unterhalt bildet einmal die Unterhaltersatzrente nach Art. 151 Abs. 1 ZGB, die dogmatisch als Schadenersatzanspruch erscheint, und zum anderen die Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 ZGB, dogmatisch als Nachwirkung der ehelichen Beistandspflicht verstanden. Für beide Unterhaltsrenten bleibt auch nach der Neufassung des Eherechtes Raum.

Zwar ist der ausschliessliche Unterhaltsanspruch der Frau gegen den Mann weggefallen; dies heisst aber nicht, dass der haushaltsführende Ehegatte nach neuem Recht einfach darauf verwiesen werden könnte, ihm stehe von Gesetzes wegen kein Anspruch mehr zu, seinen Beitrag an den ehelichen Unterhalt ausschliesslich und für immer durch innerhäusliche Arbeit zu erbringen. Vielmehr kann im Rahmen von Art. 151 Abs. 1 ZGB der durch die Scheidung erlittene Schaden heute darin gesehen werden, dass die Versorgung der Familie nicht mehr durch das einträchtige Zusammenwirken von Mann und Frau sichergestellt ist, und dass deshalb der eine Ehegatte eine übergrosse Einbusse in der bisherigen Lebenshaltung erleidet<sup>32</sup>. Der Richter hat dabei auch nach neuem Recht von der konkreten Ehe – wie sie von den Parteien gelebt wurde – auszugehen<sup>33</sup>. Ähnliche Erwägungen gelten für die Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 ZGB. Ausgangspunkt ist hier die grosse Bedürftigkeit eines Ehegat-

<sup>31</sup> Vgl. *Bastard/Cardia-Vonèchel/Perrin*, *Pratiques Judiciaires du Divorce*, 1987, S. 114.

<sup>32</sup> Vgl. BGer v. 25.1.1990, unveröff.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 115 II 6, 12; vgl. auch *Bräm*, SJZ 1988, 57, 59; *Kehl-Zeller*, *Die Bemessung von Entschädigungs- und Bedürftigkeitsrenten gemäss Art. 151 und 152 ZGB*, 2. Aufl. 1986, S. 37 f.

ten, die freilich nicht erst an der Grenze des Existenzminimums anzusiedeln ist<sup>34</sup>. Auch hier kommt es entscheidend auf die wirtschaftliche Stellung an, die der ansprechende Ehegatte aufgrund der gelebten Ehe nach der Scheidung innehat.

## **2. Befristung**

Schon einige Jahre vor Inkrafttreten des neuen Eherechtes hat das Bundesgericht der veränderten sozialen Stellung der Frau – was Berufsausbildung und Wiedereinstiegsmöglichkeiten nach Familienarbeit betrifft – insoweit Rechnung getragen, als seither die unbefristete Rente nicht mehr als Regelfall anzusehen ist. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Ehefrau durch die Scheidung auf Dauer einen wirtschaftlichen Schaden erleidet<sup>35</sup>. Die hierfür vom Bundesgericht in mittlerweile gefestigter Praxis entwickelten Kriterien haben auch unter dem neuen Eherecht Gültigkeit.

### **a) Dauer der Ehe**

Massgebliches Gewicht kommt zunächst der Dauer der Ehe zu. Bei kurzer, kinderloser Ehe ist regelmässig an die vorehelichen Lebensverhältnisse anzuknüpfen und zu fragen, ob die geschiedene Frau in der Lage ist, sich auf längere Sicht eine wirtschaftliche Situation zu schaffen, in der sie sich befände, wenn sie die Ehe nicht eingegangen wäre<sup>36</sup>. Demgegenüber kommt es bei langer Ehedauer darauf an, ob die geschiedene Frau sich eine Situation schaffen kann, die den durch die Scheidung erlittenen Schaden auszugleichen vermag<sup>37</sup>, hier sind also Anknüpfungspunkt grundsätzlich die ehelichen Lebensverhältnisse.

### **b) Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit**

Ob sich der ansprechende Ehegatte auf Dauer eine entsprechende wirtschaftliche Situation schaffen kann, hängt wiederum von der Frage ab, inwieweit ihm eine Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist. Neben der bereits erwähnten Dauer der Ehe sind auch hier das Alter der Ehegatten und allfälliger Kinder, der Gesundheitszustand des ansprechenden Ehegatten, seine Ausbildung, seine

<sup>34</sup> Vgl. *Hausheer*, FS *Hegnauer*, 1986, S. 167, 181 m.w.Nachw.

<sup>35</sup> Vgl. bereits BGE 109 II 184; 109 II 286; 111 II 305; 115 II 6.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 109 II 184; 115 II 6, 9.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 110 II 225; 111 II 305, 306.

wirtschaftlichen Verhältnisse<sup>38</sup> sowie die allgemeine Wirtschaftslage zu berücksichtigen.

Auf die Einzelheiten – vor allem bei Obhutspflichten für unmündige Kinder – wurde bereits im Rahmen des Trennungsunterhaltes eingegangen<sup>39</sup>. Zu ergänzen ist insoweit, dass die Rente nicht automatisch mit dem 16. Lebensjahr des jüngsten Kindes endet, sondern dass sie u.U. auch über diesen Zeitpunkt hinaus zuzusprechen ist, sofern eine volle Wiedereingliederung in das Erwerbsleben erst später möglich ist<sup>40</sup>.

Neben diesen Gesichtspunkten spielt auch die Schwere des Scheidungsverschuldens des verpflichteten Ehegatten für die Frage der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit des ansprechenden Ehegatten eine Rolle<sup>41</sup>.

Die Grundsätze zur Befristung von Scheidungsrenten wurden zwar vorwiegend für die Unterhaltersatzrente nach Art. 151 Abs. 1 ZGB entwickelt, sie gelten aber entsprechend auch bei Art. 152 ZGB<sup>42</sup>. Freilich muss sichergestellt sein, dass der anspruchsberechtigte Ehegatte auf Dauer durch eigene Erwerbstätigkeit seinen Lebensunterhalt bestreiten kann.

### c) **Gerichtspraxis**

Die Rechtsprechung zur Befristung der Scheidungsrenten spiegelt sich deutlich in der Scheidungsstatistik wider<sup>43</sup>. Insgesamt erhalten in den letzten Jahren etwas weniger als die Hälfte aller Frauen nach Scheidung eine Unterhaltsrente. Im Durchschnitt waren dabei im Jahre 1988 in 13,6% der Fälle die Renten auf weniger als 5 Jahre, in 16,1% zwischen 5 und 10 Jahren, in 7,4% länger als 10 Jahre befristet. Unbefristete Renten wurden nur in 11,3% aller Fälle zugesprochen. Fast 80% dieser Renten gingen an Ehefrauen nach mehr als 15-jähriger Ehedauer; bei einer Ehedauer unter 10 Jahren erhielten nur noch ca. 4% aller Frauen eine unbefristete Rente.

<sup>38</sup> Dabei ist auch ein künftiger Erbanfall zu berücksichtigen, vgl. BGE 114 II 117.

<sup>39</sup> Vgl. oben sub II. 4.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 115 II 427, 432.

<sup>41</sup> Vgl. BGer a.a.O.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 114 II 9; vgl. auch schon BGer vom 27.9.1984 i.S.C.

<sup>43</sup> Vgl. für 1988 Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung, Statistik der natürlichen Bevölkerungsbewegung, Tabelle 6.01.704 vom 26.5.1989.

### 3. Höhe der Unterhaltsrente

Was die Höhe der Unterhaltsrente betrifft, so ging das Bundesgericht im Rahmen von Art. 151 Abs. 1 ZGB bei mittleren Einkommen lange Zeit von der sogenannten Drittel-Regel aus, d.h. grundsätzlich steht der Frau ein Drittel des ehemännlichen Einkommens zu<sup>44</sup>. In neuerer Zeit wurde freilich wiederholt betont, dass diese Drittel-Regel nicht starr gehandhabt werden darf. Anlass waren vor allem Fälle, in denen die Ehefrau in vorgerücktem Alter sich nach der Scheidung noch eine eigene Altersvorsorge aufbauen musste; ein solcher Nachholbedarf ist – soweit möglich – durch die Unterhaltsrente abzudecken<sup>45</sup>.

Sind Kinder vorhanden, so geht die Tendenz dahin, das gesamte verfügbare Einkommen hälftig auf den Mann einerseits und auf die Restfamilie von Frau und Kindern andererseits zu verteilen<sup>46</sup>.

Bei der Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag in der Regel ca. 20% über dem individuellen Notbedarf liegen<sup>47</sup>. Auch hier ist u.U. das Fehlen ausreichender Altersvorsorge zu berücksichtigen<sup>48</sup>.

Das Bundesgericht betont zwar immer wieder die Notwendigkeit einer sauberen Differenzierung zwischen Art. 151 Abs. 1 und 152 ZGB<sup>49</sup>; die Praxis freilich tendiert zu einer Angleichung der beiden Tatbestände, häufig findet eine Unterscheidung inzwischen gar nicht mehr statt<sup>50</sup>.

### 4. Verschulden

Das geltende nacheheliche Unterhaltsrecht ist dem Verschuldensprinzip verpflichtet, sowohl Art. 151 Abs. 1 als auch Art. 152 ZGB setzen die Schuldlosigkeit des Anspruchsberechtigten voraus. Schon zu Beginn der 70iger Jahre begann das Bundesgericht freilich, den Begriff der Schuldlosigkeit zu relativieren. Geringfügiges kausales Verschulden oder schweres, aber nicht kausales Verschulden schliessen Entschädigungs- oder Bedürftigkeitsrente nicht aus, können aber zur Herabsetzung führen<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Vgl. schon BGE 90 II 75; 108 II 81, 82.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 115 II 6, 14; BGer vom 25.1.1990, unveröff.

<sup>46</sup> Vgl. *Bastard/Cardia-Vonèche/Perrin*, *Pratiques Judiciaires du Divorce*, 1987, S. 108 ff.; vgl. auch *Hausheer*, FS *Hegnauer*, 1986, S. 167, S. 180.

<sup>47</sup> Vgl. *Hausheer*, FS *Hegnauer*, 1986, S. 167, 181.

<sup>48</sup> Vgl. Obergericht Basel-Landschaft, 17.5.1989, SJZ 1990, 342.

<sup>49</sup> Vgl. nur BGE 108 II 81.

<sup>50</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Sektion Bevölkerungsentwicklung, Statistik der natürlichen Bevölkerungsbewegung, Tabelle 6.01.704 vom 26.5.1989.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 99 II 129; 99 II 353; 95 II 289; BGer vom 24.1.1985 i.S.A.; zur Entwicklung vgl. *Hausheer*, FS *Hegnauer*, 1986, S. 167, 181 ff.

Auffallend ist, dass sich in den letzten Jahren explizite Verschuldenserwägungen in der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis immer seltener finden. Inwieweit nach wie vor Verschuldungsgesichtspunkte die erstinstanzliche Wirklichkeit prägen, ist bislang rechtssoziologisch leider nicht erforscht.

## 5. Abänderung des Scheidungsurteils

Auch im Bereich der Abänderung von Scheidungsurteilen nach Art. 153 ZGB haben sich seit Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes keine grundlegenden Neuerungen ergeben. Im Jahre 1988 hatte das Bundesgericht erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu den Auswirkungen eines Konkubinats auf den Rentenanspruch zu bestätigen<sup>52</sup>. Eine analoge Anwendung von Art. 153 Abs. 1 ZGB soll danach bei einem sog. qualifizierten Konkubinat in Betracht kommen. Ein solches liegt vor, wenn auf Grund der gesamten Situation erwartet werden kann, dass eine mit der Ehe vergleichbare Unterstützung des bedürftigen Partners sichergestellt ist. Hat die nichteheliche Gemeinschaft im Zeitpunkt der Klag-einleitung noch keine 5 Jahre bestanden, ist es Sache des Unterhaltsverpflichteten, dies zu beweisen. Nach 5-jähriger Dauer der Gemeinschaft kehrt sich die Beweislast um.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes folgt aus der analogen Anwendung des Art. 153 Abs. 1 ZGB, dass die Rente aufzuheben und nicht lediglich zu suspendieren ist<sup>53</sup>. Demgegenüber hat sich das Appellationsgericht Basel im Jahre 1986<sup>54</sup> für eine blosser Sistierung der Rente auch bei einem qualifizierten Konkubinat ausgesprochen, wenn die Eheschliessung mit dem neuen Partner aus anderen Gründen als wegen des drohenden Rentenverlustes unterbleibt.

Soweit es um eine Abänderung der Renten nach Art. 153 Abs. 2 ZGB wegen Vermögensverschlechterung geht, kann sich der Unterhaltspflichtige nicht darauf berufen, er wolle in einer neuen Ehe den Haushalt führen und müsse deshalb seine Erwerbstätigkeit aufgeben. Das Zürcher Obergericht<sup>55</sup> hat in diesem Sinne schon vor Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes bezüglich einer bis anhin voll erwerbstätigen Frau entschieden. Unter dem neuen Ehegesetz muss dies erst recht gelten.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 114 II 295; vgl. bereits BGE 109 II 188.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 107 II 297.

<sup>54</sup> BJM 1987, 142.

<sup>55</sup> SJZ 1988, 214.

Nicht entschieden ist die – unter altem Recht vom Bundesgericht verneinte<sup>56</sup> – Frage, ob eine Anpassung auch der auf Art. 151 Abs. 1 ZGB gestützten Unterhaltsrente bei Verbesserung der Einkommensverhältnisse des Berechtigten in Betracht kommt. Die Frage ist m.E. nach neuem Eherecht zu bejahen, da der Unterhaltsanspruch der Frau alter Art entfallen ist und – soweit sie nach Ehescheidung ein höheres Erwerbseinkommen als erwartet erzielen kann – von einem Schaden grundsätzlich nicht mehr gesprochen werden kann, so dass eine Neubewertung erforderlich erscheint.

#### IV. Zusammenfassung

Betrachtet man sich diese Ergebnisse, so scheint es, dass das neue Eherecht bislang im Bereich des Trennungsunterhalts wohl kaum gravierende, im Bereich der Scheidungsrenten allenfalls geringe Auswirkungen gezeitigt hat. Dabei darf allerdings nicht aus den Augen verloren werden, dass es sich insoweit durchwegs um obergerichtliche, zumeist höchstrichterliche Rechtsprechung handelt. Die Fälle, die in die zweite oder gar dritte Instanz gezogen werden, sind aber keineswegs repräsentativ. Ob die erstinstanzliche Wirklichkeit dem oben aufgezeigten Bild entspricht, oder ob sich auf dieser Ebene gravierende Veränderungen in Richtung geringere Unterhaltsleistungen bereits ergeben haben, muss – bislang leider fehlender – rechtssoziologischer Forschung vorbehalten werden.

<sup>56</sup> Vgl. zuletzt BGE 110 II 114.