

Referat Weiterbildung vom 19. März 2019, Schloss Wartegg, Rorschacherberg

Überblick über die Rechtsprechung des vergangenen Jahres der II. Zivilkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen (aktualisierte Fassung)

1. Einleitung

Es gehört eigentlich schon zur Tradition, dass im Rahmen der Weiterbildungen über die Praxis der II. Zivilkammer des Kantonsgerichtes berichtet wird. Letztes Mal (Nachrichten zum Familienrecht [NzF] 2/17) war dies beschränkt auf die Frage des Betreuungsunterhaltes. Dieser hat uns – wie überhaupt das neue Kindesunterhaltsrecht – erneut intensiv beschäftigt. Dieses Thema wird uns auch noch weiter begleiten. Das Bundesgericht hat allerdings weitere Fragen behandelt. So insbesondere jene nach der anwendbaren Methode: Es ist nun klar, dass die Lebenshaltungskostenmethode angewendet wird. Das Bundesgericht hat weiter das sogenannte Schulstufenmodell als anwendbar erklärt, d.h. dass bei Schuleintritt eines Kindes eine 50 %ige Erwerbstätigkeit des bzw. der Betreuenden, ab Eintritt in die Sekundarstufe 1 eine 80%ige Erwerbstätigkeit und schliesslich ab 16. Altersjahr eine solche von 100 % zu berücksichtigen sein wird.

Das Kantonsgericht hat sich dieser Rechtsprechung ohne Weiteres angeschlossen, obwohl ja sicherlich bekannt ist, dass die II. Zivilkammer in diesem Zusammenhang teilweise anderer Meinung war. Zu beachten ist auch die Äusserung des Bundesgerichtes, wonach Eigen- und Fremdbetreuung gleichwertig sein sollen (Schöbi, Erste Erfahrungen mit dem Kindesunterhalt, Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, S. 13: "Damit will das Bundesgericht die Gleichbehandlung von Fremd- und Eigenbetreuung sicherstellen", BGer 5A_708/2017, E.4.9). Gerade in diesem Zusammenhang wird sich die Rechtsprechung weiter entwickeln müssen.

2. Kindesunterhalt

Das Kantonsgericht hatte schon mehrfach Gelegenheit, Entscheide gestützt auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu treffen.

Hierzu ein Beispiel: Für die Bemessung des Betreuungsunterhalts wird nach der Lebenshaltungskostenmethode vorgegangen. Demnach umfasst der Betreuungsunterhalt grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, soweit diese wegen der Kinderbetreuung nicht selbst dafür aufkommen kann. Der Einkommensüberschuss kann unter Berücksichtigung der finanziellen und persönlichen Verhältnisse auch bei

ausserehelichen Kinder in der Regel nach grossen und kleinen Köpfen aufgeteilt werden (NzF 2/18; FamPra 1/2019, S. 333).

Zur Hilflosenentschädigung: Unter der Geltung des revidierten Kindesunterhaltsrecht erscheint es angezeigt, die Hilflosenentschädigung, soweit sie auch den Betreuungsunterhalt des Kindes abdeckt, an den Betreuungsunterhalt anzurechnen. NzF 1/18 und 2/18).

Im Zusammenhang mit Kindesunterhaltsfragen wurden auch noch weitere Problematiken behandelt: So wurde entschieden, dass die ausserordentlichen Kinderkosten gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB, soweit sie nicht konkret feststehen oder vorauszusehen sind, in einem Scheidungsurteil nicht zu behandeln sind, da die Vollstreckbarkeit nicht gegeben ist (zudem ist auch die Zuständigkeit fraglich, Art. 302 lit. b ZPO, NzF 1/19).

Weiter hat in einem Fall der Vater ohne Not eine äusserst gut bezahlte Stelle aufgegeben und wollte damit den Kindesunterhalt einer volljährigen Tochter herabgesetzt haben. Es wurde ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet, allerdings dem Kind auch der übliche Anteil am Lehrlingslohn (NzF 1/19).

Im Rahmen eines Kindesunterhaltsverfahrens, wobei die Eltern nie miteinander verheiratet waren, neu jeweils allerdings verheiratet sind, hat sich die anwaltlich vertretene Mutter, bei der das Kind wohnt, trotz Nachfrage geweigert, ihre finanziellen Verhältnisse offenzulegen. Im Gegensatz dazu hat der in Deutschland lebende Vater seine Situation offengelegt (knappe Verhältnisse). Es wurde entschieden, dass sie damit zum Ausdruck bringt, dass sie bereit und in der Lage ist, die Differenz zum effektiven Bedarf des Kindes zu decken (NzF 2/18).

In formeller Hinsicht ging es in einem Kindesunterhaltsverfahren darum, dass das Kind vertreten durch die Mutter gegen den Vater auftrat. Das Besondere dabei war, dass die nicht verheirateten Eltern das Kind in alternierender Obhut betreuten. Die Vorinstanz trat zufolge mangelhafter Vertretung auf das Begehren nicht ein, während das Kantonsgericht die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen hat mit der Aufforderung, eine Kindesvertretung einzurichten und dann das Verfahren zu behandeln (NzF 1/19).

In einem weiteren Verfahren war unter anderem der Naturalunterhalt ein Thema. Es ging um die Frage, inwieweit bei der Tragung des Barunterhaltes zu berücksichtigen ist, dass der Vater die Betreuung (Naturalunterhalt) des Kindes neben seiner Arbeitszeit sicherstellt. Eine geldwerte Leistung

wurde im konkreten Fall nicht berücksichtigt: älteres Kind, das nicht mehr viel Betreuung braucht; die Frau wollte das Kind ebenfalls betreuen (dieser Entscheid wurde angefochten und ist daher nicht rechtskräftig).

3. Weitere Kinderbelange

In einem Verfahren, in welchem in Bezug auf zwei Kinder Kindesschutzmassnahmen zur Diskussion gestanden haben und je ein Geschwister in Österreich und in der Schweiz seinen Aufenthalt hatten, besteht die Möglichkeit der Übertragung der Zuständigkeit im Einvernehmen (Art. 9 Haager Kindesschutz-Übereinkommen). Wurden zuerst die Gespräche über eine Abteilung des Justizministeriums in Wien geführt, so hat die zuständige Person schliesslich das Kantonsgericht aufgefordert, direkt mit dem entsprechenden Bezirksgericht in Kontakt zu treten. Auf recht informellem Weg und sehr rasch konnte die Angelegenheit bereinigt werden (NzF 1/18).

In einem Entscheid, welcher einen internationalen Sachverhalt betraf, wurde festgehalten, dass sich die Zuständigkeit der St. Galler Gerichtsbehörden für Kinderbelange – mit Ausnahme des Kinderunterhaltes – aus dem Haager Kindesschutz-Übereinkommen ergibt, jene für die übrigen

Eheschutzmassnahmen aus Art. 10 IPRG. Dies eben auch dann, wenn in Italien eine Scheidungsklage anhängig gemacht wurde (NzF 1/18).

Im Zusammenhang mit der Frage der elterlichen Sorge wurde festgehalten, dass die gemeinsame elterliche Sorge auch dann durchgeführt werden kann, wenn der Vater, der Schweizer ist, in Russland wohnt, und die Mutter, welche Russin ist, mit den Kindern in der Schweiz. Beim Kinderunterhaltsbeitrag wurde im Übrigen ein hypothetisches Einkommen angenommen, welches der Vater in der Schweiz erzielen könnte (NzF 1/18).

Sind besondere Verhältnisse gegeben (z.B. geografische Nähe) kann die alternierende Obhut, welche übrigens nicht halb/halb anzuordnen ist, auch gegen den Willen einer Partei angeordnet werden (NzF 1/19).

In einem anderen Entscheid wurden die Voraussetzungen der Notwendigkeit der Anordnung eines kinderpsychologischen/kinderpsychiatrischen Gutachtens geschildert: "Während die Einholung eines Sozialberichts in einem Obhuts- und Sorgerechtsstreit durchaus üblich ist, wird ein psychologisches oder psychiatrisches Gutachten nur in Ausnahmefällen angeordnet. Anlass können etwa Verhaltensauffälligkeiten oder die erhebliche

Belastung des Kindes, Vorwürfe von Erziehungsunfähigkeit, Vernachlässigung oder Missbrauch oder eine sich zuspitzende Kampfsituation, in die das Kind miteingezogen wird, sein" (NzF 2/18).

4. Ehegattenunterhalt

In einem Verfahren betreffend Ehegattenunterhalt wurden die Kriterien für die Lebensprägung der Ehe, insbesondere jene der kulturellen Entwurzelung näher umschrieben (NzF 2/18; FamPra 1/2019, S. 221).

In einem weiteren Urteil wurde entschieden, dass während der Dauer des Scheidungsverfahrens kein Vorsorgeunterhalt geschuldet ist; es wurde immerhin darauf hingewiesen, dass allenfalls auf anderem Weg ein Ausgleich geschaffen werden kann (vgl. Art. 124b ZGB). Das Bundesgericht dürfte demnächst über diese Frage entscheiden, wurden doch zwei kantonale Verfahren, welche zum gleichen Ergebnis gekommen sind, an dieses weitergezogen (NzF 1/19; FamPra 1/2019, S. 207; vgl. neu: BGer 5A_14/2019 v. 9.4.19).

In einem Verfahren ging es um die Frage der Gültigkeit der Regelung des Scheidungs- oder Trennungsunterhaltes in einem Ehevertrag: Vereinbarungen betreffend die Nebenfolgen der Ehetrennung oder Ehescheidung

können der richterlichen Genehmigung nicht durch eine Integration in einen Ehevertrag entzogen werden (NzF1/18; FS.2016.13, bestätigt in BGer 5A_493/2017).

5. Prozessuale Fragen

Eine Scheidungskonvention ist gerichtlich zu genehmigen. Darunter fallen auch Zusatzvereinbarungen, mit denen einzelne Nebenfolgen der Ehescheidung geregelt werden (NzF 1/18; Entscheid der III. Zivilkammer).

Eine genehmigte Eheschutzvereinbarung ist nur noch wegen der Verletzung von Art. 279 Abs. 1 ZPO (Missachtung der Voraussetzungen der reiflichen Überlegung, des freien Willens, der Klarheit der Vereinbarung, der Vollständigkeit sowie der offensichtlichen Unangemessenheit) und wegen Willensmangel anfechtbar (NzF 1/18).

In internationaler Hinsicht war weiter darüber zu urteilen, ob ein Entscheid nach Deutschland ohne weiteres per Post direkt an eine Partei zugestellt werden kann. Dies ist nicht möglich, eine Zustellung hat auf dem korrekten Rechtshilfeweg über das zuständige Amtsgericht zu erfolgen.

Im gleichen Verfahren musste dem Beschwerdeführer auch mitgeteilt werden, dass eine Faxeingabe unzulässig ist.

Wird das Gesuch nicht rechtzeitig gestellt, wie es von der Partei nach Treu und Glauben erwartet werden kann, gilt der Anspruch auf einen förmlichen Entscheid über das Protokoll-Berichtigungsbegehren als verwirkt. Im konkreten Fall wurde das Protokoll am 30. Januar dem Anwalt zugestellt, der bis zu seiner Mandatsniederlegung (19. Februar) nichts unternommen hat. Mit Schreiben vom 21. Februar hat die neue Rechtsanwältin die Übernahme des Mandats angezeigt, worauf ihr am 23. Februar die Akten zugestellt wurden. Am 2. März erfolgte die Aktenrücksendung und erst am 12. April (mit dem Ablauf der Frist zur Klageantwort) wurde ein Protokollfehler gerügt. Dies ist nun klar verspätet (NzF 2/18).

Ausstandsbegehren sind bei einer Verhandlung sofort geltend zu machen, sonst innert zehn Tagen. Dies gilt auch bei einer Einigungsverhandlung. Will sich ein Anwalt in diesem Zusammenhang mit einer Partei besprechen, so hat er eine Unterbrechung der Verhandlung zu beantragen (NzF 2/18).

Hat ein Richter den Antrag auf superprovisorische Massnahmen abgewiesen, so stellt dies keinen Ausstandsgrund dar, auch wenn die Abweisung

nur sehr knapp begründet wird. Ohnehin sind eher hohe Anforderungen an die Bejahung der Dringlichkeit für superprovisorische Massnahmen anzunehmen (NzF 2/18).

Bei einer Abänderung betreffend persönlichen Verkehr ist die Kinderschutzbehörde zuständig und zwar unabhängig davon, ob sich die Eltern einig sind oder nicht. Konkret ging es um ein Verfahren betreffend Abänderung des persönlichen Verkehrs, welches beim Gericht anhängig gemacht wurde (NzF 1/18).

Eine Vereinbarung im Rahmen einer selbständigen Unterhaltsklage ist zwingend durch die KESB oder das Gericht zu genehmigen; der Vermittler kann dies nicht (NzF 1/18).

6. Kosten

Eine Familienrichterin hat von den Anwälten Zeitaufschriebe verlangt, was im Übrigen auch bei Pauschalhonorierung durchaus sinnvoll erscheint. Sie ging dann aber darauf und auch auf weitere Begründungen des Anwaltes nicht ein. Dies kann nicht angehen.

7. Unentgeltliche Rechtspflege

Ein praktisch recht wichtiger Entscheid hat festgehalten, dass bereits bezahlte Kostenvorschüsse bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zurückerstattet werden. Die Leistung zeigt nämlich gerade, dass eine entsprechende Leistungsfähigkeit gegeben sein muss (NzF 2/18).

Erfolgt im Rahmen eines Mandates betreffend unentgeltliche Rechtspflege ein Rechtsanwaltswechsel, so ist dieser zu begründen (übrigens sowohl von den Anwälten als auch vom Gericht). Weiter kann es nicht angehen, in der Folge das Honorar ohne jegliche Begründung halb/halb auf beide Rechtsanwälte zu verteilen. Es ist vielmehr völlig separat zu beurteilen, welches Honorar angemessen erscheint und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes eines jeweils unvollständigen Prozesses.

Aussichtslosigkeit ist in der Regel nicht anzunehmen, wenn sich heikle Fragen im Zusammenhang mit erheblichen Eingriffen in die Rechtsstellung ergeben bzw. wenn eine heikle Rechtsfrage zu beantworten ist. Zudem ist Zurückhaltung geboten, wenn die Rechtsbegehren noch nicht definitiv gestellt wurden; in diesem Zusammenhang ist denkbar, dass teilweise Aussichtslosigkeit angenommen werden kann. Macht ein Beistand für ein Kind

ein Verfahren betreffend Vaterschaft anhängig und stützt er sich auf die relativ rudimentären Angaben der Kindsmutter, so kann kaum auf Aussichtslosigkeit erkannt werden.

In einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt: im Entscheid wurde dies wie folgt erwähnt: "Zufolge unentgeltlicher Prozessführung wird der Anteil der Gesuchstellerin vom Staat bevorschusst". Und dann folgt eine Bemerkung, die doch sehr erstaunt und wohl nicht vorkommen sollte: "auf dessen Rückforderungen gemäss Art. 123 ZPO wird verzichtet." Die Rückforderung sollte in diesem Sinne nie mit der Bewilligung verknüpft werden, kann man doch nicht voraussehen, ob sich die Situation bessern wird. Im vorliegenden Fall war kein Grund für diese Bemerkung ersichtlich; begründet wurde dies ebenfalls nicht.

8. Schlussbemerkung

Bei Verfahren betreffend Abänderung oder Ergänzung von Entscheiden sollten immer auch sämtliche Vorakten beigezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn beispielsweise einem Scheidungsverfahren ein Eheschutzverfahren vorangegangen ist. Es ist denkbar, dass zum Zeitpunkt, in welchem das Kantonsgericht die Akten verlangt, dies nicht klar ist, weshalb

es angebracht erscheint, dass die Vorinstanz von sich aus die entsprechenden Unterlagen einreicht.

26.06.2019

Kantonsrichter Dr. Dominik Scherrer, Präsident der II. Zivilkammer