

Mitteilungen zum Familienrecht

Ausgabe Nr. 6 / November 2004

Kantonsgericht St. Gallen

II. Zivilkammer

Klosterhof 1

9001 St. Gallen

Neue Entscheide	5
Eheungültigkeit, Rangfolge der Scheidungsgründe	5
Teilweiser Widerruf der Scheidungskonvention	11
Umfang des Auskunftsrechts	15
Kein Verlust des ehelichen Unterhalts bei Vermögensentäusserung	19
Einkommen und Schulden	25
Zuweisung des Miteigentums an einer überschuldeten Liegenschaft	29
Bewilligung eines Pflegeplatzes im Hinblick auf eine Adoption	33
Anfechtung des Ehevertrags	37
 Rolf Vetterli	
Bemerkungen zu Art. 175 ZGB	43
 Scheidungsfolgen aushandeln und vereinbaren	51
Gemeinsame elterliche Sorge	53
Zuteilung der Familienwohnung	55
Familienunterhalt	57
Güterrechtliche Auseinandersetzung	61
Vereinbarung	65
 Kapitalisieren im Familienrecht	67
Grundbegriffe	67
Fallbeispiele für den Umgang mit dem "Capitalisator"	71
 Sepp Habermacher	
Supervision im Familiengericht	79
 Heiner Krabbe	
Verhandeln zu Zweit	83

Neue Entscheide

Eheungültigkeit, Rangfolge der Scheidungsgründe

Art. 107 f., 114 ff. ZGB. Ein Ehegatte, der mit Androhung körperlicher Gewalt zur Ehe genötigt worden sein soll, kann keine Ungültigkeitsklage mehr erheben, wenn er fast zwei Jahre lang zögerte, das Geheimnis der Heirat aufzudecken. Er kann sich auch nicht darauf berufen, die Fortsetzung einer erzwungenen und fiktiven Ehe sei ihm nicht zuzumuten, wenn die Trennungsfrist abgelaufen ist. Er braucht jedoch keine Bedenkzeit abzuwarten, wenn der andere Ehegatte der Scheidungsklage zuletzt doch noch zustimmt.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 11. August 2004 i.S. M.P. gegen P. (BF 2004.5)

Sachverhalt:

Die Klägerin verlangte, ihre Ehe mit dem Beklagten sei für ungültig zu erklären, weil diese unter dem Einfluss einer Drohung zustande gekommen sei, oder eventuell zu scheiden, weil es ihr nicht zumutbar sei, in einer inhaltsleeren Ehe auszuharren. Sie berichtete, ihr damaliger Freund habe sie mit der fortwährenden Androhung von Schlägen unter Druck gesetzt, einen aus der Schweiz ausgewiesenen Landsmann zu heiraten, damit dieser zurückkehren könne. Er habe sie gezwungen, in seinem Beisein die Heiratspapiere zu bestellen, habe sie auch zum Flughafen begleitet und dafür gesorgt, dass sie wirklich abreise. Sie sei dann von dem ihr zugewiesenen Bräutigam abgeholt worden, habe am 4. Oktober 2000 an einer Trauung teilgenommen, bei der sie kein Wort verstand, und sei sogleich wieder ins Flugzeug gesetzt worden. Davon habe sie niemandem erzählt. Der Beklagte sei anfangs 2001 in die Schweiz gekommen, habe sich an ihrem Wohnort angemeldet und einmal im Monat die Post abgeholt. Nur in solchen Momenten und bei zufälligen Zusammentreffen auf der Strasse hätten die Parteien persönlichen Kontakt gehalten. Im April 2001 habe sie sich von ihrem Freund getrennt, weil er nun tatsächlich gewalttätig geworden sei. Sie sei ihm nie mehr begegnet und habe bloss noch gehört, er sei im Gefängnis gelandet. Sie habe sich aber weiter vor ihm geängstigt. Erst im Februar 2003 habe sie Mut geschöpft, sich einer Arbeitskollegin anzuvertrauen. Darauf habe sie den Entschluss zur Klage gefasst und am 21. März 2003 den Richter angerufen. Der Ehemann beantragte die Abweisung der Ungültigkeits- wie der Scheidungsklage, weil die Ehe in gegenseitiger Zuneigung geschlossen und effektiv gelebt worden sei. Er erklärte, er sei als Asylbewerber in die Schweiz eingereist und habe Ende 1999 eine Bekanntschaft mit der Klägerin

geknüpft. Wenig später habe er in den Kosovo heimkehren müssen. Nach der Heirat sei er baldmöglichst zurückgekommen, habe zunächst bei der Klägerin gehaust und dann mit ihr zusammen eine neue Wohnung gemietet, bis sie nach einiger Zeit ausgezogen sei, weil sie ihren Eltern die unerwünschte Heirat mit einem Ausländer verschwiegen habe und deshalb in einen Zwiespalt zwischen "Herz und Vernunft" geraten sei.

Das Kreisgericht beschrieb die Klägerin als selbstunsichere und naive Person, die im Alter von 19 Jahren ganz auf ihren wesentlich älteren und verheirateten Freund fixiert und von ihm abhängig gewesen sei. Es sei einfühlbar, dass sie seinen fortgesetzten Drohungen nachgab, die Ehe als sein "willenloses Werkzeug" schloss und sich von ihren Ängsten erst befreien konnte, nachdem es ihr gelungen war, erstmals darüber zu sprechen. Dem Beklagten unterstellte das Gericht zwar nicht, dass er an solchen Machenschaften aktiv mitgewirkt habe, warf ihm aber vor, dass er nur zum Schein geheiratet und mit der Klägerin nie zusammengewohnt habe. Das Gericht hielt es insgesamt für erwiesen, dass die Ehefrau durch wiederholte Ankündigung körperlicher Gewalt zu einer fiktiven Ehe genötigt worden sei, womit der Ungültigkeitsgrund der Drohung (Art. 107 Ziff. 4 ZGB) erfüllt sei, und danach in einem subjektiv empfundenen Klima der Furcht gelebt habe, weshalb auch die sechsmonatige Klagefrist (Art. 108 Abs. 1 ZGB) eingehalten sei.

Aus den Erwägungen:

1. Die Ungültigkeitsklage kann mit einer Scheidungsklage verbunden werden. Für beide Klagen gilt ja die gleiche Zuständigkeit und das selbe Verfahren. Zu entscheiden ist aber zuerst über die Eheungültigkeit, weil die Klage auf Ehescheidung damit gegenstandslos würde (BGE 84 II 502 ff.; BaslerKomm/GEISER/LÜCHINGER, vor Art. 104 ff. ZGB N 2). Die Freiheit, eine Ehe zu schliessen, muss so gut als möglich geschützt sein, und dabei ist auch zu bedenken, dass es schwer fallen kann, eine Beeinträchtigung dieses elementaren Selbstbestimmungsrechts nachzuweisen. Die Androhung von Prügeln, um jemanden zur Heirat zu bewegen, würde den Tatbestand der Drohung zweifellos erfüllen, und zwar auch dann, wenn diese von einem Dritten ausging und der Beklagte nicht daran beteiligt war, ja selbst dann, wenn er gutgläubig gewesen wäre (Bernerkomm/GÖTZ, Art. 126 ZGB a.F. N 7). Es käme auch nicht darauf an, ob die Drohung ernst gemeint war und ob sie eine verständige Person in der Lage der Klägerin zur Heirat hätte motivieren können. Der Umstand, dass das Opfer die angedrohte Gefahr für seine körperliche Unversehrtheit subjektiv als nahe und erheblich empfand und sie nicht auszuhalten vermochte, würde ausreichen (BaslerKomm/GEISER/LÜCHINGER, Art. 107 ZGB N 14; MERONI, Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts, Diss. Zürich 1984, 48). Die Geschichte der lückenlos überwachten Reise in eine unbekannt Stadt und der

Teilnahme an einer unverständlichen Heiratszeremonie wirkt nun zwar recht anschaulich und nicht von vornherein unglaubhaft. Schlecht nachvollziehbar ist aber zumindest, dass die Klägerin ihrem Freund, der sie zur Ehe gezwungen haben soll, nach dem ersten tatsächlich verübten Gewaltakt sogleich die Partnerschaft aufkündigte und ihn danach nie mehr traf, aber gleichwohl noch während fast zwei Jahren unter den Nachwirkungen seiner Drohung gelitten haben und zum Handeln unfähig gewesen sein soll. Ein so langes passives Verhalten lässt sich nicht mehr mit einer weiter bestehenden Angst vor äusserer Gefahr, sondern viel eher durch ein starkes Schamgefühl erklären. Auch Scham hat oft mit dem Wahren oder dem Verrat eines Geheimnisses zu tun (KUHN, Scham, in: MÜLLER [Hrsg.], Lexikon der Psychiatrie, 2. Aufl., 588 f.). Wer die Missbilligung anderer fürchtet und sich deshalb schämt, fühlt sich zugleich einsam und verlassen. Das kann zum vollständigen Bruch der Kontinuität mit der Umgebung führen und eine Erstarrung bis hin zur eigentlichen Lähmung bewirken (STRASSBERG, Scham als Problem der psychoanalytischen Theorie und Praxis, Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie 2004, 225 ff.). Auch wenn es zutrifft, dass bei Zweifeln eher zu Gunsten der Klägerin zu entscheiden wäre (vgl. BGE 84 II 621, 627), kann ihre Hemmung, das vor allen Verwandten und Bekannten sorgsam gehütete Geheimnis der Heirat aufzudecken, einer wenigstens in ihrem Bewusstsein fortwirkenden Zwangslage doch nicht gleichgestellt sein. Die sechs Monate dauernde relative Verwirkungsfrist ist offensichtlich ungenutzt verstrichen, weshalb die Ungültigkeitsklage abgewiesen werden muss.

2. Grundsätzlich ist nicht auszuschliessen, dass eine erzwungene und nie gelebte Ehe wegen Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) geschieden werden könnte. Die Optik wäre freilich eine andere: Mit der Ungültigkeitsklage sind Mängel geltend zu machen, die schon vor der Heirat bestanden haben; in der Scheidungsklage sind hingegen Tatsachen anzuführen, die sich erst während der Ehe ereigneten oder auswirkten (Basler Komm/GEISER/LÜCHINGER, vor Art. 104 ff. ZGB N 1; BernerKomm/GÖTZ, Vorbem. zu Art. 120 ff. a.F. ZGB N 12). Anzuknüpfen wäre dabei an die Gerichtspraxis zur Scheinehe. Eine von beiden Seiten nur als Trugbild geschlossene Ehe dürfte nicht vor Ablauf der gesetzlichen Trennungszeit aufgelöst werden (BGE 127 III 347 ff.); eine Ehe, die vom klägerischen Teil in gutem Glauben und vom beklagten Teil in Umgehungsabsicht begründet wurde, könnte jedoch sogleich geschieden werden (BGE 127 III 342 ff.; vgl. auch STECK, Die Praxisentwicklung zu den Scheidungsgründen, FamPra.ch 2004, 206, 220; VETTERLI, Die Scheidung auf Klage, AJP 2002, 102, 106). Das liesse sich durchaus auf einen Fall übertragen, in dem der klagende Ehegatte zur Ehe gedrängt und danach vom anderen für seine Zwecke ausgenützt worden wäre. Er hätte es ja nicht freiwillig in Kauf genommen oder gar zum eigenen Vorteil gewollt, eine Ehe auf dem Papier zu führen, und dürfte in einer Verbindung, die stets nur der Form halber bestand, nicht länger festgehalten werden.

3. Die gesetzliche Reihenfolge der Klagegründe bildet aber zugleich eine Rangfolge. Der Scheidungsgrund des Getrenntlebens ist der Regelfall; der Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit hat Ausnahmecharakter und stellt nur eine Art "Notventil" dar. Ein Ehegatte kann den Scheidungsgrund nicht frei auswählen und sich etwa auf Unzumutbarkeit berufen, um die "Wahrheit" über eine Beziehung aufzudecken und sich auf diese Weise vielleicht ein Stück Genugtuung zu verschaffen. Wenn er lange genug getrennt gelebt hat, so muss er sich damit abfinden, dass die Ehe aus diesem Grund geschieden wird, weil der Ablauf der Trennungszeit eben einfacher festzustellen ist als eine unbillige Härte. Art 115 wird im Verhältnis zu Art. 114 ZGB stets als subsidiär betrachtet (BGE 126 III 403, 407; 127 III 342, 346; PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 115 ZGB N 2; RUMO-JUNGO, Die Scheidung auf Klage, AJP 1999, 1530, 1540; BaslerKomm/STECK, Art. 114 ZGB N 2). Mit der am 1. Juni 2004 in Kraft gesetzten Änderung von Art. 114 ZGB wurde die gesetzlich vorgeschriebene Trennungsfrist von vier auf zwei Jahre herabgesetzt, und nach Art. 7c Schlusstitel ZGB gilt das auch für ein Scheidungsverfahren, welches bereits vor einer kantonalen Instanz anhängig gemacht, aber noch nicht beurteilt ist. Die verkürzte Trennungszeit muss in einem solchen übergangsrechtlichen Fall nicht schon bei Anhebung der Scheidungsklage abgelaufen sein; es genügt, wenn sie beim In-Kraft-Treten des revidierten Rechts erfüllt war (BGE 126 III 401; Bericht der Kommission für Rechtsfragen NR zur Parlamentarischen Initiative Trennungsfrist bei Scheidung auf Klage, BBI 2003, 3927, 3936). Nach der Version der Klägerin sollen die Ehegatten überhaupt nie zusammengewohnt haben. Sie hätten in einer nur zum Schein geschlossenen Ehe immer getrennt gelebt (PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 114 ZGB N 4) und ihre beiderseitige Weigerung, die eheliche Gemeinschaft je aufzunehmen, von Anfang an unmissverständlich ausgedrückt. Die zweijährige Trennungsfrist hätte somit am Tag nach der Heirat vom 4. Oktober 2000 zu laufen begonnen und wäre im Zeitpunkt des Rechtswechsels längst beendet. Nach der Version des Beklagten sollen die Ehegatten eine normale Ehe gegründet und einen gemeinsamen Haushalt geführt haben, bis die Ehefrau ausgezogen sei und alle ihre Sachen mitgenommen habe. Seine im Frühjahr 2003 vor Gericht aufgestellte Behauptung, das sei erst "vor etwa sechs Monaten" geschehen, kann aber jedenfalls nicht zutreffen, nachdem die Mutter der Klägerin als Zeugin bestätigte, die Tochter sei schon im Mai 2001 wieder bei ihr eingezogen. Das Getrenntleben wäre also spätestens mit einem solchen nur als Trennungsentschluss zu deutenden Umzug aufgenommen worden und hätte auch dann bis zum Rechtswechsel weit über zwei Jahre gedauert, was selbst der Beklagte heute nicht mehr bestreitet. Demnach hat die Klägerin einen absoluten Anspruch auf Scheidung.

4. In seiner abschliessenden Stellungnahme vor dem Kantonsgericht anerkannte der Beklagte die Scheidungsklage ausdrücklich. Damit stellt sich die Frage, ob Art. 116 ZGB zu

beachten sei, was bedeuten würde, dass die Parteien noch eine Bedenkzeit von zwei Monaten abzuwarten und ihren Scheidungswillen danach zu bestätigen hätten. Der Sinn dieser Bestimmung ist der, dass scheidungswillige Ehegatten nicht mit einer fingierten Streitscheidung die Verfahrensregeln des Art. 111 ZGB sollen umgehen dürfen und damit womöglich leichter zum Ziel kommen als Ehepartner, welche die Scheidung gemeinsam verlangen. Dieser Zweck hätte sich geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn das Verfahrensende nach einem langen Prozess, der in sein allerletztes Stadium getreten ist und zumindest klar und eindeutig gezeigt hat, dass der Scheidungsgrund des Getrenntlebens gegeben ist, nochmals verzögert würde. In einem solchen spruchreifen Fall ist Art. 116 ZGB nicht mehr anwendbar (PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 116 ZGB N 10; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Rz. 9.38; REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: HAUSHEER [Hrsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Rz. 1.95; BaslerKomm/STECK, Art. 116 ZGB N 15).

Teilweiser Widerruf der Scheidungskonvention

Art. 112 ZGB. Ein gemeinsames Scheidungsbegehren darf nicht sogleich abgewiesen werden, wenn ein Ehegatte seine Zustimmung zur Vereinbarung über die Scheidungsfolgen widerruft oder einschränkt. Verfahrensziel ist eine möglichst umfassende Einigung und daraus ergibt sich eine Pflicht des Familienrichters, die Verständigung zu fördern. Er muss den Ehegatten wenigstens einmal Gelegenheit geben, erneut einen gemeinsamen Nenner zu finden, und das geschieht am besten im Rahmen einer zweiten Anhörung.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, Entscheid vom 27. April 2004 i.S. H. und H. (BF.2004.9)

Sachverhalt:

Die Eheleute verlangten gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe. Im Laufe der ersten Anhörung einigten sie sich auch über die Scheidungsfolgen, ausgenommen den nachehelichen Unterhalt. In diesem Punkt überliessen sie den Entscheid dem Gericht. Nach Ablauf der Bedenkzeit teilte die Ehefrau mit, sie sei mit der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen nicht mehr einverstanden, wolle wenn möglich einen höheren Unterhalt für die beiden Kinder erreichen und wünsche sich eine Wiederaufnahme des Gesprächs. Der Ehemann reichte seine Bestätigung erheblich verspätet ein. Darauf wies der Familienrichter das gemeinsame Scheidungsbegehren ohne weiteres ab und setzte den Ehegatten Frist zur Klage an.

Die Ehefrau erhob Berufung und beantragte sinngemäss, den Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie habe ihr Schreiben an das Gericht nur als eine Art Hilferuf verstanden und stelle nun fest, dass sie sich offenbar ungeschickt ausgedrückt habe. In Wirklichkeit sei sie immer noch an einer Scheidung interessiert. Der Ehemann stimmte in seiner Berufungsantwort dem Antrag auf Fortsetzung des Scheidungsverfahrens ausdrücklich zu und fügte bei, dass auch er die Kinderbelange nochmals erörtern möchte.

Aus den Erwägungen:

Wenn ein Ehegatte die Scheidung als solche eindeutig ablehnt, ist das gemeinsame Begehren gescheitert. Widerruft er hingegen nur seine Zustimmung zur Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ganz oder zum Teil, so bleibt den Ehepartnern immer noch die Alternative, das gemeinsame Begehren fallen zu lassen oder den Entscheid in den nun wieder umstrittenen Punkten an das Gericht zu delegieren. Die nur teilweise Bestätigung kann aber nicht in eine

solche Erklärung umgedeutet werden. Es geht nicht an, eine Seite bei ihrer vorbehaltlosen Bestätigung der Vereinbarung zu behaften und aus der eingeschränkten Bestätigung der anderen Seite eine Teileinigung zu konstruieren (LIATOWITSCH, Wieviel prozessuale Autonomie benötigen die Parteien im neuen Scheidungsrecht?, AJP 1999, 1600, 1604 f.). Nach der einen Auffassung steht es dem Gericht frei, die Eheleute zur Abgabe einer Erklärung innert einer Nachfrist aufzufordern oder zu einer zweiten Anhörung einzuladen (BaslerKomm/GLOOR, Art. 111 ZGB N 12; vgl. auch BRÄM, Scheidung auf gemeinsames Begehren, in STIFTUNG FÜR JURISTISCHE WEITERBILDUNG [Hrsg.], Das neue Scheidungsrecht, 9, 20; MICHELI u.a., Le nouveau droit du divorce, Rz. 165). Nach der anderen Meinung ist das Gericht verpflichtet, die Ehegatten vor die Wahl zwischen einem Abbruch des einverständlichen Verfahrens oder einem Wechsel in das streitige Verfahren nach Art. 112 ZGB zu stellen (FANKHAUSER, Die einverständliche Scheidung nach neuem Scheidungsrecht, 58; vgl. auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung – Ergänzungsband, § 201a N 12). Allenfalls soll das Gericht auf beiderseitigen Wunsch die Verhandlungen auch wieder aufnehmen können (HAUSHEER, Die Scheidungsgründe, ZSR 1996 I 343, 360; RHINER, Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2001, 189).

Das rechtliche Gehör geht grundsätzlich über den reinen Anspruch hinaus, gehört zu werden. Im Sinne einer "verfahrensrechtlichen Kommunikation" (J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., 510) soll der Gedankenaustausch zwischen dem Gericht und den Beteiligten gefördert werden (G. MÜLLER, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 4 a.F. N 98). Man kann zwar auch von Parteien, die nicht anwaltlich vertreten sind, verlangen, dass sie sich einen klaren Willen bilden, aber nicht erwarten, dass sie diesen immer richtig ausdrücken. Eine gerichtliche Aufklärung hat deshalb dreifache Bedeutung – sie dient der Klarstellung, der Verständigung und der Transformation (vgl. dazu SPOHR, Die richterliche Aufklärungspflicht, Göttingen 1969, 51 ff.; SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, 55 ff.): Es geht also darum, herauszufinden, was eine Partei tatsächlich verlangt, ihr zu zeigen, welche rechtlichen Folgen das haben kann, und ihr zu helfen, das Vorbringen aus der Laiensphäre so in die Rechtssprache zu übersetzen, dass es ihrem Willen wirklich entspricht.

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren wickelt sich nicht in einem Zwei-Parteien-Prozess ab, sondern in einem freiwilligen und kooperativen Verfahren, für das die gewöhnlichen zivilprozessualen Regeln nicht unverändert übernommen werden können. Verfahrensziel ist eine umfassende Übereinkunft (Botschaft Scheidungsrecht, 29 f.). Die Aufgabe des Gerichts besteht nicht mehr darin, eine eheliche Verbindung gegen den Willen der Partner aufrecht zu halten, sondern vielmehr darin, zu einer einverständlichen Auflösung der Ehe beizutragen und

damit die Nachteile für die Ehegatten wie für die Kinder gering zu halten. Wenn die Ehe misslungen ist, soll wenigstens die Scheidung gelingen (DUSS-VON WERDT, Die Ehe – eine Kette von Scheidungen, in: SCHULTZ [Hrsg.], Trennung, 4. Aufl., Stuttgart 1984, 82, 84). Im Hinblick auf dieses Ziel verwandelt sich die allgemeine richterliche Befugnis, einen Vergleich anzubieten, in das Gebot, eine möglichst vollständige Einigung anzustreben. Eine gewisse Ambivalenz, ein Zustand der Gefühlsverwirrung und inneren Zerrissenheit, in dem den Ehegatten eine eindeutige Entscheidung schwer fällt, gehört zum normalen Ablauf der psychischen Trennung (TEXTOR, Scheidungszyklus und Scheidungsberatung, Göttingen 1991, 21 ff.). Das Gericht sollte sich darauf einstellen und seine Bemühungen nicht sogleich aufgeben, falls der Verständigungsprozess nicht planmässig vorankommt. Es hat deshalb auch nicht nur ein Fragerecht, sondern eine Erkundigungs- und Aufklärungspflicht, wenn die Ehegatten sich am Ende der Bedenkzeit ausschweigen oder ihren Willen nicht unmissverständlich äussern. Es muss sie dazu auffordern, die Situation innert bestimmter Frist zu klären, und sie auf die Säumnisfolgen hinweisen, um Überraschungen zu vermeiden (SUTTER/FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 111 ZGB N 48; RUMO-JUNGO, Die Scheidung auf gemeinsames Begehren, in: VETTERLI [Hrsg.], Auf dem Weg zum Familiengericht, 1, 12).

Die Scheidung auf gemeinsames Begehren mit Teileinigung bedarf schliesslich besonderer richterlicher Aufmerksamkeit. Sie hat einen eher zwiespältigen Charakter: Einerseits ist nicht einzusehen, weshalb einem Ehepaar eine rasche Scheidung verwehrt bleiben soll, bloss weil es sich über einzelne Scheidungsfolgen nicht einig wird (REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: HAUSHEER [Hrsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Rz. 1.51). Andererseits erhält der wirtschaftlich abhängige Partner erst durch den Verbund der Scheidung mit der Folgesache Sicherheit, weil er ja mit dem Dahinfallen der Ehe zugleich seine bisherige Lebensgrundlage verliert. Er geht ein beträchtliches Risiko ein, wenn er der Scheidung zustimmt, ohne zu wissen, wie sich seine Zukunft gestaltet. Die Ehegatten können dieses Risiko allenfalls begrenzen, indem sie in einer Konvention auch ihre unterschiedlichen Anträge zu den umstrittenen Punkten festhalten und das Gericht ersuchen, in diesem Rahmen zu entscheiden (so PraxKomm/LIATOWITSCH, Anh. K N 313 ff.) Sonst schafft die teilweise Einigung oft einen prekären Schwebezustand. Die Ehegatten neigen dazu, auf die bereits "erledigten" Punkte zurückzukommen, weil diese in einem inneren Zusammenhang mit den noch ungeklärten stehen. Die Aufgabe des Gerichts besteht deshalb darin, die Verhandlungen so lange fortzusetzen, bis die Ehegatten ihre Teilvereinbarung in eine umfassende Vereinbarung umgewandelt haben oder offensichtlich an einem "point of no return" angelangt sind und die Scheidung unbekümmert um die noch nicht ausgehandelten Folgen innerlich akzeptieren (HAUSHEER, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 1999, 1, 9; VETTERLI, Die Anhörung

der Ehegatten, FamPra.ch 2001, 59, 62 f.). Das heisst allerdings nicht, dass die Ehegatten das Scheidungsverfahren beliebig sollen verzögern können. Immerhin müssen sie gerade dann, wenn eine Seite die Zustimmung zu einer Vereinbarung nachträglich einschränkt, wenigstens einmal die Chance haben, erneut einen gemeinsamen Nenner zu finden.

Die Ehefrau äusserte sich nach Ablauf der Bedenkzeit nicht explizit zum Scheidungswillen. Das allein wäre Grund für eine Nachfrage des Gerichts gewesen, weil ein stillschweigendes Einverständnis nicht genügt (KGer SG, FamPra.ch 2003, 663 ff.). Im Übrigen gab die Ehefrau zwar zu verstehen, dass sie sich an die Abmachung über den Kinderunterhalt nicht gebunden fühle, ersuchte aber zugleich darum, die Verhandlungen fortzusetzen. Unter diesen Umständen durfte der Familienrichter die Scheidung auf gemeinsames Begehren jedenfalls nicht unerwartet abweisen. Er hätte beiden Ehegatten Gelegenheit zur Mitteilung geben müssen, ob sie den Entscheid in dieser Frage dem Gericht überlassen. Das hätte am besten in mündlicher Form geschehen können, weil es ja nicht nur um einen reinen Austausch von Erklärungen ging, sondern um eine neue Absprache. Der Richter hätte aber im besonderen Fall schon deshalb eine zweite gemeinsame Anhörung ansetzen sollen, weil ein Ehegatte das beantragte (PraxKomm/FANKHAUSER, Art. 111 ZGB N 29; REUSSER, Rz. 1.49; vgl. auch SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 111 ZGB N 60).

Umfang des Auskunftsrechts

Art. 170 ZGB. Ein Ehegatte kann mit Blick auf den Unterhalt erwarten, dass der andere ihm Auskunft über eine Erbschaft gibt und dabei eine Art Vermögensbilanz vorlegt. Er kann aber nicht fordern, dass er über die Zuweisungen an die Miterben orientiert werde, und auch nicht verlangen, dass der innere Wert geerbter Aktien zu ermitteln sei.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 27. Juli 2004 i.S. F. gegen F.-M. (RF.2004.28)

Sachverhalt:

Der Ehemann verlangte von der Ehefrau Auskunft über ihr Vermögen, insbesondere zur Höhe einer kürzlich angefallenen Erbschaft und begründet das damit, dass der Vermögenszuwachs sich mit einem vermehrten Ertrag auf seine Unterhaltspflicht auswirken könne. Er wollte sich aber nicht mit Angaben über das vorhandene Vermögen und die damit erwirtschafteten Erträge begnügen, sondern zugleich herausfinden, welche Rendite sich bei einer optimalen Anlage erzielen liesse. Dafür beantragte er eine Expertise über den inneren Wert einer Gesellschaft, die zum Nachlass gehört. Die AG besitze praktisch nur noch ein einziges Aktivum, nämlich eine Liegenschaft in bester Lage, welche zwar einen tiefen Steuerwert von wenigen Hunderttausend Franken aufweise, auf dem Markt aber für viele Millionen verkäuflich wäre. Die Ehefrau bezeichnete das als unbegründete Spekulation. Sie legte im Übrigen wohl eine Vermögenszusammenstellung der Erbengemeinschaft vor, aus der sich ihr gesetzlicher Erbteil errechnen lasse, verweigerte dem Ehemann aber die Einsicht in den Erbteilungsvertrag, weil es ihn nichts angehe, was die Miterben erhielten, und gab auch keine weitere Auskunft darüber, wie sie das Vermögen im Einzelnen angelegt habe, weil ihr bei der Bemessung des Unterhalts ohnehin ein hypothetischer und überdurchschnittlich hoher Ertrag angerechnet worden sei. Das Gericht forderte die Ehefrau zur Einreichung des Erbteilaktes und der letzten Steuererklärung samt dem Wertschriftenverzeichnis auf. Sie reichte diese Unterlagen auch ein, den Erbteilungsvertrag allerdings in zwei Fassungen, einem vollständigen Exemplar für das Gericht und einer Kopie, in der die Anweisungen an die Miterben verdeckt blieben, für den Ehemann.

Aus den Erwägungen:

Kommunikation gehört nicht nur zu jeder Gemeinschaft, sie ist der Kern der Gemeinschaft, vor allem der Familie. Das Recht kann aber soziale Kontakte nicht regeln und damit auch den

Informationsfluss nicht lenken. Es behandelt nur ganz bestimmte Informationsansprüche, die sich auf vermögensrechtliche Angelegenheiten beschränken und erst auf Anfrage aktualisiert werden (DRUEY, Information in der Familie, in: Familie und Recht, Festschrift Schnyder, 141 ff.). Mit Hilfe des Gerichts durchgesetzt werden können nur die "erforderlichen" Auskünfte (Art. 170 Abs. 2 ZGB). Das Begehren muss einem echten Rechtsschutzbedürfnis dienen und darf nicht bloss aus Neugier, für eine beliebige Ausforschung gestellt werden (ZR 1990 Nr. 46; BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB N 15). Was zu präsentieren ist, damit sich ein Ehepartner ein zutreffendes Bild über die finanzielle Situation des anderen machen kann, hat das Gericht im Einzelfall und je nach dem eherechtlichen Anspruch festzulegen, für den das Auskunftsrecht angerufen wird (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB N 23). Im Hinblick auf eine güterrechtliche Auseinandersetzung besteht etwa ein Anspruch, Aufschluss über den Verbleib von Errungenschaftswerten zu erhalten (BGE 118 II 27, 29). Im Zusammenhang mit dem Familienunterhalt bezieht sich das Auskunftsrecht grundsätzlich auf alle Komponenten des Einkommens und sämtliche Positionen des Grundbedarfs (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 170 ZGB N 22). Der anfragende Ehegatte hat aber möglichst konkret anzugeben, über welche Tatsachen er informiert sein will und welche Belege er einsehen möchte. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, weil auch ein Eingriff in die private Sphäre einer verheirateten Person nicht weiter gehen soll als notwendig. Das Gericht hat dafür zu sorgen, dass die berechtigten Geheimhaltungsinteressen des auskunftspflichtigen Ehegatten und der mitbetroffenen Dritten gewahrt bleiben (Zürcher Komm/BRÄM, Art. 170 ZGB N 24). Es kann die erhaltenen Auskünfte dem Gesuchsteller "gefiltert" weitergeben, indem es etwa einzelne Passagen einer Urkunde abdeckt oder ihm nur deren wesentlichen Inhalt zur Kenntnis bringt (Berner Komm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB N 24; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 145 N 7a; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Art. 299 N 6).

Der Ehemann erkundigt sich nach einer Erbschaft der Ehefrau, was zwar güterrechtlich nicht von Belang ist, aber unterhaltsrechtlich durchaus Bedeutung haben kann, weil Vermögenserträge, woher sie auch immer rühren, zum anrechenbaren Einkommen zählen. Er hat deshalb Anspruch auf eine Art "Bilanz" über den Umfang, die Zusammensetzung und die Anlage des Vermögens (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB N 16). Der heutige Vermögensstand muss in den grossen Zügen ersichtlich sein; Details aus der Gegenwart und Bewegungen in der Vergangenheit sind nur zu offenbaren, soweit dafür ein besonderer Anlass besteht (DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, Rz. 313). Hier genügt es, wenn der Ehemann die neueste Steuererklärung samt Wertschriftenverzeichnis mit der ihm schon früher übergebenen Steuerdeklaration des Vorjahres vergleichen kann und

zudem nachzuprüfen vermag, was der Ehefrau inzwischen aus Erbschaft zufiel. Der gerichtliche Einblick in den vollständigen Erbteilakt und die damit verbundene Feststellung, dass dieser mit dem Auszug übereinstimmt, trägt dem Aufklärungswunsch des Ehemanns wie dem Geheimhaltungsbedarf der übrigen Erben angemessen Rechnung. Der Ehemann behauptet selbst nicht, dass ihm für eine Übersicht über die aktuellen Vermögensanlagen der Ehefrau nun noch irgendwelche Belege fehlen. Er fordert jedoch weiterhin eine Expertise zum inneren Wert der geerbten Aktien. Im Verfahren um Auskunftserteilung, das der Sache nach ein Eheschutzverfahren darstellt (BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB N 19), kann es allerdings nur um die Offenlegung liquider Fakten gehen, also allein um den Bestand des Vermögens und nicht um dessen Bewertung (Berner Komm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB N 25a). Die Einholung eines Gutachtens verträgt sich mit der summarischen Natur eines solchen Verfahrens schon grundsätzlich nicht; das bleibt dem ordentlichen Prozess vorbehalten (Zürcher Komm/BRÄM, Art. 170 ZGB N 26). Die Frage nach den stillen Reserven einer Familien-AG wäre aber – abgesehen vom unverhältnismässigen Aufwand, der dafür getrieben werden müsste – zur Bestimmung des gebührenden Unterhalts an die getrennt lebende Ehefrau auch gar nicht entscheidend. Reicht nämlich das bisherige Einkommen zur angemessenen Fortsetzung des ehelichen Lebensstandards gut aus, so kann von einem Ehegatten nicht erwartet werden, dass er alsbald Vermögen umschichtet und dabei weitreichende Dispositionen trifft.

Kein Verlust des ehelichen Unterhalts bei Vermögensentäusserung

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Ein Ehegatte, der praktisch sein ganzes als Alterskapital dienendes Vermögen verschenkte, danach pflegebedürftig wurde und in materielle Not geriet, verliert seinen Unterhaltsanspruch nicht. Der andere Ehegatte muss sich aber auch nicht soweit aufopfern, dass er selbst Gefahr läuft, in fortgeschrittenem Alter zu verarmen.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 18. Februar 2004 i.S. M. gegen M. (RF.2003.102)

Sachverhalt:

Die Eheleute heirateten im Jahre 1973 und vereinbarten damals eine Gütertrennung. Der 1917 geborene Ehemann zog im Herbst 2001 in ein Pflegeheim. Er erhält eine AHV-Rente von 1'583.–, eine BVG-Rente von Fr. 1'375.– und seit Oktober 2002 eine Hilflosen-Entschädigung von Fr. 845.– im Monat. Mit diesen Einkünften kann er die Aufenthaltskosten im Pflegeheim nicht tragen. Die von der Krankenkasse nicht übernommenen Pensionstaxen, Pflege- und Betreuungspauschalen beliefen sich auf gut Fr. 5'600.– im Monatsdurchschnitt, solange der Ehemann in einem Doppelzimmer logierte, und sanken auf rund Fr. 4'700.–, als er im November 2002 in ein Viererzimmer wechselte. Weitere Einsparungen sind kaum mehr denkbar. In der Zeit bis Ende September 2002 erwuchs dem Ehemann somit ein monatliches Manko von wenigstens Fr. 2'650.–, im Oktober 2002 ein solches von Fr. 1'800.– und seither macht das Defizit noch mindestens Fr. 900.– aus.

Die Barmittel des Ehemanns sind aufgebraucht. Er war zwar bis vor kurzem noch Eigentümer zweier Liegenschaften, die aber schlecht vermietet wurden und keinen Ertrag abwarfen. Weil die Hypothekarzinsen nicht mehr bezahlt werden konnten, wurden die Liegenschaften im Sommer 2003 zwangsversteigert. Obwohl der amtliche Verkehrswert erheblich höher lag, deckte der Erlös nicht mehr als die Hypothekarschulden und die ausstehenden Zinsen. Im Jahre 1974, kurz nach der Heirat, hatte der Ehemann den beiden vorehelichen Töchtern ein Grundstück überschrieben. Im Jahre 1999 liess er das darauf stehende Wohnhaus auf seine Kosten umbauen und investierte dabei einen Betrag von über Fr. 400'000.–. Nun weist er auf seine endgültige Mittellosigkeit hin und fordert von der Ehefrau Unterhalt, welcher ihm bis zur Auffüllung seines notwendigen Bedarfs vom Eheschutzrichter auch zugesprochen wurde.

Die 1921 geborene Ehefrau wohnte nach der Trennung zuerst unentgeltlich in der dem Ehemann gehörenden Familienwohnung und mietete auf August 2003 eine Alterswohnung. Sie

bezieht nur eine monatliche AHV-Rente von Fr. 1'583.–, womit sie ihren eigenen Lebensunterhalt offenkundig nicht bestreiten kann. Sie hat allerdings noch namhaftes Vermögen, nämlich zwei Bankkonten mit Einlagen von zusammen rund Fr. 265'000.– sowie zwei Kapitalversicherungen, die demnächst ausbezahlt werden und einen Rückkaufswert von insgesamt rund Fr. 115'000.– aufweisen. Sie behauptet, dass sie gegenüber ihren Kindern noch Erbschaftsschulden von gut Fr. 10'000.– abtragen und Ausgaben für die Einrichtung ihrer neuen Wohnung von gegen Fr. 30'000.– tätigen müsse. Sie beziffert ihre Aktiven, die beiden Lebensversicherungen ausgenommen, mit rund Fr. 225'000.– und rechnet nebst dem Renteneinkommen nur noch mit einem effektiven Vermögensertrag von Fr. 315.– im Monat, der zusehends abnehmen werde. Die Ehefrau meint deshalb, sie könne nichts entbehren, während dem Ehemann, der mit seinem Vermögen so schlecht gewirtschaftet habe, zumindest ein hypothetischer Ertrag angerechnet werden müsse.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann verschenkte in schon vorgerücktem Alter, aber noch vor Eintritt seiner Pflegebedürftigkeit den aus erster Ehe stammenden Kindern mehr als Fr. 400'000.–, veräusserte dafür seinen Wertschriftenbestand und erhöhte die Hypotheken auf seinen Liegenschaften, wodurch er – wie sich nachträglich zeigte – praktisch das ganze Vermögen einbüsste. Planmässig eingesetzt hätte ihm dieses Kapital auf seine mutmassliche Lebenszeit zu einer Leibrente in der Grössenordnung von Fr. 5'000.– im Monat verholfen, womit sein Bedarf bei weitem gedeckt gewesen wäre. Bei der Scheidung kann nahehehlicher Unterhalt verweigert werden, wenn ein Ehegatte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeiführte (Art. 125 Abs. 3 ZGB). Als mutwillig gilt nach deutschem Muster eine Verhaltensweise, mit der ein Ehegatte leichtfertig und verantwortungslos von sozialen Standards abweicht und sich dabei der Möglichkeit bewusst ist, in eine finanzielle Notlage zu geraten (GERNHUBER/COESTER, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., München 1994, 432; JOHANNSEN/HENRICH, Ehe recht, 3. Aufl., München 1998, § 1579 BGB N 13; MAURER, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 1579 N 17). Typisches Anwendungsbeispiel dafür ist gerade der Fall, in dem ein Ehegatte sich seines Vermögens entäussert – es unentgeltlich anderen zuwendet oder förmlich verschleudert (Botschaft Scheidungsrecht, 115; HINDERLING, Verschulden und nahehehlicher Unterhalt, Basel 2001, 97 ff.; PraxKomm/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 93; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 125 ZGB N 111; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., 229 f.).

Auch wenn die Trennung der Eheleute als definitiv erscheint und eine Vorstufe, wenn nicht gar einen Ersatz für die Scheidung darstellt (vgl. zum damit verbundenen Wechsel der

Betrachtungsweise BGE 128 III 65), so lässt sich die für den nahehelichen Unterhalt formulierte Unbilligkeitsklausel aber nicht einfach auf den ehelichen Unterhalt übertragen. Einerseits geht die eheliche Beistandspflicht weiter als eine blosser nahehelicher Solidarität. Andererseits ist der Ausschluss des Unterhalts eine Erscheinungsform der Zurechnung von Selbstverschulden und eine solche Sanktion für Fehlverhalten wäre in einer noch bestehenden Ehe grundsätzlich nicht angebracht. Vorbehalten bleibt nur der offenbare Rechtsmissbrauch, der sich jedoch erst begründen liesse, wenn zwischen dem eigenen Unrecht und der Rechtslage, auf die man sich nun beruft, ein innerer Zusammenhang bestünde (BernerKomm/MERZ, Art. 2 ZGB N 582), wenn also der Ehemann geradezu darauf ausgegangen wäre, sein Vermögen wegzugeben, um danach von der Ehefrau Unterhalt fordern zu können. Im Übrigen muss es als Faktum hingenommen werden, dass der Vermögensverlust sich nicht mehr rückgängig machen lässt (so für den spiegelbildlichen Fall der Vermögensentäusserung durch den Unterhaltspflichtigen BGE 117 II 377 ff. und dazu GEISER, ZBJV 1992, 529 ff.), womit der Ehemann seine materielle Not nur noch beheben kann, indem er sich entweder an die Ehefrau oder an den Staat hält. Solange der andere Ehegatte sich noch in einigermaßen günstigen Verhältnissen befindet, ist ihm eine Unterstützung aber eher zuzumuten als der Allgemeinheit (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 163 ZGB, N 159 f.).

Die Ehefrau kann nicht darauf bestehen, dass ihr die Substanz des Vermögens möglichst erhalten bleiben soll. Auch individuelle Ersparnisse haben einen Vorsorgezweck und sind dazu bestimmt, im Alter angezehrt zu werden (BGE 129 III 7; GEISER, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993, 903, 904). An der Pflicht, den Vermögensstamm für den Unterhalt zu verwerten, vermag der Umstand, dass die Ehegatten Gütertrennung vereinbart haben, nichts zu ändern. Das eheliche Unterhaltsrecht gilt unabhängig vom Güterstand (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 142). Das Bundesgericht hat es zwar als nicht schlechthin willkürlich bezeichnet, sich an den Grundsätzen des Ergänzungsleistungsrechts zu orientieren, mithin einem betagten Ehegatten jährlich einen Zehntel des um einen Freibetrag von Fr. 25'000.– verminderten Vermögens als Einkommen anzurechnen und von ihm zu verlangen, dass er den sein Existenzminimum überschüssenden Teil dem anderen Ehegatten als Unterhalt zukommen lasse (Pra 2002 Nr. 168). Das scheint aber doch allzu schematisch und würde in dieser aussergewöhnlichen Lage erst recht keinen fairen Ausgleich schaffen. Der Ehefrau ist wohl eine Einschränkung, aber doch nicht eine krasse Verschlechterung ihrer Lebensweise zuzumuten. Sie soll sich nicht zu Gunsten des Ehemanns regelrecht aufopfern müssen, sich mit dem reinen Notbedarf begnügen und längerfristig sogar Gefahr laufen, ganz zu verarmen.

Von Verwandten wird erwartet, dass sie Unterstützung leisten, soweit sie das ohne Beeinträchtigung einer "wohlhabenden Lebensführung" tun können (HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Rz. 29.11). Das wird in der Regel dann angenommen, wenn ihre Einkünfte samt einem Vermögensverzehr den doppelten Grundbedarf übersteigen. Dabei wird der Vermögensverbrauch so bestimmt, dass vom steuerbaren Vermögen eine Rücklage von Fr. 100'000.– abgezogen und der Rest nach der durchschnittlichen Lebenserwartung in eine Rente umgerechnet wird (vgl. BaslerKomm/KOLLER, Art. 328/329 ZGB N 17 mit kritischem Hinweis auf die SKOS-Richtlinien). Freilich ist die Gemeinschaft der Ehegatten enger als das Verhältnis zwischen den Generationen. Zu übernehmen ist immerhin der Grundgedanke, dass auch ein unterhaltspflichtiger Ehegatte mit seinem Vermögen bis an das Ende seines Lebens haushalten muss und dafür auf einen sicher ausreichenden Notgroschen angewiesen ist. Eine Reserve von Fr. 100'000.– scheint hier keineswegs übersetzt. Das verbleibende Kapital kann mit einem für risikoarme Anlagen vernünftigen Zinsfuss in eine lebenslange Rente umgewandelt werden.

Das effektive Einkommen, ergänzt mit einem solchen regelmässigen Vermögensverzehr muss in der besonderen Situation vorab der Ehefrau einen bescheidenen Lebensstandard garantieren. Dafür stellt der betreibungsrechtliche Notbedarf keinen geeigneten Massstab mehr dar. Er würde wohl für beschränkte Zeit eine physische Existenz ermöglichen, aber keine Teilhabe am sozialen Leben erlauben. Vielmehr bietet sich hier zunächst der Vergleich mit dem Lebensbedarf für Bezüger von Ergänzungsleistungen an. Das ist ein durchaus angemessener Ausdruck für das im Alter Unentbehrliche. Ein Ehegatte soll schon deshalb ein Dasein auf diesem Niveau führen können, damit er nicht schlechter gestellt wird als der Ehepartner (VETTERLI, Scheidungshandbuch, 211). Auch unverhältnismässige Abstriche bei den fixen Ausgaben wären nicht angezeigt. Zu berücksichtigen sind namentlich die Kosten für das betreute Wohnen in einer Alterssiedlung, weil damit eine gewisse Selbständigkeit erhalten bleibt, die Prämien für eine freiwillige Krankenversicherung, weil eine Kündigung unwiderruflich wäre (BÜHLER, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002, 644, 651), die ungedeckten Krankheitskosten, weil sie voraussichtlich weiterhin anfallen werden (DOLDER/DIETHELM, Eheschutz – Ein aktueller Überblick, AJP 2003, 655, 660), und die bis anhin tatsächlich bezahlten Steuern, die allerdings von der Höhe der Unterhaltspflicht abhängen und nur grob geschätzt werden können. Damit sind aber noch nicht sämtliche Grundfähigkeiten erfasst, die in der heutigen Gesellschaft als wesentlich für ein menschenwürdiges Dasein betrachtet werden (vgl. dazu ENDERLE, Betreibungsrechtliches Existenzminimum, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, 259, 270). Zu anerkennen ist für eine angemessene Fortsetzung der

gewohnten Lebensart namentlich das im Alter eher noch steigende Bedürfnis nach Information und Fortbewegung (BÜHLER, 654; DOLDER/DIETHELM, 661).

Konkret bedeutet das Folgendes: Die Ehefrau wurde grundsätzlich zutreffend dazu verpflichtet, ab März 2002 – also rückwirkend auf ein Jahr vor der Gesuchseinreichung (BGE 115 II 204 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 28) – Unterhaltsbeiträge zu erbringen. Zu dieser Zeit war sie 81 Jahre alt und besass ein Vermögen von Fr. 380'000.–. Es besteht kein Anlass, den Rückkaufswert der beiden Lebensversicherungen beiseite zu lassen. Abzuziehen ist hingegen ein Notgroschen von Fr. 100'000.– und ein eher grosszügiger Betrag von Fr. 20'000.– für Umzugskosten und Neuanschaffungen im Haushalt. Schulden aus dem angeblich unverteilt Nachlass des ersten Ehemanns sind hingegen nur behauptet und das Angebot, einen Sohn und Miterben als Zeugen einzuvernehmen, taugt nicht zum Beweis. Wird das verbleibende Kapital von rund Fr. 260'000.– mit einem realistischen Zinsfuss von 2% in eine lebenslängliche Rente umgerechnet, so ergibt sich daraus ein monatliches Betreffnis von Fr. 2'240.– (nach WEBER/SCHAETZLE, Capitalisator). Hinzu kommt die AHV-Rente von rund Fr. 1'580.– im Monat. Die Altersrenten des Ehepaars sind allerdings wohl noch plafoniert. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass diese Kürzung mit der gerichtlichen Aufhebung des gemeinsamen Haushalts entfällt (Art. 35 Abs. 2 AHVG). Ob und allenfalls in welchem Umfang sich das auf die Renten auswirken könnte, hat freilich keiner der Ehegatten vorgebracht; jedenfalls käme es beiden in gleichem Masse zu gute. Das anrechenbare Einkommen von Fr. 3'820.– im Monat ist dem laufenden Bedarf gegenüberzustellen. Dieser besteht aus einem Grundbetrag (entsprechend dem Lebensbedarf nach ELG) von Fr. 1'440.–, dem allerdings erst ab Anfang August 2003 geschuldeten Mietzins samt Nebenkosten von Fr. 1'130.–, den ausgewiesenen Krankenkassenprämien von Fr. 250.–, den glaubhaft ungedeckten Krankheitskosten von Fr. 150.–, der Prämie für eine übliche Risikoversicherung von Fr. 40.–, den Kommunikationskosten von rund Fr. 100.– und den Mobilitätsauslagen von etwa Fr. 50.– (vgl. zu den drei letzten Ausgabenpositionen die Angaben der Arbeitsgemeinschaft Schweizerischer Budgetberatungsstellen) sowie den Steuern von zirka Fr. 300.– und beläuft sich damit bis zum durchaus nachvollziehbaren Auszug aus dem wenig später versteigerten Wohnhaus des Ehemanns auf Fr. 2'330.–, danach auf Fr. 3'460.– im Monat. Der Ehefrau ist es zumutbar, den gerundeten monatlichen Überschuss von Fr. 1'500.– ab März 2002 bzw. Fr. 350.– ab August 2003 dem Ehemann als Unterhalt weiterzugeben. Müsste sie mehr beitragen, so hätte sie ihre Lebensweise weitgehend umzustellen und würde auf Dauer sogar ihre unabhängige Existenz aufs Spiel setzen. Hätte sie weniger oder – wie sie selbst beantragt – gar nichts an den Unterhalt des bedürftigen Ehemanns beizusteuern, so würde der Charakter der Ehe als Solidargemeinschaft völlig preisgegeben.

Einkommen und Schulden

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Kinderzulagen gehören zum Einkommen des unterhaltspflichtigen Elternteils. Schulden können nur anerkannt werden, wenn sie während des Zusammenlebens für gemeinsame Bedürfnisse aufgenommen und regelmässig abbezahlt wurden.

Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 21. April 2004 i.S. H. gegen H. (RF.2004.35)

Sachverhalt:

Der Ehemann bringt gegen die Berechnung des Unterhalts in einem Eheschutzverfahren namentlich vor, sein Einkommen sei zu hoch angesetzt, weil versehentlich die Kinderzulagen miteinbezogen wurden, und sein Grundbedarf sei zu tief veranschlagt, weil Kredit- und Steuerschulden nicht berücksichtigt wurden. Er anerkennt zwar den Kinderunterhalt, errechnet aber ein erhebliches Manko im Familienbudget, welches die Ehefrau allein zu tragen habe.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann nimmt an, dass die Kinderzulagen nicht Bestandteil seines Einkommens bilden. Die Eheschutzrichterin bestimmte bei der Bemessung des unbestrittenen Kinderunterhalts zunächst den notwendigen Bedarf der beiden Kinder von je Fr. 950.– als untere Grenze. Weil die Kinder aber nicht nur Anspruch darauf haben, dass ihre elementaren Bedürfnisse befriedigt werden, sondern auch am Lebensstandard ihrer Eltern teilhaben sollen, verglich sie das Resultat mit den Berner Prozentregeln, die sich am Einkommen des unterhaltspflichtigen Elternteils orientieren, und mit den Zürcher Richtlinien, die von einem durchschnittlichen Kinderbedarf ausgehen. Daraus ergab sich eine obere Grenze des Kinderunterhalts von etwa Fr. 1'100.–. Die Eheschutzrichterin entschied sich für einen mittleren Betrag von Fr. 1'000.– und zog davon die Kinderzulage von je Fr. 200.– ab. Danach verpflichtete sie den Ehemann, einen Barbeitrag an den Kinderunterhalt von je Fr. 800.– zu leisten und stellte fest, dass er die Kinderzulagen nach der gesetzlichen Regel (Art. 285 Abs. 2 ZGB) zusätzlich schulde. Würden nun die Kinderzulagen, die beständige Mittelzuflüsse darstellen und auch steuerrechtlich genauso wie Arbeitserwerb behandelt werden (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 79), nicht zum Lohn des Ehemanns geschlagen, so wären sie doppelt abgezählt, nämlich einerseits bei seinem Einkommen und andererseits beim Kinderbedarf, aber nur einmal wieder hinzugerech-

net. Im Ergebnis würde das darauf hinauslaufen, dass sie dem Ehemann allein zufielen, und das ist gewiss nicht der Sinn der Kinderzulagen.

Die Ehegatten nahmen im Herbst 2003 miteinander bei den Eltern des Ehemanns ein Darlehen von gut Fr. 20'000.– auf, welches dazu bestimmt war, den Minussaldo zweier Bankkonten auszugleichen und den fälligen Hypothekarzins zu bestreiten. Beide verpflichteten sich, das Darlehen in monatlichen Raten von je Fr. 200.– zurückzuzahlen, die konsequenterweise in ihren Grundbedarf aufgenommen wurden. Nun behauptet der Ehemann, das Geld sei entgegen der Abmachung zur Begleichung "anderer dringender Rechnungen" verwendet worden, und es seien noch immer Schulden aus Kreditkarten-Bezügen stehen geblieben, die er nun in Raten von Fr. 400.– im Monat abzahlen müsse. Schulden können im Notbedarf aber nur berücksichtigt werden, wenn sie während des Zusammenlebens für gemeinsame Bedürfnisse aufgenommen wurden (BGE 127 III 289, 292; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 02.43; PraxKomm/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 77). Der Ehemann gibt nicht an, welche Rechnungen aus dem Darlehen bezahlt worden seien. Er kann die Mittel jedoch nicht für einen ungenannten Zweck ausgeben und hernach verlangen, dass ihm nebst der Rückzahlung des Darlehens auch noch die Tilgung jener Schulden anzurechnen sei, die damit gerade hätten gedeckt werden sollen.

Der Ehemann trägt sodann vor, dass aus der Zeit des gemeinsamen Haushalts noch eine Steuerschuld von Fr. 5'800.– offen sei, die er in zehn monatlichen Teilbeträgen bezahlen müsse. Auch eine solche Schuld dürfte nur dann beachtet werden, wenn sie effektiv und regelmässig abgetragen wird (BÜHLER, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002, 644, 655 ff.). Das lässt sich mit einer blossen Saldomeldung, aus der sich erst noch ergibt, dass Teilzahlungen schon früher erwartet wurden, nicht belegen. Die Amortisation eines Hypothekendarlehens kann grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, weil sie vermögensbildend wirkt (BGE 127 III 289, 292; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 02.44). Ganz abgesehen davon fehlt auch hier jeder Nachweis, dass sie tatsächlich erfolgt. Im Übrigen braucht nicht geprüft zu werden, ob es sich bei den von der Ehefrau geltend gemachten, aber nicht zu ihrem Bedarf gezahlten Kreditraten um Familienschulden handle. Allenfalls wäre ihr ebenso wie dem Ehemann zuzumuten, diese in angemessenem Umfang aus dem verbleibenden Einkommensüberschuss zu tilgen (BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens, Diss. Zürich 1995, 117; DOLDER/DIETHELM, Eheschutz – Ein aktueller Überblick, AJP 2003, 655, 662).

Der Ehemann bemängelt schliesslich noch, dass im Bedarf der Ehefrau zu hohe Wohnkosten eingesetzt seien. Er übersieht dabei aber, dass im Kinderbedarf ein Anteil von je Fr. 315.– am Wohnaufwand von Fr. 1'800.– enthalten ist. Die auf die Ehefrau entfallenden Kosten von Fr. 1'170.– sind weder absolut noch im Vergleich zum Mietzins von Fr. 1'000.–, der

dem Ehemann zugebilligt wurde, übersetzt. Die Ehefrau blieb nach der Trennung in der ehelichen Eigentumswohnung zurück. Ein rascher Umzug wäre vor allem den Kindern, die nach einer Trennung der Eltern besonders darauf angewiesen sind, im vertrauten Milieu bleiben zu können, nicht zuzumuten und würde die wirtschaftliche Situation der Familie kaum verbessern, solange kein vorteilhafter Verkauf in Aussicht steht.

Zuweisung des Miteigentums an einer überschuldeten Liegenschaft

Art. 205 Abs. 2 und 3 ZGB. Die Entschädigung für die Zuweisung eines Miteigentumsanteils richtet sich nach dem Verkehrswert, der bei einem Einfamilienhaus vor allem auf Grund des Realwerts zu bestimmen ist, und nicht nach dem Preis, den ein Ehegatte anbietet. Der Alleineigentümer muss die ganze Hypothek übernehmen und hat Anspruch darauf, dass der andere Ehegatte seinen Schuldanteil tilgt. Das setzt freilich voraus, dass die Hypothekargläubigerin diesen aus der Solidarhaft entlässt.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 2. Juli 2004 i.S. H. gegen H. (BF.2002.45); beim Bundesgericht angefochten

Sachverhalt:

Bei der Scheidung ist vor allem die Zuteilung und die damit verbundene Bewertung des im hälftigem Miteigentum der Eheleute stehenden Wohnhauses umstritten. Die Liegenschaft bildet den weitaus bedeutendsten Vermögensgegenstand in beiden Errungenschaften und ist mit einer Hypothekarschuld belastet, die den Wert des Grundstücks erheblich übersteigt. Die Ehegatten sind sich einig, dass auf beiden Seiten ein Rückschlag eingetreten sei.

Die Ehefrau verlangt die Zuweisung der Liegenschaft an sich. Sie verweist im Wesentlichen auf das Interesse, das Haus weiterhin mit den Kindern als Wohnung der Familie nutzen zu können. Der Ehemann beantragt, die Liegenschaft sei freihändig zu verkaufen, eventuell der Ehefrau zum Wert der darauf lastenden Hypotheken zu übertragen. Für den Fall, dass sie nicht bereit sei, den überschuldeten Miteigentumsanteil entschädigungslos zu übernehmen, fordert er die Zuweisung der Liegenschaft an sich gegen Übernahme der Grundpfandschulden und bietet dafür der Ehefrau einen längerfristigen Mietvertrag an. Er macht damit vor allem ein wirtschaftliches Interesse an der Zuweisung geltend und will mit einer Übernahme der Liegenschaft eine Realisierung der infolge sinkender Marktpreise eingetretenen Überschuldung des Grundstücks verhindern.

Aus den Erwägungen:

Die Zuweisung eines Miteigentumsanteils (Art. 205 Abs. 2 ZGB) setzt voraus, dass ein Ehegatte ein überwiegendes Interesse nachweist und auch in der Lage ist, den anderen zu entschädigen (Pra 2002 Nr. 188). Für eine Zuweisung an die Ehefrau spricht, dass den drei Kindern ein Auszug nicht leichthin zuzumuten ist (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB N 51; GLOOR, Die Zuteilung der Wohnung nach schweizerischem Recht,

Diss. Zürich 1987, 65 f.). Noch schulpflichtige Kinder sind nach der Trennung ihrer Eltern in besonderem Masse darauf angewiesen, im Sinne einer Erlebniskontinuität in der vertrauten Wohnung, der Nachbarschaft und der Schule bleiben zu können. Das Haus liegt in einer ländlichen Gemeinde, hat einen kleinen Garten und ist damit trotz einfachem Ausbaustandard als Umfeld für drei Kinder gut geeignet. Es wäre schwierig, eine ähnlich preisgünstige und ebenso taugliche Wohngelegenheit zu finden. Entgegen der Auffassung des Ehemanns kann dieses Ziel nicht dadurch erreicht werden, dass er die Liegenschaft der Ehefrau vermietet. Die Beziehung zwischen den geschiedenen Ehegatten ist so belastet, dass an ein normales Mietverhältnis nicht zu denken wäre. Gegen eine Zuweisung an den Ehemann spricht auch, dass eine rasche Erholung der Liegenschaftspreise nicht zu erwarten ist, weshalb sich eine Realisierung des eingetretenen Verlustes auf Dauer kaum verhindern lässt. Das Interesse der Ehefrau an einer ungeteilten Zuweisung überwiegt deshalb offensichtlich.

Die Entschädigung richtet sich grundsätzlich nach dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Zuweisung. Der Verkehrswert ist dabei nicht für den Miteigentumsanteil, sondern für den Vermögensgegenstand insgesamt zu ermitteln. Die Entschädigung entspricht sodann dem Bruchteil des Miteigentums (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB N 55). Für die Bestimmung des Verkehrswerts ist auf den Preis abzustellen, welcher bei einem Verkauf auf dem freien Markt zu erzielen wäre (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 211 ZGB N 12; BaslerKomm/SCHAUFELBERGER, Art. 617 ZGB N 3). Nicht massgebend ist hingegen der Preis, den ein Ehegatte für das Haus offeriert. Das widerspräche dem Grundgedanken von Art. 205 Abs. 2 ZGB, der eine Zuweisung zu Eigentum gegen Entschädigung und nicht eine Versteigerung unter den Ehegatten vorsieht (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB N 7). Darauf würde es jedoch hinauslaufen, wenn ein Ehegatte dem anderen die Übernahme des Hauses verunmöglichen könnte, indem er ein weit über dem Verkehrswert liegendes Angebot macht.

Im Jahre 1999 wurde der amtliche Verkehrswert der Liegenschaft, der im Kanton St. Gallen grundsätzlich dem bei einem Verkauf erzielbaren Wert entsprechen sollte, auf Fr. 236'000.– geschätzt. Ein von der Vorinstanz in Auftrag gegebenes Gutachten kam zum Schluss, dass der Verkehrswert des einseitig angebauten Einfamilienhauses Fr. 279'000.– betrage. Ein im Berufungsverfahren eingeholter Schätzungsbericht bewertete die Liegenschaft mit Fr. 235'000.–. Auf das erste Gutachten kann nicht abgestellt werden, weil es schwere Mängel aufweist. Zum einen wurde der Ertragswert ohne Begründung doppelt gewichtet, was bei Einfamilienhäusern unüblich ist. Die mit dem Ertragswert ausgedrückten Renditeüberlegungen dürfen hier zwar nicht ganz vernachlässigt werden, haben aber doch eine untergeordnete Bedeutung (NAEGELI/WENGER, Der Liegenschaftenschätzer, 4. Aufl., 109 f.). Zum anderen

wurde der Bodenwert ebenfalls ohne Begründung auf Fr. 320.– pro m² geschätzt. Dieser im Vergleich zu ortsüblichen Ansätzen hohe Wert ist umso erstaunlicher, als anscheinend unberücksichtigt blieb, dass ein Teil der Grundstücksfläche mit einem Weg überbaut und damit für den Eigentümer praktisch wertlos ist.

Mit der Wendung, wonach die Ehegatten ihre gegenseitigen Schulden regeln (Art. 205 Abs. 3 ZGB), bringt das Gesetz die Notwendigkeit zum Ausdruck, das Vermögen der Ehegatten in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu entflechten (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 205 ZGB N 67). Dabei sind auch gemeinsame Schulden zu bereinigen und das heisst, dass das Gericht bei Uneinigkeit zu bestimmen hat, welcher Ehegatte die Schulden übernimmt. Bei der Hypothek in der Höhe von Fr. 350'000.– handelt es sich um eine Solidarschuld der Ehegatten, welche beide Miteigentumshälften gleichermassen belastet. Wenn die Ehefrau die ganze Liegenschaft zugewiesen erhält, hat sie auch die volle Schuld zu tragen, kann aber für die Hälfte davon (Pra 2002 Nr. 69, S. 396 f.), also für Fr. 175'000.– auf den Ehemann zurückgreifen.

Der Entschädigungsanspruch des Ehemanns von Fr. 117'500.– für den hälftigen Miteigentumsanteil ist mit der Übernahme eines Hypothekenanteils im gleichen Umfang abgegolten. Es verbleibt somit noch eine Restforderung von Fr. 57'500.– zugunsten der Ehefrau. Die Pflicht zur internen Übernahme der gesamten Schuld schliesst es zwar nicht aus, dass die Bank den Ehemann belangen kann, wenn die Verpflichtungen ihr gegenüber nicht mehr erfüllt werden. Diese hat jedoch erklärt, sie sei grundsätzlich bereit, eine Schuldübernahme durch die Ehefrau zu akzeptieren und den Ehemann von seiner Haftbarkeit zu befreien. Es ist deshalb dem Gericht möglich, die überschuldete Liegenschaft einem Ehegatten gegen eine Entschädigung für die Übernahme der ganzen Hypothek zuzuweisen (vgl. zum anderen Fall Pra 2002 Nr. 188). Zur Vermeidung der Gefahr einer Doppelzahlung soll der Betrag von Fr. 57'500.– allerdings erst in dem Zeitpunkt fällig werden, in dem die Bank den Ehemann aus der Solidarhaft entlässt.

Bewilligung eines Pflegeplatzes im Hinblick auf eine Adoption

Art. 264 ZGB, Art. 11a ff. PAVO. Die Idee, ein Kind an Verwandte weiterzugeben, um diesen den unerfüllt gebliebenen Kinderwunsch zu erfüllen, und es damit gewissermassen zu "verleihen", ohne sich ganz von ihm zu trennen, verträgt sich mit schweizerischen Rechtsgrundsätzen nicht. Damit kann auch ein Pflegeplatz, der die Vorstufe für eine spätere Adoption bildet, nicht bewilligt werden.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 13. September 2004 i.S. I. und I. (RF.2004.59); beim Bundesgericht angefochten

Sachverhalt:

Ein Ehepaar hat keine eigenen Kinder und möchte deshalb den Neffen des Ehemanns adoptieren. Im Hinblick darauf ersuchte es, ihm einen Pflegeplatz für das damals noch ungeborene Kind zu bewilligen. Obwohl das Gesuch vor erster Instanz abgewiesen wurde, lebt das Kind nun schon seit mehreren Monaten bei den Eheleuten.

Aus den Erwägungen:

Eine Adoption ist erst möglich, wenn die künftigen Adoptiveltern das Kind während mindestens eines Jahres bei sich aufgenommen haben (Art. 264 ZGB). Dieses Pflegeverhältnis bedarf nach Art. 11a der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption (PAVO) einer Bewilligung. Während eine gewöhnliche Pflegebewilligung erteilt wird, wenn die Pflegeeltern für eine gute Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes Gewähr bieten, ist für eine Aufnahme zur Adoption zusätzlich erforderlich, dass der Adoption keine rechtlichen Hindernisse im Wege stehen und dass diese voraussichtlich dem Kindeswohl dient (Art. 11b Abs. 1 PAVO). Damit ist auf die gesetzlichen Voraussetzungen für die Adoption verwiesen, die so bereits in den Entscheid über die Pflegebewilligung einfließen und im Zeitpunkt der Adoption mutmasslich erfüllt sein müssen (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 264 ZGB N 28 und 61a; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB N 8; HESS, Die Adoption in rechtlicher und sozialpädagogischer Sicht, 12). Andernfalls könnten im Pflegeverhältnis Bindungen entstehen, die trotz Fehlens der Adoptionserfordernisse später nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden können (VOGEL-ETIENNE, Das Pflegeverhältnis vor der Adoption, 77).

Die Pflegebewilligung wurde verweigert, weil eine künftige Adoption des Kindes durch Onkel und Tante nicht in seinem Wohl liege. Das Kindeswohl hat Vorrang vor den Interessen der Adoptionseletern und der leiblichen Eltern (BernerKommHEGNAUER, Art. 264 ZGB N 57) und

ist bei jeder geplanten Adoption sorgfältig zu klären (ZVW 1986 155; 1993, 141). Das Kindeswohl ist Ziel und Rechtfertigung der Adoption überhaupt (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB N 19). Im Mittelpunkt steht die Frage, ob die familienrechtliche Wirkung der Adoption, nämlich die Begründung eines Kindesverhältnisses zu den Adoptierenden, dem Kind zu gute komme. Die positive Wirkung ist abzuwägen gegen die negative, dass das bisherige Kindesverhältnis erlischt (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 264 ZGB N 59; VOGEL-ETIENNE, 26). Durch die in Aussicht genommene Adoption sollen die Lebensbedingungen und die Entwicklungschancen des Kindes offensichtlich verbessert werden (HESS, 16). Bei der Verwandtenadoption sind die Voraussetzungen genauso sorgfältig zu prüfen wie bei der Adoption durch Fremde. Auch hier ist zu überlegen, ob die beabsichtigte Adoption durch Verwandte eine angemessene Hilfe für das Kind darstellt und ob nicht Alternativlösungen ausreichen oder möglicherweise sogar besser sind. Es wird nicht bezweifelt, dass die Gesuchsteller grundsätzlich geeignet sind, ein Adoptivkind bei sich aufzunehmen. Wenn sie sich auf diese Weise den lang gehegten Kinderwunsch erfüllen möchten, so ist das jedenfalls verständlich und spricht nicht von vornherein gegen den Wert einer Adoption. Zu prüfen ist aber, ob es tatsächlich dem Wohl des Kindes dient, von den Gesuchstellern adoptiert zu werden.

Das Kind wurde im Oktober 2003 als drittes seiner verheirateten Eltern geboren. Die Schwangerschaft war offenbar nicht geplant. Noch vor der Geburt entschlossen sich die Eltern, das Kind dem Bruder des Mannes und dessen Ehefrau zur Adoption zu übergeben. Sie erklärten, das sei ihr Wunsch, weil Bruder und Schwägerin keine eigenen Kinder bekommen könnten und weil sie wüssten, dass das Kind dort in guten Händen sei. Gegenüber dem Gericht bestätigten die Eltern, es sei ihr Anliegen, dass das Kind bei den Gesuchstellern aufwachse, aber weiterhin Kontakt zu ihnen behalte. In der mazedonischen Heimat der beiden Familien ist es offenbar üblich, einem kinderlosen Ehepaar durch Überlassung eines Neffen oder einer Nichte zu einem eigenen Kind zu verhelfen. Es wird nirgends vorgebracht, dass die leiblichen Eltern mit dem ungeplanten dritten Kind psychisch, physisch oder finanziell überfordert wären. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Kind auch bei ihnen aufwachsen könnte und dort eine ebenso liebevolle Erziehung und ein ähnlich gefestigtes Umfeld vorfinden würde wie bei Onkel und Tante.

Die Adoption im schweizerischen Recht dient in erster Linie dazu, einem elternlosen Kind neue Eltern zu geben. In diesem Sinne "elternlos" sind nicht nur Waisen, sondern auch Kinder, deren leibliche Eltern sich nicht mehr um sie kümmern können oder wollen (BernerKomm/HEGNAUER, Vorbemerkungen zu Art. 264-269 ZGB N 9 bis 11). Die leiblichen Eltern sind aber in erster Linie verantwortlich und zuständig, für ihr Kind zu sorgen, was sich auch aus Art. 7 der UN-Kinderrechtskonvention ergibt. Die Adoption schafft ein neues Verwandtschaftsverhältnis

mit allen rechtlichen Wirkungen. Die Bindungen an die angestammte Familie werden zwar nicht völlig belanglos, was sich beim Eehindernis der Verwandtschaft zeigt. Im Vordergrund steht aber der Ersatz der einen Familie durch eine andere. Vorausgesetzt ist grundsätzlich auch bei der Verwandtenadoption, dass die leiblichen Eltern ihre Aufgabe auf Dauer nicht wahrnehmen können und aus dem Lebenskreis des Kindes ausscheiden (BGE 119 II 1 ff.; BernerKomm/HEGNAUER, Vorbemerkungen zu Art. 264-269 ZGB N 13 und Art. 264 ZGB N 17). Dadurch soll sichergestellt werden, dass die rechtlichen Beziehungen die psychische und soziale Wirklichkeit widerspiegeln. Das adoptierte Kind soll sich ausschliesslich und auf Dauer der Adoptionsfamilie, der es nun mit allen rechtlichen Konsequenzen angehört, verbunden fühlen. Es soll später nicht vor die Wahl gestellt werden, ob es wieder zur Herkunftsfamilie zurückkehren möchte. Eine feste Verankerung in einer Familie ist wichtig, damit das Kind eine gesunde und sichere Identität entwickeln und die Adoption so ihren Zweck erfüllen kann (ZR 2002 Nr. 162). Gerade darüber scheinen sich die Gesuchsteller und die leiblichen Eltern zu wenig im Klaren zu sein. Beide Paare wohnen in einer knappen halben Stunde Fahrdistanz zueinander und pflegen guten Kontakt miteinander. Es ist denn auch ihr gemeinsamer Wunsch, dass das Kind seine leiblichen Eltern regelmässig sehen kann. Die künftigen Adoptiveltern hätten nichts dagegen, wenn das Kind später einmal zu seiner Herkunftsfamilie zurückkehren möchte. Dadurch würde das Kind von Anfang an in eine ambivalente Lage gebracht und wäre innerlich zwischen der Ursprungsfamilie und den Adoptiveltern hin- und hergerissen, was seiner Entwicklung nicht förderlich wäre. Auch die Zugehörigkeit zu den Geschwistern, welche ebenfalls identitätsstiftend wirkt und daher schutzwürdig ist (vgl. BGE 115 II 319), würde durch eine Adoption in diesem Fall ohne Notwendigkeit in Frage gestellt. Bei allen Adoptivkindern wird früher oder später das Interesse an der biologischen Abstammung wichtig. Je mehr die Freigabe der leiblichen Eltern von äusseren Umständen erzwungen war, desto eher kann sie verstanden und akzeptiert werden und desto weniger beeinträchtigt sie das Selbstwertgefühl des Adoptierten (DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, 275). Dieses Kind müsste hingegen später einmal mit der Tatsache fertig werden, dass es allein deshalb von seiner Familie getrennt wurde, um den Adoptiveltern über deren Unfruchtbarkeit hinwegzuhelfen. Eine derartige Instrumentalisierung des Kindes kann nicht im richtig verstandenen Kindeswohl liegen (vgl. KELLER-THOMA, Adoption aus der Sicht des Adoptivkindes, ZVW 1986, 102 ff.). Allfällige wirtschaftliche Vorteile einer Adoption vermögen das nicht aufzuwiegen (ZR 2002 Nr. 162).

Es mag zutreffen, dass es in der heimatlichen Kultur der beiden Paare üblich ist, innerhalb der Grossfamilie ein Kind an ein kinderloses Ehepaar weiterzugeben. Steht aber eine Adoption in der Schweiz zur Diskussion, so haben sich die Behörden am schweizerischen Recht zu orientieren (Art. 77 Abs. 1 IPRG) und das bedeutet, dass auch die Frage, wie das Kindeswohl

am besten gewahrt sei, nach schweizerischem Grundverständnis zu beantworten ist (ZVW 1993, 147). Die Motive der Gesuchsteller und der leiblichen Eltern mögen zwar nachvollziehbar sein, sind aber mit dem schweizerischen Institut der Adoption, welches ausschliesslich auf die Bedürfnisse des Kindes ausgerichtet ist, nicht zu vereinbaren.

Es bleibt noch zu prüfen, ob sich die Bewilligung des Pflegeplatzes allein deshalb aufdrängt, weil das Kind seit Januar 2004 bei den Gesuchstellern lebt. Gemäss Art. 11f PAVO müssen angehende Adoptiveltern die Pflegebewilligung einholen, *bevor* sie das Kind aufnehmen. Die Gesuchsteller haben sich bewusst darüber hinweggesetzt und verhalten sich widersprüchlich, wenn sie nun aus den von ihnen in unzulässiger Weise geschaffenen Fakten etwas für sich herleiten und namentlich berücksichtigen wollen, dass die Ehefrau inzwischen ihre Arbeitsstelle aufgegeben habe und sich ganz der Betreuung des Kindes widme. Ihr eigenmächtiges Handeln ist vielmehr ein Hinweis darauf, dass sie dazu neigen, ihre eigenen Bedürfnisse voranzustellen. Das Kindeswohl wird nicht missachtet, wenn nach rund achtmonatigem Aufenthalt die Bewilligung des Pflegeplatzes im Hinblick auf eine spätere Adoption verweigert wird. Das Kind mag zwar schon eine Beziehung zu den Gesuchstellern angeknüpft haben. Man kann aber davon ausgehen, dass ein solcher Annäherungsprozess noch nicht abgeschlossen ist, weil es bereits im vierten Lebensmonat von seinen ursprünglichen Bezugspersonen getrennt wurde (vgl. DETTENBORN/WALTER, 33 ff.). Zudem dürfte es auch in der vergangenen Zeit regelmässig Kontakt zu seiner Ursprungsfamilie gehabt haben, so dass es sich nach einer Rückkehr voraussichtlich rasch wieder eingewöhnen wird und eine tragfähige Bindung zu seinen leiblichen Eltern aufbauen kann. Die Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld ist bei einem Säugling ohnehin noch nicht bedeutsam. Selbst wenn sich ein zweiter Milieuwechsel in einer vorübergehend leicht verzögerten Entwicklung des Kindes bemerkbar machen würde, so wäre das im Vergleich zu den absehbaren Nachteilen einer Adoption in Kauf zu nehmen.

Anfechtung des Ehevertrags

Art. 23 ff. OR. Einkäufe aus Eigengut werden vom Ausgleich in der beruflichen Vorsorge ausgenommen, begründen aber keine Ersatzforderung; sie können nicht doppelt angerechnet werden. Ein Ehegatte muss für die güterrechtliche Auseinandersetzung in einem Ehevertrag seine Vermögensverhältnisse offen legen und insbesondere über nicht mehr vorhandene Mittel orientieren. Tut er das aus Vergesslichkeit oder Unkenntnis der Rechtsfolgen nicht, so kann der andere den Vertrag wegen Irrtums anfechten und braucht sich keine Unsorgfalt vorwerfen zu lassen.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, Entscheid vom 19. August 2004 i.S. E.G. gegen G. (BF.2003.15); noch nicht rechtskräftig

Sachverhalt:

Die Parteien heirateten anfangs 1988 und trennten sich im Frühjahr 1997. Sie ordneten ihr Getrenntleben einvernehmlich und schlossen zugleich einen Ehevertrag ab, in dem sie vom Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu jenem der Gütertrennung wechselten und die güterrechtliche Auseinandersetzung vornahmen. Dabei stellten sie fest, dass der Ehemann Fr. 1'305'470.– in die Ehe eingebracht habe. Dieses Eigengut wurde von dem auf Fr. 1'759'950.– bezifferten Aktivenüberschuss seines Vermögens abgezogen. Daraus ergab sich ein Vorschlag von Fr. 454'480.–. Die Hälfte davon wurde der Ehefrau zugewiesen und ihr in der Folge auch ausbezahlt.

Im späteren Scheidungsverfahren brachte der Ehemann vor, er habe in den Jahren 1989 und 1990 drei Einmaleinlagen von zusammen Fr. 350'000.– aus Eigengut geleistet, die beim Ausgleich in der beruflichen Vorsorge auszuklammern seien. Die Ehefrau wandte ein, dass dann die Ersatzforderung für eingebrachtes Gut um diesen Betrag gekürzt werden müsse, womit ihre Beteiligung am Vorschlag höher ausfalle. Zwar stimmte sie einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, in der sich die Eheleute für güterrechtlich auseinander gesetzt erklärten, gleichwohl zu, allerdings nur unter dem Vorbehalt, dass dem Ehevertrag kein Willensmangel anhafte. Darauf schied das Bezirksgericht die Ehe und genehmigte die Scheidungskonvention. Hernach reichte die geschiedene Ehefrau Klage ein und machte einen ergänzenden güterrechtlichen Anspruch geltend. Das Bezirksgericht schützte die Klage zwar, auferlegte der Klägerin aber zwei Drittel der Prozesskosten. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte Berufung und verlangte die Abweisung der Klage. Die Klägerin erhob Anschlussberufung und beantragte, dem Beklagten die vollen Prozesskosten vor erster Instanz zu überbinden.

Aus den Erwägungen:

Die Ehefrau besass nie irgendwelches Vermögen. Die Eheleute bestimmten deshalb in der güterrechtlichen Auseinandersetzung den Betrag, um den das Endvermögen des Ehemanns sein Anfangsvermögen überstieg, und teilten diesen als Vorschlag hälftig. Als Schlussbilanz nahmen sie die Steuererklärung für das Jahr 1996 und als Eingangsbilanz die definitive Steueranlagung für das Jahr 1989. Darin waren auch Vermögenswerte von rund Fr. 325'000.– aufgelistet, die der Ehemann bis zur Heirat in seiner Heimat geäuftet, danach schwarz in die Schweiz eingeführt und erst später deklariert hatte. Nach unwidersprochener Aussage rundete der Ehemann diese Summe auf Fr. 350'000.– auf und kaufte sich damit während der Ehe in die berufliche Vorsorge ein.

Die Klägerin nimmt an, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass das eingebrachte Gut des Ehemanns sich nur um die anerkannte Entwertung eines Motorfahrzeugs sowie um Nach- und Strafsteuern vermindert habe und im Übrigen noch ungeschmälert im zuletzt ausgewiesenen Vermögen enthalten, also in Wertschriften oder dergleichen angelegt sei. Sie habe nichts davon erfahren, dass erhebliche Mittel in die Zweite Säule übertragen worden seien. Nachträglich habe sich nun herausgestellt, dass dem Ehemann Eigengut doppelt angerechnet werde – als Ersatzforderung in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und als Einmaleinlage beim Vorsorgeausgleich. Sie habe sich damit über einen Sachverhalt geirrt, der selbstverständliche Grundlage des Ehevertrags gebildet habe, dass nämlich das voreheliche Vermögen bei der güterrechtlichen Abrechnung noch nahezu vollständig in geldwerter Form vorhanden sei. Der Beklagte meint hingegen, die in die berufliche Vorsorge einbezahlten Mittel seien nicht verbraucht, sondern investiert worden. Sie hätten nach dem Grundsatz der Surrogation wieder Eigengut geschaffen und könnten nicht in zu teilende Errungenschaft verwandelt werden. Im Übrigen habe er den Transfer des ausländischen Vermögens offen gelegt und die Ehefrau bzw. die als Urkundsperson amtierende Anwältin, welche entweder als ihre Vertreterin oder als gemeinsame Beraterin aufgetreten sei, hätte sich nach dessen Verbleib erkundigen können. Die Klägerin habe sich gar nicht geirrt, sondern nichts Genaueres wissen wollen.

Zu der Zeit, in welcher der Ehevertrag abgeschlossen wurde, war allgemein anerkannt, dass das Recht auf künftige Leistungen einer Vorsorgeeinrichtung kein Vermögen, sondern eine blosse Anwartschaft darstellt (BGE 118 II 382 = Pra 1993 Nr. 90). Es galt bei der Auflösung des Güterstandes als irrelevant und bildete keinen Bestandteil der güterrechtlichen Auseinandersetzung (HAUSHEER/GEISER, Güterrechtliche Sonderprobleme, in: HAUSHEER [Hrsg.], Vom alten zum neuen Eherecht, 79, 101). Auch der Einkauf in eine Pensionskasse begründete keine Ersatzforderung, aus welcher Gütermasse er auch immer getätigt wurde. Obwohl auf diese Weise erhebliche Beträge verschoben werden konnten, spielte die güterrechtliche Surro-

gationsregel hier grundsätzlich nicht (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB N 55 f.). Daraus war schon damals zu schliessen, dass sich das Eigengut des Ehemanns im Umfang der Einmaleinlagen verminderte. Nach neuem Scheidungsrecht ist ein Einkauf aus Mitteln, die einem Ehegatten bereits vor der Ehe gehörten oder ihm während der Ehe unentgeltlich zufielen, zwar von der Teilung der beruflichen Vorsorge auszunehmen (Art. 22 Abs. 3 FZG). Daraus folgt nun aber erst recht, dass eine solche Einmaleinlage güterrechtlich nie zu einer Ersatzforderung führt, weil sie sonst einem Ehegatten zweimal gutgeschrieben würde (Botschaft Scheidungsrecht, 107; PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122 ZGB N 64; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 122/141-142 ZGB N 42; VETTERLI/KEEL, Die Aufteilung der beruflichen Vorsorge in der Scheidung, AJP 1999, 1613, 1621). Genau das wäre aber geschehen, wenn der Ehemann die Einkäufe zuerst von seiner Errungenschaft und hernach auch noch von seiner während der Ehe erworbenen Austrittsleistung hätte abziehen dürfen. Er könnte alle in die Ehe eingebrachten Vermögenswerte *und* die daraus finanzierte Altersrente bzw. das entsprechende Alterskapital für sich behalten.

Der Vorschlag wurde als Differenz zwischen dem End- und dem Anfangsvermögen des Ehemanns ermittelt. Als Ausweis für den Vermögensstatus bei Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung diente die letzte Steuererklärung und als Beleg für den Vermögensstand bei Heirat die erste Steuerveranlagung. Daraus ging aber gerade nicht hervor, dass dazwischen eingebrachtes Gut in die Vorsorge einbezahlt wurde, womit es seinen Charakter als Vermögen verlor und in Anwartschaft umgewandelt wurde. Noch nicht fällige und mithin anwartschaftliche Ansprüche aus Vorsorge sind ja von jeder direkten Steuer befreit (Art. 84 BVG) und werden steuerlich nicht erfasst. Das anfänglich vorhandene Eigengut des Ehemanns verringerte sich im Laufe der Ehe unbemerkt um die an die Vorsorgeeinrichtung überwiesene Summe von Fr. 350'000.–. Es wurde um diesen Betrag zu hoch eingesetzt und der Vorschlag im gleichen Masse zu tief veranschlagt.

Die Parteien hatten sich zwar auf eine bestimmte Abrechnungsweise geeinigt, nach welcher der Ehefrau der halbe eheliche "Zugewinn" des Ehemanns zufallen sollte. Diese Hälfte war aber falsch berechnet, weil vernachlässigt wurde, dass ein beträchtlicher Anteil des bei der Heirat deklarierten Vermögens in die berufliche Vorsorge abfloss. Der Ehevertrag selbst wies allerdings keinen Rechnungsfehler auf. Es handelt sich nicht um einen offenen Kalkulationsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 3 OR (dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR AT I, N 839 ff.), sondern um einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (KOLLER, OR AT I, N 1103). Die Ehefrau ging nämlich davon aus, das vom Ehemann eingebrachte Vermögen sei praktisch vollständig erhalten geblieben, und hätte den Vertrag mit demselben Resultat gewiss nicht abgeschlossen, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass ein so grosser Teil der Geldmittel abge-

zweigt wurde. Auch in einer objektiven Betrachtungsweise stellte die Annahme, das eingebrachte Vermögen sei im Wesentlichen intakt geblieben und dürfe vom ehelichen Vermögen abgezogen werden, den eigentlichen Kern der vertraglichen Lösung dar. Der Irrtum erscheint damit subjektiv wie objektiv als wesentlich (BGE 118 II 62). Schliesslich gehörte es zur gemeinsamen Vorstellung der Parteien, dass die Differenz zwischen dem End- und dem Anfangswert des Vermögens korrekt je zur Hälfte aufgeteilt werde. Damit war die Bedeutung eines derart deutlichen Abweichens vom Prinzip der Halbteilung auch für den Ehemann erkennbar (BGE 110 II 303; SCHWENZER, OR AT, 3. Aufl., N 37.27 f.).

Der Ehemann bringt nun freilich vor, die Ehefrau habe sich für das Schicksal des aus seiner Heimat stammenden Vermögens gar nicht interessiert, und es sei ihrer Gleichgültigkeit zuzuschreiben, wenn sie nicht entdeckt habe, dass eben dieses Geld in die Vorsorge investiert wurde. Wer vom wahren Sachverhalt keine Kenntnis nehmen will oder Unkenntnis zumindest in Kauf nimmt, kann sich nicht auf Irrtum berufen (BernerKomm/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 15). Es wäre aber grundsätzlich Aufgabe des Ehemanns gewesen, beim Abschluss des Ehevertrags von sich aus vollständige Auskunft über seine Vermögensverhältnisse zu geben, eine detaillierte Abrechnung vorzulegen (BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 170 ZGB N 15) und die Ehefrau insbesondere über nicht mehr vorhandene Mittel zu informieren (Berner Komm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 170 ZGB N 18). Diese wirft dem Ehemann zwar nicht vor, er habe ihr die Einkäufe in die Pensionskasse vorsätzlich verschwiegen und sie damit absichtlich getäuscht (vgl. dazu BGE 117 II 218, 228), sondern hält ihm offenbar zugute, er habe das damals entweder selbst vergessen oder wenigstens den zutreffenden rechtlichen Schluss, dass die in die Zweite Säule einbezahlten Beträge aus seinem vorehelichen Vermögen ausgeschieden, nicht gezogen. Die erste und wichtigste Ursache für einen solchen beiderseitigen Irrtum wäre aber doch vom Ehemann mit mangelhafter Aufklärung gesetzt worden und nicht von der Ehefrau durch fehlende Aufmerksamkeit. Ein Ehegatte kann sich von seiner gesetzlichen Auskunftspflicht nicht befreien, indem er stattdessen auf eine Erkundigungspflicht des anderen verweist; damit würde die Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrt. An der vorrangigen Obliegenheit des Ehemanns, über die Entwicklung des eigenen Vermögens Rechenschaft abzulegen, änderte sich gar nichts, wenn sich die Eheleute von einer gemeinsamen Rechtsbeiständin beraten liessen. Sie blieb aber auch dann bestehen, wenn nur die Ehefrau von einer Anwältin vertreten wurde – was wohl näher liegt. Die bessere Fachkunde der einen Seite vermochte die grössere Sachnähe der anderen nicht zu ersetzen. Es gab keinen konkreten Anlass zum Verdacht, eingebrachtes Gut könnte zur Aufbesserung der beruflichen Vorsorge verwendet worden sein, weil das eben nicht aus den vorgelegten Steuerakten hervorging und weil der Ehemann selbst zweifelt, ob davon irgendwie gesprochen wurde, und das jedenfalls nicht dar-

tun kann. Aus dem blossen Umstand, dass er einst Schwarzgeld besass, oder der Tatsache, dass er trotz hohem Einkommen einen relativ bescheidenen Vermögenszuwachs auswies, liess sich keineswegs ableiten, dass Gelder in die Zweite Säule verschoben worden seien. Eine solche Vermutung drängte sich umso weniger auf, als der Ehemann auch noch mehrere Lebensversicherungen mit Rückkaufswerten von rund Fr. 600'000.– abgeschlossen hatte und damit geradezu überversichert war. Das eheliche Verhältnis wird vom Vertrauensgrundsatz beherrscht und nicht von einem allgemeinen Misstrauensprinzip.

Rechtsfolge des wesentlichen Irrtums ist grundsätzlich die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags für den Irrrenden (Art. 23 OR) und das gilt für den Ehevertrag genauso wie für einen anderen Vertrag (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 182 ZGB N 59). Die Klägerin erklärt aber nicht, sie hätte unter diesen Umständen gar keinen Ehevertrag geschlossen, sondern macht nur geltend, sie wäre ihn nicht zu solchen Bedingungen eingegangen. Zu prüfen ist nach der Regel der "modifizierten Teilnichtigkeit" (Art. 20 Abs. 2 OR), was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Mangelhaftigkeit des Vertrags rechtzeitig bewusst geworden wäre. Ist nach ihrem hypothetischen Willen anzunehmen, dass sie den Vertrag in einem bestimmten Sinne abgefasst hätten, so gilt er mit diesem Inhalt weiter (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR AT I, N 852; BernerKomm/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 148 ff.). Es steht fest, dass beide Ehegatten gleichermaßen an einer Verständigung interessiert waren und sich bei der Auseinandersetzung des Vermögens auch auf eine eindeutige und nachvollziehbare Berechnungsmethode einigten. Der Vertrag kann nach ihrem selbst gewählten Abrechnungsmodus so ergänzt werden, dass das Eigengut um die Einmaleinlagen gekürzt, der Vorschlag entsprechend erhöht und der Mehrbetrag zur Hälfte der Ehefrau zugewiesen wird.

Zwar könnte der Irrrende zu Schadenersatz verpflichtet werden, wenn der Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben wäre (Art. 26 OR). Das macht freilich nur dann Sinn, wenn der Vertragspartner sich auf einen unveränderten Fortbestand des Vertrags verlassen durfte. Auch wenn man im günstigsten Fall annimmt, der Ehemann habe die Konsequenzen des Einkaufs nicht durchschaut, so hätte er den Irrtum der Ehefrau doch durch unterlassene Auskunft trotz bestehender Rechtspflicht (Art. 170 Abs. 1 ZGB) hervorgerufen, womit jeder innere Grund für eine Haftung der Klägerin aus angeblich unsorgfältiger Nachprüfung der Vermögensverhältnisse fehlt (BGE 113 II 25, 31). Das Bezirksgericht auferlegte ihr aber gleichwohl zwei Drittel der Prozesskosten, weil sie den Irrtum mitverschuldet habe. Dagegen wendet sie sich in ihrer Anschlussberufung und verlangt, dass der Beklagte die gesamten Gerichts- und Anwaltskosten vor erster Instanz zu tragen habe. Wenn die Voraussetzungen für eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht fehlen, so kann diese nicht einfach durch eine zivilprozessuale Kostenpflicht substituiert werden. Die Begründung, die Klägerin hätte den Fehler in der Ab-

rechnung erkennen und damit den Prozess vermeiden können, ist zudem auch aus rein prozessualer Sicht einseitig und nicht haltbar. Vielmehr hätte der Beklagte nach Aufdeckung des Irrtums Gelegenheit gehabt, die berechtigte Forderung zu anerkennen und sich so einen Prozess zu ersparen. Wer sich auf ein Gerichtsverfahren einlässt, geht damit auch das Risiko ein, im Falle des Unterliegens alle Kosten tragen zu müssen.

Bemerkungen zu Art. 175 ZGB

von Rolf Vetterli

Auszug aus dem Kommentar zu Art. 175-179 ZGB, in: INGEBORG SCHWENZER (Hrsg.), FamKomm Scheidung, erscheint im Frühjahr 2005 bei Stämpfli Verlag AG, Bern

I. Recht auf Getrenntleben

- 1 Es liegt nicht in der Kompetenz des Gerichts, einen Ehegatten zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu ermächtigen (BGE 64 II 395, 398). Allenfalls hat es im Hinblick auf die zu regelnden Trennungsfolgen vorfrageweise zu prüfen, ob die Voraussetzungen gegeben sind. Es kann also das Getrenntleben weder erlauben noch verbieten, sondern höchstens registrieren, ob es berechtigt sei (SCHNYDER, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, in: KAUFMANN/HUWILER [Hrsg.], Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, 30). Auch das wird jedenfalls entbehrlich, wenn die Ehegatten sich über die Trennung einigen. Das Gericht muss zumindest einen solchen gemeinsamen Entschluss akzeptieren und kann ihn nicht hinterfragen (Zürcher Komm/BRÄM, Art. 175 ZGB N 8). Im Übrigen muss es eine Trennung auch dann als gegeben hinnehmen, wenn einem Ehegatten das Zusammensein unmöglich gemacht wird (Art. 176 Abs. 2 ZGB), weil der andere ihn verlassen oder verstossen hat, sich für längere Zeit in einer Klinik aufhält oder gar nicht mehr auffindbar ist.
- 2 Das Getrenntleben gilt als berechtigt, wenn einer von drei Gefährdungstatbeständen erfüllt ist. Eine **Gefährdung der Persönlichkeit** wird insbesondere angenommen bei Streitsucht, Tätlichkeiten, Blossstellung im Bekanntenkreis, wiederholter Fremdbeziehung, Alkohol- und Drogenmissbrauch oder ansteckender Krankheit. Von einer **Gefährdung der wirtschaftlichen Sicherheit** wird etwa gesprochen bei Arbeitsscheu oder Verschwendungssucht, allenfalls bei Eröffnung des Konkurses über den anderen Ehegatten. Als **Gefährdung des Wohls der Familie** wird namentlich jede Misshandlung oder Vernachlässigung der Kinder betrachtet (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 175 ZGB N 14 ff. mit Beispielen). Erfasst sei damit, so heisst es, praktisch jede ernsthafte eheliche Störung (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 175 ZGB N 8a). Unannehmlichkeiten, welche das Zusammenleben mit sich bringe – Aufregungen, Kummer und zeitweiliger Ärger –, sollen hingegen noch keinen zureichenden Grund abgeben (HEGNAUER/ BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., N 17.43).
- 3 Die Frage, ob das Getrenntleben berechtigt sei oder nicht, ändert nichts daran, dass jeder Ehegatte die Möglichkeit hat, nach Belieben einen eigenen **Wohnsitz** zu wählen (BGE 115 II 120, 121). Der Ehegatte, der unbegründet getrennt lebt, soll aber doch indirekt bestraft werden, entweder so, dass man ihm eine Ordnung der Trennungsfolgen überhaupt verweigert (Art. 176

Abs. 1 ZGB), was sich aber mit Rücksicht auf die Kinder gar nicht konsequent durchsetzen liesse, oder wenigstens so, dass man ihm bei der Regelung des Familienunterhalts die **Mehrkosten** auferlegt, die mit der Führung zweier Haushalte verbunden sind (OGer ZH, ZR 1985 Nr. 130; HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Das Eherecht des ZGB, 2. Aufl., N 09.26).

- 4 Die moderne Ehe ist eine "institutionalisierte Liebesbeziehung". Dieses Paradox der Liebesese wird zum Dilemma der Scheidung, wenn der Verlust der bei der Heirat vorausgesetzten Gefühle nun gerechtfertigt werden soll. Zerrüttung ist ein Erlebnisbefund und lässt sich nie beweisen (DUSS-VON WERDT, Scheidung auf dem Standesamt, AJP 1992, 291, 295 f.). Das Scheidungsrecht hat das erkannt und verlangt für die Ehescheidung in der Regel einen gemeinsamen Willen oder den Tatbeweis eines zweijährigen Getrenntlebens. Das Eherecht fordert jedoch gerade bei der Trennung, die Grundbedingung für eine Scheidung auf Klage darstellt, eine kleine Zerrüttungsprüfung, die fast unvermeidlich in einer Schuldzuschreibung endet. Das Bundesgericht wies zwar einmal darauf hin, dass die Bedeutung von Art. 175 sich mit dem neuen Scheidungsrecht nicht völlig gewandelt habe, weil das Erfordernis der Trennung nach Art. 114 ZGB rein tatsächlicher Natur sei, weshalb man nicht von einem möglichen Scheidungsverbot sprechen könne (BGer 5P.52/2002). Eine Scheidung auf einseitigen Wunsch würde ohne Recht auf vorangehende Trennung wohl nicht formell ausgeschlossen, aber doch erheblich erschwert. Das wäre zunächst einmal diskriminierend, weil der erwerbstätige Ehegatte sich ein freies Getrenntleben und damit eine relativ unbehinderte Scheidungsvorbereitung leisten könnte, während der haushaltführende Ehepartner – und das ist in der Regel die Ehefrau – diese mit einem ruinösen Unterhaltsverzicht erkaufen müsste. Vor allem wäre das Recht Verheirateter auf **Selbstbestimmung** in der Gestaltung ihrer höchstpersönlichen Beziehungen eingeschränkt, wenn sie gegen ihren Willen in der ehelichen Gemeinschaft festgehalten würden (Art. 28 ZGB). Allenfalls wäre ihnen sogar jede **Dispositionsfreiheit** genommen, wenn sie auf unbestimmte Zeit an die Ehe gebunden würden (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Eheschutz bedeutet aber nicht Schutz der Ehe um ihrer selbst willen, sondern Schutz der Partner (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 287). Der Begriff der Persönlichkeit in Art. 175 ZGB umfasst alles, was zum Kernbereich der persönlichen Freiheit gehört, namentlich das Recht auf Selbstentfaltung (FRANK, Persönlichkeitsschutz in der Ehe, in: Festschrift für Hans-Ulrich Walder, 11 ff.) und daraus ergibt sich auch ein **Anspruch auf voraussetzungslose Trennung**. Das Eheschutzgericht muss sich deshalb darauf beschränken zu prüfen, ob der Trennungswille eines Ehegatten gefestigt ist, und hat alsdann auf seinen Antrag hin die Trennungsfolgen ohne weiteres zu ordnen (OGer ZH, ZR 2000 Nr. 67; KassGer ZH, ZR 2001 Nr. 45; KGer SG, FamPra.ch 2001, 776 ff.; OGer TG, Rechenschaftsbericht 2001, 79; OGer SH, Amtsbericht 2003, 80).

II. Konsequenzen des Getrenntlebens

- 5 Die Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB beginnt zu laufen, sobald kein gemeinsamer Haushalt mehr besteht und wenigstens ein Ehegatte seine Absicht erkennen lässt, diesen nicht mehr aufzunehmen. Ein solcher Wille braucht nicht immer ausdrücklich kundgetan zu werden, er mag sich auch aus den Umständen ergeben. Ein Ehegatte kann aber nicht verlangen, dass das Eheschutzgericht den **Beginn des Getrenntlebens** feststellt, wenn das im Hinblick auf die Trennungsfolgen belanglos ist; das Scheidungsgericht wäre daran ohnehin nicht gebunden (OGer ZH, ZR 2003 Nr. 13).
- 6 Nach der tatsächlichen Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gibt es keine eheliche Konsumeinheit mehr und damit fällt auch das Motiv für eine Haftungsgemeinschaft weg. Die gegenseitige **ordentliche Vertretungsbefugnis** für alltägliche Bedürfnisse der Familie ruht von Gesetzes wegen (Art. 166 Abs. 1 ZGB). Für die vorher abgeschlossenen Geschäfte, auch für die weiter laufenden Dauerschuldverhältnisse bleibt die Solidarhaft bestehen (ZürcherKomm/HASENBÖHLER, Art. 166 ZGB N 69), für die nachher getätigten kann sich eine Drittperson nicht auf den Schutz des guten Glaubens berufen (Bernerkomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 166 ZGB N 33). Eine **Vollmacht** wird von der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht berührt; sie gilt bis zum Widerruf.
- 7 Die Unterkunft, die das Zentrum des Familienlebens bildete, verliert die Eigenschaft als **Familienwohnung** (Art. 169 Abs. 1 ZGB) nicht, wenn ein Ehegatte sie verlässt. Gerade in dieser Situation soll der zurückbleibende Ehegatte vor selbstherrlichem Handeln des anderen geschützt werden. Die Familienwohnung ist erst aufgegeben, wenn auch er definitiv auszieht oder allenfalls auf richterliche Anordnung ausziehen muss, weil die Wohnung finanziell nicht mehr tragbar ist (BGE 114 II 396, 399 ff.; BaslerKomm/HASENBÖHLER, Art. 169 ZGB N 10).
- 8 Für gewisse Rechtsgeschäfte wird eine **Zustimmung** des anderen Ehegatten verlangt. Das Gesetz knüpft dabei regelmässig an das Bestehen der Ehe und nicht an das Zusammenleben an. Verheiratete können nun zwar nach dem Konsumkreditgesetz Teilzahlungsverträge allein abschliessen, sind hingegen auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nur beschränkt bürgschaftsfähig (Art. 494 Abs. 1 OR), müssen sich in der Errungenschaftsbeteiligung unentgeltliche Zuwendungen, die sie in den letzten fünf Jahren vor Auflösung des Güterstandes ohne Einverständnis des anderen machten, anrechnen lassen (Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und dürfen in der Gütergemeinschaft über das Gesamtgut grundsätzlich nur gemeinsam verfügen (Art. 228 Abs. 1 ZGB). Sie können sich Austrittsleistungen in der **beruflichen Vorsorge** nur mit Zustimmung des Ehepartners bar auszahlen lassen (Art. 5 Abs. 2 FZG) und diese auch nur so zur Finanzierung von Wohneigentum vorbeziehen (Art. 30c Abs. 5 BVG und Art. 311e Abs. 5 OR) oder verpfänden (Art. 30b BVG und Art. 331d Abs. 5 OR). Das gilt sinngemäss

auch für den vorzeitigen Bezug oder die Verpfändung von Guthaben aus der **gebundenen privaten Vorsorge** (Art. 3 und 4 BVV 3). Dieser Schutz ist mit der Einführung des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung noch bedeutsamer geworden. Das Gericht – damit ist das Zivil- und nicht das Sozialversicherungsgericht gemeint – kann zwar einen Ehegatten ermächtigen, allein zu handeln. Eine Barauszahlung wäre aber abzulehnen, wenn der andere Ehegatte ein achtenswertes Interesse daran hat, dass die Austrittsleistung im geschützten System der Vorsorge verbleibt, und das ist umso eher anzunehmen, je wahrscheinlicher eine Scheidung und damit eine Realisierung des Ausgleichsanspruchs wird (KGer SG, ZBJV 2003, 544 ff.). In Frage käme nur eine Teilauszahlung, welche die Vorsorgeanwartschaft des anderen Ehepartners sicher nicht schmälert (OGer ZH, ZR 2004 Nr. 28). Auch ein beschränkter Vorbezug zum Erwerb von Wohneigentum liesse sich wohl begründen (OGer ZH, ZR 2002 Nr. 47).

- 9 Die **Alters- oder Invalidenrenten** eines Ehepaars samt den dazu gehörenden Kinderrenten werden in der AHV/IV "plafoniert", das heisst, ihre Summe darf 150% des maximalen Rentenbetrags nicht übersteigen (Art. 35 Abs. 1 AHVG). Die Plafonierung entfällt erst, wenn die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gerichtlich angeordnet (Art. 35 Abs. 2 AHVG) und tatsächlich vollzogen wurde, damit die Eheleute ein getrenntes Leben nicht bloss vorspiegeln, um sich Vorteile zu verschaffen. In diesem Sonderfall muss das Eheschutzgericht die Trennung also doch auf einen bestimmten Zeitpunkt hin förmlich aussprechen. Ein dauerhaftes Getrenntleben mag sich auf den **Invaliditätsgrad** auswirken (zur Rentenrevision Art. 17 ATSG). Er wird möglicherweise steigen, wenn anzunehmen wäre, dass eine bisher im Haushalt tätige Invalide in gesundem Zustand nun einem Erwerb nachgehen würde (vgl. KIESER, Aspekte einzelner Sozialversicherungen bei der Ehescheidung, AJP 1998, 484 ff. mit Beispielen), und allenfalls sinken, wenn zu erwarten wäre, dass ein früher erwerbstätiger Invaliden, welcher neu die Kinderbetreuung übernimmt, auch in validem Zustand seinen Erwerb eingeschränkt hätte. Eine Trennung, die schon ein Jahr angehalten hat oder auf längere Zeit angelegt ist, kann auch die **Ergänzungsleistungen** zur AHV/IV beeinflussen, weil die anrechenbaren Einnahmen und die anerkannten Ausgaben fortan für jeden Ehegatten gesondert ermittelt werden (Art. 1 ELV). Führt die Trennung dazu, dass ein Ehegatte innert Jahresfrist einen Erwerb aufnehmen muss, so wird er in der **Arbeitslosenversicherung** von der Erfüllung der Beitragszeit befreit (Art. 14 Abs. 2 AVIG) und hat Anspruch auf ein Taggeld, das allerdings zeitlich eng beschränkt ist (Art. 27 Abs. 4 AVIG) und pauschal bemessen wird (Art. 41 AVIV). Man kann von einem Ehegatten wohl verlangen, dass er seine Ansprüche gegenüber den Sozialversicherungen ausschöpft. Alter, Invalidität und Arbeitslosigkeit sind insofern gesellschaftlich abgesicherte Risiken, die nicht einfach deshalb privat getragen werden müssen, weil die betroffene Person zufällig verheiratet ist. Es gilt aber auch das Umgekehrte: Ein ehebedingtes und mithin privates

Risiko darf nicht ohne weiteres sozialisiert werden. Ein Ehegatte braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass man ihn an die Arbeitslosenversicherung verweist, solange es ihm im ehelichen Verhältnis nicht zuzumuten wäre, eine Arbeitsstelle anzutreten. Er muss es schon gar nicht hinnehmen, dass man ihm sein Recht auf Ergänzungsleistungen vorhält und ihn damit nötigt, auf den gebührenden ehelichen Unterhalt zu verzichten. Er würde dabei womöglich in Kauf nehmen, dass ihm ein Verzichtseinkommen angerechnet wird (Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG).

- 10 Die faktische Aufhebung des gemeinsamen Haushalts hat schliesslich eine **getrennte Besteuerung** der Ehegatten zur Folge, und zwar rückwirkend für das ganze Kalenderjahr. Der pflichtige Ehegatte kann den Unterhalt vom Einkommen abziehen und der berechtigte muss ihn versteuern. Derjenige, welcher ein Kind in seiner Obhut hat, kann den Kinderabzug für das volle Trennungsjahr geltend machen. Das mag dazu führen, dass die Steuerlast sich verschiebt und von jener der folgenden Zeit abweicht. Bereits bezahlte Steuerraten werden den Ehegatten gewöhnlich je zur Hälfte angerechnet (BÄHLER, Unterhalt bei Trennung und direkte Steuern, ZBJV 2002, 16, 18 ff.).
- 11 Eine Trennung nach kurzer Ehe kann für **ausländische Ehegatten** fatale Konsequenzen haben. Wer mit einem Ehepartner aus der Schweiz oder aus einem Land der Europäischen Union bzw. der EFTA verheiratet ist, hat zwar einen selbständigen Aufenthaltsanspruch und erhält nach fünf Jahren eine Niederlassungsbewilligung (Art. 7 Abs. 1 ANAG). Eine faktische oder gerichtliche Trennung der Ehe genügt an sich nicht für eine Wegweisung (BGE 118 Ib 145, 150 f.). Vorbehalten bleibt aber der Rechtsmissbrauch und ein solcher wird angenommen, wenn der ausländische Ehegatte mit dem einzigen Ziel, sich den Aufenthalt zu sichern, an einer inhaltsleer und fiktiv gewordenen Ehe festhält (BGE 127 II 49, 56 f.). Damit kann die Fremdenpolizei freilich das Scheidungsrecht unterlaufen und selbst die Rolle einer Scheidungsrichterin übernehmen (SPESCHA, plädoyer 2002/2, 32, 36). Wer einem ausländischen Ehepartner, der aus einem Drittstaat stammt, nachfolgt, hat nur ein Aufenthaltsrecht, solange er mit diesem zusammenwohnt (Art. 17 Abs. 2 ANAG). Die Ausländerbehörden verlängern den Aufenthalt in der Regel erst, wenn die Hausgemeinschaft fünf Jahre gedauert hat. Zwar sollte der Umstand, dass die Fortsetzung der Ehe nicht länger zumutbar war, nach den Anweisungen des zuständigen Bundesamtes (ANAG-Weisungen, N 654; siehe www.imes.admin.ch/Rechtsgrundlagen/Rechtsquellen) als Härtefall beachtet werden, aber das wird in der Praxis oft nicht befolgt. Damit steht insbesondere eine misshandelte ausländische Ehefrau vor der unerträglichen Wahl, schutzlos beim gewalttätigen Ehemann auszuharren oder mittellos in ihre Heimat zurückzukehren. Auch der Entwurf zum Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer will die Aufenthaltsbewilligung sogleich entziehen, wenn es sich um eine "Umgehungshe" handelt (Art. 50 E AuG), und den aus einem Familiennachzug abgeleiteten Aufenthaltsanspruch nicht

mehr verlängern, wenn der gemeinsame Haushalt innert drei Jahren aufgelöst wird (Art. 49 E AuG), ausgenommen dann, wenn wichtige persönliche Gründe für ein Verbleiben sprechen. Dabei wird namentlich an die Flucht aus der Ehe bei häuslicher Gewalt gedacht (vgl. AmtlBull NR 2004, 1061 ff.).

III. Vereinbarungen über das Getrenntleben

- 12 Eine Ehe muss ihren kameradschaftlichen Charakter bei einer Trennung nicht unbedingt verlieren. Die Ehepartner können sich über die Folgen selbst verständigen oder sich dafür an einen gemeinsamen Anwalt bzw. eine Mediatorin wenden. Das Recht sollte ihre Eigenverantwortung fördern und ihnen einen unnötigen Gang zum Gericht ersparen. Eine private Trennungsvereinbarung ist grundsätzlich als **Vertrag** zu verstehen, an den die Eheleute gebunden sind und den sie nicht einseitig widerrufen können (BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, Art. 145 a.F. ZGB N 26 und 431). Die schriftlich erklärte Bereitschaft, einen bestimmten Geldbeitrag an den Familienunterhalt zu bezahlen, gilt im Verhältnis unter den Ehegatten als Schuldanererkennung und erlaubt allenfalls eine provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 176 ZGB N 3; einschränkend BaslerKomm/STAEHELIN, Art. 82 SchKG N 142). Eine Abrede über die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern muss indessen tatsächlich gelebt werden und lässt sich nicht erzwingen.
- 13 Der aussergerichtliche Trennungsvertrag der Ehegatten soll aber nur "auf Zusehen hin" gelten (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 5b). Damit ist gemeint, dass das erst später angerufene Eheschutzgericht sich nicht an die Vereinbarung halten müsse (BernerKomm/SPÜHLER/FREI-MAURER, Art. 145 a.F. ZGB N 34) und nach eigenem Ermessen entscheiden könne (OGer ZH, ZR 1998 Nr. 55). Wird die Vereinbarung hingegen erst vor Gericht geschlossen, so soll unterschieden werden zwischen den eigenen Angelegenheiten der Ehegatten, in denen ein **Vergleich** nach der Dispositionsmaxime sogleich zur Erledigung des Verfahrens führe, aber wie ein Urteil vollstreckbar sei (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), und den Kinderbelangen, in denen die Officialmaxime eine gerichtliche Genehmigung erfordere (OGer ZH, ZR 2004 Nr. 22; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 176 ZGB N 15 ff.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 5c). Die ausserhalb des Gerichts getroffene Abmachung wäre also unbeachtlich und damit praktisch wertlos, der vor Gericht geschlossene Vergleich mit demselben Inhalt jedoch unanfechtbar und sozusagen vollwertig.
- 14 Eine Vereinbarung über das Getrenntleben ist nicht zu verwechseln mit einer partnerschaftlichen Verständigung über die Aufgabenteilung im Sinne von Art. 163 Abs. 2 ZGB (so aber Botschaft Eherecht, 1276; vgl. auch OGer ZH, ZR 1992/93 Nr. 93). Sie ist der Versuch, einen fun-

damentalen Partnerkonflikt eigenständig zu lösen, bei dem nach dem Muster von Art. 140 ZGB eine **Genehmigung** zum Schutz des schwächeren Teils geboten ist (HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., N 21.23; OTT, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft, in: Festschrift für Max Keller, 76 f.). Das wird für Abmachungen über vorsorgliche Massregeln im Scheidungsverfahren ohne weiteres angenommen (BGE 121 III 393, 394; BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, Art. 145 a.F. ZGB N 426) und muss auch für das Eheschutzverfahren gelten. Jede Ehe schafft emotionale Nähe und bewirkt soziale Abhängigkeit. Die Trennungsphase ist eine Zeit der Ambivalenz, in der die Gefühle der Ehegatten pendeln zwischen Festhalten und Loslassen, Angst und Aggression, Schuld und Rache, weshalb sie oft unfähig sind, sich klar und unbeeinflusst zu entscheiden. Gerade in der akuten Trennungskrise ist deshalb eine richterliche Genehmigung der Vereinbarung besonders wichtig.

- 15 Das hindert die Eheleute nicht daran, sich aussergerichtlich zu einigen und einmal abzuwarten, ob sich ihr Arrangement im Alltag bewährt. Wird eine Trennungskonvention aber dem Gericht vorgelegt, so ist sie in dreifacher Hinsicht zu prüfen. Der Eheschutzrichter hat im Sinne von Art. 140 ZGB eine **Mängel-, Fairness- und Realitätskontrolle** auszuüben. Er muss sich vergewissern, ob die Eheleute sich frei von Willensmängeln auf eine nicht als offensichtlich unbillig erscheinende Trennungsordnung einigten und ob diese der aktuellen Familiensituation noch entspricht (BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, Art. 158 a.F. ZGB N 151 ff.; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 140 ZGB N 65 ff.). Ein Ehegatte kann sich zwar von der Vereinbarung nicht einfach lossagen, aber jederzeit beantragen, sie nicht zu genehmigen, weil eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt sei. Eine gerichtliche Inhaltskontrolle bedeutet allerdings nicht, dass ein nachvollziehbarer Ausgleich von Geben und Nehmen schon deshalb zu verwerfen wäre, weil das Gericht möglicherweise anders urteilen würde. Ähnliches trifft auch für Abmachungen über die Angelegenheiten der Kinder zu. Eltern wissen oft am besten, was ihr Kind braucht, und dieses wünscht sich meistens nichts mehr, als dass die Eltern sich wieder versöhnen. Die Einigung ist deshalb ein deutliches Anzeichen dafür, dass das **Kinderwohl**, welches nicht als fester Zustand, sondern als Gestaltungsprinzip aufzufassen ist, gewahrt wird. Die Richterin sollte sich nicht anmassen, positiv festzustellen, ob es sich nach ihrem persönlichen Familienbild um die ideale Lösung handelt, sondern sich darauf beschränken zu prüfen, ob die Entwicklungschancen des Kindes nicht ernsthaft beeinträchtigt werden. Aus Respekt vor einer so verstandenen Elternautonomie sollte man auch in Kinderfragen von einer Vereinbarung und nicht bloss von gemeinsamen Anträgen sprechen (vgl. aber zur Gesetzessprache Art. 133 ZGB).

Scheidungsfolgen aushandeln und vereinbaren

aus den Übungen im Familienrecht 2003

Sachverhalt

Familiengeschichte

Nicole und Jacques Schnyder (beide 45) haben sich nach 17 Ehejahren zur Scheidung entschlossen. Die Ehefrau, gelernte Verkäuferin, besorgte in einer Ehe mit geteilten Rollen den Haushalt und betreute die drei Kinder Simon (16), Regula (12) und Rahel (10). Sie möchte vorläufig nicht arbeiten, sondern für die Kinder da sein und sich beruflich weiterbilden. Der Ehemann ist voll berufstätig als Projektleiter im Informatikbereich, kann aber seine Arbeitszeit ziemlich frei einteilen. Er beteiligte sich bisher recht aktiv an der Kindererziehung.

Kinder

Der Vater will die Verantwortung für die Kinder auch nach der Scheidung mittragen. Er schlägt vor, dass er sie wöchentlich an einem schulfreien Nachmittag, an jedem zweiten Wochenende und während vier Wochen Ferien im Jahr zu sich nimmt.

Sind die Voraussetzungen für eine gemeinsame elterliche Sorge erfüllt?

Was wäre dabei alles zu regeln?

Wohnung

Die Eheleute lebten in einem bescheidenen Einfamilienhaus, das dem Mann gehört. Die Ehefrau möchte es zusammen mit den Kindern während einigen Jahren weiter bewohnen.

Kann das eheliche Wohnhaus der Ehefrau zugeteilt werden?

Wenn ja, zu welchen Bedingungen?

Einkommen und Bedarf

Der Ehemann verdient im Monatsdurchschnitt Fr. 10'600.– netto. Hinzu kommen die Kinderzulagen von insgesamt Fr. 525.– (2 x Fr. 170.–, 1 x Fr. 190.–). Die Ehefrau könnte als Verkäuferin mit dem im Detailhandel üblichen Mindestlohn von Fr. 3'000.– netto rechnen.

Die laufenden Kosten für das Haus betragen rund Fr. 1'300.– im Monat (Hypothekarzins Fr. 700.–, Heizung und Liegenschaftsunterhalt je Fr. 300.–). Auch der Ehemann bezahlt für seine neu bezogene 3-Zimmerwohnung einen Mietzins samt Nebenkosten von Fr. 1'300.–. Die Krankenkasse macht für die Erwachsenen je Fr. 225.– und für die Kinder je Fr. 50.– im Monat aus. Die Prämie für eine übliche Haushalt-Versicherung beträgt je Fr. 25.–. Der Ehemann wen-

det Fr. 300.– für Berufsauslagen (Fahrtkosten) auf. Die Kinder haben recht teure Freizeitbeschäftigungen – der Bub spielt Golf und die beiden Mädchen nehmen Reitstunden. Die Steuern lassen sich nicht genau abschätzen. Fest steht immerhin der Eigenmietwert des Hauses von Fr. 18'000.–.

Die Eheleute geben an, sie hätten in der letzten Zeit regelmässig Fr. 2'000.– im Monat sparen können. Der Ehemann will deshalb nicht den ganzen Überschuss aufteilen. Die Ehefrau möchte aber eine Weiterbildung besuchen und etwas für die Altersvorsorge auf die Seite legen. Sie weist darauf hin, dass die monatlichen Altersgutschriften bei der Migros-Pensionskasse rund Fr. 450.– betragen würden.

Wie wird der Familienunterhalt für die erste Zeit nach der Scheidung berechnet?

Muss die Ehefrau wieder ins Erwerbsleben einsteigen und erhält sie dann noch Unterhalt?

Vermögen und Schulden

Das Einfamilienhaus wurde 1994 für Fr. 450'000.– gekauft. Es wurde finanziert mit dem während der Ehe gesparten Vermögen des Ehemanns von Fr. 50'000.–, dem Geschenk einer reichen Patin an die Ehefrau von Fr. 50'000.– und einer Hypothek von Fr. 350'000.–. Im Jahre 1999 erbte der Ehemann Fr. 90'000.– und verwendete das Geld für die Amortisation der Hypothek. Welchen Wert das Haus damals hatte, ist nicht bekannt. Nun wurde die Liegenschaft neu geschätzt. Sie hat einen Marktwert von Fr. 540'000.– und ist mit einer Hypothek von Fr. 260'000.– belastet.

Der Ehemann half vor drei Jahren einem guten Kollegen, sich selbständig zu machen, und gab ihm ein Darlehen von Fr. 10'000.–. Kürzlich erliess er ihm diese Schuld. Die Ehefrau sagt, sie habe davon nichts gewusst. Der Ehemann meint, das gehe sie auch nichts an, es habe sich nämlich um einen Lotterie-Gewinn gehandelt.

Der Ehemann legte sein übriges Vermögen recht spekulativ in Aktien an, die heute nach Kursstürzen nur noch Fr. 40'000.– wert sind.

Den Hausrat haben die Eheleute schon aufgeteilt. Die Ehefrau behält den Grossteil des Mobiliars. Der Ehemann hat vor allem den Fernseher und die HiFi-Anlage mitgenommen.

Wie wird das Vermögen aufgeteilt?

Gemeinsame elterliche Sorge

Übereinstimmender Antrag

Die gemeinsame elterliche Sorge setzt einen übereinstimmenden Antrag sowie eine Einigung über die Kinderbetreuung und die Aufteilung der Kinderkosten voraus (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Das Gericht braucht nicht festzustellen, ob diese Lösung die bestmögliche sei. Es muss nur prüfen, ob konkrete Gründe dagegen sprechen. Das wäre namentlich dann anzunehmen, wenn zwischen den Eltern eine latente Feindseligkeit spürbar wird, wenn sie geradezu entgegengesetzte Erziehungshaltungen vertreten oder wenn ihre Vorstellungen über eine Aufteilung der Obhut offensichtlich unrealistisch sind.

Anteile an der Kinderbetreuung

- § als Quote oder in Prozenten
- § in Tagen und Wochen
- § im Grundsatz, ergänzt durch einen "Kinderkalender" als Beilage

Übernahme der Kinderkosten

- § zahlenmässig festgesetzter, allenfalls je nach Betreuungsanteil angemessen reduzierter Unterhaltsbeitrag
- § mögliche Aufteilung von Kostenpositionen: *Jeder Elternteil trägt die Kosten, die ihm beim Aufenthalt der Kinder entstehen. Der Vater übernimmt die Kosten für Schule, Sport, Krankenkasse und Zahnarzt, die Mutter alle übrigen Auslagen, insbesondere für Kleider, Wäsche, Schuhe und Taschengeld.*
- § eventuell ein zusätzliches Kinderkonto: *Die Eltern zahlen monatlich je Fr. 100.– auf ein Kinderkonto ein und entscheiden gemeinsam über die Verwendung für besondere Ausgaben.*

Zuweisung der Erziehungsgutschriften

Ohne Vereinbarung werden die Erziehungsgutschriften in der AHV hälftig aufgeteilt.

Fakultative Abmachungen

- § Wohnsitz der Kinder
- § gegenseitige Informationspflichten, z.B. über Krankheiten, Schulerfolge, Elternabende
- § Erziehungsgrundsätze, z.B. betreffend Essgewohnheiten, Fernsehkonsum, Ausgangszeiten
- § Ausscheidung von Verantwortungsbereichen, z.B. für Schulaufgaben und Freizeit
- § regelmässige Elterngespräche
- § Vermittlung im Konfliktfall

Zuteilung der Familienwohnung

Voraussetzung: Die Wohnung der Familie kann bei der Scheidung aus wichtigen Gründen einem Ehegatten zugeteilt werden (Art. 121 ZGB). Zu denken ist namentlich an das Wohl der Kinder, für die es nach der Trennung ihrer Eltern besonders wichtig ist, dass sie wenigstens ihr vertrautes Umfeld behalten. Allenfalls kann ein Ehegatte auch geltend machen, er sei aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die Wohnung angewiesen.

Mietwohnung: Ein Mietverhältnis kann einem Ehegatten allein übertragen werden. Das führt zwar zu einem erzwungenen Mieterwechsel. Die Vermieterschaft ist aber insofern geschützt, als der andere Ehegatte für den Mietzins solidarisch haftet, und zwar bis zu dem Termin, an dem der Mietvertrag frühestens beendet werden könnte, und längstens während zwei Jahren. Wird dieser tatsächlich für Mietkosten belangt, so kann er seine Zahlung mit dem naheheulichen Unterhalt – aber nicht mit dem Kinderunterhalt – verrechnen.

Alleineigentum: Sind die Eheleute Miteigentümer, so kann derjenige, welcher ein überwiegendes Interesse dardat, die Zuweisung des Miteigentumsanteils verlangen (Art. 205 Abs. 2 ZGB). Ist ein Ehegatte Alleineigentümer, so kann der andere nur ein befristetes Wohnrecht beanspruchen. Es handelt sich um eine sogenannte Personaldienstbarkeit. Sie besteht in der Befugnis, ein Haus oder eine Wohnung persönlich zu nutzen, und kann nicht auf Dritte übertragen werden. Immerhin darf ein Ehegatte Hausgenossen aufnehmen und das gilt grundsätzlich auch für einen neuen Partner. Das Wohnrecht fällt sogar bei einer Wiederverheiratung nicht von selbst dahin. Eine vorzeitige Beendigung kann aber vertraglich vereinbart werden. Das Wohnrecht muss immer befristet sein. Was noch als massvoller Eingriff in das Eigentum erscheint, hängt vom besonderen Zweck ab. Wird es im Hinblick auf die Kinder begründet, so soll es etwa mit dem Schulabschluss des jüngsten Kindes und spätestens bei seiner Mündigkeit enden. Eine nachträgliche Abkürzung bleibt möglich, eine Verlängerung wäre hingegen ausgeschlossen. Für das Wohnrecht ist eine angemessene Entschädigung zu leisten. Ausgangspunkt – und zugleich Obergrenze – bildet der Preis, der sich auf dem Wohnungsmarkt erzielen liesse. Am ehesten wird man sich an einem fachkundig geschätzten Ertragswert oder an einem realistisch bemessenen Eigenmietwert orientieren. Die Entschädigung wird nur ausnahmsweise in einer einmaligen Abfindung und gewöhnlich in einer monatlichen Abgeltung bestehen, die mit dem Unterhalt verrechnet werden darf. Immerhin sollte der berechtigte Ehegatte die Hypothekarzinsen selber übernehmen, weil ihm sonst bei Verwertung infolge unterbliebener Zahlung der Verlust des Wohnrechts droht. Bestimmungen über die Entschädigung haben rein obligatorischen Charakter und können nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Familienunterhalt

Grundsätze des nachehelichen Unterhalts

massgebliche Lebenshaltung: Der letzte eheliche Lebensstandard setzt eine obere Schranke für den Unterhalt. Der Grundsatz der gleichmässigen Aufteilung des Einkommensüberschusses soll nicht zu einer Vermögensverschiebung führen (BGE 119 II 314). Die bisherige Sparquote wird aber durch die Mehrkosten zweier Haushalte aufgezehrt. Es kann bei der üblichen Berechnung bleiben, ein Wechsel zur konkreten Methode (Haushaltsbudget) drängt sich nicht auf.

Eigenversorgung: Von der Ehefrau kann noch eine Erwerbstätigkeit erwartet werden, auch wenn sie nach langer Hausfrauenehe schon im Alter von 46 Jahren steht. Die Altersgrenze, nach der ein beruflicher Neueinstieg nicht mehr zugemutet würde, liegt bei etwa 50 Jahren.

Aufgabenteilungsunterhalt: Die Ehefrau braucht aber eine angemessene Umstellungszeit für Weiterbildung und Stellensuche.

Betreuungsunterhalt: Darauf kann sie eine Teilzeitstelle annehmen, bis das jüngste Kind 16-jährig geworden ist, und hernach eine ganze Stelle. Diese Regeln müssen bei drei Kindern nicht aufgegeben, aber allenfalls angepasst werden.

Aufbesserungsunterhalt: Der Einkommensunterschied zwischen den Ehegatten wird immer gross bleiben. Die Ehefrau muss nach langer Ehe keinen krassen sozialen Abstieg hinnehmen. Sie hat auch nach dem vollen Wiedereinstieg in das Berufsleben zumindest in beschränktem Umfang und für befristete Zeit noch einen Unterhaltsanspruch.

Grundsätze des Kinderunterhalts

Berner Regeln: Die Berner Prozentregeln führen mit steigendem Einkommen zu einem zunehmend unangemessenen Ergebnis.

für drei Kinder 33-35% des Nettoeinkommens

Einkommensquote 11% von Fr. 10'600 = Fr. 1'165 + durchschnittliche Kinderzulage Fr. 175 = **Fr. 1'340**

Zürcher Tabelle: In gehobenen Verhältnissen kann der Unterhalt allenfalls nach der neuen Zürcher Tabelle (mit einem Anteil an den effektiven Wohnkosten) berechnet werden.

eins von drei Kindern im Alter ab 7 Jahren:

Lebensbedarf Fr. 815 + Anteil Wohnkosten (z.B. 1/6) Fr. 250 – Kinderzulage Fr. 175 = **Fr. 890**

eins von drei Kindern im Alter ab 13 Jahren

Lebensbedarf Fr. 1'110 + Anteil Wohnkosten Fr. 250 – Kinderzulage Fr. 175 = **Fr. 1'185**

Unterhaltskoordination: Eine Gleichbehandlung der Familienmitglieder lässt sich am ehesten erreichen, wenn der Kinderunterhalt nicht vorab, sondern gleichzeitig mit dem nachehelichen Unterhalt bemessen wird (Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 1, 23 ff. = FamPra.ch 2001, 396).

Gleichzeitige Berechnung des Ehegatten- und Kinderunterhalts

1. Phase						
	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Kind 3	zusammen
Einkommen						
Lohn/Kinderzulagen	10'600	0	175	175	175	11'125
Vermögensertrag (p.m.)						
Grundbedarf						
Grundbetrag	1'100	1'100	(+20%) 600	(+20%) 600	(+20%) 425	
Wohnen ¹	1'300	(1/2) 750	(1/6) 250	(1/6) 250	(1/6) 250	
Krankenkasse	225	225	50	50	50	
Risikoversicherung	25	25				
Berufsauslagen	300					
Weiterbildung ²		200				
Vorsorge ³		450				
Steuern ca.	<u>600</u>	<u>900</u>	—	—	—	
	3'550	3'650	900	900	725	– 9725
Überschuss						1'400
Familienunterhalt						
Grundbedarf		3'650	900	900	725	
+ Anteil Überschuss ⁴		(2/7) 400	(1/7) 200	(1/7) 200	(1/7) 200	
– eigenes Einkommen (Kinderzulage)		—	<u>175</u>	<u>175</u>	<u>175</u>	
Unterhaltsansprüche (gerundet)		4'000	950	950	750	

¹ **Wohnkosten:** Es wird angenommen, dass die Ehefrau den Hypothekarzins von Fr. 700 sowie die Heizkosten von Fr. 300 übernimmt und dem Ehemann für das Wohnrecht (Hausunterhalt, Verzinsung des Eigenkapitals) Fr. 500 bezahlt.

² **Weiterbildung:** Die Ehefrau soll nicht einfach in den früheren, dem sozialen Status nicht mehr ganz angemessenen Beruf einsteigen müssen. Effektive und nützliche Weiterbildungskosten können angerechnet werden.

³ **Vorsorge:** Der Aufbau einer Vorsorge gehört zum Unterhalt. Mit dem Vorsorgeausgleich wird ja nur das während der Ehe erworbene Altersguthaben aufgeteilt, durch die nacheheliche Kinderbetreuung entsteht aber nochmals ein Vorsorgeverlust. Der Vorsorgebedarf sollte möglichst konkret (z.B. mit Anfrage an die Pensionskasse eines mutmasslichen Arbeitgebers) bestimmt werden.

⁴ **Überschussbeteiligung:** Der Überschuss kann nach "grossen und kleinen Köpfen" aufgeteilt werden; die Erwachsenen sollen also doppelt so viel bekommen wie die Kinder. Damit sind auch die normalen Freizeitbedürfnisse der Kinder gedeckt.

2. Phase						
	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Kind 3	zusammen
Einkommen (+ Lohn EF)	10'600	1'500	175	175	175	12'625
Bedarf (+ Berufsauslagen EF)	3'550	3'750	900	900	725	– <u>9'825</u>
Überschuss						2'800
Familienunterhalt						
Grundbedarf		3'750	900	900	725	
+ Anteil Überschuss		(2/7) 800	(1/7) 400	(1/7) 400	(1/7) 400	
– eigenes Einkommen		<u>1'500</u>	<u>175</u>	<u>175</u>	<u>175</u>	
Unterhaltsansprüche (gerundet)		3'000	1'100	1'100	950	

Güterrechtliche Auseinandersetzung

Einfamilienhaus

Massenzuordnung: Das Haus ist Mannesgut, weil es auf den Namen des Ehemanns im Grundbuch eingetragen ist. Es wird seiner Errungenschaft zugeordnet, weil nur diese etwas zum Kauf beitrug. Die nachträgliche überwiegende Investition aus seinem Eigengut führt nicht zu einer Umteilung.

Mehrwertanteile: Die Ehefrau investierte beim Mann und hat nach Art. 206 ZGB eine Ersatzforderung samt Anteil am Mehrwert, mindestens aber zum Nennwert. Investition und Mehrwert sind ihrem Eigengut zuzuordnen (Schenkung).

Der Ehemann zahlte einen Teil der Hypothek ab. Auch das ist eine Investition, aber eine solche aus einer anderen Masse des gleichen Ehegatten. Sie führt nach Art. 209 Abs. 3 ZGB zu einer Ersatzforderung samt Anteil am Mehr- oder Minderwert. Investition und Mehrwert sind seinem Eigengut zuzuweisen (Erbschaft).

Der Mehrwert beträgt insgesamt Fr. 90'000.–. Für die Berechnung der Anteile kommt es aber auf den Faktor Zeit an. Die Investition der Ehefrau erfolgte beim Erwerb des Grundstücks. Die Ehefrau partizipiert deshalb am ganzen Mehrwert. Sie brachte einen Neuntel des Kaufpreises auf und ist in diesem Umfang am Mehrwert beteiligt. Der Umstand, dass die Liegenschaft mit Kredit gekauft wurde, hat bei Investitionen zwischen den Ehegatten keine Bedeutung. In der Regel fällt der ganze Mehrwert auf der Hypothek demjenigen zu, dem das Haus gehört.

Anspruch Eigengut Ehefrau

Investition	Fr. 50'000
Mehrwertanteil 1/9 von Fr. 90'000	<u>10'000</u>
	60'000

Die Investition des Ehemanns wurde fünf Jahre später getätigt. Sein Eigengut kann nur am danach entstandenen Mehrwert teilhaben. Lässt sich der Wert des Grundstücks zur Zeit der Investition bestimmen, so ist dieser Betrag die Ausgangsgrösse. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, ist der Mehrwert pro rata temporis aufzuteilen. Es wird hier also angenommen, dass die Liegenschaft bei Amortisation der Hypothek in der Mitte der Haltedauer auch einen mittleren Wert von Fr. 495'000.– hatte. Bei Investitionen des gleichen Ehegatten kommt es nun aber darauf an, dass die Liegenschaft mit Kredit erworben wurde. Der Mehrwert auf der Hypothek wird den beiden Gütermassen im Verhältnis ihrer Beteiligung zugewiesen.

Erste Berechnung Anspruch Ehemann (vor der Amortisation)

Investition Ehefrau	Fr. 50'000	
Mehrwertanteil	5'000	
Hypothek	<u>350'000</u>	
Fremdmittel		Fr. 405'000
Investition Ehemann	50'000	
Mehrwertanteil darauf	5'000	
Mehrwertanteil auf Hypothek	<u>35'000</u>	
Eigenmittel		<u>90'000</u>
Wert Liegenschaft vor Amortisation		495'000

Zweite Berechnung Anspruch Ehemann (bei der Auseinandersetzung)

Nach Abzahlung der Hypothek betrug die Investition des Ehemanns aus Errungenschaft also Fr. 90'000.– und jene aus Eigengut ebenfalls Fr. 90'000.–. Das Eigengut ist deshalb am späteren, auf das Mannesvermögen entfallenden Mehrwert zur Hälfte beteiligt. Der seither entstandene Mehrwert macht Fr. 45'000.– aus. Davon steht dem Eigengut der Ehefrau ein Neuntel zu, das sind Fr. 5'000.–. Dem Eigengut des Ehemanns wird ein Zweitel des restlichen Mehrwerts, somit Fr. 20'000.– zugewiesen (vgl. ein ähnliches Beispiel in: BaslerKomm/HAUSHEER, Art. 206 ZGB N 23).

Erlassenes Darlehen

Lotteriegewinn: Zur Errungenschaft gehören alle Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Ehe entgeltlich erwarb (Art. 197 Abs. 1 ZGB). Die Vermutung (Art. 200 Abs. 3 ZGB) spricht dafür, dass der Ehemann das Lotterielos aus seinem Lohn bezahlte. Der Lotteriegewinn ist eine Ersatzanschaffung für das Los und keine Schenkung (BGE 121 III 203 f.). Er fällt deshalb ganz in die Errungenschaft des Ehemanns.

Wert von Forderungen: Eine Forderung wird grundsätzlich zum Nominalwert eingesetzt. Ist ihre Erfüllung unsicher, wird der Wert nach Ermessen geschätzt. Ist sie uneinbringlich, muss sie abgeschrieben werden.

Hinzurechnung: Unentgeltliche Zuwendungen, welche ein Ehegatte in den letzten fünf Jahren vor Auflösung des Güterstands ohne Zustimmung des anderen machte, werden zur Errungenschaft hinzugerechnet (Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Als Zuwendung gilt es auch, wenn ein Ehegatte auf ein Recht verzichtete, zum Beispiel eine Forderung erliess oder sie bewusst verjähren liess.

Abrechnung

Vermögensbilanz

Wertschriften	40'000	
Liegenschaft	<u>540'000</u>	
Aktiven	580'000	
Passiven (Hypothek)	– <u>260'000</u>	
Nettovermögen		<u>320'000</u>
Ersatzforderung Eigengut Frau samt Mehrwert	– 60'000	
Ersatzforderung Eigengut Mann samt Mehrwert	– <u>110'000</u>	
vorhandene Errungenschaft	150'000	
Hinzurechnung	<u>10'000</u>	
anrechenbare Errungenschaft = Vorschlag	160'000	

Anspruch Ehemann

½ Vorschlag	80'000	
Zuwendung	– 10'000	
Eigengut	<u>110'000</u>	
		180'000

Anspruch Ehefrau

½ Vorschlag	80'000	
Eigengut	<u>60'000</u>	
		<u>140'000</u>
		320'000

Zuweisung

Der Ehemann behält die Liegenschaft und die Wertschriften. Im Übrigen wird jedem Ehegatten jener Teil des Hausrats zu Eigentum zugewiesen, den er bereits besitzt. Aus dieser Aufteilung ist kein Wertausgleich geschuldet, weil gebrauchter Hausrat kaum verkäuflich wäre und eine kleinliche Abrechnung nicht stattfinden soll.

Erfüllung

Der Ehemann hat der Ehefrau Fr. 140'000.– bar zu bezahlen. Er kann diesen Betrag aber nicht aufbringen, ohne die Hypothek aufzustocken, was bei einer Liegenschaft, die mit einem Wohnrecht belastet ist, schwer fiele. Es bleibt wohl nichts anderes übrig, als die Schuld ratenweise abzutragen. Die Ehefrau kann für ihre Forderung eine Sicherheit, namentlich die Bestellung eines Grundpfands verlangen (Art. 218 ZGB).

Vereinbarung

I. Ehescheidung

Jaques Schnyder und Nicole Schnyder verlangen gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe.

II. Gemeinsame elterliche Sorge

- 1. Die Eltern möchten die elterliche Sorge für ihre Kinder Simon, Regula und Rahel gemeinsam ausüben.*
- 2. Die Kinder halten sich an einem Nachmittag in der Woche, an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend, abwechselnd an den hohen Feiertagen und während vier Wochen Ferien im Jahr beim Vater, in der übrigen Zeit bei der Mutter auf.*
- 3. Die Kinder haben ihren Wohnsitz bei der Mutter.*
- 4. Die Erziehungsgutschriften in der AHV werden ganz der Mutter zugewiesen.*

III. Wohnrecht an der Familienwohnung

- 1. Jaques Schnyder räumt Nicole Schnyder an der Familienwohnung Fliederweg 1 in Rosenau (Grundbuch Nr. 999) ein Wohnrecht ein.
Das Wohnrecht umfasst die alleinige Benützung des Einfamilienhauses samt Umschwung. Es ist bis Ende des Jahres 2010 befristet und erlischt mit der Wiederverheiratung der Berechtigten.
Nicole Schnyder übernimmt die Hypothekarzinsen, die Heizkosten und den gewöhnlichen Unterhalt, Jaques Schnyder trägt die restlichen Kosten (Abgaben, Versicherungen, Reparaturen etc.).*
- 2. Dieses Wohnrecht wird auf Kosten von Nicole Schnyder in das Grundbuch eingetragen.*
- 3. Nicole Schnyder entschädigt Jaques Schnyder für das Wohnrecht monatlich mit Fr. 500.–. Die Entschädigung wird mit ihrem Unterhalt verrechnet.*

IV. Familienunterhalt

- 1. Jaques Schnyder bezahlt im ersten Jahr nach rechtskräftiger Scheidung monatlich im voraus folgende Beiträge an den Unterhalt der Familie:*
 - a) für Simon und Regula je Fr. 950.–, für Rahel Fr. 750.– und die Kinderzulagen*
 - b) für Nicole Schnyder Fr. 4'000.–.*

2. *Danach leistet er monatlich im voraus folgende Unterhaltsbeiträge:*
 - a) *für Rahel bis zu ihrem 12. Geburtstag Fr. 950.–, im Übrigen für alle Kinder bis zum ordentlichen Abschluss einer Ausbildung je Fr. 1'100.–, zuzüglich die ihm zustehenden Kinder- oder Ausbildungszulagen.*
 - b) *für Nicole Schnyder während fünf Jahren Fr. 3'000.–, darauf während weiteren vier Jahren Fr. 1'000.–.*
3. *Die Unterhaltsbeiträge beruhen auf einem Stand des Landesindexes der Konsumentenpreise von 104 Punkten (Juni 2004) und werden jeweils um 5 % angepasst, sobald sich der Indexstand um 5,2 Punkte verändert hat.*

V. Beteiligung am Vorschlag und Sicherstellung

1. *Jaques Schnyder anerkennt, Nicole Schnyder aus Beteiligung am Vorschlag Fr. 140'000.– zu schulden.*

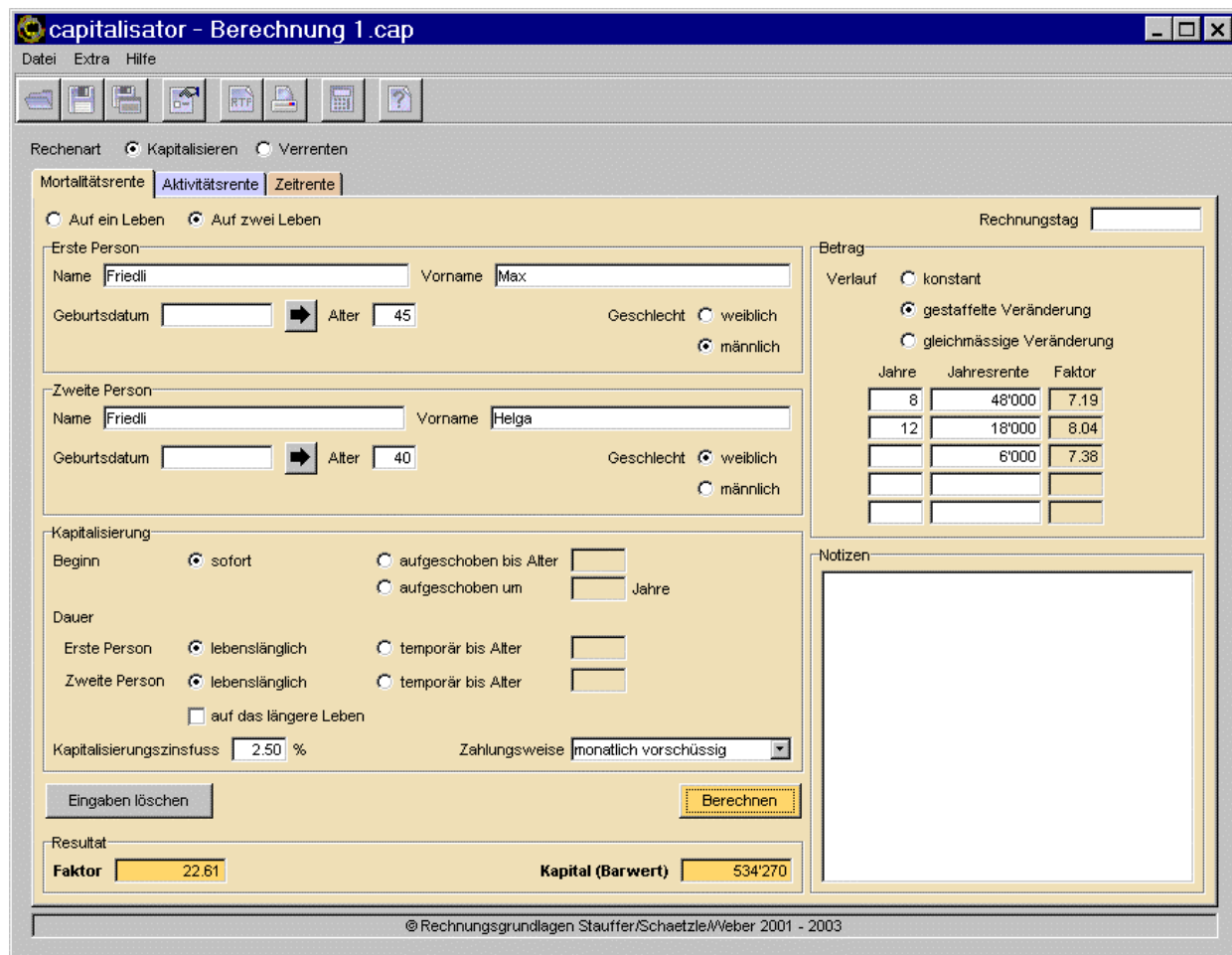
Er bezahlt ihr innert Monatsfrist nach rechtskräftiger Scheidung Fr. 20'000.–. Die Restschuld trägt er jeweils auf das Jahresende und erstmals auf Ende 2005 mit Fr. 5'000.– ab.

Der Ehemann kann die Schuld jederzeit in grösseren Raten amortisieren. Die Ehefrau kann sie nach Beendigung des Wohnrechts an der Familienwohnung jederzeit auf drei Monate kündigen oder einen Zins von 2 ½% verlangen.
2. *Jaques Schnyder errichtet zur Sicherung der Beteiligungsforderung auf dem Grundstück Nr. 999 zu Gunsten von Nicole Schnyder eine Grundpfandverschreibung im Betrag von Fr. 120'000.– zu einem Maximalzinsfuss von 2 ½% an zweiter Pfandstelle mit einem Kapitalvorgang von Fr. 260'000.–.*
3. *Im Übrigen behalten beide Ehegatten zu Eigentum, was sie besitzen. Damit sind sie güterrechtlich auseinander gesetzt.*

Kapitalisieren im Familienrecht

aus den Übungen im Familienrecht 2004

Grundbegriffe



CAPITALISATOR (IM BILD DIE BERECHNUNG FÜR DEN FALL "ABGESTUFTER NACHEHELICHER UNTERHALT")

→ Die **Kapitalisierung** ist ein Rechnungsvorgang, um den aktuellen Kapitalwert von zukünftigen periodischen Leistungen, nämlich **Renten** pro Jahr zu bestimmen. Der heutige Kapitalwert, welcher den künftigen Renten entspricht, heisst **Barwert**. Die entgegengesetzte Rechenoperation ist die **Verrentung**. Dabei wird ein Kapital in eine Jahresrente umgewandelt.

– Barwert und Rente sollen rechnerisch gleichwertig sein. Die unterschiedliche Zahlungsweise – Einmalzahlung statt laufende Rente – wird durch **Diskontierung**, mit einer Abzinsung berücksichtigt. Dabei wird angenommen, dass der Empfänger eines Kapitals daraus jeweils eine Rente bezieht und den Rest zu einem bestimmten Zins anlegt. Entscheidend ist damit die Wahl des **Zinsfusses**: Je höher er ist, desto niedriger wird der Barwert und umgekehrt. Im Haftpflichtrecht wird nach einer seit über fünfzig Jahren bestehenden Praxis stets mit einem Zinsfuss von **3.5%** gerechnet (BGE 72 II 134; 125 III 321). In anderen Rechtsbereichen, auch im Familienrecht, ist der Zinsfuss nicht vorgegeben. Ein Zinsertrag von 3.5% gilt als zu optimistisch und lässt sich nach Abzug der Inflationsrate und der Verwaltungskosten kaum erzielen. Ein solcher **Realzins** müsste je nach Höhe des Kapitals, Zeithorizont und zumutbarem Risiko **zwischen 3 und 1.5%** liegen. Je geringer der Betrag, je kürzer die Laufzeit und je sicherer die Anlage, umso tiefer sollte der Zinsfuss angesetzt sein. In Familiensachen wird als Richtwert für einen der Teuerung angepassten Unterhalt ein Zinssatz von **2.5%** empfohlen (SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Rz. 2.654; RUMO-JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP/KRAPF, Kapitalisieren im Zivilrecht, ZBJV 2004, 545, 554 ff.). Das Kantonsgericht St.Gallen ist in mehreren Entscheiden von **2%** als risikolosem Ertrag bei einer Altersreserve ausgegangen (vgl. einen Fall in diesem Heft, S. 19 ff.).

® Die Zahlungsweise ist hingegen von eher untergeordneter Bedeutung. Grundsätzlich rechnet man mit **monatlich-vorschüssigen Renten**. Das gilt im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht genauso wie im Familienrecht.

– Es gibt drei verschiedene Rentenarten: **Mortalitätsrenten**, auch Leibrenten genannt, laufen so lange, als eine Person lebt. Sie enden mit dem statistisch zu erwartenden Tod. **Aktivitätsrenten** hängen zusätzlich von der Arbeitsfähigkeit ab. Sie fallen also mit dem Tod oder der vorherigen Invalidität dahin. Bei **Zeitrenten** ist die Rentendauer zum Voraus bestimmt.

° Gewöhnlich wird eine Leibrente mit dem Leben einer einzigen Person verknüpft. Das nennt man eine **einfache Rente**. Eine Rente kann aber auch auf das Leben mehrerer Personen gestellt sein. Das wird als **Verbindungsrente** bezeichnet. Eine Rente, die mit dem Tod der ersten Person endet, heisst **Rente auf das kürzere Leben**. Beim (längerfristigen) Familienunterhalt, der von Gesetzes wegen weder aktiv noch passiv vererblich ist, handelt es sich grundsätzlich um eine solche verbundene Rente. Daneben kommt auch die **Rente auf das längere Leben** vor, etwa beim Wohnrecht eines Ehepaars.

± Wird die erste Rentenrate in einem späteren Zeitpunkt fällig, so handelt es sich um eine **aufgeschobene Rente**. Der Rentenlauf beginnt also nicht mit der Kapitalisierung, sondern erst in Zukunft. Alle Rentenarten können einen aufgeschobenen Beginn haben.

² Eine **temporäre Rente** ist zeitlich begrenzt. Sie läuft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder Alter. Eine temporäre Mortalitätsrente endet mit dem Tod oder spätestens mit dem Erreichen des Endzeitpunkts. Eine temporäre Aktivitätsrente läuft, bis jemand stirbt oder arbeitsunfähig wird, längstens aber bis zum Erreichen des Schlusalters, gewöhnlich bis zur Pensionierung.

³ Eine Rente kann entweder über die ganze Laufzeit **konstant** bleiben oder sich **verändern**. Auch sinkende oder steigende Renten lassen sich kapitalisieren, wenn bestimmte Annahmen über die Art der Veränderung getroffen werden. Soll die Rente in mehreren Zeitabschnitten abgestuft werden, wie das im Familienrecht je nach Alter eines Kindes oder Erwerbsgrad eines Ehegatten oft vorkommt, so spricht man von einer **gestaffelten Rente**. Wenn sie der Teuerung angepasst werden soll, so geht es um eine **indexierte Rente**, und wenn sie der Lohnentwicklung folgen soll, um eine **dynamische Rente**.

Genaueren Einblick in alle Fragen, die sich bei der Kapitalisierung stellen, vermittelt der von SCHAETZLE/WEBER verfasste Kommentar zur fünften Auflage der Barwerttafeln **Kapitalisieren – Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln**. Wenn man von Hand rechnen will, empfiehlt es sich, darin das zum Fall passende Beispiel zu suchen, es zunächst mit unveränderten Zahlen durchzuspielen, dann die eigenen Daten einzusetzen und zuletzt zu überlegen, ob das Ergebnis auch einigermaßen plausibel scheint.

Rechenfehler können für die Parteien existenzielle Folgen haben. Gerichte und Anwälte, welche das Hantieren mit Tabellen nicht gewohnt sind, wären daher gut beraten, wenn sie den **Capitalisator** verwenden. Das ist ein von WEBER/SCHAETZLE entwickeltes Programm zum Kapitalisieren und Verrenten, das sich vielseitig gebrauchen und trotzdem einfach bedienen lässt, weil nur wenige Felder ausgefüllt werden müssen. Es erweist sich gerade im Familienrecht als sehr nützlich, weil es nicht wie ein gedrucktes Tafelwerk auf den üblichen Zinssatz von 3.5% zugeschnitten ist, sondern eine freie Wahl des Zinsfusses erlaubt. Eine Produktbeschreibung und eine detaillierte Bedienungsanleitung finden sich im Internet unter www.capitalisator.ch.

Fallbeispiele für den Umgang mit dem "Capitalisator"

Kindesunterhalt

Werner Anderegg (45) ist Vater des zwölfjährigen Sohnes Sebastian und will nun nach Amerika auswandern. Die Eltern kommen überein, den bisher geleisteten Unterhalt von Fr. 1'200.– im Monat bis zum vollendeten 20. Lebensjahr des Kindes, dem voraussichtlichen Zeitpunkt eines Lehrabschlusses, durch ein Kapital abzulösen.

Rechtliche Hinweise: Eine Abfindung für den Kindesunterhalt kann nicht verfügt und von den Eltern nur vereinbart werden, wenn sie im Interesse des Kindes liegt (Art. 288 ZGB). Das trifft selten zu, weil eine rein wirtschaftliche und emotionslose Entflechtung des Eltern-Kind-Verhältnisses grundsätzlich nicht erwünscht ist. Musterbeispiel dafür bildet gerade der Fall der Auswanderung (Basler Komm/BREITSCHMID, Art. 288 ZGB N 2). Die Abfindung muss ein echtes Äquivalent für einen "Normalunterhalt" darstellen. Wenn ein Ausbildungsplan noch nicht absehbar ist, wird man allenfalls nur bis zur Volljährigkeit kapitalisieren und einen anschließenden Anspruch auf Mündigenunterhalt vorbehalten. Ermessensweise Abzüge für die Vorteile der Kapitalisierung sind nicht statthaft. Die Vereinbarung muss entweder von der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde oder in einem laufenden Verfahren vom Gericht genehmigt werden. Sie ist für das Kind erst verbindlich, wenn das Kapital ausbezahlt wurde.

Technische Hinweise: Weil der Kindesunterhalt der Teuerung anzupassen und das Kapital mündelsicher anzulegen ist, scheint ein Zinsfuss von 1,5% richtig (RUMO-JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP/KRAPF, ZBJV 2004, 559). Ganz korrekt müsste der Unterhalt als Verbindungsrente auf das Leben des Vaters und des Sohnes berechnet werden. Der Fehler ist aber klein, wenn die Wahrscheinlichkeit vernachlässigt wird, dass das Kind sterben könnte, und wird selbst dann nicht gross, wenn auch die Sterbenswahrscheinlichkeit des Vaters ausser acht gelassen wird. Ein Vergleich mag zeigen, dass in einem solchen Fall die Kapitalisierung als Zeitrente durchaus genügt (vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 43, S. 276 f.).

Berechnung 1

<i>Rechenart</i>	kapitalisieren	
<i>Rentenart</i>	Zeitrente	
<i>Kapitalisierung</i>		
Beginn	sofort	
Dauer	temporär 8 Jahre	
Kapitalisierungszinsfuss	1.50%	
Zahlungsweise	monatlich vorschüssig	
<i>Betrag</i>		
Verlauf	konstant	
Jahresrente	14'400	
<i>Resultat</i>		
Kapitalisierungsfaktor	7.55	
Kapital (Barwert)		108'761

Berechnung 2

<i>Rechenart</i>	kapitalisieren	
<i>Rentenart</i>	Mortalitätsrente auf zwei Leben	
<i>Erste Person</i>		
Alter	45	
Geschlecht	männlich	
<i>Zweite Person</i>		
Alter	12	
Geschlecht	männlich	
<i>Kapitalisierung</i>		
Beginn	sofort	
Dauer erste Person	temporär bis Alter 53	
Dauer zweite Person	temporär bis Alter 20	
Kapitalisierungszinsfuss	1.50%	
Zahlungsweise	monatlich vorschüssig	
<i>Betrag</i>		
Verlauf	konstant	
Jahresrente	14'400	
<i>Resultat</i>		
Kapitalisierungsfaktor	7.49	
Kapital (Barwert)		107'811

Lebenslanger nachehelicher Unterhalt

Das Ehepaar Peter Maurer (57) und Elsa Maurer (55) war dreissig Jahre lang verheiratet und lebte in Gütertrennung. Der Ehemann ist Inhaber eines kleinen Baugeschäfts und hat ein ansehnliches Vermögen erworben, besitzt aber keine berufliche Vorsorge. Die Ehefrau führte den Haushalt, übernahm daneben als Krankenschwester gelegentlich Aushilfen mit einem Verdienst, der stets unter dem Koordinationsabzug lag, und ist erst kürzlich wieder halbtags in

ihren Beruf eingestiegen. Der Ehemann soll verpflichtet werden, ihr mit einer Abfindung einen lebenslangen Vorsorgeunterhalt von Fr. 1'500.– im Monat zu finanzieren.

Rechtliche Hinweise: Auch nachehelicher Unterhalt wird gewöhnlich in Rentenform ausgerichtet (Art. 126 Abs. 1 ZGB). Eine Kapitalabfindung ist die Ausnahme; sie kann vom Gericht nur unter besonderen Umständen zugesprochen werden (Art. 126 Abs. 2 ZGB). Wenn die Ehegatten in Gütertrennung lebten und weder der selbständig erwerbende Ehemann noch die überwiegend im Haushalt tätige Ehefrau eine berufliche Vorsorge aufgebaut haben, so muss der nacheheliche Unterhalt auch die in der Ehe entstandene Vorsorgelücke füllen und das als Folge der Arbeitsteilung künftig noch zu erwartende Vorsorgedefizit decken. Damit die Ehefrau in ihrer Altersvorsorge unabhängig wird, sollte der dafür bestimmte Teil des Unterhalts in Form eines Kapitals ausgerichtet werden, wenn die Vermögensverhältnisse des Ehemanns das zulassen (BGE 129 III 257).

Technische Hinweise: Für ein sicheres Alterskapital scheint ein Zinsfuss von 2% – und nicht etwa der höhere BVG-Mindestzinssatz – angemessen. Zu kapitalisieren ist eine lebenslängliche Verbindungsrente (vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 40, S. 263 ff.).

Berechnung

<i>Rechenart</i>		kapitalisieren	
<i>Rentenart</i>		Mortalitätsrente auf zwei Leben	
<i>Erste Person</i>			
Alter		57	
Geschlecht		männlich	
<i>Zweite Person</i>			
Alter		55	
Geschlecht		weiblich	
<i>Kapitalisierung</i>			
Beginn		sofort	
Dauer erste Person		lebenslänglich	
Dauer zweite Person		lebenslänglich	
Kapitalisierungszinsfuss		2.00%	
Zahlungsweise		monatlich vorschüssig	
<i>Betrag</i>			
Verlauf		konstant	
Jahresrente		18'000	
<i>Resultat</i>			
Kapitalisierungsfaktor		18.13	
Kapital (Barwert)			326'414

Abgestufter nachehelicher Unterhalt

Max Friedli (45), Chefbeamter, bietet der Ehefrau Helga Friedli (40), früher Sekretärin und nun Hausfrau, an, ihr während acht Jahren, bis das jüngste Kind die Schule abgeschlossen hat, Unterhalt von Fr. 4'000.– im Monat, dann bis zu seiner Pensionierung mit 65 noch Fr. 1'500.– und hernach unbefristet Fr. 500.– zu bezahlen. Er schlägt im Sinne eines "sauberen Schlussstrichs" eine Abfindung vor.

Rechtliche Hinweise: Es lassen sich noch andere Gründe für nachehelichen Unterhalt in Form einer Abfindung denken (dazu PraxKomm/SCHWENZER, Art. 126 ZGB N 5). Sie können in der Person der Berechtigten liegen, z.B. mit Blick auf die Finanzierung einer Ausbildung bzw. den Aufbau eines eigenen Geschäfts oder in jener des Verpflichteten, z.B. wegen definitiver Abreise ins Ausland oder mangelnder Zahlungsmoral. Der Umstand, dass ein Ehegatte ausreichendes Vermögen besitzt (Botschaft Scheidungsrecht, 117), ist zwar Voraussetzung jeder Kapitalabfindung, stellt aber für sich allein genommen noch keinen Grund dar, sie anzuordnen (BaslerKomm/GLOOR/SPYCHER, Art. 126 ZGB N 10). Umstritten bleibt, ob es genügt, wenn der Pflichtige eine Abfindung beantragt (so SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 126 ZGB N 21; anders und wohl zutreffend RUMO-JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP/KRAPF, ZBJV 2004, 551). Die Ehegatten selbst können eine Abgeltung aber auch vereinbaren, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, und von dieser Möglichkeit machen sie vielleicht zu selten Gebrauch. Die Kapitalabfindung führt nämlich zu einem clean break im richtig verstandenen Sinne. Die Eheleute bleiben nicht als "geschiedene Verheiratete" finanziell aneinander gekettet und werden nicht mehr durch den blossen Zahlungsmodus jeden Monat an die gescheiterte Ehe erinnert, sie können eher kameradschaftlich miteinander verkehren. Eine Abfindung ist freilich grundsätzlich unabänderlich: Sie kann nicht herabgesetzt werden, wenn die Lage des pflichtigen Ehegatten sich nachträglich wesentlich verschlechtert oder jene des anderen Ehepartners sich unvorhergesehen verbessert (vgl. Art. 129 Abs. 1 ZGB), sie kann für die Dauer einer Lebenspartnerschaft der Berechtigten nicht sistiert werden (vgl. Pra 2002 Nr. 149) und fällt auch bei ihrer Wiederverheiratung nicht dahin (vgl. Art. 130 Abs. 2 ZGB). So betrachtet verschafft die Kapitalisierung des Unterhalts der Ansprecherin Vorteile, die sich allerdings schwer quantifizieren lassen. Dem Vorzug, dass der Unterhalt bei frühem Tod des Pflichtigen nicht verloren geht, steht hingegen die Gefahr gegenüber, dass er bei längerem Leben der Ehegatten möglicherweise nicht ausreicht. Schliesslich ist zu bedenken, dass eine Abfindung steuerlich anders behandelt wird als eine Rente: Sie ist "steuerneutral", also beim leistenden Ehegatten nicht abzugsfähig und beim empfangenden nicht steuerbar. Das heisst, dass die Chancen und Risiken einer Kapitalisierung des Unterhalts

sorgfältig abgewogen werden sollten und dass nach jeder Berechnung noch ein gewisser Spielraum für Verhandlungen bleibt.

Technische Hinweise: Gewählt werden kann – den Vorschlägen in der Lehre folgend – ein Zinsfuss von 2.5%. Es handelt sich um eine gestaffelte Rente, welche mit Hilfe der Barwerttafeln trotz beträchtlichem Aufwand nur näherungsweise bestimmt werden könnte (vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 41, S. 269 ff.), die sich hingegen mit dem Capitalisator in einem Umgang einfach und genau berechnen lässt. Am Schluss bleibt zu prüfen, ob ein prozentualer Abzug, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Wiederverheiratung gemacht werden soll. Die statistischen Angaben (vgl. dazu SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Rz. 2.645) sollten nicht einfach übernommen werden. Die Aussichten auf eine neue Heirat hängen von den persönlichen Verhältnissen ab; sie in der Situation der Scheidung zu erörtern, kann psychologisch heikel sein.

Berechnung

<i>Rechenart</i>			kapitalisieren
<i>Rentenart</i>			Mortalitätsrente auf zwei Leben
<i>Erste Person</i>			
Alter			45
Geschlecht			männlich
<i>Zweite Person</i>			
Alter			40
Geschlecht			weiblich
<i>Kapitalisierung</i>			
Beginn			sofort
Dauer erste Person			lebenslänglich
Dauer zweite Person			lebenslänglich
Kapitalisierungszinsfuss			2.50%
Zahlungsweise			monatlich vorschüssig
<i>Betrag</i>			
Verlauf			gestaffelt
Phase 1: Dauer 8 (Jahre)	Betrag 48'000		Faktor 7.19
Phase 2: Dauer 12 (Jahre)	Betrag 18'000		Faktor 8.04
Phase 3: Dauer (offen)	Betrag 6'000		Faktor 7.38
<i>Resultat</i>			
Kapitalisierungsfaktor			22.61
Kapital (Barwert)			534'270

Güterrechtliche Auseinandersetzung I: Kapital wegen Arbeitsunfähigkeit

Willi Wagner, verheirateter Bankangestellter, erlitt im Alter von 35 Jahren einen Verkehrsunfall und ist seither invalid. Er bekam für den Erwerbsschaden von der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers eine Entschädigung von Fr. 1'200'000.–. Bei der Scheidung, 15 Jahre

später, findet die güterrechtliche Auseinandersetzung statt. Das Ehepaar hat keinen Ehevertrag abgeschlossen. Wie viel vom erhaltenen Kapital ist dem Eigengut des Ehemanns gutzuschreiben?

Rechtliche Hinweise: Das Schicksal einer Abfindung wegen Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 207 Abs. 2 ZGB geordnet. Das Gesetz ist dabei als eigentliche Gebrauchsanweisung zu verstehen. Aus dem erhaltenen Kapital wird zunächst alles ausgesondert, was nicht zum Ersatz eines Erwerbsschadens diene, also eine Genugtuung, die Entschädigung für Heilungskosten etc. Das restliche Kapital wird aufgespalten und jener Teil zum Eigengut gerechnet, der den künftigen Erwerbsausfall ersetzen soll. In einem ersten Schritt ist es zu verrenten und in einem zweiten Schritt ist diese Rente auf den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstands neu zu kapitalisieren. Das begünstigt das Eigengut ganz erheblich. Das Kapital, das diesem zugeschlagen wird, ist wesentlich grösser als die Differenz zwischen der ursprünglichen Abfindung und dem Barwert einer auf die Ehe entfallenden Zeitrente, weil mit zunehmendem Alter auch die Lebenserwartung steigt (vgl. dazu BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 207 ZGB N 47).

Technische Hinweise: Zu klären bleibt, wie die seinerzeitige Kapitalabfindung berechnet wurde. Heute würde in der Regel eine temporäre Aktivitätsrente bis zum ordentlichen AHV-Alter mit einem Zinsfuss von 3.5% zugrunde gelegt. Die Berechnung erfolgt in zwei Runden: Umrechnung des erhaltenen Kapitals in eine Rente und Bestimmung des Barwerts dieser Rente bei Auflösung des Güterstandes (vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 45, S. 280 f.).

1. Berechnungsschritt

<i>Rechenart</i>	verrenten
<i>Rentenart</i>	Aktivitätsrente auf ein Leben
Person	
Alter	35
Geschlecht	männlich
<i>Kapitalisierung</i>	
Beginn	sofort
Dauer	temporär bis Alter 65
Kapitalisierungszinsfuss	3.50%
Zahlungsweise	monatlich vorschüssig
<i>Betrag</i>	
Kapital (Barwert)	1'200'000
<i>Resultat</i>	
Divisor	17.61
Jahresrente	68'138

2. Berechnungsschritt

<i>Rechenart</i>	kapitalisieren	
<i>Rentenart</i>	Aktivitätsrente auf ein Leben	
<i>Person</i>		
Alter		50
Geschlecht		männlich
<i>Kapitalisierung</i>		
Beginn		sofort
Dauer		temporär bis Alter 65
Kapitalisierungszinsfuss		3.50%
Zahlungsweise		monatlich vorschüssig
<i>Betrag</i>		
Verlauf		konstant
Jahresrente (wie oben)		68'138
<i>Resultat</i>		
Kapitalisierungsfaktor		10.85
Kapital (Barwert)		739'271

Güterrechtliche Auseinandersetzung II: Alterskapital

Fritz Blumer, früherer Gärtnermeister, wurde mit 62 pensioniert und bezog von seiner Vorsorgeeinrichtung eine Kapitaleistung von rund Fr. 500'000.–. Die gleichaltrige Anna Blumer war als Putzfrau nie in der Zweiten Säule versichert. Fünf Jahre später wird die sehr lange Ehe geschieden. Wie ist das Alterskapital bei der Scheidung aufzuteilen?

Rechtliche Hinweise: Art. 207 Abs. 2 ZGB spricht nicht nur von Kapitaleistungen, die für einen Erwerbsausfall ausgerichtet wurden, sondern auch von solchen, die aus einer Vorsorgeeinrichtung stammen. Grundsätzlich wäre also gleich vorzugehen wie im gerade angeführten Fall, das heisst, das Alterskapital würde in eine lebenslängliche Rente umgewandelt und bei der Scheidung wieder in ein Kapital umgerechnet, welches dem Eigengut des Versicherten zuzufiele (vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 46, S. 282 f.). Das wären in diesem Fall bei einem angenommenen Zinsfuss von 3.5% rund Fr. 430'000.–. Damit käme aber der andere Ehegatte offensichtlich zu kurz. Das ungenügende Ergebnis der güterrechtlichen Teilung nach Art. 207 Abs. 2 ZGB müsste mit einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB kompensiert werden (PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 124 ZGB N 42). Wenn praktisch das ganze Alterskapital während einer langen Ehe erworben wurde, wäre es wohl nur um den für den ehelichen Lebensunterhalt verbrauchten Betrag zu kürzen (GEISER, FamPra.ch 2002, 83, 97) und im Übrigen hälftig aufzuteilen (GRÜTTER/SUMMERMATTER, FamPra.ch 2002, 641, 652 ff.). Das Verhältnis zwischen der güterrechtlichen und der vorsorgerechtlichen Bestimmung ist noch weitgehend ungeklärt. Man mag sich fragen, ob es nicht ausreicht, direkt eine angemessene Entschädigung festzusetzen.

Supervision im Familiengericht

von Sepp Habermacher

Richterinnen und Richter begegnen in ihrem beruflichen Alltag häufig Menschen, die sich in Grenzsituationen befinden – Ehemännern und Ehefrauen, die sich in ihrer Existenz bedroht fühlen, für die ganze Welten zusammenbrechen, deren Dasein durch Verzweiflung, Hass und Kampf geprägt ist. Seit der Einführung des neuen Scheidungsrechts stehen die Familienrichter/innen diesen Menschen meistens allein gegenüber. Es gibt immerhin den Meinungsaustausch am Gericht, der wertvolle fachliche Unterstützung und neue Motivation vermittelt. Solche Formen des "**Auftankens**" will die Supervision nicht ersetzen, sondern ergänzen.

Im Rahmen ihrer Weiterbildung können die st.gallischen Familienrichter/innen seit zwei Jahren an einem Tag im Frühling und an einem Tag im Herbst in Gruppen von rund zwölf Personen Supervision in Anspruch nehmen. Diese Art der Reflexion in der Gruppe eröffnet neue Lerndimensionen: Die Erfahrungen der Kolleginnen und Kollegen werden systematisch für die Lösung konkreter Fälle genutzt. Gleichzeitig lernen die Teilnehmer am einzelnen Fall für die eigene Praxis. In der Supervision geht es also um eine **Kombination von Problemlösen und Lernen**.

Um den zusätzlichen Lerneffekt, welche die Gruppe bietet, zu nutzen, und die Dynamik, welche in einer Gruppe entsteht, in eine produktive Richtung zu lenken, braucht es die Führung durch einen Supervisor. Es braucht aber auch Methoden und Regeln, die sich an den Ablauf einer Vermittlung anlehnen, weil es in der Supervision, also gewissermassen "im ersten Stock", nicht ganz anders zugehen soll, als im "Parterre", in der Einigungsverhandlung. Deshalb kann man auch von einer "**vermittlungsanalogen**" **Supervision** sprechen.

Supervision läuft also in einem bestimmten Verfahren ab. Am Anfang steht die **Auftragsklärung** zwischen der Gruppe und dem Supervisor. Es werden die Spielregeln ausgehandelt. Die Gruppenmitglieder vereinbaren vor allem gegenseitige Verschwiegenheit. Danach werden die Fälle gesammelt, die in der Supervision behandelt werden sollen.

Die Bearbeitung eines Falles beginnt damit, dass die dafür zuständige Familienrichterin die Fragen formuliert, die sie in der Supervision gerne beantwortet haben möchte. Es ist meistens eine Frage zum Fall und eine Frage zur eigenen Rolle. Dann soll sie kurz **den Sachverhalt schildern**. Dieser Bericht wird nicht unterbrochen. Die Gruppe soll in dieser Phase nicht ins Diskutieren geraten. Auch der Supervisor beschränkt sich darauf, die wichtigsten Angaben auf einem Flipchart aufzuschreiben und eventuell zur Veranschaulichung ein Familienbild, eine Art "Genogramm" zu zeichnen. Danach erhält die Gruppe Gelegenheit, Informationsfragen zu

stellen. Der Supervisor sorgt aber dafür, dass keine Interpretationen und Lösungsvorschläge einfließen.

Im nächsten Abschnitt werden **Hypothesen gesammelt**. Die Gruppenmitglieder legen dar, was ihnen aufgefallen ist, sie treffen Arbeitsannahmen. Der Supervisor schaut darauf, dass diese Hypothesen sich an den Ressourcen orientieren, also namentlich die Stärken hervorheben. Hypothesen, die nur Defizite orten, sind für die Fallbearbeiterin oft nicht zweckmässig und vermehren nur ihre Ohnmachtsgefühle. Das Sammeln ist vor allem dann nützlich, wenn die Hypothesen möglichst alle Aspekte beleuchten, wenn sie also nicht nur den Fall betreffen, sondern auch die Beteiligten, den Prozessverlauf und die Richterin. Es ist manchmal auch hilfreich, wenn zu einseitigen Hypothesen Gegenthesen formuliert werden. Die Familienrichterin, die sich bisher damit begnügt hat, aufmerksam zuzuhören, wird nun aufgefordert, diejenigen Hypothesen auszuwählen, die ihr besonders brauchbar scheinen.

Ist diese Auswahl getroffen, so werden die Gruppenmitglieder eingeladen, in einem Brainstorming **Optionen zu entwickeln**, was getan werden könnte. Sie sollen möglichst an den gestellten Fragen und den gewählten Hypothesen anknüpfen. Auch das ist in der Regel so ergiebig, dass am Schluss der Runde zehn bis zwanzig Vorschläge für ein mögliches weiteres Vorgehen zusammen gekommen sind.

Die Richterin wird vom Supervisor wiederum aufgefordert, ihre Lieblingsoptionen auszuwählen. Darauf soll sie selbst **eine Entscheidung treffen**, welche konkreten Schritte sie in ihrem Fall unternehmen möchte. Schliesslich überprüft sie, ob sie Antworten auf ihre Fragen erhalten hat oder ob sich diese Fragen verändert haben. Danach kommt nochmals die Gruppe zum Zug: Der Arbeitsprozess und das persönliche Lernen bei der Behandlung des Falles werden kurz besprochen.

In diesem streng strukturierten **Setting** dauert die Bearbeitung eines einzelnen Falles anderthalb bis zwei Stunden. Der Richterin, die den Fall eingebracht hat, wird eine reiche Palette möglicher Sichtweisen vorgelegt. Sie bekommt Antworten auf ihre Fragen oder erkennt, dass sich die Fragen so eigentlich gar nicht stellen, sondern dass eine ganz andere Perspektive wichtig ist. Die Gruppenmitglieder ihrerseits lernen inhaltlich für eigene vergleichbare Fälle. Oft berichten sie, dass sich durch die Arbeit am Fall einer Kollegin der „Knopf“ in einer gerade hängigen Familiensache gelöst habe. Die professionelle Leitung durch den Supervisor stellt sicher, dass es nicht zu uferlosen Debatten mit den bekannten Erzähl-, Beratungs- und Rechtfertigungsschlaufen kommt („das kenne ich auch und da habe ich Folgendes gemacht“).

In der Fallbearbeitung tauchen ganz unterschiedliche **Themen** auf: Wie kann ich es schaffen, für die Parteien eine möglichst unvoreingenommene Richterin zu sein und wie halte ich diese Balance? Wie gehe ich um mit einem Machtungleichgewicht zwischen den Parteien, mit Telefonanrufen einer Seite, wie mit meiner Einsamkeit als Richterin, mit Blockaden,

Drohungen und Provokationen, mit dem persönlichen Berührtsein, den eigenen Emotionen, mit Zweifeln, dem Gefühl des Ungenügens und schlaflosen Nächten?

Supervision bewirkt eine grosse **Entlastung**. Die Teilnehmer erkennen, dass sie mit ihren Problemen nicht allein sind, und erfahren, dass es auch auf ihre Fragen Antworten gibt. Sie erleben, dass die Bearbeitung eines Falles in der Gruppe praktisch immer neue Aspekte aufdeckt und eine verloren geglaubte Handlungsfähigkeit zurückgibt. Ihre Arbeitshaltung verändert sich, sie können sich in heiklen Situationen klarer abgrenzen und die Neutralität besser wahren. Die Fälle verlieren durch die Behandlung in der Supervision an Schwere und Kompliziertheit. Die vielen neuen Ideen und Lösungsansätze werden als wertvolle Anregungen, aber nicht als Gebrauchsanweisungen aufgefasst. Supervision wird so zum Anker im schwierigen Alltag. Sie bietet die Möglichkeit, konkrete Probleme zu lösen und zugleich Neues zu lernen, über die persönliche Arbeit nachzudenken, sich in der eigenen Rolle sicherer zu fühlen, den Selbstwert zu stärken und andere Arbeitsmethoden kennenzulernen. Das sind die Hauptgründe dafür, dass sich die meisten Richterinnen und Richter Supervision als festen Bestandteil ihrer Weiterbildung wünschen.

Der Autor

Sepp Habermacher ist selbständiger Rechtsanwalt und Notar in Luzern, Mediator SVM und Mediations-Supervisor sowie Ausbilder und Trainer in Mediationsausbildungen an Fachhochschulen. Er leitete bisher vier Supervisions-Runden für die st.gallischen Familienrichter/innen.

Verhandeln zu Zweit

von Heiner Krabbe

Im Team lässt sich besser verhandeln. Insbesondere die folgenden Anlässe sprechen dafür, Verhandlungen zu Zweit zu führen:

Der Fall

- § Schon in einer "gewöhnlichen" Auseinandersetzung zwischen Ehepartnern in Trennung oder Scheidung kann es nützlich sein, wenn dem Paar spiegelbildlich Mann und Frau gegenüber sitzen.
- § In hoch emotionalen Konflikten ist es besonders wichtig, sich gegenseitig zu stärken.
- § Die Übersicht geht weniger verloren, wenn die Zahl der Beteiligten gross oder die Liste der zu verhandelnden Themen besonders umfangreich ist.
- § Schliesslich können auch persönliche Unterschiede zwischen den Parteien (mehrere Nationalitäten, verschiedene Bildungsschichten, unterschiedliches Alter) ein Verhandeln zu Zweit nahelegen.

Die Bedürfnisse der VerhandlerInnen

- § Es ist angenehmer, zusammen zu arbeiten, weil man sich gegenseitig entlasten und in jeder Lage Neutralität und Allparteilichkeit bewahren kann.
- § Im Team ergibt sich Gelegenheit, den Fall zu besprechen, Unterlassungen zu kompensieren und Fehler zu korrigieren.

Co-Arbeit ist ohne fortwährenden kollegialen Meinungs austausch nicht möglich. Die beiden Verhandler sollten ein gemeinsames Konzept haben und wissen, welche Methoden und Techniken jeder von ihnen anwenden will und kann. In einer **Vorbesprechung** müssen sie insbesondere die Form ihrer Kooperation bestimmen. Dabei sollten sie sich sowohl von ihren Annahmen zum Fall als auch von ihren eigenen Fähigkeiten leiten lassen. Es sind mehrere Arten der Co-Arbeit bekannt. Jede Form hat ihre eigenen Chancen und Risiken:

1. Parallel-Unterstützung - die Verhandlerin unterstützt die Frau - der Verhandler unterstützt den Mann	Vorteil - eindeutige Zuordnung - einfacher Zugang zu den Parteien	Risiko mögliche Verdoppelung des Konflikts durch Verhandler
2. Überkreuz-Unterstützung - der Verhandler unterstützt die Frau - die Verhandlerin unterstützt den Mann	Vorteil Repräsentation des abgespaltenen männlichen bzw. weiblichen Teils	Risiko - Verunsicherung - gefährdete Selbstbehauptung der Parteien
3. Alternierende Co-Arbeit - mal ist der eine aktiv und der andere passiv, mal umgekehrt - abwechselungsweise leitet einer den Prozess und der andere interveniert wenn nötig	Vorteil - klare Rollenzuteilung in einzelnen Phasen - ständiger Austausch über Hypothesen - Erholungsmöglichkeiten	Risiko - zeitweise Belastung eines Verhandlers - Enthaltensamkeit des anderen - Übergänge beim Wechsel heikel
4. Sukzessiv-alternierende Co-Arbeit ein Verhandler kommt nur für einzelne Fragen oder für gewisse Zeit hinzu, z.B. für eine Rechtsberatung	Vorteil - Konzentration auf bestimmte Themen - fachliche Entlastung des Verhandlers	Risiko Übergabe vom einen zum anderen Verhandler schwierig
5. Prozess- / Visualisierungs-Arbeit - die Verhandlerin führt Regie - der Verhandler führt für alle sichtbar Protokoll	Vorteil - fixe Rollenaufteilung - Konzentration auf einen Aspekt der Verhandlungsführung	Risiko - keine Rollenabsprachen - wenig Entlastung - unterschiedliches Gewicht in der Verhandlung
6. Inhaltliche Co-Arbeit - jeder Verhandler bearbeitet bestimmte Fragen - einer unterstützt die Elternebene, der andere die Partnerebene	Vorteil Beschränkung auf besondere Themen bzw. Ebenen bei gleichzeitiger Teilnahme am gesamten Verlauf	Risiko - Konkurrenz der Themen - Trennung der Ebenen
7. Chaotische Co-Arbeit ohne feste Absprachen, von Fall zu Fall	Vorteil Förderung der Kreativität	Risiko - Vermehrung der Konflikte - fehlende Führung

Neben der Form sollten die beiden Verhandler auch Regeln vereinbaren: *Wie kann man sich gegenseitig aufmerksam machen, wenn der Verhandlungsverlauf unterschiedlich wahrgenommen und bewertet wird? Dürfen Auszeiten oder Pausen verlangt werden? In welchen Situationen braucht jeder am meisten Hilfe?* Darüber hinaus sollten Vorabsprachen über die Gestaltung des Verhandlungsprozesses getroffen werden: *Wie soll das "Setting" eingerichtet sein? Wer beginnt? Wer stellt die Co-Arbeit vor? Wer erklärt den Übergang von einer Phase zur nächsten? Wer interveniert an schwierigen Verhandlungsstellen? Wann und wie wird die Sitzung abgeschlossen?* Alle diese Abmachungen sollten auf einer Checkliste vermerkt werden.

Im **Verhandlungsprozess** sollten die Co-Verhandler ihr Zusammenwirken nicht nur als Entlastung, sondern auch als Möglichkeit zur direkten Kommunikation zwischen ihnen nutzen. Ein offener Austausch stellt für die streitenden Parteien ein Modell dar. Ihnen wird vorgelebt, wie effizientes und aufeinander bezogenes Sprechen und Arbeiten vor sich geht. So lernen die Parteien über die Lösung ihrer aktuellen Probleme hinaus auch, wie sie in Zukunft mit Konflikten umgehen und darüber kommunizieren können.

Nach dem **Abschluss** sollten beide Verhandler ihre Arbeitsannahmen zum Fall überprüfen und falls notwendig neue entwickeln. Sie sollten ihre Zusammenarbeit auch auswerten im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Stärken und auf ihre besonderen biografischen oder beruflichen Fallen.

Gerade der letzte Punkt mag eine **Supervision** sinnvoll machen, welche nicht nur den einzelnen Fall, sondern auch die Teamarbeit zum Gegenstand hat. Sie kann beide Verhandler darin unterstützen, ihr gegenseitiges Verständnis zu verbessern und genauere Vereinbarungen für ihre weitere Arbeit zu treffen.

Literatur

GERHARD FALK/PETER HEINTEL, Die Welt der Mediation, Klagenfurt 1998, 130-137

JOHN HAYNES u.a., Scheidung ohne Verlierer, München 2002, 324-327

JUTTA HOHMANN/DORIS MORAWE, Praxis der Familienmediation, Köln 2001, 223-225

BIRGIT KEYDEL/PETER KNAPP, Zwei plus zwei gleich fünf, Zeitschrift für Konflikt-Management 2/2000, 57-60

Der Autor

Heiner Krabbe ist Diplompsychologe, Mediator BAFM sowie Mediations-Supervisor und führt heute ein psychologisches Institut in Münster/Deutschland. Er hat eines der ersten deutschsprachigen Bücher über Mediation herausgegeben (KRABBE, Scheidung ohne Richter) und einen Leitfaden zur Mediation mitverfasst (DIEZ/KRABBE/THOMSEN, Familien-Mediation und Kinder). Er bildete die st.gallischen Familienrichter/innen in einem eintägigen Kurs zum Thema Teamarbeit weiter.