

Mitteilungen zum Familienrecht

Ausgabe Nr. 7 / Oktober 2005

Kantonsgericht St. Gallen

II. Zivilkammer

Klosterhof 1

9001 St. Gallen

Neue Entscheide

Auswirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den Scheidungsunterhalt	5
Abänderung des Scheidungsunterhalts	11
Schuldneranweisung trotz Konkubinatsklausel	15
Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge	19
Familienunterhalt in komplexen Verhältnissen	23
Abänderung des Ehegattenunterhalts	27
Zumutbarkeit des Mündigenunterhalts	31
Bemessung des Mündigenunterhalts	35
Rückwirkende Abänderung des Kindesunterhalts	41
Anpassung des Kindesunterhalts an Lebenskosten im Ausland	45
Legalzession für Kindesunterhalt	49
Unentgeltliche Vertretung	53
Stephanie Hrubesch-Millauer / Rolf Vetterli	
Übungen zum internationalen Familienrecht	55
Martin Kaufmann	
Der Platz des Rechts am Familiengericht	73
Rolf Vetterli	
Recht sprechen und recht schreiben	81

NEUE ENTSCHEIDE

AUSWIRKUNGEN EINER LEBENSGEMEINSCHAFT AUF DEN SCHEIDUNGSUNTERHALT

Art. 129 Abs. 1 ZGB. Eine nichteheliche Partnerschaft soll stufenweise zu einer Sistierung des nachehelichen Unterhalts führen. Wenn sie sich nach rund einem halben Jahr zu einer engen Hausgemeinschaft verfestigt hat, kann eine Kostenersparnis berücksichtigt werden. Wenn sie sich nach etwa zwei Jahren zu einer Solidargemeinschaft entwickelt hat, kann vom Partner erwartet werden, dass er die nicht mit der Ehe zusammenhängenden Lebensrisiken übernimmt. Wenn sie ein Kind hervorgebracht oder mindestens fünf Jahre gedauert hat und dadurch das Dasein mitprägt, kann der Ausgleich der mit fortgesetzter Erziehungs- oder Hausarbeit verbundenen Erwerbseinbusse verhältnismässig auf den geschiedenen Ehegatten und den Partner aufgeteilt werden.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 14.07.2005, BF.2005.16

Sachverhalt:

Die Ehefrau wohnt mit den beiden 1990 und 1992 geborenen Kindern aus der Ehe seit Frühjahr 2003 bei einem neuen Partner. Ihr wird bei der Scheidung eine halbe Stelle bis zum 16. Altersjahr des jüngeren Kindes zugemutet. Bis dahin wird ihr nachehelicher Unterhalt samt einem Vorsorgeanteil zugesprochen. Hernach gilt sie als wirtschaftlich selbständig. Der Ehemann verlangt im Berufungsverfahren, dass seine Unterhaltspflicht vollständig sistiert werde, solange das Konkubinat weiterbestehe.

Aus den Erwägungen:

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Scheidungsrecht erlosch die Unterhaltspflicht, wenn die Unterhaltsgläubigerin in einem „qualifizierten Konkubinat“ lebte. Dabei stützte sich das Bundesgericht anfänglich eher auf den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs, später mehr auf die Gleichstellung mit einer Wiederheirat, welche den Wegfall des nachehelichen Unterhalts bewirkte. Eine eheähnliche Lebensgemeinschaft wurde angenommen, wenn die Intensität der Beziehung dafür sprach, dass die Partner bereit seien, sich wie in einer Ehe gegenseitig zu unterstützen. Aus welchen Gründen das Paar nicht heiratete und ob überhaupt ein Potenzial für eine wirtschaftliche Unterstützung bestand, galt als unerheblich. Grundsätzlich hatte der Unterhaltsschuldner zu beweisen, dass die Beziehung einer Ehe glich. Da dieser Beweis aber ausserordentlich schwer zu erbringen war, wurde Eheähnlichkeit nach

fünfjähriger Lebensgemeinschaft vermutet, was zu einer Umkehr der Beweislast führte (BGE 118 II 235; 116 II 394).

In der Revision des Scheidungsrechts wurde bewusst darauf verzichtet, die Folgen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für den Unterhaltsanspruch zu regeln (Basler Komm/SPYCHER/GLOOR, Art. 129 ZGB N 14 mit weiteren Hinweisen). Bei der Formulierung von Art. 129 Abs. 1 ZGB dachte man aber doch gerade an solche Fälle (Botschaft Scheidungsrecht, 119). Danach kann das Gericht bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse eine im Scheidungsurteil festgesetzte Rente nicht nur herabsetzen oder aufheben, sondern – anders als im früheren Recht – auch für eine bestimmte oder wenigstens bestimmbar Zeit einstellen. Diese Regel ist nach einhelliger Meinung auch auf Partnerschaften anzuwenden, die bei der Scheidung bereits bestehen. Renten können damit schon im Scheidungsurteil bedingt sistiert werden. Andere Fragen werden in der Lehre kontrovers behandelt: So bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, inwieweit die alte Praxis heranzuziehen sei, ob allenfalls ein strengerer oder ein milderer Massstab angelegt werden sollte, ob die Sistierung die Aufhebung ersetze und ob nun eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise angezeigt wäre (vgl. dazu BÜCHLER/STEGMANN, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch, FamPra.ch 2004, 229 ff., 232 ff.; LIATOWITSCH, Die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Fam Pra.ch 2000, 476 ff., 483 ff.).

Die Gerichtspraxis ist noch spärlich: Das Obergericht Luzern entschied, dass eine Sistierung des nahehelichen Unterhalts erst möglich sei, wenn die neue Partnerschaft sich zu einer qualifizierten Gemeinschaft im früheren Sinne verdichtet habe, weil der Partner nicht anstelle des Gatten für die in der Ehe geschaffenen Nachteile eintreten müsse (FamPra.ch 2002, 151). Das Bundesgericht hielt hingegen einmal fest, dass für eine Sistierung nicht mehr die gleichen Voraussetzungen gelten könnten und liess eine Einstellung des Unterhalt bereits nach dreijährigem Bestehen eines Konkubinats zu (Pra 2002 Nr. 149). Freilich handelte es sich insofern um einen besonderen Fall, als die Unterhaltsberechtigten in der neuen Partnerschaft bereits zwei Kinder geboren hatte und diese zusammen mit den beiden ehelichen betreute. Zudem wäre das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen sonst nicht mehr gedeckt gewesen. Auch wenn das nicht amtlich publizierte Urteil nicht ohne weiteres als Leitentscheid betrachtet werden darf, spricht es sich doch über folgende Punkte aus: Erstens will das Gesetz den Gestaltungsspielraum vergrössern. Zweitens soll nicht nur die rein wirtschaftliche Situation der Partner, sondern auch ihre innere Verbundenheit berücksichtigt werden. Drittens kann eine Sistierung nun wohl zügiger angeordnet werden, weil sie nicht unwiderruflich ist. Und viertens tritt sie nicht ganz an die Stelle der Aufhebung. Jedenfalls sollte die Sistierungsmöglichkeit weder die Stellung des Unterhaltsgläubigers noch jene des Unterhaltsschuldners grundsätzlich verschlechtern. Vielmehr sind die Vor- und Nachteile für beide Seiten abzuwägen (HAUSHEER/

SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 10.30i; BaslerKomm/SPYCHER/GLOOR, Art. 129 ZGB N 15).

Ein solche Balance lässt sich nur finden, wenn zuerst nach dem Zweck des Unterhalts gefragt wird. Im alten Recht wurde die Unterhaltersatzrente als Kompensation für den durch die Scheidung erlittenen Schaden begriffen und die Bedürftigkeitsrente als Ausdruck nahehehlicher Solidarität. Das neue Recht hat ein anderes und einheitliches Konzept: Heute bildet vor allem der Ausgleich ehebedingter Nachteile Grundlage und Rechtfertigung des nahehehlichen Unterhalts (FamKommScheidung/SCHWENZER, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 7). Unter Umständen kann sich eine Rente aber auch aus einem Überrest ehelicher Solidarität ergeben. Dann mag es schon nach kürzerer Zeit als angemessen erscheinen, die Beistandspflicht dem neuen Partner zuzuweisen, wenn diese Verbindung zur effektiv gelebten Solidargemeinschaft geworden ist (BÜCHLER/STEGMANN, FamPra.ch 2004, 241 f.). Beruht jedoch der Scheidungsunterhalt auf einer Mitverantwortung für die in der Ehe entstandenen Nachteile, wie das namentlich bei der Betreuung gemeinsamer Kinder zutrifft, so lässt sich eine Sistierung bei neuer Partnerschaft nicht leichthin vertreten. Es kann ja nicht Aufgabe des Partners sein, die Last der Erziehung ehelicher Kinder mitzutragen (FamKommScheidung/LIATOWITSCH, Anh. K N 221). Vorbehalten bleiben schliesslich Konstellationen, in denen das Beharren auf Unterhalt einem elementaren Gerechtigkeitsgefühl zuwiderliefe und geradezu rechtsmissbräuchlich würde. Das mag dort der Fall sein, wo dem Unterhaltspflichtigen bloss das Existenzminimum bleibt, während umgekehrt der neue Partner der Unterhaltsberechtigten tatsächlich eine luxuriöse Lebensweise finanziert (BÜCHLER/STEGMANN, FamPra.ch 2004, 241).

Eine neue Partnerschaft sollte folglich stufenweise Anlass zur Sistierung von nahehehlichem Unterhalt geben. In einem ersten Schritt darf beachtet werden, dass das gemeinschaftliche Wohnen und Haushalten gewisse Synergien erzeugt, die zu Kostenersparnissen führen. In dieser Hinsicht lässt sich eine Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft durchaus mit einer Ehe vergleichen. Ein Abänderungsgrund liegt aber nur vor, wenn die Veränderung einigermassen dauerhaft scheint. Der gemeinsame Haushalt muss sich also soweit gefestigt haben, dass er ein Minimum an Beständigkeit verspricht, und das kann nicht schon unmittelbar nach der Begründung, sondern erst nach etwa sechs Monaten vermutet werden. Danach ist im Bedarf nur noch der halbe Ehepaar-Grundbetrag (BGE 130 III 765; BGer, 27.10.2004, 5C.170/2004) und auch bloss noch die Hälfte der Wohnauslagen (BGer, FamPra.ch 2004, 813) einzusetzen, soweit nicht ein Partner Kinder in die Beziehung mitgebracht hat. Die Kostenreduktion muss sich aber auch als wesentlich erweisen und das ist in einer Mangelsituation eher anzunehmen als in einer gehobenen Lage. Sie kann schliesslich nicht zu einer definitiven Herabsetzung des Unterhalts führen, sondern höchstens zu einer Sistierung im Umfang der Minderausgaben. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der nahehehliche Unterhalt solidari-

schen Charakter hat. So verhält es sich insbesondere, wenn ein geschiedener Ehegatte verpflichtet wurde, bei eingeschränkter Erwerbsfähigkeit ein allgemeines, nicht mit der Ehe zusammenhängendes Lebensrisiko zu übernehmen oder bei grossem Einkommensunterschied einen sozialen Abstieg zu verhindern (HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.03). In einer gewachsenen Schicksalsgemeinschaft ist vom Partner zu erwarten, dass er auch am Unglück des anderen teilnimmt und ihm zu einer Existenz verhilft, die seiner eigenen Lebenshaltung entspricht. Das wird allenfalls nach zwei Jahren des Zusammenlebens zumutbar sein, wobei es freilich nicht nur auf die Dauer, sondern auch auf die Nähe in der realen Beziehung ankommt, die zudem an der Ausgestaltung der vorangegangenen Ehe zu messen wäre. Je kürzer diese war, desto rascher soll sistiert werden können, und je länger sie dauerte, umso zurückhaltender. In einem dritten Schritt kann sich auch bei einem Unterhalt, der sich aus der ehelichen Rollenteilung oder der nahehelichen Kinderbetreuung ergab, die Frage stellen, ob die neue Partnerschaft ihrerseits das Dasein mitprägt. Das wird aber erst zutreffen, wenn diese Gemeinschaft ein Kind hervorgebracht oder wenigstens fünf Jahre gehalten hat, weil sie frühestens dann als nicht mehr kurz und ansatzweise lebensprägend gelten kann (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 05.121; FamKommScheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB, N 48). Wer weiterhin die Kinder betreut oder den Haushalt führt, ist nun nicht nur wegen den Nachwirkungen der Ehe beruflich eingeschränkt, sondern erbringt zugleich stetige und geldwerte Dienstleistungen in der Partnerschaft. Dann lässt es sich begründen, die damit verbundene Erwerbseinbusse dem geschiedenen Ehegatten und dem Partner künftig anteilmässig anzulasten. Dafür wäre jeweils ein möglichst einfacher und passender Schlüssel zu finden. Die Lösung sollte insgesamt hinreichend flexibel sein, um die vielfältigen Lebensformen in Nachscheidungsfamilien zu erfassen (BÜCHLER/STEGMANN, Fam Pra.ch 2004, 245), und doch genügend bestimmt, um als Verhandlungsmodell zu taugen, welches eine mögliche Kette von Prozessen vermeiden hilft (FamKommScheidung/LIATOWITSCH, Anh. K N 232b).

In diesem Fall liegen die Standpunkte allerdings zu weit auseinander. Anerkannt ist nur, dass die Ehefrau seit gut zwei Jahren mit ihrem Partner zusammenlebt. Der Ehemann leitet daraus ab, dass der Zeitpunkt gekommen sei, um den nahehelichen Unterhalt ganz einzustellen, und die Ehefrau lehnt auch eine teilweise Sistierung ab. Das Kreisgericht berücksichtigte ihre neue Partnerschaft in der Weise, dass es nur einen reduzierten Grundbetrag von Fr. 800.– und mit Rücksicht auf die Kinder einen runden Drittel der Wohnkosten in den persönlichen Bedarf aufnahm. Damit wurde der Unterhalt aber nicht nur im Ausmass der Kosteneinsparungen sistiert, sondern sogleich gekürzt, was sich nach einer Aufhebung der Lebensgemeinschaft nicht mehr rückgängig machen liesse und so die Ehefrau tendenziell benachteiligt. Das Kantonsgericht hat das hinzunehmen, weil es ihr nach der Dispositionsmaxime nicht mehr und nichts anderes zusprechen kann, als sie selbst verlangt. Im Übrigen dient der Unter-

haltsbeitrag ausschliesslich dem Ausgleich ehebedingter Nachteile und stellt reinen „Betreuungsunterhalt“ dar (HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.59), welcher für die Zeit der durch die Kindererziehung beeinträchtigten Erwerbschancen notwendigerweise mit einem Vorsorgeunterhalt zu ergänzen ist. Dafür muss der Ehemann grundsätzlich vorbehaltlos aufkommen (HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Rz. 10.72 f.). Der Alltag der Ehefrau wird noch immer durch die Folgen der Ehe bestimmt und nicht oder erst am Rande durch die kinderlose Partnerschaft, die auch sonst nicht den Anschein einer ungewöhnlich intensiven, geradezu schicksalsverwobenen Beziehung macht. Im Gegenteil gibt es Anzeichen dafür, dass getrennte Kassen geführt werden: So beteiligt sich die Ehefrau offenbar am Mietzins und zahlt ein ihr gewährtes Darlehen regelmässig zurück. Der Ehemann behält schliesslich über das Existenzminimum hinaus einen beträchtlichen Freiraum und kann nicht dartun, dass die Ehefrau dank ihrer neuen Partnerschaft in weit komfortablere Verhältnisse hineingeraten sei. Freiwillige und mithin ungesicherte Beiträge des Partners sind nicht zu beachten (BGer, FamPra.ch 2002, 811), solange sich dabei kein krasses Ungleichgewicht im Lebensstandard der Parteien einstellt. Wenn der Ehemann darauf verweist, dass sich die Ehefrau zweimal Ferien im Jahr leisten könne, so ist das unerheblich, zumal er selbst unbestritten auch mehrfach Ferien im Ausland verbrachte. Die Unterhaltsbemessung samt dem Verzicht auf Sistierung erweist sich insgesamt als ausgewogen, ja für den Ehemann eher günstig. Damit ist die Berufung abzuweisen.

ABÄNDERUNG DES SCHEIDUNGSUNTERHALTS

Art. 129 Abs. 1 ZGB (Art. 153 aZGB). Eine Abänderung des Scheidungsunterhalts lässt sich nicht begründen, wenn die Berechtigte zwar ein höheres als das erwartete Renteneinkommen bezieht, das aber zur Deckung ihres Grundbedarfs noch immer nicht genügt. Eine Aufhebung des Unterhalts ist hingegen geboten, wenn der über das Pensionsalter hinaus freiwillig berufstätig gebliebene Pflichtige glaubhaft macht, dass er seinen Erwerb aufgegeben hat und künftig finanziell nicht mehr besser dasteht.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 10.06.2005, BF.2005.8

Sachverhalt:

Die Parteien führten in der ersten Hälfte der Neunzigerjahre einen aufwändigen und umstrittenen Scheidungsprozess. Sie machten sich gegenseitig Schuldvorwürfe, die nicht weiter abgeklärt wurden, und legten ihre wirtschaftliche Situation nie ganz offen. Der Ehemann war als selbständiger Konstrukteur tätig und betrieb keine berufliche Vorsorge. Die Ehefrau führte in einer langen Ehe den Haushalt und musste nach den eingeholten Auskünften damit rechnen, dass ihre AHV-Rente wesentlich geringer ausfalle als jene des Mannes. Im Scheidungsurteil wurde der Ehemann verpflichtet, ihr lebenslänglich indexierten Unterhalt von Fr. 500.– im Monat zu bezahlen. In der Folge verzichteten die Parteien auf Rechtsmittel und Begründung, weshalb dem Urteil nicht zu entnehmen war, nach welcher Bestimmung sich die Unterhaltsrente richtete und auf welchem Tatsachenfundament sie aufbaute. Inzwischen haben beide Parteien das Pensionsalter überschritten; sie werden demnächst siebzigjährig. Der Mann hat wieder geheiratet und seinen selbständigen Erwerb bis anhin fortgesetzt, daneben erhält er eine AHV-Rente von rund Fr. 1'870.– im Monat. Die Frau bekommt eine AHV-Rente in derselben Höhe und bezieht darüber hinaus Ergänzungsleistungen. Nachdem der geschiedene Ehemann davon erfahren hatte, dass die Parteien in der staatlichen Altersversicherung genau gleich behandelt werden, stellte er seine Zahlungen ein und erhob Abänderungsklage mit dem Ziel, seine Unterhaltspflicht zu beseitigen.

Aus den Erwägungen:

Unterhaltsrenten, die noch unter altem Recht festgesetzt wurden, können nur nach den Bestimmungen dieses Rechts abgeändert werden (Art. 7a Abs. 3 SchIT ZGB). Die früheren Abänderungsgründe stimmen freilich mit den neuen im Grundsatz überein (SUTTER/FREIBURGHANUS, Kommentar Scheidungsrecht, Art. 7a SchIT N 8). Eine Herabsetzung oder Aufhebung des Scheidungsunterhalts kann – unabhängig von der Rentenart – verlangt werden, wenn die Verhältnisse der Berechtigten sich wesentlich und dauerhaft verbessert oder jene des

Pflichtigen sich entsprechend verschlechtert haben (vgl. BaslerKommLÜCHINGER/GEISER, 1. Aufl., Art. 153 a.F. ZGB N 6 ff. mit weiteren Hinweisen). Der Kläger führte nacheinander beide Gründe an. Er machte im erstinstanzlichen Verfahren nur geltend, die Lage der Beklagten habe sich mit einer erheblich höheren als der vorausgesagten Altersrente deutlich verbessert, und brachte im Rechtsmittelverfahren neu vor, die eigene Situation habe sich nach der kürzlichen Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit beträchtlich verschlechtert.

Die zuständige Ausgleichskasse teilte im Scheidungsverfahren zunächst mit, die AHV-Rente des Ehemanns werde voraussichtlich Fr. 1'880.– und jene der Ehefrau nur halb so viel betragen. Später erklärte sie, die Rente der Ehefrau werde sich mit den inzwischen eingeführten Erziehungsgutschriften auf etwa Fr. 1'320.– erhöhen. Zugleich gab sie aber zu bedenken, dass eine künftige Rente nie genau vorausberechnet werden könne und nach der gerade anstehenden Gesetzesrevision völlig neu bemessen würde. Die 10. AHV-Revision wurde allerdings erst einen Monat nach der Scheidung, am 25. Juni 1995, in der Volksabstimmung angenommen und ab 1997 schrittweise umgesetzt. Eine Änderung, nämlich der Eintritt des Versicherungsfalls war wohl abzusehen, in ihren Auswirkungen jedoch schwer abzuschätzen (vgl. GEISER, Renten nach Art. 151 und 152 ZGB, in ZBJV 1993, 339 ff., 358). Nachdem das Scheidungsgericht vom Ehemann erwartete, dass er auch im AHV-Alter real Fr. 500.– im Monat an den Bedarf der Ehefrau zuschiesse, muss es zwangsläufig angenommen haben, dass er eine grössere Altersrente beziehe als sie und allenfalls noch weitere Einnahmequellen habe. Soweit sich allerdings der Kläger auf eine im Ausmass unerwartete Besserstellung der geschiedenen Ehefrau beruft, bleibt zu prüfen, ob dieser günstigere Stand für die Bestimmung des Unterhalts überhaupt massgebend gewesen wäre. Wenn es nämlich nicht möglich war, eine auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Rente festzusetzen, ist eine Aufstockung des Einkommens kein Grund für eine Abänderung, solange damit das gebührende Lebensniveau noch immer nicht erreicht wird (BaslerKomm/LÜCHINGER/GEISER, Art. 153 a.F. ZGB N 9; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 09.109). Genau das ist hier der Fall: Auch die höhere AHV-Rente der Beklagten genügt zusammen mit dem Unterhaltsbeitrag nicht, um ihren reinen Grundbedarf samt Steuern von zirka Fr. 2'600.– ganz zu decken, und das wäre im Minimum vorausgesetzt. Ihr Recht auf Ergänzungsleistungen ist im Verhältnis zu den familienrechtlichen Ansprüchen subsidiär und an dieser Stelle nicht zu berücksichtigen (BGer, 11.6.2002, 5C.6/2002; HINDERLING/STECK, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, 360; KIESER, Aspekte einzelner Sozialversicherungen bei Ehescheidung, AJP 1998, 482 ff., 488).

Die Wiederverheiratung bildet für sich allein genommen keinen Grund für eine Abänderung, wenn der Pflichtige den Unterhalt weiterhin zu leisten vermag. Dazu war der Kläger bisher auch durchaus imstande, weil er mit seiner freiwillig beibehaltenen selbständigen Erwerbstätigkeit noch durchschnittlich Fr. 3'750.– im Monat zur AHV-Rente hinzu verdiente und

daraus einen Beitrag von Fr. 500.– samt Teuerungszuschlag erbringen konnte, ohne sich stark einschränken zu müssen.

Nun behauptet der Kläger aber, dass er zunächst an einer Virusinfektion erkrankt sei, danach an Kreislaufschwäche gelitten habe und seine Arbeit nun wegen eines fortgeschrittenen Venenleidens nicht mehr aufnehmen könne. Die Beklagte weist auf den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der erstinstanzlichen Abweisung der Klage und dieser neuen Behauptung hin und bezeichnet die vom Hausarzt verfassten Berichte als „Gefälligkeitszeugnisse“. Die Aufgabe des bisher ausgeübten Berufs ist grundsätzlich dann zu rechtfertigen, wenn eine ernsthafte Krankheit vorliegt, die einer ärztlichen Behandlung bedarf und eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Im besonderen Fall scheint einfühlbar, dass typische Altersleiden es dem Kläger erheblich erschweren oder gar verunmöglichen, weiterhin einem Erwerb nachzugehen. Zudem besteht an sich keine Pflicht, über das Pensionsalter hinaus berufstätig zu bleiben (BGer, Pra 1974 Nr. 135; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 91), weshalb ein bald siebzig Jahre alter Mann für den Rückzug aus dem Berufsleben gar keine besondere Begründung zu liefern hat (OGer LU, FamPra.ch 2005, 303 ff., 304). Das ist als Erfahrungstatsache hinzunehmen, auch wenn der Kläger als Alleinunternehmer nicht strikt nachweisen kann, dass er seine Geschäftstätigkeit ganz eingestellt hat. Im Übrigen besitzt er kein leicht verwertbares Nettovermögen, das er allenfalls anlegen oder anzehren könnte. Wie hoch der Handelswert des Wohnhauses ist, mag offen bleiben, weil ein Verkauf nicht zu verlangen wäre. Ohne Zusatzverdienst und Vermögensertrag bleibt aber nur noch die AHV-Rente. Damit sind die geschiedenen Ehegatten gleichgestellt. Auch der Kläger verfügt fortan nicht einmal mehr über die zur Deckung seines Notbedarfs erforderlichen Mittel und das bedeutet, dass ihm keine Unterhaltspflicht mehr zuzumuten ist (LÜCHINGER/GEISER, Art. 153 a.F. ZGB N 15). Der Umstand, dass seine zweite Ehefrau eigene Erwerbseinkünfte erzielt, vermag daran nichts zu ändern. Vom neuen Ehepartner kann nicht verlangt werden, dass er über seine Beistandspflicht indirekt für die Rente an den früheren Ehegatten aufkommt und damit eine Einkommenseinbusse ausgleicht, die auch ohne Heirat eingetreten wäre (BGer, ZR 1994 Nr. 6; HAUSHEER/ SPYCHER, Rz. 03.94 f.).

Ein Abänderungsurteil kann frühestens ab dem Zeitpunkt der Klageanhebung wirksam werden. Die Rückwirkung auf eine Zeit, in der noch gar kein eigentlicher Abänderungsgrund bestand, kommt aber grundsätzlich nicht in Betracht. Im Übrigen kann sich aus Billigkeitsgründen eine Verschiebung des Wirkungsbeginns bis zur Rechtskraft des neuen Entscheids aufdrängen (BGE 117 II 368; BaslerKomm/SPYCHER/GLOOR, Art. 130 ZGB N 24). Hier ist anzunehmen, dass der Kläger auch nach einer Geschäftsaufgabe noch mit Zahlungen aus bereits erfüllten Aufträgen rechnen kann und damit nicht schlagartig in eine Notlage gerät. Die Beklagte hat hingegen erst für die Zukunft die Möglichkeit, die wegfallenden Unterhaltsbeiträge,

welche ihr in der Sozialversicherung voll als Einnahmen angerechnet wurden, zu kompensieren (Art. 21 Abs. 1 ELV). Damit ist aber zugleich gesagt, dass sie durch die Aufhebung des Unterhaltsanspruchs keine Nachteile erleidet, wenn sie sich rechtzeitig um eine Anpassung der Ergänzungsleistungen bemüht. Diese dienen zwar nicht dazu, den Pflichtigen zu entlasten, sind aber gerade dafür bestimmt, das Einkommen im Alter aufzufüllen, wenn Unterhalt nicht mehr geleistet werden kann.

SCHULDNERANWEISUNG TROTZ KONKUBINATSKLAUSEL

Art. 132 Abs. 1 ZGB. Der Einwand, die Unterhaltsberechtigte lebe im Sinne einer Konkubinatsklausel in einer Wohngemeinschaft mit einem neuen Partner, könnte einem Begehren auf Anweisung an den Schuldner nur dann entgegengehalten werden, wenn das unstreitig oder sofort und eindeutig feststellbar wäre.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 15.03.2005, RF.2005.9

Sachverhalt:

Die Ehe der Parteien wurde im Frühjahr 2004 geschieden. Laut der dabei genehmigten Vereinbarung hatte die Ehefrau Anspruch auf einen gemäss dem Alter der damals neun- bzw. zehnjährigen Kinder abgestuften nachehelichen Unterhalt, der aber vollständig entfiel, wenn sie „länger als sechs Monate mit einem neuen Partner in Wohngemeinschaft lebt“, und wiederhergestellt werden sollte, „sobald die Gemeinschaft endet“. Kurz nach der Scheidung übersiedelte sie mit den beiden Kindern in die USA. Als ihr Unterhalt ausblieb, reichte sie ein Gesuch auf Schuldneranweisung ein. Der zuständige Einzelrichter am Wohnsitz des Gesuchsgegners behandelte das Begehren im raschen Rechtsschutz (Art. 198 lit. b SG-ZPO) nach schweizerischem Recht (BGE 130 III 489) und hiess es gut. Dagegen erhebt der geschiedene Ehemann Rekurs mit der Begründung, es sei erwiesen, dass die Gesuchstellerin länger als ein halbes Jahr im Konkubinat lebe. Diese bestreitet zwar das Bestehen einer neuen Partnerschaft nicht, wohl aber das Zusammenleben.

Aus den Erwägungen:

Erfüllt ein geschiedener Ehegatte seine Unterhaltspflicht nicht, so kann das Gericht einen Schuldner anweisen, die Zahlungen direkt an die Unterhaltsberechtigte zu leisten (Art. 132 Abs. 1 ZGB). Der Eingriff muss jedoch verhältnismässig sein und darf nicht schon bei jeder geringfügigen Verzögerung oder einem nur ausnahmsweisen Ausbleiben des Unterhalts erfolgen. Es muss Anlass zur Befürchtung bestehen, der Pflichtige werde auch in Zukunft nicht leisten (PraxKomm/SCHWENZER, Art. 132 ZGB N 2). Der Gesuchsgegner stellte nach eigenen Angaben seine Zahlungen schon im Sommer 2004 endgültig ein. Damit lässt sich eine Anweisung an seinen Arbeitgeber rechtfertigen.

Der geschiedene Ehemann bringt aber vor, der Unterhaltsanspruch sei aufgrund der Konkubinatsklausel weggefallen. Dieser Einwand gegen eine Schuldneranweisung ist grundsätzlich nicht zulässig. Eine solche Klausel ist nicht als Bedingung im Sinne von Art. 126 Abs. 3 ZGB zu sehen, die einem Ehepartner eine Art nacheheliche Treuepflicht auferlegt, sondern

gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB unter dem Aspekt einer nachträglichen Veränderung zu betrachten (PraxKomm/LIATOWITSCH, Anh. K N 215 ff.). Ihr Nutzen mag darin bestehen, dass sie eine rasche und vollständige Entflechtung des ehelichen Verhältnisses erlaubt und zugleich eine Beweiserleichterung einführt, weil es nicht auf die innere Qualität einer Lebensgemeinschaft, sondern allein auf den äusseren Anschein des Zusammenwohnens und Miteinander-Wirtschaftens ankommt (KGer SG, SG-GVP 1996 Nr. 31). Nachdem nun allerdings eine Sistierung des nahehelichen Unterhalts auch von Gesetzes wegen möglich geworden ist (Art. 129 Abs. 1 ZGB), geschieht das unter Umständen einseitig auf Kosten einer langjährigen Hausfrau oder Alleinerzieherin, die den früheren Ehemann vorzeitig als Versorger verliert und kurzerhand vom neuen Partner abhängig wird, und das kann gelegentlich als derart unbillig erscheinen, dass man sich fragen müsste, ob eine Konkubinatsklausel, welche nur eine minimale Wartefrist vorsieht, noch genehmigt werden dürfte (Art. 140 Abs. 2 ZGB). Mehr lässt sich damit jedenfalls nicht erreichen. Ist zwischen den Parteien umstritten, ob überhaupt ein „einfaches Konkubinats“ im genannten Sinne besteht, so kann das nur in einem ordentlichen Verfahren geprüft werden. Die Schuldneranweisung richtet sich nach dem im Urteil zugesprochenen Betrag (Berner Komm/HEGNAUER, Art. 291 ZGB N 23). Ist der Unterhalt erst einmal rechtskräftig festgesetzt, so braucht das Gericht nicht mehr darauf zurückzukommen, sondern darf die Anweisung ohne weiteres in dieser Höhe aussprechen (BGer, 3.5.2004, 5P.138/2004). Die Schuldneranweisung gilt als Vollstreckungsmassnahme eigener Art (BGE 110 II 9 = Pra 1984 Nr. 157; BGE 130 III 489), womit ähnlich wie in einem Rechtsöffnungsverfahren Einreden gegen den Unterhaltstitel nicht oder doch nur sehr eingeschränkt zu prüfen sind (vgl. zur Berücksichtigung des Existenzminimums BGE 110 II 9).

Dasselbe ergibt sich auch aus der Natur des hier anwendbaren Summarverfahrens, das rasch zum Ziel führen soll, weshalb die Beweismittel beschränkt sind (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 180 a.F. ZGB N 7 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 12. Kap., Rz. 149 f.). Abgenommen werden nur die sofort greifbaren Beweise. Umfangreiche und langwierige Beweiserhebungen, namentlich Zeugeneinvernahmen sind ausgeschlossen. Das Beweismass lässt sich hingegen nicht ein für allemal bestimmen. Die Beweisanforderungen müssen umso höher angesetzt werden, je schwerer ein Entscheid sich rückgängig machen lässt und je grösser seine Tragweite ist (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 180 a.F. ZGB N 16; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Art. 205 ZPO N 4). Das gilt erst recht, wenn einem rechtskräftigen Scheidungsurteil der Vollzug versagt werden soll, was auf die Vorwegnahme einer Abänderung hinausläufe. Es müsste dann von vornherein klar sein, dass der Unterhaltsschuldner mit einer Abänderungs- bzw. Feststellungsklage durchdringt (BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, Art. 156 a.F. ZGB

N 284), und das würde einen liquiden, also unstreitigen oder sofort und eindeutig feststellbaren Sachverhalt voraussetzen.

[Es folgen Ausführungen zur Beweislage, die sinngemäss so zusammengefasst werden können, dass die Darstellung des geschiedenen Ehemanns, das Konkubinat habe schon im Zeitpunkt der Scheidung nahezu ein halbes Jahr gedauert, unglaublich wirke, dass eine Abnahme der beantragten aufwändigen Beweise – auf Befragung von Zeugen in den USA sowie Nachforschungen bei amerikanischen Behörden – nicht in Betracht komme und dass der eingereichte Detektivbericht zum Nachweis untauglich sei, weil dieser entweder als Ergebnis einer persönlichkeitsverletzenden Überwachung gar nicht verwertbar wäre oder als schriftliche Auskunft einer Privatperson nur geringen Beweiswert hätte.]

AUFHEBUNG DER GEMEINSAMEN ELTERLICHEN SORGE

Art. 134 Abs. 1 ZGB. Wem soll ein Kind zugeteilt werden, wenn die Eltern, die bei der Scheidung eine gemeinsame elterliche Sorge vereinbarten, unaufhörlich um es kämpfen?

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 2.12.2004, BF.2002.19

Aus den Erwägungen:

Ein Bezirksgerichtspräsident schied im Jahre 1999 die Ehe der Parteien, obwohl diese nie im Gerichtskreis wohnten, und genehmigte eine Vereinbarung, nach der sie gemeinsam für das 1992 geborene Kind sorgen und dessen Betreuung frei unter sich aufteilen wollten. Offenbar gelang es den Eltern nur gerade ein halbes Jahr lang, zusammenzuarbeiten und sich in den Kinderbelangen abzusprechen. Sie warfen sich alsbald ihre unterschiedlichen Erziehungsstile vor und führten einen eigentlichen Kampf um das Kind. Der Bub lebte seit der Scheidung abwechselnd bei einem Elternteil und besuchte den anderen regelmässig. Während des von der Mutter angehobenen Abänderungsverfahrens verminderten sich die Kontakte zum jeweils nicht betreuenden Elternteil, bis sie schliesslich ganz erloschen. Die Eltern schoben sich gegenseitig die Schuld am Abbruch der Beziehung zum Kind zu und behaupteten, es werde beeinflusst. Sie können auf keine Weise mehr miteinander kooperieren und das Kind hat in ihrer andauernden Auseinandersetzung sein seelisches Gleichgewicht verloren. Damit ist der gemeinsamen elterlichen Verantwortung die Grundlage entzogen (Botschaft Scheidungsrecht, 136; FamKommScheidung/WIRZ, Art. 134 ZGB N 20). Das Sorgerecht muss zum Wohl des Kindes zwingend einem Elternteil allein zugewiesen werden.

Die Vorinstanz stützte sich bei ihrem Entscheid, das Kind in die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu stellen, auf einen Sozialbericht, welcher zum Schluss kam, die bisher praktizierte abwechselnde Obhut stelle für den Sohn eine übermässige Belastung dar. Er müsse endlich wissen, wer für ihn zuständig sei. Mutter wie Vater hätten ein enges Verhältnis zu ihm und seien grundsätzlich fähig, ihn zu erziehen und zu betreuen, wobei gesundheitliche Probleme des Vaters eher für die Zuteilung an die Mutter sprächen. Damals hielt sich das Kind vorwiegend beim Vater auf. Nach Beginn des Berufungsverfahrens nahm es die Mutter unangekündigt und unerwartet zu sich. Der Kontakt zum Vater gestaltete sich in der Folge immer mühsamer. In der Kinderanhörung zeigte sich, wie der Bub die schweren Loyalitätsnöte zu bewältigen versucht: Er kann sich nach kurzer Zeit des Lebens an einem Ort jeweils kaum mehr vorstellen, am bestehenden Zustand etwas zu ändern, möchte wenigstens einen Elternteil behalten und den anderen möglichst nicht mehr sehen. Bei einem fortlaufenden Hin- und

Herpendeln würde er sich innerlich wie zerrissen fühlen. Ein neuer Bericht wies zwar darauf hin, dass sich das Kind weiterhin wünsche, beide Eltern gern haben zu dürfen. Es wolle sich nicht für den einen oder andern entscheiden, neige aber mit indirekten Anzeichen doch eher zum Vater. Der Berichterstatter empfahl, den Bub in die elterliche Sorge des Vaters zu geben, wenn dessen Gesundheit das zulasse, und für die Vermittlung zwischen den Eltern eine Beistandschaft einzurichten. Ebenso überraschend wie zehn Monate zuvor, aber in umgekehrter Richtung, wechselte der Sohn nun zum Vater. Seither verweigerte er eine Annäherung an die Mutter beharrlich. Weder die Vermittlungsversuche von Verwandten noch die Bemühungen von Behörden konnten daran etwas ändern. Er nahm ein Gesprächsangebot des Gerichts nicht an und schlug auch die Hilfe des inzwischen eingesetzten Beistands aus. Eine bereits geplante, auf eine Abklärung der Erziehungseignung des Vaters beschränkte Begutachtung wurde nun ausgedehnt auf die Frage, wie der Bub den Faden zur Mutter wieder aufnehmen könnte. Auch das scheiterte am Widerstand des Kindes, mit der Mutter zusammenzutreffen. Schliesslich verweigerte es sogar den Schulbesuch. Der soziale Rückzug und der mangelnde Lebenswille deuteten auf eine ernsthafte Gefährdung hin. Unter diesen Umständen blieb nichts anderes übrig, als eine stationäre Behandlung oder eine dauerhafte Fremdplatzierung zu prüfen. In einer eigentlichen Krisensitzung entwarfen Gutachter, Beistand und Hausarzt zusammen mit dem Gericht ein Szenario, wie dem Kind auf möglichst schonende Weise geholfen werden könne. Die Mutter unterstützte dieses Vorgehen und wandte sich entschieden gegen eine Fremdplatzierung. Das angestrebte Ziel, die Wiedereingliederung in der Schule, wurde tatsächlich erreicht. Das Gericht holte noch eine ergänzende Stellungnahme des Gutachters ein, der sich nun gegen eine Herausnahme des Kindes aus dem bisherigen Umfeld aussprach und zu dessen Entlastung einen raschen Verfahrensabschluss empfahl.

Das Verhältnis zwischen den Eltern zueinander hat sich im Laufe des langen Gerichtsverfahrens nicht verbessert. Es handelt sich heute vor allem darum, den Bub aus seiner bedrückenden Ungewissheit zu befreien, bei welchem Elternteil er in Zukunft leben wird. Das schliesst weitere Abklärungen über die Erziehungsfähigkeit der Eltern oder die Neigung des Kindes, die einen Zeitbedarf von mehr als einem Jahr bedingen und voraussichtlich doch keine eindeutigeren Erkenntnisse zeitigen würden, aus. Es geht bei der Kinderzuteilung allgemein und erst recht in diesem Fall nicht darum, eine ideale Lösung zu finden, sondern unter den verfügbaren Möglichkeiten jene auszuwählen, die dem Kindeswohl voraussichtlich relativ besser entspricht (ARNTZEN, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, München 1994, 25).

Die Eltern hatten sich zwar bei ihrer Scheidung vorgenommen, die Erziehung und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen zu übernehmen, was aber am nicht verarbeiteten Paarkonflikt scheiterte. Weder Mutter noch Vater schafften es, dem Kind eine positive Einstellung gegenüber dem anderen Elternteil zu vermitteln und ihm die Sicherheit zu geben, dass es

diesen jederzeit und ohne schlechtes Gewissen besuchen kann. Obwohl die Eltern bis heute die elterliche Sorge gemeinsam innehaben, nahm jeder das Kind einmal eigenmächtig zu sich und induzierte mit diesem Unrecht eine Abwehrhaltung des Kindes, das sich fortan nicht mehr getraute, dem „verratenen“ Elternteil zu begegnen. Keiner konnte eine Mitschuld anerkennen, vielmehr hielt jeder dem anderen sein Fehlverhalten vor und benutzte dieses als Alibi für den eigenen, gleichartigen Fehler. Zugleich bewiesen aber beide Eltern in der Zeit als Alleinerzieher, dass sie dem Kind grundsätzlich Zuwendung und Geborgenheit zu bieten vermögen. Während die Mutter teilweise berufstätig ist, kann der Vater als IV-Rentner den Sohn ganztags betreuen. Die Mutter hält ihm freilich vor, dieser Vorzug verwandle sich in einen Nachteil, weil er das Kind ganz für sich beanspruche. Der Gutachter warnte tatsächlich davor, dass der Vater das Kind in sein „System“ einbinde und es mit einer Beschützerrolle belaste, sodass es keine Energie mehr aufbringe, um sich den Herausforderungen in der Schule und im Kameradenkreis stellen zu können. Die damalige Gesprächsverweigerung des Vaters war allerdings wohl auch Ausdruck einer gewissen Hilflosigkeit im Umgang mit einem tief verstörten Kind. Seither ist aber eine deutliche Wende eingetreten, die Blockade des Kindes hat sich gelöst: Es hat sich in einer neuen Schulklasse zurecht gefunden und wieder eine Beziehung zur Mutter angeknüpft. Es gibt nach mehrmonatigem Zuwarten keinen Anhaltspunkt, an einer zwar langsamen, aber doch tendenziell günstigen Entwicklung zu zweifeln. Entscheidend für die Zuteilung der elterlichen Sorge wird damit die Kontinuität der gewachsenen Beziehung und die eigene Meinung des zwölfjährigen Kindes. Es wohnt seit nunmehr anderthalb Jahren ununterbrochen beim Vater und hat mit seinem ganzen Verhalten nachhaltig bekundet, dass es diesen Lebensmittelpunkt beibehalten möchte. Nach einer durch die Trennung der Eltern ausgelösten und von ihnen fortwährend geschürten Krise hat er sein erschüttertes Selbstvertrauen wieder aufgebaut und den Umgang mit der Mutter wieder aufgenommen, welcher umso unverkrampfter sein wird, je weniger Angst er zu haben braucht, unvermutet und gegen seinen Willen an einen anderen Platz versetzt zu werden. Es ist heute nicht mehr denkbar, ihm nochmals einen abrupten Wechsel der Hauptbezugsperson und des Lebensmittelpunkts zuzumuten. Seine Entwicklung wäre durch eine erzwungene Umkehrung der Betreuungsverhältnisse und den damit verbundenen Neuanfang erneut und wohl noch stärker gefährdet. Es bliebe nämlich zu befürchten, dass er bei einer Zuteilung an die Mutter zu dem im Zusammensein mit ihr bereits einmal eingeübten Muster zurückkehren würde, seine Loyalitätskonflikte mit Hilfe eines Sündenbocks zu lösen (vgl. FIGDOR, Kinder aus geschiedenen Ehen: Zwischen Trauma und Hoffnung, Mainz 1991, 189 ff.), wobei das Opfer diesmal der Vater wäre. Die Eltern müssen ihren Kampf dringend beenden, ihre Forderung nach einem Entweder-Oder fallen lassen und dem Kind eine Alternative des Verstehens und Vertrauens bieten. Erst dann wird es in der Lage sein, sich ein unverfälschtes Bild von beiden Eltern zu machen und die bisher jeweils verdrängte emotionale

Bindung an den zweiten Elternteil zu pflegen. Die Chancen, dass der Bub eine Balance zwischen den Eltern finden könnte, sind aber grösser, wenn er am selbstgewählten und gewohnten Ort zur Ruhe kommen kann, als dann, wenn er in einer aufgedrängten spiegelbildlichen Situation sein Verhältnis zum abwesenden Elternteil nochmals neu definieren müsste. Das Kindeswohl gebietet es deshalb, dass das Kind dort bleibt, wo es bereits seit längerer Zeit lebt, sich aus einer elterlichen Umklammerung gelöst und einen eigenen Standpunkt bezogen hat (vgl. LEMPP, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, Bern/Stuttgart/Wien 1983, 118).

BESTIMMUNG DES FAMILIENUNTERHALTS IN KOMPLEXEN VERHÄLTNISSEN

Art. 176 ZGB. Eine stark schwankende Gewinnbeteiligung kann nicht nach dem Durchschnitt der letzten Jahre zum Einkommen gerechnet werden, sondern ist quotenmässig aufzuteilen. In einer mehrköpfigen Familie, deren Verhältnisse sich voraussichtlich schrittweise verändern, muss die Unterhaltsberechnung jedes einzelne Familienmitglied erfassen und in verschiedenen Phasen erfolgen.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 6.07.2005, RF.2005.36

Sachverhalt:

Die Eheleute leben getrennt. Die beiden mündigen Kinder, die noch eine Berufslehre absolvieren, wohnen bei der Mutter. Der Ehemann wendet sich mit einem Rekurs gegen die Bemessung des Familienunterhalts im Eheschutzverfahren.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann bringt zunächst vor, sein Einkommen sei wesentlich tiefer als angenommen, weil er bei rückläufigem Geschäftsumsatz nicht mehr mit einer Erfolgsbeteiligung in der Höhe der Vorjahre rechnen könne. Als Einkommen gilt im Familienrecht ähnlich wie im Steuerrecht die Gesamtheit der Mittel, die einer Person während eines bestimmten Zeitabschnittes zufließen und die sie für den Lebensunterhalt verwenden kann (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 67 f.). Dazu gehört nicht nur der Lohn mit allen Zulagen samt einem 13. Gehalt oder einer Gratifikation, sondern auch eine Gewinnbeteiligung (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.31). Bei einem stark schwankenden Bonus stellt sich allerdings die Frage, ob dieser nach dem Durchschnitt mehrerer Jahre zu berechnen sei oder erst dann aufgeteilt werden könne, wenn er effektiv anfällt (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 71; DOLDER/DIETHELM, Eheschutz – ein aktueller Überblick, AJP 2003, 655 ff., 657).

Der Ehemann ist als Ingenieur in einem grossen Unternehmen beschäftigt. Er erhält ein Fixum mit Anteil am 13. Monatslohn von netto rund Fr. 6'250.–. Als Erfolgsbeteiligung wurden ihm im Jahr 2003 rund Fr. 7'900.–, im vergangenen Jahr Fr. 15'500.– und im laufenden Jahr Fr. 7'700.– ausgerichtet. Es ist in einer angespannten gesamtwirtschaftlichen Lage und einer unsicheren betrieblichen Situation nach der bekannten „unfreundlichen“ Übernahme des Konzerns nicht leicht abzuschätzen, wie sich diese Vergütungen in Zukunft entwickeln, und kaum anzunehmen, dass sie je wieder das frühere Maximum erreichen. Unter diesen Umständen liegt die Lösung nahe, den in diesem Jahr bereits ausbezahlten Betrag aufzuteilen, den künftigen jedoch nur nach Quoten aufzuschlüsseln und jeweils bei Fälligkeit auszuschütten,

was freilich voraussetzt, dass der Ehemann die dafür erforderlichen Auskünfte erteilt (Art. 170 Abs. 1 ZGB). Er machte nie geltend, dass er den Bonus mit Sonderanstrengungen verdiene. Der Schlüssel ergibt sich deshalb aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung während noch bestehender Ehe, und das heisst, dass es nicht zu begründen wäre, die Erfolgsbeteiligung anders als hälftig aufzuteilen (BGE 111 II 103; 119 II 314).

Die Eheleute führten während rund zwanzig Jahren eine traditionelle Ehe mit geteilten Rollen. Die 47-jährige Ehefrau bemühte sich bei der Trennung sogleich um eine Stelle und arbeitet seit April 2005 zu etwa 30% als Verkäuferin in einer Kleiderboutique mit einem durchschnittlichen Einkommen von Fr. 800.– netto. Der Eheschutzrichter mutete ihr nach einem knappen halben Jahr, auf September 2005, eine halbe Stelle mit einem Lohn von Fr. 1'270.– zu und nach einem weiteren Jahr, ab September 2006, eine volle Stelle, die einen Verdienst von Fr. 2'750.– erlauben würde, weil dann Anspruch auf ein 13. Gehalt bestünde. Die Ehefrau hält den Karriereplan für realistisch. Dem Ehemann geht dieser zu wenig weit; er erwartet einen vollen beruflichen Wiedereinstieg schon auf Anfang des Jahres 2006. Ein Ehepartner darf aber umso mehr auf eine Fortsetzung der bisherigen Lebensweise vertrauen, je stärker die Ehe sein Dasein prägte, je weniger ihm eine Erwerbstätigkeit persönlich zumutbar scheint und je besser die eheliche Finanzlage ist (BGE 130 III 537, 543 f.; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 18 ff.). Nach einer langjährigen Hausfrauenehe wird der berufliche Erfahrungsverlust gewöhnlich so gross, dass das Bedürfnis, diesen aufzuholen, dem Ansinnen vorgeht, baldmöglichst einen beliebigen Erwerb aufzunehmen und danach auf Dauer ein Leben als billige Arbeitskraft fristen zu müssen (FamKommScheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 24). Das Bundesgericht gestand einem Ehegatten nach zwanzigjähriger Haushaltführung eine offensichtlich längere Umstellungszeit zu (BGE 128 III 65; vgl. auch BGE 127 III 136 betreffend den nahehelichen Unterhalt und dazu kritisch HAUSHEER/GEISER, Scheidungsunterhalt bei ausreichenden Mitteln, in: Festschrift Druey, 155 ff., 167 ff.). Die Ehefrau strengt sich also entgegen der Auffassung des Ehemanns sogar in besonderem Masse an, wirtschaftlich so rasch und so gut wie möglich eigenständig zu werden.

Die Eheleute sind sich grundsätzlich einig, dass die beiden mündigen Kinder in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen seien. Das ist nicht nur vernünftig, weil erwachsene Kinder nicht ohne Not dazu gezwungen werden sollten, ihren Ausbildungsunterhalt in einem separaten Verfahren geltend zu machen, sondern auch rechtlich zulässig, wenn sie damit einverstanden sind, dass ein Elternteil den Anspruch an ihrer Stelle im Sinne einer sogenannten Prozessstandschaft geltend macht (BGE 129 III 55), wie dies hier der Fall ist. Der Ehemann verlangt insgesamt eine Herabsetzung des Familienunterhalts. Damit ist das Gericht im Rahmen der Anträge frei, die verfügbaren Mittel im Sinne der Untersuchungsmaxime (Art. 210 Abs. 2 SG-ZPO) auf die Familienmitglieder zu verteilen, wobei der Ehegattenunterhalt dem

Mündigenunterhalt grundsätzlich vorgeht (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 08.31). Erwachsene Kinder können für die Zeit der Ausbildung erwarten, dass zumindest ihre notwendigen Auslagen, mithin ihre Grundbedürfnisse gedeckt werden. Diese umfassen nicht nur den betriebsrechtlichen Kinderzuschlag, sondern einen eigenen Grundbetrag, der auf Fr. 950.– festzusetzen ist, solange sie im Haushalt Angehöriger wohnen. Hinzu kommen anteilmässige Wohnkosten, obligatorische Gesundheitskosten sowie übliche Ausbildungskosten. Am verbleibenden Einkommensüberschuss sind die Kinder hingegen nicht zu beteiligen. Auf ihren Bedarf müssen sie sich den vollen Lehrlingslohn anrechnen lassen (BGE 111 II 410; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 277 N 92 ff.; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 06.84)

Der Ehemann behauptet für sich selbst einen höheren Bedarf. Er beansprucht zunächst einen vollen Grundbetrag, weil seine neu begründete Partnerschaft noch nicht lange andauere. In einer Lebensgemeinschaft entstehen aber stets Kostenersparnisse und diese sollen sich – anders als nach der Scheidung – sogleich in einer Reduktion des Grundbetrags niederschlagen (BÜHLER, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002, 644 ff., 646 f.; vgl. auch BGE 130 III 765). Weil auch nur die Hälfte des Mietzinses anzurechnen wäre (BGer, FamPra.ch 2004, 813), erscheinen die an sich unbestrittenen Wohnkosten als hoch, können aber gerade noch toleriert werden, weil sie das übliche Maximum nicht übersteigen (BÜHLER, AJP 2002, 648 mit weiteren Hinweisen). Eine Fahrt zum Arbeitsort mit öffentlichen Verkehrsmitteln ist durchaus zumutbar; die auswärtige Verpflegung hingegen unvermeidlich. Der Ehemann bezweifelt umgekehrt den Bedarf der Ehefrau. Es ist jedoch nichts dagegen einzuwenden, wenn im Sinne einer Fortsetzung der bisherigen Lebensweise auf beiden Seiten Prämien für eine freiwillige Krankenversicherung beachtet und gewisse Kommunikationskosten einbezogen werden, obwohl diese im Grundbetrag an sich enthalten wären. Hingegen trifft es zu, dass die Steuern tiefer liegen als jene des Ehemanns, weil dieser den Mündigenunterhalt nicht vom Einkommen abziehen kann. Das führt nun zu folgender Übersicht über die wirtschaftliche Lage der Familie:

	Ehemann	Ehefrau	Sohn 1	Sohn 2	total
Einkommen					
Nettolohn (ohne Bonus)	6'250	800	1'000	800	
Ausbildungszulage			170	170	
	6'250	800	1'170	970	0'190
Bedarf					
Grundbetrag	950	1'100	950	950	
Wohnkosten	1'000	(1/2) 650	(1/4) 320	(1/4) 320	
Krankenkasse	200	(1/2) 350	(1/4) 150	(1/4) 50	
Haushaltversicherung	50	50			
Kommunikationskosten	50	50	50	50	
Berufsauslagen/Ausbildungskosten	350	50	150	150	
Steuern	500	350	50	50	
	- 3'100	- 2'600	- 1'670	- 1'570	- 8'940
Überschuss/Manko	3'150	- 1'800	- 500	- 600	250

In der ersten Phase (zwischen Mai und August 2005) bis zum Lehrabschluss des älteren Sohnes und bis zur Ausweitung des Erwerbs der Ehefrau kann der Ehemann das Manko aller Familienangehörigen ausgleichen und muss den verbleibenden kleinen Überschuss mit der Ehefrau teilen. Er hat demnach dem älteren Kind Unterhalt von Fr. 500.– im Monat und dem jüngeren einen solchen von Fr. 600.– zuzuwenden. Der Ehefrau hat er einen aufgerundeten Beitrag von Fr. 2'000.– im Monat zu leisten, weil Unterhalt nicht nur das Ergebnis einer vermeintlich exakten Rechnung sein kann, sondern so gut wie möglich ein Gleichgewicht zwischen den Ehepartnern schaffen soll.

In der zweiten Phase (von September 2005 bis August 2006) wird der Ehefrau ein Erwerbseinkommen für eine halbe Stelle von Fr. 1'270.– angerechnet. Zugleich nimmt ihre Steuerlast um etwa Fr. 50.– zu. Der ältere Sohn ist selbständig und wird vermutlich eine eigene Wohnung beziehen. Der jüngere erzielt im dritten Lehrjahr einen grösseren Lohn von netto rund Fr. 1'100.–. Er hat umgekehrt um Fr. 100.– höhere Krankenkassenprämien zu bezahlen und muss wenigstens zwei Fünftel der Wohnkosten übernehmen, somit Fr. 200.– mehr beitragen. Sein Unterhaltsanspruch beträgt demnach unverändert Fr. 600.–. Der Ehemann hat das verbleibende Defizit der Ehefrau von Fr. 1'500.– zu decken und sie am Freibetrag von Fr. 1'050.– zu beteiligen. Daraus ergibt sich wiederum ein – diesmal etwas abgerundeter – Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.– im Monat.

In der dritten Phase (ab September 2006) wird auch der jüngere Sohn wirtschaftlich unabhängig und die Ehefrau tritt eine volle Stelle mit einem Verdienst von 2'750.– an. Ihre Wohnauslagen erhöhen sich auf Fr. 1'290.–, nachdem fortan voraussichtlich auch der Anteil des zweiten Sohnes wegfällt, und das ist noch immer angemessen, weil ihr ein rascher Auszug aus der Familienwohnung nicht abzuverlangen wäre. Im Übrigen steigen die Berufsauslagen wegen der auswärtigen Verpflegung in der kurzen Mittagspause auf Fr. 200.– und die Steuern auf den ungefähr gleich hohen Betrag wie beim Ehemann. Dieser muss das restliche Manko der Ehefrau von Fr. 790.– auffüllen und ihr die Hälfte der freien Mittel von Fr. 2'360.– überlassen. Es scheint auch mit Blick auf ihren eher „überobligationsgemässen“ beruflichen Einsatz (FamKommScheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 15) angemessen, den Unterhaltsbeitrag weiterhin auf Fr. 2'000.– im Monat anzusetzen. Die Ehefrau muss sich allerdings bewusst sein, dass dies nur noch für den verhältnismässig kurzen Rest der Trennungszeit gelten wird. Danach kann sie wohl kaum mehr mit einem vollständigen Ausgleich der Einkommensdifferenz rechnen, auch wenn es noch darum gehen mag, ihre bescheidene berufliche Altersvorsorge aufzubessern (vgl. dazu KGer SG, FamPra.ch 2004, 134).

ABÄNDERUNG DES EHEGATTENUNTERHALTS

Art. 179 Abs. 1 ZGB. Ein Unterhaltspflichtiger, der sein Einkommen im Eheschutzverfahren selbst schätzte, kann nicht mit einem Abänderungsgesuch verlangen, dass nachträglich auf einen Durchschnittswert früherer Jahre abzustellen sei. Er muss einen bereits ausgeübten Nebenerwerb grundsätzlich fortsetzen und kann auch keine Beiträge für eine freiwillige Altersvorsorge abziehen, wenn er damit den gesamten Einkommensüberschuss abschöpfen würde.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 3.06.2005, RF.2005.23

Sachverhalt:

Der Ehemann wurde nach der Trennung im Oktober 2003 verpflichtet, der Ehefrau monatlichen Unterhalt von Fr. 4'100.– zu bezahlen. Im Juni 2004 reichte er ein Abänderungsgesuch ein. Der Eheschutzrichter reduzierte den Unterhaltsbeitrag aber nur um Fr. 200.–. Darauf erklärt der Ehemann Rekurs und beantragt, seine Unterhaltspflicht auf Fr. 2'500.– im Monat herabzusetzen.

Aus den Erwägungen:

Ehegattenunterhalt kann abgeändert werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse erheblich und dauerhaft verändert haben oder bisher falsch ermittelt wurden (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 10; DOLDER/DIETHELM, Eheschutz – ein aktueller Überblick, AJP 2003, 655 ff., 668). Im ersten Fall genügen bescheidene Bewegungen in Einkommen oder Bedarf nicht (BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, Art. 153 a.F. ZGB N 53). Im zweiten Fall reicht der Hinweis, dass auch eine andere Lösung möglich gewesen wäre, nicht aus. Es muss ein qualifizierter Fehler, ein offensichtlicher Irrtum des Richters vorliegen (KGer SG, SG-GVP 1992 Nr. 23; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Art. 179 ZGB N 9; BernerKomm/SPÜHLER/FREI-MAURER, Art. 145 a.F. ZGB N 442). Das Abänderungsverfahren darf nicht zu einer blossen Wiedererwägung bereits beurteilter Fragen führen (Fam-Komm Scheidung/VETTERLI, Art. 179 N 3).

Der Ehemann betreibt nach wie vor eine Praxis für allgemeine Medizin und geht einem Nebenerwerb als Waffenplatzarzt nach. Er macht aber geltend, ihm sei im früheren Entscheid ein zu hohes Einkommen angerechnet worden. Ausgangspunkt bildete damals seine eigene Schätzung, dass er insgesamt Fr. 8'600.– im Monat verdienen könne. Die Vorinstanz zog nun den durchschnittlichen Praxisertrag zweier Jahre (2001 und 2002) von Fr. 7'090.– heran und zählte den vom Gesuchsteller selbst mit Fr. 1'190.– bezifferten Nebenverdienst hinzu. Der

Ehemann möchte stattdessen vom mittleren Praxisgewinn aus fünf Jahren (1999 bis 2003) ausgehen und sich keinen Zweiterwerb anrechnen lassen, nachdem ein solcher neben dem vollen Pensum in der Praxis unzumutbar geworden sei.

Weil das Einkommen Selbständigerwerbender oft stark schwankt, wird in der Regel auf den Durchschnitt mehrerer Jahre abgestellt (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.34). Das gilt aber nicht, wenn die Abschlüsse einen kontinuierlich sinkenden oder steigenden Gewinn anzeigen. Dann kommt es auf die aktuellen Einkünfte an (KassGer ZH, ZR 1991 Nr. 82; ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 77). Die Bilanzen der Arztpraxis wiesen folgende Gewinne aus: im Jahre 1999 rund Fr. 64'000.–, im folgenden Fr. 50'000.–, im nächsten Fr. 83'000.– und im letzten ordentlich abgerechneten Jahr Fr. 87'000.–. Für das Jahr 2003 liegt nur eine provisorische und unvollständige Erfolgsrechnung vor, aus der sich noch keine klare und nachvollziehbare Tendenz ergibt, und für die weiteren Jahre fehlen sämtliche Angaben. Das hat sich der Ehemann, der die Beweislast für eine Verschlechterung seiner Verhältnisse trägt, selbst zuzuschreiben. Es besteht kein Anlass, die im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens bereits bekannten und offenbar auch vom Ehemann nicht als repräsentativ betrachteten Abschlüsse nachträglich doch noch zu berücksichtigen. Viel eher hätte es sich angeboten, seine Schätzung über einen möglichen Verdienst von Fr. 8'600.– im Monat mit der inzwischen vorliegenden Steuerveranlagung für das Jahr 2002 zu vergleichen. Diese nennt ein nur wenig tieferes Gesamteinkommen von rund Fr. 102'000.– jährlich bzw. Fr. 8'500.– monatlich und aus einem derart minimalen Abweichung hätte sich kein Abänderungsgrund herleiten lassen.

Im Allgemeinen wird erwartet, dass ein Ehegatte einen bereits ausgeübten Nebenerwerb nach der Trennung uneingeschränkt fortsetzt (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 81 f.; DOLDER/DIETHELM, AJP 2003, 659). Der Ehemann hat seine Nebenbeschäftigung bis heute beibehalten. Er kann mit der Vorlage eines psychiatrischen Zeugnisses, welches von einem gewissen „Lebensdruck“ spricht, nicht glaubhaft machen, dass ihm das künftig nicht mehr zuzumuten sei, und mit der blossen Behauptung einer zunehmenden Beanspruchung in der Arztpraxis auch nicht darlegen, dass das übermässig geworden sei. Es käme ohnehin nur ausnahmsweise, bei einer eigentlichen Doppelbelastung in Betracht, einen effektiv erzielten Nebenverdienst nicht anzurechnen (HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.136).

Sodann rügt der Ehemann, dass seine Einzahlungen in die Säule 3a und seine Auslagen für eine Garage nicht anerkannt worden seien. Eine freiwillige Altersvorsorge kann allenfalls dann berücksichtigt werden, wenn ein Ehegatte in der beruflichen Vorsorge nicht versichert ist und wenn dafür genügend freie Mittel vorhanden sind (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 02.41). Hier würde der beanspruchte Betrag praktisch den

gesamten Einkommensüberschuss aufzehren und das wäre umso fragwürdiger, weil bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts eine Gütertrennung angeordnet wurde, womit der Ehemann auf Kosten der Familie Vermögen bilden könnte. Schliesslich belegt der Ehemann auch nur, dass er seine Selbstvorsorge in den Jahren 2001 und 2002 äufnete, weist aber nicht nach, dass er weiterhin regelmässig Einlagen macht. Im Übrigen hat die Vorinstanz, die an sich gar nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, jede einzelne Ausgabenposition neu zu prüfen, im Bedarf des Ehemanns einerseits die Krankenkassenprämien erhöht und andererseits den neu geltend gemachten Mietzins für eine Garage weggelassen. Das Ergebnis stimmt bis auf eine unbedeutende Differenz mit dessen eigener Berechnung überein und nur das ist massgebend.

ZUMUTBARKEIT DES MÜNDIGENUNTERHALTS

Art. 277 Abs. 2 ZGB. Die Pflicht zur Leistung von Ausbildungsunterhalt ist für einen ausserehelichen Vater, der sich konsequent weigerte, eine persönliche Beziehung zum Kind aufzubauen, nicht unzumutbar. Die Unterhaltsdauer kann von einem ersten Prüfungserfolg abhängig gemacht und auf eine Regelstudienzeit beschränkt werden, wenn nach einem um mehrere Jahre verzögerten Mittelschulabschluss Zweifel daran bestehen, ob das mündige Kind sich für ein Studium eignet.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, Entscheid vom 16.08.2005, BF.2005.5

Sachverhalt:

Der aussereheliche Sohn bestand die Matura mit vierjähriger Verspätung im Alter von 23 Jahren und strebt nun ein Studium an der Universität St.Gallen an. Er hatte nie Kontakt zum Vater und traf ihn erstmals vor Gericht. Dieser lehnte den Unterhaltsanspruch ab, weil ihm das finanziell wie persönlich unzumutbar sei und weil der eingeschlagene Ausbildungsweg den Fähigkeiten des Kindes nicht entspreche. Eine gütliche Einigung schien von vorneherein ausgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

Wirtschaftlich gesehen gilt die Unterhaltspflicht während einer Berufsausbildung des mündigen Kindes als zumutbar, wenn die Eltern leistungsfähig sind, und das wird angenommen, falls ihnen wenigstens ein erhöhter Grundbedarf verbleibt (BGE 118 II 97; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 277 ZGB N 15 ff.). Der Beklagte behauptete zwar vor Kreisgericht, er habe im Moment als selbständiger Unternehmensberater praktisch keinen Verdienst, gab aber weiter keine Auskünfte über seine finanzielle Situation. Die Vorinstanz ging deshalb nach den früheren Steuereinschätzungen und dem weiterhin gepflegten Lebensstil davon aus, dass er noch immer ein gutes Einkommen erziele oder ein solches zumindest wieder erreichen könnte. Im Berufungsverfahren bestritt der Beklagte seine Leistungsfähigkeit nicht mehr und dabei hat es zu bleiben, weil auch ein sozialer Untersuchungsgrundsatz die Parteien nicht davon entbindet, den ihnen selbst am besten bekannten Tatsachenstoff zu liefern (BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, ZBJV 1990, 329 ff., 345 ff.; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 279/280 ZGB N 112).

Persönlich betrachtet ist die Unterhaltspflicht zumutbar, wenn das mündige Kind die Beziehung zu den Eltern nicht von sich aus leichtfertig aufgegeben hat. Gerade das wendet der Beklagte aber ein. Er habe nie irgendwelchen Umgang mit dem Kläger gehabt und die ganze

Zeit nur die Rolle eines „Zahlvaters“ gespielt. In der von ihm angeführten Gerichtspraxis ging es freilich immer nur um Scheidungskinder, die in den Trennungskonflikt der Eltern hineingezogen wurden, die Abneigung des einen Partners gegen den anderen übernahmen und sich auch im Erwachsenenalter nicht darum bemühten, wenigstens einen minimalen Kontakt zum verstossenen Elternteil anzuknüpfen, um das rein negative Bild mit der Realität zu vergleichen (BGE 129 III 375, 378 ff.; 113 II 374, 376 ff.; OGer ZH, ZR 1991 Nr. 5), jedoch nie um ausser-eheliche Kinder, die keine Chance hatten, ihren Vater je kennen zu lernen.

Im besonderen Fall verhielt es sich nämlich so: Der Beklagte anerkannte das Kind anscheinend nur, weil ihm nach dem eindeutigen Resultat des Vaterschaftsgutachtens nichts anderes übrig blieb. Er legte aber zum Schutz seines eigenen Familienlebens grossen Wert darauf, dass das Kindesverhältnis nur auf dem Papier bestand, und eröffnete der Vormundschaftsbehörde, dass er „auf keinen Fall“ mit dem Kind und der Mutter Kontakt aufnehmen wolle, auf ein Besuchsrecht definitiv verzichte und auch einer allfälligen Adoption schon im Voraus zustimme. Er verlangte zudem, den geschuldeten Unterhalt über eine neutrale Inkassostelle leisten zu können, um jeden Anschein einer Beziehung zu vermeiden, und kam seiner Pflicht gleichwohl nur schleppend nach. So begegnete er dem Kläger zum ersten Mal an der Gerichtsverhandlung, redete ihn mit Sie an und brachte auch dadurch zum Ausdruck, dass er ihn nicht als sein eigenes Kind, sondern als Fremden betrachtet. Der Kläger seinerseits brachte vor, er habe sich immer einen Vater gewünscht und sich erst im Jugendalter damit abgefunden, dass der Beklagte nichts von ihm wissen wolle. Er habe immerhin einmal kurz nach dem 20. Geburtstag einen Versuch gemacht, über eine Beratungsstelle mit ihm in Verbindung zu treten und von seinen Ausbildungsplänen zu reden, worauf jede Reaktion ausgeblieben sei. Zwar würde er auch heute noch gerne Bekanntschaft mit dem Vater schliessen, habe aber nie den Mut aufgebracht, ihn aufzusuchen. Das ist gut nachvollziehbar: Ein Kind, das auf fortwährende Zuneigung und Präsenz seiner Eltern angewiesen wäre, kann es nicht verstehen, dass alle Kameraden einen Vater haben, während der seine unsichtbar und unerreichbar bleibt. Es mag vielleicht im Laufe der Schulzeit resignieren, wird sich aber spätestens in der Pubertät auf die Suche nach seiner Identität machen und danach fragen, woher es kommt und zu wem es gehört. Wenn es darauf noch immer keine Antwort erhält, wird man später von ihm nicht mehr verlangen dürfen, dass es über das beständige Stillschweigen und die damit implizit bekundete Ablehnung noch hinwegkommt und von sich aus auf den Vater zugeht in der fast sicheren Erwartung, von diesem erneut zurückgewiesen zu werden. Der Beklagte selbst hat das Kind ignoriert und bewusst eine Position als widerwillig unterhaltspflichtiger, aber persönlich vollkommen abwesender Elternteil bezogen. Er kann die seit der Geburt des Kindes geschaffenen Verhältnisse nicht einfach umkehren und den eigenen Entschluss zum totalen Rückzug dem mündig gewordenen Sohn anlasten. Ein Elternteil, der den Aufbau einer Beziehung derart kon-

sequent verhindert hat, trägt dafür die alleinige Verantwortung. Er muss es als „natürliche Folge“ seines Verhaltens hinnehmen, dass der erwachsene Sohn nach einem ersten gescheiterten Anlauf auf eine einseitige und offensichtlich unerwünschte Annäherung verzichtet (vgl. BGE 129 III 375, 379 f.).

Eine Ausbildung ist dann angemessen, wenn sie dem Kind erlaubt, sich entsprechend seinen Fähigkeiten und Neigungen den Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 117 II 372; Basler Komm/BREITSCHMID, Art. 277 ZGB N 12 ff.; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 28 ff.). Befindet sich ein Kind bei Eintritt der Mündigkeit schon auf einem bestimmten Bildungsweg, so dauert die Unterhaltspflicht grundsätzlich fort bis zum ordentlichen Abschluss oder vorzeitigen Abbruch. Eine Matura ist noch keine Berufsbildung; vielmehr folgt darauf ordentlicherweise ein Studium (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 66 f.). Allerdings kann sich das Kind nicht beliebig lange Zeit für seine Ausbildung lassen. Es muss diese mit gebotenen Ernst und gebührendem Eifer betreiben (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 112). Vereinzelt Prüfungsversagen ist aber hinzunehmen. Nicht jede Verzögerung durch einen gelegentlichen Misserfolg oder vorübergehenden „Leerlauf“ ist schon als ungewöhnliche und untolerierbare Verlängerung der Ausbildungszeit aufzufassen (BGE 114 II 205; FORNI, Die Unterhaltspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes, ZBJV 1996, 429 ff., 439 mit weiteren Hinweisen; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 06.70). Bestehen begründete Zweifel, ob die Ausbildung noch innert vernünftiger Frist abgeschlossen werden kann, darf die Fortdauer der Unterhaltspflicht immerhin davon abhängig gemacht werden, dass das Kind weitere Prüfungen rechtzeitig besteht (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 116 f.).

Nachdem der Kläger bei der Matura vier Jahre Rückstand auf seine Schulkollegen hatte, fragt es sich tatsächlich, ob die gewählte Ausbildung seinen Talenten entspricht und mit hinreichendem Engagement vorangetrieben wurde. Entscheidend dafür sind die Gründe der Verzögerung. Der Kläger wurde erst im achten Lebensjahr – das heisst ein Jahr später als normal – eingeschult, was mit seinem Asthmaleiden und mehreren Spitalaufenthalten durchaus zu erklären ist. Die Primar- und Sekundarschule durchlief er trotz krankheitsbedingten Ausfällen ohne Unterbruch. Darauf trat er nach der dritten statt schon nach der zweiten Sekundarklasse ins Gymnasium über, was jedoch für sich genommen nicht aussergewöhnlich ist. Er bestand die Aufnahmeprüfung indessen erst im zweiten Versuch nach einem Wartejahr und darin liegt wohl ein Ungenügen, das sich aber noch in einer Entwicklungsphase während der Unmündigkeit ergab und nicht allzu streng bewertet werden darf. Schliesslich musste er die zweite Kantonsschulklasse repetieren und das war ein eigentliches, in dieser Art aber doch einmaliges Misslingen. Der Kläger absolvierte die dritte und vierte Gymnasialklasse sodann ohne Einbruch und schaffte auch die Maturaprüfung auf Anhieb, obschon nicht mit einem Glanzresultat. Dauer und Erfolg des Mittelschulunterrichts scheinen damit zwar nicht ganz

unbedenklich, aber doch noch annehmbar, weil der Kläger zuerst gesundheitlich handicapiert war und seine früher schwachen Leistungen in den beiden letzten Jahren steigerte. Unter diesen Umständen erscheint ein Universitätsstudium nicht schon zum Voraus als verfehlt. Freilich ist nun vom Kläger zu verlangen, dass er alle möglichen und zumutbaren Anstrengungen unternimmt, um sein Berufsziel innert kürzester Zeit zu erreichen. Das muss zweierlei bedeuten: Erstens soll der Kläger mit dem fristgemässen Abschluss der einjährigen Assessment-Stufe beweisen, dass er sich wirklich für eine akademische Ausbildung eignet, und zweitens soll er diese alsdann in der Regelstudienzeit, die auf der Bachelor-Stufe vier Semester und auf der Master-Stufe drei Semester beträgt, abschliessen. Gelingt ihm der Übertritt in das Hauptstudium nicht oder wenigstens nicht ohne Verzug, so fällt die Unterhaltspflicht des Vaters dahin. Ergibt sich danach eine mässige und begründbare Verlängerung, so endet die Unterhaltspflicht zwar nicht sogleich, dauert aber jedenfalls nicht über das Ende des Regelstudiums hinaus. Vorausgesetzt wird zudem, dass der Kläger genügende Fortschritte macht und sich darüber nach jedem Semester zumindest mit einer Liste der Prüfungsnoten ausweist. Solche Bedingungen aufzustellen, auch wenn der Beklagte sie nicht im Einzelnen gefordert hat, ist ohne weiteres zulässig, weil das im Vergleich zu seinem Antrag auf Abweisung der Klage ein Minus darstellt.

BEMESSUNG DES MÜNDIGENUNTERHALTS

Art. 277 Abs. 2 ZGB. Ein mündiges Kind kann erwarten, dass seine sehr begüterten Eltern während der Ausbildung einen erhöhten Grundbedarf decken, aber nicht verlangen, dass alle Komfortbedürfnisse erfüllt werden. Der Unterhaltsbeitrag ist im Verhältnis der Einkommensüberschüsse auf die Eltern aufzuteilen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 18.02.2005, BF.2004.15

Sachverhalt:

Die heute fast 27-jährige Tochter studiert seit Herbst 2001 Psychologie an der Universität. Die Ehe ihrer Eltern wurde geschieden. Der Vater trug an den Ausbildungsunterhalt vorerst freiwillig rund Fr. 2'800.– im Monat bei. Nach einer heftigen Auseinandersetzung im Oktober 2002 reduzierte der Vater seine Beiträge auf Fr. 1'500.–. Darauf erhob das mündige Kind im Juni 2003 Klage und verlangte Unterhalt von Fr. 2'820.– im Monat bis zum ordentlichen Abschluss ihrer Ausbildung. Der Vater anerkannte einen Unterhaltsanspruch von Fr. 1'700.–. Das Kreisgericht befasste ihn bei seinem Angebot und wies die Klage im Übrigen ab. Dagegen erklärte die Tochter Berufung. Vermittlungsversuche blieben erfolglos.

Aus den Erwägungen:

Die Unterhaltungspflicht der Eltern dauert grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Befindet es sich dann noch in einer Erstausbildung, so haben die Eltern für seinen Unterhalt aufzukommen, soweit ihnen das zuzumuten ist (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Die Unterhaltungspflicht ist in finanzieller Hinsicht zumutbar, wenn ein Elternteil sich nicht übermässig einschränken muss (BGE 118 II 97), und in persönlicher Hinsicht dann, wenn das erwachsene Kind die Beziehung zu ihm nicht einseitig abgebrochen hat (BGE 129 III 375, 378 ff.). Sie endet, sobald die Ausbildung bei ernsthaftem Bemühen abgeschlossen werden kann, wobei ein gelegentlicher Misserfolg hinzunehmen ist (BGE 114 II 205).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Beklagte bejaht die wirtschaftliche Zumutbarkeit vorbehaltlos und bestreitet auch die persönliche Zumutbarkeit nicht grundsätzlich. Zwar ist das Verhältnis zwischen den Parteien seit einiger Zeit schwer gestört. Geschildert wird namentlich ein Vorfall, bei dem der Vater überraschend in der Wohnung auftauchte und die Tochter damit drohte, die Polizei zu rufen. Dabei verhielt er sich wohl allzu aufdringlich und sie übertrieben abweisend. Auch wenn die Tochter den Vater aus diesem Anlass beschimpft haben soll, so reagierte dieser auf ihre zunehmend übersteigerten materiellen Ansprüche doch mit ähnlich taktlosen Bemerkungen. Familiäre Beziehungen haben eine zirkuläre Natur. Die

Verhaltensweisen bedingen sich gegenseitig, weshalb eine linear-kausale Betrachtungsweise nicht angebracht wäre. Die Schuld am Zerwürfnis kann gewöhnlich nicht einem allein zugewiesen werden und eine künstliche Abwägung soll nicht stattfinden (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 277 ZGB N 19). Schliesslich hat die Klägerin das Studium auch mit genügendem Einsatz betrieben. Ein einmaliges Versagen in einer Zwischenprüfung kann ihr nicht vorgeworfen werden und die Studienzzeit, die minimal vier Jahre beträgt, aber erfahrungsgemäss meist länger dauert, ist noch nicht abgelaufen.

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht vielmehr die Frage nach dem angemessenen Unterhaltsbedarf. Die Klägerin möchte am hohen Lebensstandard der Eltern teilhaben. Dafür stellt sie auf einen Haushaltsplan der Frauenzentrale ab, welcher konkrete Ausgaben von rund Fr. 3'300.– im Monat auflistet. Der Beklagte erwartet aus pädagogischen Gründen, dass die Tochter als Vorbereitung auf die spätere Selbständigkeit ein eher bescheidenes Dasein führt und verweist auf ein Budget für Studierende, das monatliche Auslagen zwischen rund Fr. 1'400.– und Fr. 2'300.– als üblich bezeichnet. Sodann bleibt noch die Frage zu klären, wie der Bedarf auf die beiden Eltern aufzuteilen sei. Die Klägerin möchte sich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag der Mutter von Fr. 500.– anrechnen lassen. Der Beklagte geht hingegen davon aus, dass die geschiedene Ehefrau, der in der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Vermögen von über drei Millionen Franken zugefallen sei, wesentlich mehr leisten könnte. Das Kreisgericht rechnete mit einem stark erhöhten Grundbedarf des mündigen Kindes von Fr. 3'200.– im Monat. Es stellte fest, dass der Vater ein sehr hohes Einkommen erziele, während die Mutter ein erheblich grösseres Vermögen besitze, und teilte den Unterhaltsbeitrag hälftig auf die Eltern auf, weil man „zwischen reich und noch reicher“ nicht unterscheiden könne. Nachdem der Vater mehr als die Hälfte des Unterhalts offeriert habe, sei nicht mehr zu prüfen, ob die Tochter etwas aus eigenem Verdienst beizusteuern vermöchte.

Der Unterhalt bestimmt sich nach dem Bedarf des Kindes, nach der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern sowie nach der Eigenversorgung des Kindes (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Diese Faktoren beeinflussen sich gegenseitig, weshalb erst aus ihrem Zusammenspiel hervorgeht, welche Bedürfnisse des Kindes zu decken sind (BGE 116 II 110, 112). Allerdings ist der Unterhalt für das unmündige Kind Ausdruck einer selbstverständlichen Fürsorgepflicht. Weil das Kind noch keinen eigenen Platz im Leben hat, wird die ihm gebührende Stellung abgeleitet aus jener der Eltern. Der Unterhalt für das mündige Kind hat hingegen einen gewissen Übergangscharakter und bildet eine Brücke von der abhängigen Kindheit zur vollen Autonomie. Die Stellung eines erwachsenen Kindes richtet sich nicht mehr einfach nach derjenigen der Eltern, sondern orientiert sich auch an seiner eigenen Lebensposition. Es gilt, einen vernünftigen Ausgleich zwischen der erstrebenswerten Entwicklung zur selbständigen Persönlichkeit und den finanziellen Möglichkeiten der Eltern zu finden. Weder soll das mündige Kind

einem unnötigen Sparzwang ausgesetzt sein, noch soll ein begüterter Elternteil eine bloss Sponsorenrolle übernehmen müssen (vgl. BGE 111 II 413, 417). Dabei kommt es auch auf das Alter an. Zwar gibt es keine absolute Altersgrenze (vorgeschlagen wurde einmal das 25. Altersjahr; vgl. Botschaft Kindesrecht, BBl 1974 II 57). Je älter ein Kind aber wird, desto mehr lockert sich der Familienzusammenhang und damit die Anknüpfung an den im Elternhaus gepflegten Lebensstandard. Das muss heissen, dass auch der Unterhalt sich immer mehr „verflacht“ (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 277 ZGB N 22; vgl. auch REUSSER, Die Herabsetzung des Mündigkeitsalters, ZBJV 1995, 699 ff., 702).

Für die Bemessung des Mündigenunterhalts stünden an sich drei Methoden zur Wahl: die Berechnung auf Grund des Existenzminimums, der Vergleich mit durchschnittlichen Bedürfnissen oder die Bestimmung eines konkreten Lebensbedarfs. Gelegentlich wird erklärt, zu decken seien nur die „unvermeidbaren“ Auslagen (BGer, Plädoyer 3/1998, 61). Damit würde allerdings die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern vernachlässigt, die wohl mit zunehmendem Alter des Kindes an Bedeutung verliert, aber doch nicht belanglos ist (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 06.84). Das spricht dafür, den Grundbedarf als Ausgangspunkt zu nehmen und ihn bei gehobener finanzieller Lage der Eltern angemessen zu erweitern und zu erhöhen. Abzulehnen ist hingegen die Meinung des Beklagten, die Tochter habe auf einem für Studierende üblichen Niveau zu leben, ebenso wie jene der Klägerin, es komme nur auf ihre subjektiven Komfortbedürfnisse an, die der Vater problemlos erfüllen könne.

Das betriebsrechtliche Existenzminimum setzt sich zusammen aus einem fixen Grundbetrag für die allgemeinen Lebenskosten und einer Reihe von Zusätzen für laufende Ausgaben, namentlich für das Wohnen, die Sozialabgaben und die Studienauslagen. Der Grundbetrag ist für eine alleinstehende Person allgemein auf Fr. 1'100.– angesetzt, darin sind die Kommunikationskosten und Freizeitauslagen aber schon inbegriffen. Die Wohnausgaben sollen angemessen sein und Fr. 600.– nicht übersteigen. Das ist das Maximum nach den Richtlinien der schweizerischen Budgetberatungsstellen, die hier als Erfahrungswerte durchaus tauglich scheinen. Was unter diesem Titel nicht verbraucht wird, darf anderswo ausgegeben werden (zum höheren hypothetischen Wohnbedarf im Familienrecht allgemein ZürcherKomm/BRÄM, Art. 163 ZGB N 118A Ziff. 2.1 und zur beschränkten Wahlfreiheit während der Ausbildung im Besonderen FORNI, Die Unterhaltspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes, ZBJV 1996, 429 ff., 442). Hingegen lässt es sich nicht rechtfertigen, noch einen nahezu gleich hohen Wohnanteil für Wochenendbesuche einzusetzen. Das ist kein vernünftiges Gegenstück für den Wert einer sporadischen Naturalleistung. Zwar wäre wohl mit einer Verbilligung der Krankenkassenprämien zu rechnen; zu berücksichtigen sind aber auch allfällige Franchisen und Selbstbehalte (Oger ZH, ZR 2004 Nr. 50) und damit ist ein Betrag von

Fr. 200.– hinreichend zu erklären. Die Fahrtkosten für den Stadtverkehr und die gelegentliche Heimkehr an den Wochenenden machen rund Fr. 100.– aus; ein in diesem Alter nicht mehr vergünstigtes Generalabonnement anzuschaffen, ist hingegen weder notwendig noch verhältnismässig. Die Studienkosten werden auf zirka Fr. 300.– geschätzt und das stimmt mit den Angaben der Universität überein. Steuern fallen keine an; der Leistende kann die Unterhaltsbeiträge an das mündige Kind nicht abziehen und die Empfängerin muss sie folgerichtig nicht versteuern. Dem Unterhaltspflichtigen wird ein Beitrag erst zugemutet, wenn er einen um 20% erhöhten Grundbedarf für sich behalten kann (BGE 118 II 97), und das mag in gehobenen Verhältnissen spiegelbildlich auch für die Unterhaltsberechtigten gelten. Damit umfasst der Unterhalt über das Notwendige hinaus einen Freibetrag für das Nützliche, aber nicht auch noch eine Reserve für das bloss Angenehme (Bernerkomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 110).

Die Eigenverantwortung des erwachsenen Kindes geht der Unterhaltspflicht der Eltern vor (Bernerkomm/HEGNAUER, Art. 277 ZGB N 92). Es hat einem Erwerb nachzugehen, soweit die Ausbildung das erlaubt (BGE 111 II 410). Die Klägerin räumte selbst ein, dass sie in den Semesterferien verschiedene Tätigkeiten ausgeübt und damit Fr. 3'000.– im Jahr verdient habe. Diesen weiterhin möglichen und zumutbaren Verdienst muss sie sich ungekürzt abziehen lassen (BGE 111 II 410, 411; OGer ZH, ZR 1991 Nr. 5; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 6.84; FamKommScheidung/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB N 53). Der Studienerfolg und damit der eigentliche Unterhaltszweck hat aber doch Vorrang, weshalb eine ausgedehnte Arbeitstätigkeit nicht leichthin verlangt werden darf und nur in einer – hier gewiss nicht gegebenen – Mangelangelegenheit geboten wäre.

Gesucht ist damit noch ein Schlüssel für die Aufteilung des ungedeckten Bedarfs auf die Eltern. Der Vater erreichte als Spezialarzt früher einen Verdienst von mehr als einer Million Franken. Er gibt an, die Praxis werfe nur noch einen wesentlich tieferen Ertrag ab. Dabei mag offen bleiben, ob das ärztliche Einkommen seit der Umstellung auf den neuen Tarif allgemein unter Druck geraten sei oder nicht. Das so genannte Referenzeinkommen von Fr. 250'000.– als Zielgrösse zu nehmen, scheint jedenfalls völlig unrealistisch. Die Mutter erzielt als Logopädin einen Lohn von rund Fr. 55'000.– netto im Jahr und beziffert ihren Wertschriftenertrag mit Fr. 40'000.–. Ein Vermögensverbrauch darf nur erwartet werden, wenn die Einkünfte nicht ausreichen, um den notwendigen Bedarf des Kindes zu garantieren, und wenn das Vermögen zugleich unwirtschaftlich angelegt ist (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 285 ZGB N 12; Bernerkomm/HEGNAUER, Art. 285 ZGB N 54; FamKommScheidung/WULLSCHLEGER, Art. 285 N 33; vgl. auch GEISER, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen, AJP 1993, 903 ff., 904). Hier besteht offensichtlich für die Mutter kein Anlass, die Vermögenssubstanz anzugreifen. Der Mündigenunterhalt ist vielmehr im Verhältnis der Einkommen bzw. der Einkommensüberschüsse auf die Eltern aufzuteilen und

so betrachtet erscheint die Bereitschaft der Mutter, sich monatlich mit Fr. 500.– in bar am Unterhalt der Tochter zu beteiligen, bei einem Einkommen von rund Fr. 100'000.–, das jedenfalls um ein Mehrfaches tiefer liegt als dasjenige des Vaters, durchaus genügend.

Der Vater hat demnach der Tochter einen Beitrag von Fr. 2'000.– im Monat zu bezahlen, und zwar wie beantragt ab November 2002, weil Kindesunterhalt rückwirkend auf ein Jahr vor Klageanhebung verlangt werden kann (Art. 279 Abs. 1 ZGB), und für die Zukunft bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Studium ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Als geeigneter Abschluss gilt in der Regel das Lizentiat (BGE 117 II 372; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Rz. 20.31).

RÜCKWIRKENDE ABÄNDERUNG DES KINDESUNTERHALTS

Art. 279 Abs. 1 ZGB. Die rückwirkende Abänderung des Unterhalts zu Gunsten eines Kindes ist zulässig und dann angebracht, wenn ein Elternteil das in seine elterliche Sorge gestellte Kind zwar zum anderen ziehen liess, sich aber weigerte, etwas an die Aufenthaltskosten beizutragen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 6.06.2005, BF.2005.12

Sachverhalt:

Das Scheidungsgericht stellte im Jahre 1999 die beiden Kinder, den 1988 geborenen Sohn und die 1990 geborene Tochter, in die elterliche Sorge der Mutter und auferlegte dem Vater eine Unterhaltspflicht. Seit Beginn des Jahres 2003 bemühte sich der Vater um eine gütliche Lösung, die es dem Sohn auf dessen eigene Bitte ermöglichen sollte, bei ihm zu leben. Diese Umplatzierung fand anfangs August 2003 auch tatsächlich statt. Die Mutter erklärte sich damit einverstanden, dass der Sohn beim Vater wohne, wollte hingegen von einer Übertragung des Sorgerechts und einer Neuordnung des Kinderunterhalts nichts wissen. Nachdem weitere Verständigungsversuche erfolglos geblieben waren, rief der Vater im April 2004 den Vermittler an und verlangte rückwirkend seit Einzug des Sohnes eine Abänderung des Scheidungsurteils. Das Kreisgericht stellte das Kind mit Wirkung ab August 2003 in die elterliche Sorge des Vaters. Zugleich verpflichtete es die Mutter, für den Sohn ab diesem Zeitpunkt Unterhalt zu bezahlen und zusätzlich die vorübergehend noch von ihr bezogenen, aber um je Fr. 90.– für erbrachte Bar- und Naturalleistungen reduzierten Kinderzulagen weiterzuleiten. Die Verfahrenskosten wurden zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt.

Gegen dieses Urteil erklärt die Beklagte Berufung. Sie wendet sich damit nicht gegen die Umteilung der elterliche Sorge, sondern nur gegen die Rückwirkung der Unterhaltsregelung auf die Zeit vor Anhebung der Abänderungsklage sowie gegen die Kostenverlegung. Im Einzelnen verlangt sie, die betragsmässig unveränderte Pflicht zur Bezahlung des Kinderunterhalts sowie teilweisen Weitergabe der Kinderzulage sei ihr erst ab April 2004 zu auferlegen und die Verfahrenskosten seien ihr nur zur Hälfte zu überbinden. Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung und erhob zudem Anschlussberufung mit dem Antrag, die Mutter sei zu verpflichten, die lediglich um den Betrag der von ihr übernommenen Krankenkassenprämie von monatlich Fr. 50.– gekürzten Kinderzulagen weiterzugeben, was wiederum die Beklagte ablehnt.

Aus den Erwägungen:

1. Die Mutter stimmte einem Umzug des Sohnes zum Vater ausdrücklich zu, übertrug diesem damit faktisch die Obhut und holte das Kind später nie mehr zu sich. Das Kreisgericht passte die rechtliche Situation nachträglich der schon lange geschaffenen tatsächlichen Lage an und wies dem Vater ab dem Umzugstermin die alleinige elterliche Sorge für das Kind zu. Das ist nicht angefochten und kann, weil schon teilrechtskräftig geworden, nicht mehr überprüft werden. Offen bleibt einzig die Frage, ob es zulässig gewesen sei, die Mutter rückwirkend auf eine Zeit vor Klageanhebung zur Bezahlung von Kindesunterhalt zu verpflichten. Die Beklagte beruft sich auf die Regel, dass die Wirkung einer Abänderungsklage frühestens im Zeitpunkt der Einreichung eintreten könne, und der Kläger geht vom Gedanken aus, dass ein Kind besonders schutzbedürftig sei und für eine gescheiterte Aussöhnung zwischen den Eltern nicht mit einem Verlust des Unterhaltsanspruchs büssen müsse.

Der in Art. 279 Abs. 1 ZGB festgeschriebene Grundsatz, dass ein Kind für das Jahr vor Anhebung der Klage Unterhalt verlangen könne, wird bei der Abänderung sinngemäss angewendet, und zwar auch dann, wenn die Unterhaltspflicht in einem Scheidungsurteil geregelt wurde (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch der Unterhaltsrechts, Rz. 09.60; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 286 ZGB N 93; FamKommScheidung/WULLSCHLEGER, Art. 286 ZGB N 15). Das gilt freilich nur zu Gunsten des Kindes und nicht zu seinem Nachteil (BGE 127 III 503; 128 III 305, 311). Ein fortgesetzter Streit zwischen den Eltern liegt nie im Kindeswohl. Ein Elternteil handelt daher im Interesse des Kindes, wenn er zunächst versucht, sich mit dem anderen zu verständigen, statt sofort das Gericht anzurufen (BGE 127 III 503, 505; Botschaft Kindesrecht, BBI 1974 II 58 f.; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 09.59; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 286 ZGB N 93). Genau das ist hier geschehen: Der Vater meldete den Änderungswunsch frühzeitig an, nahm den Bub in der Folge bei sich auf und schlug alsdann wiederholt vor, eine vertragliche Abmachung zu treffen, die von der Vormundschaftsbehörde hätte genehmigt werden können, um so eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden und das Kind vor einem Loyalitätskonflikt zu verschonen. Die Mutter liess den Sohn zwar ziehen, lehnte es aber trotzdem ab, etwas an die nun beim Vater anfallenden Aufenthaltskosten beizutragen. Sie konnte ab dem Zeitpunkt des von ihr gebilligten Platzwechsels nach Treu und Glauben nicht mehr damit rechnen, dass die wiederholt verweigerte Teilnahme an Verhandlungen und die damit bewirkte Verzögerung am Ende ihr zugute komme (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 286 ZGB N 7; Berner Komm/HEGNAUER, Art. 286 ZGB N 93). Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

2. Man mag der Beklagten immerhin zugestehen, dass sie vorerst noch auf eine freiwillige Rückkehr des Kindes hoffte und im Hinblick darauf etwa sein Zimmer reserviert hielt. Wohl ist es keineswegs nachvollziehbar, dass ihr nach dem Auszug des Sohnes noch fast gleich hohe Auslagen wie in der Zeit des Zusammenlebens entstanden sein sollen. Umgekehrt

wirkt es aber doch recht kleinlich, wenn der Kläger den Abzug von der Kinderzulage betragsmässig genau auf die nachweislich bezahlte Krankenkassenprämie beschränken und nicht einmal eine bescheidene Aufrundung für einige Monate hinnehmen will. Die Festsetzung von Unterhalt ist nie bloss das Ergebnis einer Rechenoperation, sondern bleibt ein Stück weit Ermessenssache. Die Rechtsmittelinstanz hat keinen Anlass, derart geringfügige Korrekturen vorzunehmen. Damit ist auch die Anschlussberufung abzuweisen.

3. Die Beklagte rügt sodann den Kostenspruch des Kreisgerichts. In Familiensachen werden die Kosten allgemein nicht nur nach dem Prozesserfolg, sondern auch im Sinne der Verhältnismässigkeit verlegt (Art. 266 ZPO; vgl. dazu SCHÖNENBERGER, Prozesskosten, in HANGARTNER [Hrsg.], Das st.gallische Zivilprozessgesetz, 203 ff.). Das trifft namentlich in Kinderbelangen zu: Solange beide Parteien aus ihrer subjektiven Sicht gute Gründe für ihren Standpunkt hatten, sollen ihnen die Kosten eines Abänderungsprozesses zu gleichen Teilen angelastet werden (OGer ZH, ZR 1985 Nr. 41; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 64 N 30; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Art. 266 N 1b). In diesem Fall stellte das Gericht für die Umteilung nicht etwa auf Erziehungsmängel der Mutter, sondern allein auf die Meinung des schon urteilsfähigen Jugendlichen ab. Es wäre ebenso prozessual unhaltbar wie psychologisch unklug, den vom ihm erwählten Elternteil als „Gewinner“ und den anderen als „Verlierer“ hinzustellen. Mit der Neuordnung der Unterhaltspflicht wurde schliesslich nur die Konsequenz aus der Zuweisung der elterlichen Sorge gezogen. Die Gerichtskosten sind den Eltern deshalb zu gleichen Teilen zu auferlegen.

ANPASSUNG DES KINDESUNTERHALTS AN LEBENSKOSTEN IM AUSLAND

Art. 286 Abs. 2 ZGB. Der Kindesunterhalt kann nach einem Wegzug ins Ausland angepasst werden, wenn die Lebenskosten dort wesentlich tiefer sind. Dafür liefert ein internationaler Kaufkraftvergleich nach UBS-Tabellen einen tauglichen Anhaltspunkt. Wenn aber seit der Festsetzung des Unterhalts schon geraume Zeit verstrich, so ist der angemessene Bedarf des Kindes nach schweizerischen Gepflogenheiten neu zu bestimmen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, Entscheid vom 29.06.2005, BF.2005.18

Sachverhalt:

Die Parteien sind seit 1999 geschieden. Das Scheidungsgericht stellte das gemeinsame Kind in die elterliche Sorge der Mutter und genehmigte eine Vereinbarung, in der ein indexierter Kinderunterhalt von Fr. 750.– im Monat plus Zulage, hingegen kein nahehelicher Unterhalt festgesetzt wurde. Anfangs 2004 zog die Mutter zusammen mit der Tochter in die Türkei. Danach klagte der Vater auf Abänderung des Scheidungsurteils und verlangte mit Blick auf die tieferen Lebenshaltungskosten im Ausland eine Herabsetzung des Kindesunterhalts. Gegen das Urteil des Kreisgerichts, in dem die Klage abgewiesen wurde, erklärt er Berufung.

Aus den Erwägungen:

Das Gericht am schweizerischen Wohnsitz des unterhaltspflichtigen Vaters ist zuständig zur Abänderung des Kindesunterhalts (Art. 64 Abs. 1 IPRG). Nach dem Haager Unterhaltsstatut-Übereinkommen wäre zwar grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes heranzuziehen. Die Schweiz hat aber im Sinne von Art. 15 den Vorbehalt angebracht, dass schweizerisches Recht angewendet wird, wenn beide Beteiligten eine schweizerische Staatsangehörigkeit haben und der Pflichtige seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Das trifft hier offensichtlich zu.

Das Gericht setzt den Kinderunterhalt bei dauernder und erheblicher Veränderung der Verhältnisse neu fest (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Für die berechtigte Person ist grundsätzlich die Situation an ihrem Wohnort massgebend (Basler Komm/BREITSCHMID, Art. 285 ZGB N 25). Der Aufenthalt im Ausland kann somit zu einer Anpassung des Unterhaltsbeitrags führen, sofern der Bedarf dort wesentlich tiefer ist (FamKomm Scheidung/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB N 14 und Art. 286 ZGB N 7). Immerhin erlaubt die

Leistungsfähigkeit des in der Schweiz lebenden Unterhaltsschuldners gewöhnlich eine etwas grosszügigere Bemessung des Unterhalts (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 285 ZGB N 25).

Das bedeutet, dass zunächst das Kaufkraftniveau im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Türkei bestimmt werden muss. Umstritten ist hier, auf welche statistischen Werte abzustellen ist: Der Kläger beruft sich auf eine st.gallische Liste betreffend Zulagenansätze im Ausland, der zufolge Kinder in der Türkei nur einen Anteil von einem Viertel erhalten. Freilich lässt sich daraus keine feste Regel ableiten, wonach Zulagen für Kinder im Ausland immer entsprechend der Kaufkraft herabgesetzt würden. So werden etwa in der Landwirtschaft die Zulagen unabhängig vom Wohnort der Kinder ausbezahlt. Die kantonale Liste ist auch in sich widersprüchlich. Für Kinder in Portugal werden beispielsweise die vollen Zulagen ausgerichtet, obschon das Preisniveau dort tiefer liegt als in der Türkei. Offenbar spielen neben sachlichen Gründen auch gewisse politische Überlegungen mit. Die kantonalen Zulagenansätze beruhen sodann auf den Zahlen des World Bank Atlas 2004, der geografisch betrachtet nicht auf städtische Verhältnisse zugeschnitten und zeitlich gesehen nicht mehr ganz aktuell ist.

Für eine einfache und doch einigermaßen brauchbare Ermittlung der Lebenshaltungskosten wird in der Gerichtspraxis vielmehr an die von einer Grossbank (www.ubs.com –Privatpersonen/Wealth Management –in der Schweiz –Research –Preise und Löhne) herausgegebenen internationalen Kaufkraftvergleiche oder Verbrauchergeldparitäten angeknüpft, die auch den Wechselkurs einbeziehen und damit effektiv sagen, um wie viel ein Land billiger oder teurer ist als das andere (BGer, 18.2.2002, 5.C/290.2001; BGer, 11.6.2002, 5C.6/2002; OGer ZH, SJZ 1992, 67; BaslerKomm/BREITSCHMID Art. 285 ZGB N 26; FamKommScheidung/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB N 14). Diese Vergleiche gehen zudem anders als der World Bank Atlas von einem nach westlichen Konsumgewohnheiten zusammengestellten Warenkorb aus und auch das ist hier angezeigt. Das Kind soll grundsätzlich den gewohnten Lebensstandard nach schweizerischem Zuschnitt beibehalten können, weil es in der Schweiz aufwuchs und weil der Vater noch immer im Inland lebt.

Die Tochter wollte ursprünglich zur Förderung ihrer offensichtlichen Begabung in Izmir eine Mittelschule mit Schwerpunkt Musik besuchen. Nun soll sie zusammen mit Mutter und Stiefvater nach Istanbul umgezogen sein und dort neben dem Gymnasium Musikunterricht erhalten. Wo sie zur Schule geht und wie sich ihre Ausbildung im Einzelnen gestaltet, ist aber gar nicht entscheidend: Sowohl Istanbul wie Izmir sind Millionenstädte mit verhältnismässig hohen Lebenskosten. Das Niveau für Istanbul ergibt sich aus einem Mittelwert zwischen den Preisen ohne Miete von rund 75% und denjenigen mit Miete von gegen 90% (UBS, Preise und Löhne rund um die Welt, Update 2005). Der Lebensbedarf des Kindes in der Türkei kann also mit zirka 80% des für die Schweiz angemessenen Unterhaltsbeitrags gedeckt werden.

Zu fragen bleibt, ob diese Veränderung als erheblich zu gelten hat. Das Gericht ändert die ursprüngliche Regelung des Unterhalts so ab, dass sie den Kriterien von Art. 285 Abs. 1 ZGB wieder entspricht (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 286 N 89). Dabei ist es zwar grundsätzlich an die von der Veränderung nicht betroffenen Faktoren der früheren Regelung gebunden. Je weiter diese zurückliegen, um so mehr Gewicht kommt aber den heutigen Verhältnissen zu (BernerKomm/HEGNAUER Art. 286 N 90 mit weiteren Hinweisen). In diesem Fall wurde der Unterhaltsbetrag von Fr. 750.– im Monat bei der Scheidung der Eltern im Jahre 1999 festgelegt, folgte seither lediglich der Teuerung und beläuft sich nun auf Fr. 795.–. Massstab bildet damit nicht mehr allein der seit längerer Zeit geltende bisherige Unterhaltsbeitrag im Sinne eines reinen Bestandesschutzes, sondern auch der künftig angemessene Bedarf des Kindes nach schweizerischen Gepflogenheiten. Der Grundbedarf einer 15-jährigen Jugendlichen umfasst in der Schweiz wenigstens den betriebsrechtlichen Kinderzuschlag von Fr. 500.–, der freilich sehr knapp bemessen ist und nach Möglichkeit um 20% angehoben werden sollte (KGer SG, FamPra.ch 2001, 396, 397), die Krankenkassenprämien von etwa Fr. 50.– sowie einen verhältnismässigen Wohnanteil von rund Fr. 350.–. Damit ist ein minimaler Barbedarf von Fr. 1'000.– ausgewiesen, der dem Preisniveau von 80% anzupassen, demnach auf Fr. 800.– festzusetzen wäre und folglich mit dem bisher geschuldeten Unterhaltsbeitrag samt reduzierter Kinderzulage gerade noch bestritten werden könnte. Dabei ist aber nicht berücksichtigt, dass der Kläger, der bei der Scheidung Fr. 6'800.– bzw. indexbereinigt Fr. 7'200.– im Monat verdiente, heute Erwerbseinkünfte von mindestens Fr. 7'700.– erzielt. Er lebt damit nicht in ganz bescheidenen, sondern in mittleren finanziellen Verhältnissen, weshalb auch das Kind grundsätzlich nicht bloss Anspruch auf das Existenzminimum, sondern einen solchen auf Teilhabe an seinem gehobeneren Lebensstandard hätte. Würden etwa die Zürcher Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (www.ajb.zh.ch –Zahlen & Fakten –durchschnittlicher Unterhaltsbedarf) angewendet, so ergäbe sich ein wesentlich höherer Betrag. Zudem wird die Veränderung eines Bemessungsfaktors, also die Verminderung der Lebenskosten, durch eine andere gegenläufige, nämlich den Einkommenszuwachs beim Unterhaltspflichtigen, teilweise ausgeglichen (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 286 ZGB N 87). Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Abklärungen. Es steht fest, dass das Kind zumindest auf Unterhalt in bisheriger Höhe angewiesen bleibt und dass dem Vater dessen Bezahlung weiterhin zugemutet werden kann.

LEGALZESSION FÜR KINDESUNTERHALT

Art. 289 Abs. 2 ZGB. Das bevorschussende Gemeinwesen ist nicht befugt, eine Herabsetzung des Kindesunterhalts zu verlangen. Es kann sich auch nicht auf eine Vollmacht der Obhutsinhaberin berufen, um zum Nachteil der Kinder eigene finanzielle Interessen zu verfolgen.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, Entscheid vom 28.06.2005, RF.2005.41

Sachverhalt:

Im Herbst 2004 verlangte die Ehefrau eine Ordnung des Getrenntlebens, weil der Ehemann überraschend in seine kroatische Heimat abgereist war und die Familie mit drei Kindern (geb. 1990, 1996 und 1999) mittellos zurückgelassen hatte. Die Familienrichterin stellte die Kinder in die Obhut der Mutter und verpflichtete den Vater, Kinderunterhalt von je Fr. 350.– im Monat zu leisten. Darauf ersuchte die Mutter an ihrem Wohnort um Alimenterbevorschussung. Nachdem die Unterhaltsbeiträge in vollem Umfang bevorschusst wurden, beantragte das Sozialamt der Gemeinde sogleich eine Abänderung der Eheschutzverfügung mit dem Ziel, den Kinderunterhalt der effektiven Leistungsfähigkeit des Vaters entsprechend herabzusetzen. Die Richterin wies das Gesuch ab, weil es dem Vater nach wie vor möglich und zumutbar sei, in die Schweiz zurückzukehren und hier einen Verdienst zu erlangen, mit dem er wenigstens einen minimalen Kinderbedarf decken könne. Dagegen erhebt das Sozialamt Rekurs.

Aus den Erwägungen:

Der Unterhaltsanspruch geht zwar „mit allen Rechten“ auf das Gemeinwesen über, sobald und soweit dieses für den Unterhalt aufkommt (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Es handelt sich aber um einen Fall der Legalzession. Gemeint sind deshalb wie in Art. 170 Abs. 1 OR nur die Nebenrechte (FamKommScheidung/SCHWENZER, Art. 131 ZGB N 12) und darunter werden die akzessorischen, der Sicherung einer Forderung dienenden Rechte verstanden (Basler Komm/GIRSBERGER, Art. 170 OR N 8). Auflösende Gestaltungsrechte, die nicht mit der Forderung als solcher verknüpft sind, sondern sich gegen das zugrunde liegende Schuldverhältnis als Ganzes wenden, gehen hingegen nicht über (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil II, Rz. 3668; BaslerKomm/GIRSBERGER, Art. 170 OR N 9; KELLER/SCHÖBI, Das schweizerische Schuldrecht IV, 70). Man kann sich wohl noch vorstellen, dass eine Behörde, welche Unterhalt gewissermassen auf Vorrat bevorschusst, zu Gunsten des Kindes Unterhaltsklage erhebt (BGE 123 III 163 = Pra 1997 Nr. 105). Daraus lässt sich jedoch keineswegs ableiten, sie sei auch befugt, zu dessen Lasten eine Herab-

setzung oder Aufhebung der gerichtlich bereits geordneten Unterhaltspflicht zu verlangen (so allerdings HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 23.06a; ebenso BernerKomm/HEGNAUER, Art. 289 ZGB N 95). Es genügt für den Fall offenkundiger Missbräuche, in denen übersetzte Unterhaltsbeiträge nur deshalb vereinbart wurden, um eine möglichst hohe Bevorschussung auszulösen, wenn Regeln eingeführt werden, die es zulassen, Vorschüsse zu verweigern oder auf ein vernünftiges Mass zu beschränken (BGE 106 II 285; HEGNAUER, Kindesrecht, Rz. 23.14). Von einem Missbrauch kann aber bestimmt nicht gesprochen werden, wenn das Gericht Beiträge festsetzte, welche sich in der Höhe der betriebsrechtlichen Kinderzuschläge bewegen, weder Wohn- noch Gesundheitskosten umfassen und folglich den reinen Existenzbedarf der Kinder bei weitem nicht decken.

Allerdings blieb unklar, ob das Sozialamt nur im Auftrag der Gemeinde oder auch im Namen der Mutter handeln wollte. Grundsätzlich ist es dem Gemeinderat als oberster Verwaltungsbehörde vorbehalten, Klagen zu erheben oder Rechtsmittel zu ergreifen (Art. 136 lit. f st.gallisches Gemeindegesetz), und zwar wohl im Hinblick darauf, dass die Chancen und Risiken eines gerichtlichen Verfahrens sorgfältig gegeneinander abgewogen werden sollten. In der öffentlichen Sozialhilfe – und dazu gehört an sich auch die Alimentenbevorschussung – wird wohl eine Ausnahme gemacht, indem der Rat seine Befugnisse an die zuständige Dienststelle delegieren kann (Art. 5 st.gallisches Sozialhilfegesetz). Auf eine derartige Ermächtigung beruft sich das Amt aber nicht ausdrücklich. Stattdessen wird eine Prozessvollmacht der Mutter vorgelegt, in der es sich beauftragen liess, Unterhaltsansprüche der Kinder geltend zu machen. Eine solche Vollmacht erlaubt es freilich nach ihrer Natur und ihrem Inhalt nur, die Interessen der vertretenen Person zu wahren, und ist gewiss nicht dazu bestimmt, in einer offensichtlichen Interessenkollision gegen sie auftreten zu können.

Schliesslich kann am Rande noch vermerkt werden, dass die Annahme der Vorinstanz, der Vater könnte ein Einkommen in der Grössenordnung des letzten Verdienstes von Fr. 3'500.– netto im Monat erzielen und den sehr bescheidenen Kinderunterhalt weiterhin aufbringen, durchaus vertretbar scheint. Zwar darf ein hypothetisches Einkommen nicht mehr angerechnet werden, wenn es einem Unterhaltspflichtigen, der seine bisherige Erwerbstätigkeit leichtsinnig aufgab, trotz aller Anstrengungen nicht mehr gelingt, eine entsprechend bezahlte Stelle zu finden. Es bliebe aber ihm überlassen, das klar nachzuweisen. Die blosser Vermutung, er erhielte keine Arbeitsbewilligung in der Schweiz mehr, selbst wenn er sich darum bemühen würde, reicht nicht aus. Vor allem dann, wenn ein Versorger sich ins Ausland absetzt und die Familie mutwillig im Stich lässt, wäre darüber hinaus zu erwägen, ob ihm wenigstens während begrenzter Zeit ein fiktives Einkommen unterstellt werden dürfte (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.63). Wer sich dermassen verantwortungslos verhält, kann sich nach Treu und Glauben nicht ohne weiteres auf das eigene Unrecht berufen, um daraus

Vorteile zu ziehen (BernerKomm/MERZ, Art. 2 ZGB N 582; vgl. zur deutschen familienrechtlichen Praxis MünchenerKomm/RICHTER, § 1381 BGB N 5).

Zusammenfassend ist das bevorschussende Gemeinwesen grundsätzlich nicht dazu legitimiert, eine Reduktion des Kindesunterhalts zu fordern. Das Sozialamt war auch nicht ermächtigt, das im Namen der Mutter zu tun und zu deren Nachteil eigene finanzielle Interessen zu verfolgen. In der Sache selbst ist es schwer verständlich, dass die Behörde mit Hinweis auf die angebliche Leistungsunfähigkeit des Unterhaltspflichtigen versuchte, einen offensichtlich nicht bedarfsdeckenden Kindesunterhalt auf einen geradezu kläglichen Betrag von Fr. 100.– im Monat zu senken, um auf diese Weise der Familie mit der einen Hand unentbehrliche Mittel zu entziehen, die es ihr mit der anderen, nämlich über die Sozialhilfe alsbald wieder hätte zuwenden müssen (vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 293 ZGB N 3 mit weiteren Hinweisen).

UNENTGELTLICHE VERTRETUNG

Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 281 ff. SG-ZPO. Aus dem Grundsatz der Waffengleichheit lässt sich kein Anspruch ableiten, in einem praktisch abgeschlossenem Eheschutzverfahren noch einen unentgeltlichen Vertreter beizuziehen, um damit die Sache neu aufrollen zu können.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident der II. Zivilkammer, Entscheid vom 19.01.2005, RF.2004.104

Sachverhalt:

Das Eheschutzverfahren wurde mit dem Gesuch eines Anwalts der Ehefrau eingeleitet, welcher später nie mehr in Erscheinung trat. Der Richter hörte die Eheleute zuerst einzeln an und lud sie danach gemeinsam zu einem Gespräch ein. Dabei einigten sich die Eheleute, dass die Ehefrau die Obhut über die Kinder ausübe und in der ehelichen Wohnung bleibe. Nach einer Kinderanhörung, einem verworfenen Vergleichsvorschlag und ergänzenden Recherchen zur wirtschaftlichen Situation der Parteien traf der Eheschutzrichter eine dringliche Anordnung, in der er das Recht des Vaters auf persönlichen Umgang wie seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern vorläufig regelte. Sodann wies er die Eheleute darauf hin, dass demnächst mit einer definitiven Entscheidung samt Festsetzung des Ehegattenunterhalts zu rechnen sei. In diesem Zeitpunkt erklärte ein Rechtsanwalt, er habe das Mandat des Ehemanns übernommen, und ersuchte darum, ihn zum unentgeltlichen Vertreter zu bestellen, damit er an der noch ausstehenden Gerichtsverhandlung teilnehmen könne.

Aus den Erwägungen:

Der Ablauf zeigt, dass alle notwendigen Schritte, die ein Eheschutzverfahren ausmachen, erfolgten, bevor der Anwalt des Ehemanns mandatiert wurde. Der Richter hatte häufigen, intensiven und gleichwertigen Kontakt mit beiden Ehegatten, hörte die Kinder an und klärte die finanziellen Fragen ab. Er führte auch eine mündliche Verhandlung durch, die ja grundsätzlich unverzichtbar ist (BGer, Pra 2001 Nr. 188; OGer ZH, ZR 2002 Nr. 2). Das gemeinsame und ohne den Anwalt der Ehefrau geführte Gespräch weist alle Merkmale einer solchen auf. Die Eheleute konnten sich in Rede und Gegenrede zu jedem Aspekt der Trennung äussern. Der Umstand, dass die Zusammenkunft nicht ausdrücklich als Verhandlung bezeichnet wurde, schadet nicht. Schliesslich war die Familie weitgehend reorganisiert: Die Zuteilung der Obhut und die Zuweisung der Wohnung blieben unbestritten, der persönliche Umgang des Vaters mit den Kindern wurde vorläufig geregelt und bereits so praktiziert. Offen blieb nur noch die genaue Bemessung des Familienunterhalts. Der Richter kündigte deshalb den Eheleuten

an, dass er das Verfahren beenden wolle. Der Anwalt der Ehefrau legte seine Kostennote vor und fügte bei, dass er demnächst eine Verfügung erwarte. Der Ehemann selbst eröffnete dem Richter, er überlasse ihm die Entscheidung und werde ihn nicht mehr weiter „stören“.

Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb nun noch eine Vertretung des Ehemanns notwendig sein soll. Dieser konnte seinen Standpunkt im Laufe des Verfahrens hinreichend deutlich machen und war der Ehefrau im direkten Verkehr keineswegs unterlegen. Das Prinzip der so genannten Waffengleichheit (BGE 120 Ia 217, 219; 119 Ia 134, 135; 112 Ia 14, 16), nach dem eine Partei einen Anwalt beiziehen kann, wenn auch die andere Partei anwaltlich vertreten ist, gilt nicht absolut. Es darf geprüft werden, ob rechtlicher Beistand aus der ganzen Situation heraus erforderlich sei (BGer, AJP 1995, 207; BGer, 7.8.2003, 5P.207/2003; CORBOZ, *Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire*, SJ 2003 II 67 ff., 80). Dabei drängt sich eine gewisse Zurückhaltung auf, wenn die familienrechtlichen Hauptpunkte schon geklärt und nur noch finanzielle Nebenpunkte von eher untergeordneter Bedeutung umstritten sind (BGE 104 Ia 72, 77; BGer, 1.2.2001, 5P.468/2000). Vor allem aber verleiht der Grundsatz der Waffengleichheit keinen Anspruch darauf, ein praktisch schon abgeschlossenes Eheschutzverfahren, das seiner Natur nach rasch erledigt werden muss, nochmals aufrollen zu können. Das Gesuch um unentgeltliche Vertretung wurde zu Recht abgewiesen.

ÜBUNGEN ZUM INTERNATIONALEN FAMILIENRECHT

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER / ROLF VETTERLI

1. DIE FLUCHT

Jean (französischer Staatsangehöriger) und Julie (französisch-schweizerische Doppelbürgerin), sind seit zwölf Jahren verheiratet und haben zwei Kinder, Simon (11) und Sophie (9). Die Familie lebte für kurze Zeit in der Schweiz und zog dann nach Frankreich. Dort spielten sich zuletzt mehrere schlimme Szenen häuslicher Gewalt ab, worauf die betroffene Ehefrau mit den Kindern zu ihren Eltern in die Schweiz heimkehrte. Der reumütige Ehemann fand sich damit ab. Nach dreimonatigem Aufenthalt erhebt Julie in St.Gallen Scheidungsklage.

Ist das schweizerische Gericht zuständig:

a) für die Scheidung?

Nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht ist das schweizerische Gericht am Wohnsitz der beklagten oder der klägerischen Partei für eine Scheidungsklage zuständig (Art. 59 IPRG). Klagen kann aber erst, wer sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder die schweizerische Staatsbürgerschaft hat (Art. 59 lit. b IPRG), weil der „Scheidungstourismus“ nicht gefördert werden soll. Fehlt diese Voraussetzung, so ist es auch der beklagten Partei nicht erlaubt, sich auf das Verfahren einzulassen (Art. 6 IPRG).

Der Wohnsitz liegt dort, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG). Entscheidend ist, ob sie einen Ort in erkennbarer Weise zum Zentrum ihrer Lebensinteressen gemacht hat oder zu machen beabsichtigt. Nachdem die Klägerin bei ihren Eltern Zuflucht gesucht hat, mag es zweifelhaft sein, ob sie bei ihnen auch dauernd bleiben will. Dann würde aber der Wohnsitz als Anknüpfungspunkt durch den gewöhnlichen Aufenthalt ersetzt (Art. 20 Abs. 2 IPRG) und diesen hat eine Person dort, wo sie seit längerer Zeit lebt (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG), was in der Regel nach drei Monaten angenommen werden kann.

Eine Schweizer Bürgerin kann an ihrem Wohnsitz bzw. am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts sogleich klagen. Wenn sie mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, genügt die schweizerische zur Begründung eines Heimatgerichtsstandes (Art. 23 Abs. 1 IPRG).

b) für die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern?

Nach dem Minderjährigenschutz-Abkommen (MSA) sind in erster Linie die Gerichte des Staates, in dem eine minderjährige Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, für Schutzmassnahmen zuständig (Art. 1).

Das schweizerische Recht hat den Anwendungsbereich in doppelter Hinsicht erweitert: Es spricht von Minderjährigkeit immer dann, wenn das 18. Altersjahr noch nicht vollendet ist, und zieht das MSA sinngemäss auch dann heran, wenn das unmündige Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Vertragsstaat hat (Art. 85 Abs. 2 IPRG).

Der Begriff der Schutzmassnahmen ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Darunter fällt jede Neuregelung des Eltern-Kind-Verhältnisses, also insbesondere die Zuweisung der elterlichen Sorge und die Ordnung des persönlichen Umgangs.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird selbständig umschrieben. Er stimmt mit der schweizerischen Definition nicht ganz überein und nähert sich jener des Wohnsitzes. Gemeint ist damit der tatsächliche Mittelpunkt der eigenen Lebensführung des Kindes, der sich entweder aus dem bereits entstandenen Beziehungsnetz oder aus der noch zu erwartenden sozialen Integration ergibt und unter Umständen mit einem ordentlichen Umzug sofort geschaffen werden kann.

c) für den Familienunterhalt?

Für die internationale Zuständigkeit in Zivilsachen ist das Lugano-Übereinkommen (LugÜ) heranzuziehen. Es gilt zwar grundsätzlich nicht für das Familienrecht (Art. 1 Nr. 1). Die grosse Ausnahme betrifft aber gerade die Unterhaltssachen (Art. 5 Nr. 2). Geklagt werden kann nicht nur am Wohnsitz des Beklagten als ordentlichem Gerichtsstand (Art. 2), sondern zudem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort der unterhaltsberechtigten Person. Das Übereinkommen lässt es auch zu, dass das Scheidungsgericht in einem so genannten Verbund zugleich über die Unterhaltsfolgen entscheidet, wenn dessen Zuständigkeit nicht allein aus der Staatsangehörigkeit einer Partei abgeleitet wird (Art. 5 Nr. 2).

Als Unterhaltssache wird jede Leistung an Familienangehörige aufgefasst, die nach den Bedürfnissen bemessen wird, gleichgültig, ob es sich um ein Kapital oder eine Rente handelt. Die Aufteilung ehelicher Güter gehört aber nicht dazu.

d) für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den Vorsorgeausgleich?

Das schweizerische Scheidungsgericht ist auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung zuständig (Art. 51 lit. b IPRG). Zum Vorsorgeausgleich wird nichts Besonderes gesagt. Die Zuständigkeit folgt aus der Grundregel, wonach das Scheidungsgericht auch die Scheidungsfolgen behandeln darf (Art. 63 Abs. 1 IPRG).

< Die Zuständigkeit ist für den Scheidungspunkt und jede einzelne Scheidungsfolge gesondert zu ermitteln. Dabei wird immer zuerst danach gefragt, ob ein Staatsvertrag besteht, der dem innerstaatlichen Recht immer vorgeht. Gelegentlich bestimmen internationale Verträge allerdings nur den Staat, dessen Gerichte zuständig sind. Wenn es kein Abkommen gibt

oder falls dieses lückenhaft ist, gelten die Zuständigkeitsregeln des IPRG und diese nennen dann meistens auch das örtlich zuständige Gericht. Im besonderen Fall zeigt sich zwar, dass das schweizerische Gericht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Ehefrau und der Kinder für die Scheidung samt allen Folgen zuständig ist. Das ergibt sich aber doch erst aus ganz unterschiedlichen Bestimmungen.

Welches Recht ist anwendbar:

a) auf die Scheidung?

Grundsätzlich beurteilt das schweizerische Gericht eine Scheidungsklage nach eigenem Recht (Art. 61 Abs. 1 IPRG). Haben jedoch die Ehegatten dieselbe ausländische Staatsangehörigkeit und hat nur einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz, so weicht dieses Forumsrecht dem gemeinsamen Heimatrecht (Art. 61 Abs. 2 IPRG).

Wenn ein Ehepartner mehrere Bürgerrechte besitzt, so hat das schweizerische nicht mehr einfach den Vorrang. Vielmehr ist danach zu fragen, welches die vorherrschende Staatsangehörigkeit ist (Art. 23 Abs. 2 IPRG), und dafür kommt es nicht allein auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt an, sondern auf die gesamten Umstände – die innere Zugehörigkeit, die politische Betätigung, die kulturelle Bindung oder die Sprache. Nach so kurzer Aufenthaltsdauer lässt sich nicht ohne weiteres annehmen, die Ehefrau habe schon eine engere Beziehung zur Schweiz als zu Frankreich.

Anzuwenden ist somit das französische Recht als gemeinsames effektives Heimatrecht. Von dieser Regel werden aber zwei Ausnahmen gemacht: Verweist das Heimatrecht zurück, so ist das zu beachten. Lässt es eine Scheidung nicht oder nur unter ausserordentlich strengen Bedingungen zu, so kommt schweizerisches Recht als Ersatz zur Anwendung, wenn wenigstens eine gewisse Beziehung zum Inland besteht.

Verwiesen wird in Statusfragen auf die ausländische Rechtsordnung als Ganzes und dazu zählt auch das ausländische IPR. Weist dieses auf das schweizerische Recht zurück, so wäre ein solcher Renvoi anzunehmen (Art. 14 Abs. 2 IPRG). Dafür ist das französische Zivilgesetzbuch zu konsultieren. Der Code Civil erklärt das innerstaatliche Recht für anwendbar, wenn beide Ehegatten französische Staatsangehörige sind (Art. 310 CC), sieht also keine Rückverweisung vor.

Die Anwendung des gemeinsamen ausländischen Heimatrechts soll jedoch nicht zu einer Bestrafung in dem Sinne führen, dass den Ehepartnern die Scheidung verunmöglicht oder ausserordentlich erschwert wird. Trifft das zu, so kann ersatzweise schweizerisches Recht angewendet werden, wenn ein Ehegatte auch Schweizer Bürger ist oder sich seit zwei Jahren in der Schweiz aufhält (Art. 61 Abs. 3 IPRG). Ein solcher Fall würde aber erst vorliegen, wenn

das ausländische Recht ausgesprochen „scheidungsfeindlich“ wäre. Das französische Recht (Art. 230 ff. CC) kennt drei Scheidungsgründe: Das beiderseitige Einverständnis, das Auseinanderbrechen der ehelichen Gemeinschaft, das ein sechsjähriges und damit wohl schon übermässig langes Getrenntleben voraussetzt, sowie das Verschulden, das dann gegeben ist, wenn schwere oder wiederholte Pflichtverletzungen des einen Ehegatten dem anderen die Fortsetzung der Gemeinschaft unerträglich machen. Man darf annehmen, dass jedenfalls gestützt auf den letzten Grund eine Scheidung ausgesprochen werden könnte, wenn mehrfach häusliche Gewalt ausgeübt wurde, und das genügt. Es geht nur um den konkreten Fall und nicht um einen abstrakten Normenvergleich.

b) auf die elterliche Sorge und den persönlichen Umgang?

Das Minderjährigenschutz-Abkommen bestimmt nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch das anwendbare Recht. Es geht davon aus, dass die als zuständig erklärten Gerichte eines Staates in einer Art Gleichlauf ihr einheimisches Recht anwenden (Art. 2 Abs. 1 MSA). Die Zuweisung der elterlichen Sorge, die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs, allenfalls auch die Anordnung einer Beistandschaft richten sich somit nach schweizerischem Recht.

c) auf den Ehegatten- und Kinderunterhalt?

Welches Recht auf den Unterhalt anzuwenden ist, wird im Unterhaltsstatut-Übereinkommen (UStÜ) geregelt. Es wirkt „erga omnes“ oder moderner ausgedrückt „between all“, also auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten (Art. 3). Dabei wird jedoch der Kinderunterhalt anders behandelt als der Ehegattenunterhalt.

Für den Kinderunterhalt wird in einer Kaskade zuerst an das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes (Art. 4 Abs. 1), subsidiär an das gemeinsame Heimatrecht (Art. 5) und hilfsweise an das Recht am Ort der Entscheidung (Art. 6) angeknüpft. Weil die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, bleibt es bei der Anwendung schweizerischen Rechts.

Für den nachehelichen Unterhalt ist hingegen das Scheidungsstatut, das heisst, das auf die Scheidung anwendbare Recht massgebend (Art. 8 Abs. 1) und das ist hier das französische. Danach ist im Prinzip eine „prestation compensatoire“ geschuldet. Dabei wird vor allem an eine Kapitalzuwendung gedacht, welche das mit der Scheidung entstandene Ungleichgewicht in den Lebensbedingungen ausgleichen soll (Art. 270 ff. CC).

d) auf die güterrechtliche Auseinandersetzung?

Für ihre güterrechtliche Auseinandersetzung können die Ehegatten eine beschränkte Rechtswahl treffen (Art. 52 IPRG), und zwar jederzeit (Art. 53 Abs. 2 IPRG), auch noch im Schei-

dungsprozess. Haben sie das nicht getan, so wird das anwendbare Recht über eine Anknüpfungsleiter bestimmt: Zunächst ist es das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten heute noch wohnen (Art. 54 Abs. 1 lit. a IPRG), dann das Recht jenes Landes, in dem sie zuletzt gleichzeitig Wohnsitz hatten (Art. 54 Abs. 1 lit. b IPRG), und schliesslich das gemeinsame Heimatrecht (Art. 54 Abs. 2 IPRG). Weil die Ehepartner ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz in Frankreich hatten, ist das dortige Recht anwendbar. Gesetzlicher Güterstand ist die Gemeinschaft (Art. 1400 ff. CC), die freilich nur das während der Ehe entgeltlich erworbene Vermögen umfasst und sich mit einer schweizerischen Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 223 ZGB) vergleichen lässt.

e) auf den Vorsorgeausgleich?

Das IPRG schweigt sich darüber aus, welches Recht anwendbar ist. Der Ausgleich in der beruflichen Vorsorge kann weder dem Unterhalt noch dem Güterrecht zugeordnet werden. Es fehlt an einer besonderen Anknüpfung und daraus wird geschlossen, dass der Vorsorgeausgleich wie die Nebenfolgen der Scheidung im Allgemeinen (Art. 63 Abs. 2 IPRG) grundsätzlich dem Scheidungsstatut unterstehe, soweit nicht die in der Schweiz erworbenen Anwartschaften als vorsorgeprägend zu betrachten seien (Art. 15 Abs. 1 IPRG). Nachdem die Ehegatten offenbar einen beträchtlichen Teil ihrer Ehezeit in Frankreich verbrachten, spielt dieser Vorbehalt nicht. Angewendet wird somit das französische Recht und danach ist eine eigentliche Vorsorgeteilung nicht möglich. Die den Ehepartnern zustehenden oder künftig zukommenden Versorgungsrechte werden immerhin bei der Bemessung der „prestation compensatoire“ berücksichtigt (Art. 272 CC).

< Weil es sich um einen französisch-schweizerischen Sachverhalt handelt, welcher keine dritte Rechtsordnung berührt, wird zwar auf den ersten Blick erkennbar, dass entweder das eine oder das andere Recht Anwendung findet. Welches es jeweils ist, ergibt sich aber doch erst aus einer sorgfältigen Prüfung nach folgendem Muster: Zuerst wird das Rechtsproblem, für das eine Lösung gefunden werden soll, in einem passenden Verweisungsbegriff zusammengefasst (z.B. „Scheidung“ oder „Unterhalt“). Darauf wird nach dem entscheidenden Anknüpfungsbegriff gesucht (hier der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit). Dieser weist alsdann auf eine bestimmte Rechtsordnung hin. Für die Scheidung ist es wegen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit das französische Recht. Dieses Scheidungsstatut wird dann auch für den nahehelichen Unterhalt und den Vorsorgeausgleich übernommen. Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist es nach dem letzten gemeinsamen Wohnsitz wiederum französisches Recht. Für sämtliche Belange der Kinder gilt hingegen aufgrund ihres gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz das schweizerische Recht.

2. DER WETTLAUF

Als Jean erfährt, dass Julie in St.Gallen den Vermittler angerufen hat, reicht er beim Tribunal de grande instance in Paris alsbald einen eigenen Scheidungsantrag ein.

Kann das schweizerische Gericht das Scheidungsverfahren trotzdem fortsetzen?

Wird eine Klage zwischen denselben Parteien und über den gleichen Gegenstand zuerst im Ausland anhängig gemacht, so setzt das schweizerische Gericht das Verfahren aus, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist eine Entscheidung trifft, die in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 9 Abs. 1 IPRG). Vorausgesetzt wird zunächst eine Identität der Parteien und des Lebensvorgangs, aus dem die Ansprüche abgeleitet werden.

Entscheidend ist aber die Frage, wann genau eine Klage rechtshängig wird und dadurch eine Sperrwirkung auslöst. Sie ist aus schweizerischer Sicht nach Art. 9 Abs. 2 IPRG zu beantworten. Danach kommt es auf die erste, für die Einleitung des Verfahrens erforderliche Handlung an. Wenn ein Kanton, wie das in St.Gallen der Fall ist (Art. 134 Abs. 1 ZPO), als ersten notwendigen Schritt ein Schlichtungsverfahren vorsieht, genügt das Vermittlungsbegehren, um die Klage anhängig zu machen. Weil somit die Rechtshängigkeit zuerst in der Schweiz eingetreten ist, gibt es an sich keinen Grund, das schweizerische Verfahren einzustellen.

Problematisch ist allerdings, dass der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens anders festgelegt wird. Nach einer Auslegung von Art. 21 LugÜ muss die Klage endgültig erhoben worden sein und das ist nur der Fall, wenn der Kläger in gewisser Weise daran gebunden bleibt und sie nicht mehr folgenlos aufgeben kann. Dafür genügt das Vermittlungsbegehren nicht mehr, weil es gerade keine solche Fortführungslast begründet, sondern erst die Einreichung der Klageschrift beim Gericht.

< Ein ausländisches Verfahren ist nur zu beachten, wenn die Rechtshängigkeit im Ausland früher eingetreten ist als in der Schweiz. Das läuft notwendigerweise auf einen Vergleich der beiden Zeitpunkte hinaus, wobei es jeweils auf das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht, die so genannte *lex fori* ankommt.

3. DIE ENTFÜHRUNG DER KINDER

Jean behauptet plötzlich, Julie habe die Kinder in die Schweiz entführt und stellt bei der französischen Zentralbehörde einen Rückführungsantrag, der schliesslich dem Gericht in St. Gallen zugeht.

Welche Konsequenzen hat das?

Wurde ein Kind widerrechtlich ins Land gebracht, so wirkt sich das auch dann, wenn dessen Rückgabe nicht verlangt würde, auf die Frage aus, ob es hier gewöhnlichen Aufenthalt erworben hat. Das ist zwar nicht ganz ausgeschlossen, darf aber nur mit grosser Zurückhaltung und frühestens nach Ablauf eines Jahres angenommen werden.

Das Haager Kindesentführungs-Übereinkommen (HEntfÜ) will eine unerlaubte Selbsthilfe so rasch wie möglich rückgängig machen und dadurch den Behörden des Herkunftsstaates, die mit den Verhältnissen besser vertraut sind, Gelegenheit geben, über das weitere Schicksal des Kindes zu befinden. Das soll mit zwei grundlegenden Verfahrensregeln erreicht werden. Einerseits wird ein Beschleunigungsgebot statuiert: Die mit der Rückführung befassten Gerichte haben in jeder Instanz mit der gebotenen Eile, möglichst innert sechs Wochen zu handeln (Art. 11). Andererseits wird ein Verbot der Entscheidung in der Sache aufgestellt: Die Gerichte des Zufluchtsstaates dürfen bis zur rechtskräftigen Abweisung des Rückführungsge- suchs nicht selbst in die Eltern-Kind-Beziehung eingreifen und weder die Obhut vorsorglich zu- teilen, noch die elterliche Sorge zuweisen (Art. 16).

Örtlich zuständig für den Entscheid über die Rückgabe des Kindes ist das Gericht am tatsächlichen Aufenthaltsort des Kindes. Sachlich handelt es sich um einen Fall des raschen Rechtsschutzes (Art. 197 lit. b ZPO) und dieser wird dem Kreisgerichtspräsidenten zugewie- sen, der die Aufgabe weder an eine Familienrichterin noch an einen Gerichtsschreiber delegieren kann. Gegen seine Verfügung ist der Rekurs an den Einzelrichter des Kantons- gerichts gegeben und gegen dessen Entscheid ist nur noch eine staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht möglich. Das gesamte Verfahren ist im Übrigen kostenlos (Art. 26 HEnt- fÜ) und das bedeutet auch, dass ein Gesuch um unentgeltliche Vertretung voraussetzungslos bewilligt werden muss.

Im Rückführungsverfahren ist zuerst abzuklären, ob es sich überhaupt um eine Ent- führung im Sinne des Übereinkommens handelt – auch wenn das gewöhnlich von den Zentral- behörden schon vorgeprüft wurde – und dabei stellen sich folgende Fragen: Ist das Kind jünger als 16-jährig und hatte es vor der Einreise seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertrags- staat (Art. 4 HEntfÜ)? War es widerrechtlich, das Kind in die Schweiz zu bringen (Art. 3 Abs. 1)? Als unrechtmässig gilt die Ausreise vor allem, wenn ein gemeinsames gesetzliches Sorgerecht verletzt wurde, und ein solches besteht praktisch immer, solange die Eltern noch verheiratet sind.

Das Gericht muss die Kindesrückgabe prinzipiell anordnen (Art. 12 Abs. 1 HEntfÜ). Die Rückführung darf nur abgelehnt werden, wenn einer von sechs abschliessend aufgezählten Verweigerungsgründen erfüllt ist: Der Antragssteller übte die elterliche Sorge bisher nicht tat- sächlich aus (Art. 13 Abs. 1 lit. a). Er stimmte der Ausreise zu (Art. 13 Abs. 1 lit. a). Die Rück- gabe würde eine schwere Gefahr für das leibliche oder seelische Wohl des Kindes schaffen

oder es sonst in eine unzumutbare Lage bringen (Art. 13 Abs. 1 lit. b). Das Kind kann sich nach Alter und Reife eine eigene respektable Meinung bilden und widersetzt sich der Rückgabe (Art. 13 Abs. 2). Der Antrag wurde erst nach Ablauf eines Jahres seit der Wegnahme eingereicht und das Kind hat sich inzwischen in der neuen Umgebung eingelebt (Art. 12 Abs. 2). Die Rückgabe an einen Staat erschiene nach menschenrechtlichen Grundwerten als unverantwortlich (Art. 20). Meistens werden drei Gründe nebeneinander geltend gemacht: Der verlassene Elternteil habe dem Aufenthaltswechsel zugestimmt; eine Rückgabe würde das Kind zu stark gefährden; es selbst habe schon einen beachtlichen eigenen Willen und sperre sich gegen eine Rückkehr.

Eine Genehmigung kann zwar ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Sie muss aber eindeutig und unmissverständlich sein. Wer sich nur eine Zeit lang still verhält und den Kontakt zum Kind nicht aktiv sucht, hat damit sein Wegbleiben noch nicht gebilligt.

Eine hohe Gefahr oder eine unzumutbare Lage für ein Kind kann nicht schon dann angenommen werden, wenn sich Schwierigkeiten einstellen würden, die mit einem Wohnortwechsel regelmässig verbunden sind – etwa durch den Abbruch der neu entstandenen Beziehungen oder die Umstellung in der Schule. Nicht zu hören ist insbesondere die Behauptung, das Kind hätte darunter zu leiden, wenn es vom Elternteil getrennt würde. Der Entführer hat ja dieses Risiko mit seinem unerlaubten Verhalten selbst geschaffen und kann es immer noch abwenden, indem er das Kind bei der Rückkehr begleitet. Ist er dazu nicht bereit, so kann er sich auch nicht darauf berufen, dass der andere Elternteil die Kinder nicht ordentlich zu erziehen oder nicht gehörig zu betreuen vermöchte. Es geht nicht um die Frage, wo das Kind sich eher zu Hause fühle oder bei wem es besser aufgehoben sei, sondern einzig und allein darum, ob es sich mit dem Kindeswohl offensichtlich nicht verträgt, den früheren Zustand wiederherzustellen. Das muss man als Ausnahme eng auslegen und sich auf wirklich schwer wiegende Folgen – eigentliche Verwahrlosung, Misshandlung oder Missbrauch – beschränken, darf also nicht jeden persönlichen oder wirtschaftlichen Mangel berücksichtigen.

Damit bleibt ein Hauptgrund übrig, der als einziger von Amtes wegen zu prüfen ist. Das Gericht hat den ernsthaften Widerstand eines Kindes zu berücksichtigen. Schon kleinere Kinder können einen persönlichen Willen haben, auch wenn es ihnen noch schwer fallen mag, diesen zu formulieren. Es wäre deshalb ein voreiliger Schluss, die Meinung eines jüngeren Kindes von vornherein als unvernünftig und unbeachtlich abzutun. Allenfalls wird man ein Mindestalter von etwa acht bis neun Jahren voraussetzen müssen. Danach ist es weniger eine Frage der Lebensjahre als eine solche der Eindeutigkeit, ob man auf die Aussage eines Kindes abstellen darf oder nicht. Kinder geraten freilich nach der Trennung der Eltern in einen schweren Loyalitätskonflikt. Sie trauen sich oft nicht mehr, sich unbefangen zu äussern, weil sie befürchten, sonst auch noch die einzige ihnen verbliebene Bezugsperson zu verlieren.

Gelegentlich werden Kinder von den Eltern beeinflusst oder psychisch angesteckt, übernehmen deren Abneigung und verinnerlichen diese mit der Zeit. Eine solche Parteinahme liegt nach einer Entführung und der damit erzwungenen Entfremdung vom anderen Elternteil besonders nahe. Eine Beeinflussung lässt sich aber meist erkennen, weil die Kinder mit den Akten vertraut sind und dort gefundene Redewendungen gebrauchen oder weil sie übertriebene, mitunter frei erfundene Beschuldigungen vorbringen. Man sollte die Angaben eines Kindes mit erheblicher Skepsis betrachten, wenn sie darauf abzielen, den einen "reinzuwaschen" und den anderen „anzuschwärzen“, aber dann darauf vertrauen, wenn sie spontan und von Herzen kommen, wenn also noch echte Gefühle für beide Eltern mitschwingen. Verfehlt wäre es jedenfalls, allein aus der äusseren Situation heraus und ohne jegliche Auseinandersetzung mit der Person des Kindes zu erklären, dass eine unbeeinflusste Willensbildung sowieso unmöglich sei, damit das Kindeswohl zu ignorieren und den wichtigsten Ablehnungsgrund gleich ganz abzuschaffen.

Im besonderen Fall ist eine Genehmigung der Ausreise nicht schon deshalb annehmen, weil der Vater das vorerst tatenlos hinnahm. Dagegen wäre nicht auszuschliessen, dass die Kinder bei einer Rückkehr zu ihm Schaden nehmen könnten, wenn sie schon früher Opfer oder Zeugen schwerer häuslicher Gewalt wurden und dadurch traumatisiert sind. Vor allem sind die Kinder aber alt genug, um sich in einer Anhörung selbst äussern zu können.

< Damit wurden freilich erst die rechtlichen Rahmenbedingungen umschrieben. Eine Entführung ist jedoch kein Rechtsproblem, das sich leichthin zu Gunsten des einen oder anderen entscheiden lässt, weil damit ein Kind zum Spielball im Kampf der Eltern gemacht wird. Es handelt sich viel eher um eine elementare Familienkrise, die nur von den Beteiligten selbst angemessen bewältigt werden kann. Die Gerichte müssen also alles daran setzen, um eine gütliche Lösung zu erreichen. Wie wichtig das ist, zeigen einige spektakuläre Entführungsfälle aus jüngster Zeit, die zunächst verschleppt wurden und dann ein gewaltsames Ende nahmen. Eine vernünftige Verhandlungsstrategie kann aber nicht improvisiert werden. Man muss sie vorausplanen und wird sich dabei vielleicht an folgende Merksätze halten:

- Eine neutrale Haltung bewahren und beide Sichtweisen anerkennen!
- Sich nicht alles selbst zutrauen, sondern sich wenn nötig von Fachleuten (z.B. Sozialpädagoginnen, Kinderpsychologen, interkulturellen Mediatorinnen) beraten oder begleiten lassen!
- Keine Schriftsätze austauschen, welche mit gegensätzlichen Behauptungen nur die Eskalation des Konflikts vorantreiben, und keine schriftlichen Sozialberichte oder Gutachten einholen, welche bloss zur Verzögerung beitragen!
- Den verloren gegangenen Familienzusammenhang auf jede denkbare Weise, etwa mit Kinderbriefen, regelmässigem telefonischem Verkehr oder begleiteten Kontakten wiederherzustellen versuchen!

- Baldmöglichst einen ersten Verhandlungstermin ansetzen!
- Den Verhandlungsablauf klar strukturieren: zuerst „Dampf ablassen“, dann Gesprächsregeln aufstellen und keine gegenseitigen Vorwürfe mehr tolerieren, die rechtlichen Chancen und Risiken offen abwägen, möglichst viele Lösungsvorschläge sammeln und mit eigenen kreativen Ideen dazu beitragen, über Angebote und nicht über Forderungen verhandeln!
- Nicht aufgeben, wenn die Eltern sich nicht begegnen wollen oder können, sondern andere Vorgehensweisen wählen – den Pendelverkehr (der Verhandler wandert zwischen den in getrennten Räumen sitzenden Parteien hin und her) oder das Ein-Text-Verfahren (die Verhandlerin nimmt Anregungen jeder Partei entgegen und verbessert den Vorschlag so lange, bis nur noch ein gemeinsamer Text übrig bleibt)!
- Die Kinderanhörung zusammen mit den Eltern vorbereiten, aber das Kind in ihrer Abwesenheit empfangen, ihm den Anhörungsgrund ehrlich nennen, nie Warum-Fragen stellen, vor allem nach gemeinsamen guten Zeiten in der Vergangenheit und möglichen Alternativen für die Zukunft fragen (was wäre, wenn?), keine Versprechungen machen, nach Absprache mit dem Kind protokollieren, allenfalls in seinem Einverständnis ein Tonband mitlaufen lassen und die Eltern sogleich informieren!
- Eventuell ein älteres Kind anschliessend zu einer „Familienkonferenz“ mitnehmen, weil in den Kinderwünschen die grösste Kraft zur Veränderung steckt!
- Einen unvermeidlich gewordenen Rückführungsentscheid möglichst klar und präzise abfassen, mit Angaben zu Ort und Zeit der Übergabe, Rückreisebedingungen, Einbezug von Fachleuten etc. und dem Hinweis auf die Folgen der Missachtung!
- Auf geeignete und verhältnismässige Weise dafür sorgen, dass der Vollzug nicht durch „Untertauchen“ vereitelt werden kann, und zwar in einer bestimmten Stufenfolge mit der Hinterlegung von Reisepapieren, einer regelmässigen Meldepflicht, einer Kautionsleistung und erst zuallerletzt mit einer vorübergehenden Fremdplatzierung!

4. DIE RÜCKREISE

Die Eheleute einigen sich darauf, dass Julie mit den Kindern probenhalber nach Frankreich zurückkehrt. Sie will aber ihre schweizerische Scheidungsklage noch als Trumpf in der Hand behalten.

Wie wirkt sich das auf die Zuständigkeit und das anwendbare Recht aus?

Die Zuständigkeit wird im Allgemeinen zu Beginn des Verfahrens bestimmt. Ein einmal gegebener Gerichtsstand, das Forum, kann später nicht mehr wegfallen, sondern bleibt nach dem Grundsatz der perpetuatio fori erhalten, auch wenn die Voraussetzung dafür nun nicht mehr erfüllt wäre. Ein Verfahren soll eben nicht noch schnell zu Ende geführt oder abgebrochen werden müssen mit der Folge, dass es an einem anderen Ort neu aufzunehmen wäre. Das trifft al-

lerdings gerade im internationalen Verhältnis nicht ausnahmslos zu. Die massgebende Rechtsordnung, das Statut, wird hingegen in der Regel erst am Ende des Verfahrens festgeschrieben. Ist die Anknüpfung an eine Person gebunden und demnach wie diese mobil, so kann es zu einem Statutenwechsel und damit zur Anwendung eines „neuen“ sachnäheren Rechts kommen. Das ist bei Familienverhältnissen, die sich noch in der Schwebelage befinden, auch durchaus sinnvoll.

Grundsätzlich bleibt also die Zuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts bestehen. Das gilt aber nicht für die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern. Das Minderjährigenschutz-Abkommen kennt vielmehr die Regel, dass mit der Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthalts die Zuständigkeit der Gerichte am alten Ort erlischt (Art. 5 MSA). Weil die Rückkehr in die vertraute Umgebung erst recht als normaler Umzug zu betrachten ist, erwerben die Kinder in Frankreich sogleich ihren gewöhnlichen Aufenthalt und danach sind nur noch die französischen Behörden befugt, die elterliche Sorge und den persönlichen Umgang zu regeln.

Beim Gerichtsstand für den Familienunterhalt, der vom Lugano-Übereinkommen bestimmt wird, verhält es sich hingegen anders. Hier dauert die einmal begründete internationale Zuständigkeit fort, auch wenn die Unterhaltsberechtigten während des Prozesses in einem anderen Vertragsstaat Wohnsitz oder Aufenthalt nehmen. Allerdings ist nach dem Unterhaltsstatut-Übereinkommen der Statutenwechsel für den Kinderunterhalt zu beachten (Art. 4 Abs. 2 UStÜ). Die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts hat somit zur Folge, dass das schweizerische Gericht nun auf französisches Recht zurückgreifen muss, welches vom Grundgedanken der fortgesetzten gemeinsamen elterlichen Sorge ausgeht und den Unterhalt auf die Eltern im Verhältnis ihrer Mittel aufteilt (Art. 288 CC).

In allen übrigen Punkten – für die Scheidung ebenso wie für die finanziellen Angelegenheiten der Eheleute – war schon bisher französisches Recht anwendbar und das lässt sich nun noch viel besser verstehen, nachdem keine der Parteien mehr Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz hat.

< Das führt zu einem höchst merkwürdigen Ergebnis: Das schweizerische Gericht bleibt für die Scheidung zuständig, obwohl praktisch keine Berührungspunkte zur Schweiz mehr bestehen. Der Scheidungsverbund fällt aber auseinander. Das Gericht kann nicht mehr alle Scheidungsfolgen bestimmen und namentlich die elterliche Sorge nicht selbst ordnen, obwohl erst damit die Grundlage für die Zusprechung von Unterhalt geschaffen würde. Es hat schliesslich in denjenigen Fragen, die es noch beurteilen kann, durchwegs ausländisches Recht anzuwenden.

5. DIE WIEDERKEHR

Jean und Julie lassen sich schliesslich doch in Frankreich einverständlich scheiden und das geschieht ausschliesslich nach französischem Recht, nachdem gar kein internationaler Sachverhalt mehr vorliegt. Julie erhält die alleinige elterliche Sorge für die Kinder. Jean bezahlt ihr eine Ausgleichsleistung, und zwar ausnahmsweise in Rentenform und trägt auch an den Unterhalt der Kinder bei. Darauf beschliesst Julie, mit den Kindern endgültig in die Schweiz auszuwandern. Später wird Jean arbeitslos und möchte seine Unterhaltspflichten gegenüber Frau und Kindern herabsetzen lassen.

Welches Gericht ist dafür zuständig und welches Recht ist massgebend?

Die schweizerischen Gerichte können ein Scheidungsurteil grundsätzlich dann abändern, wenn sie die Scheidung selbst ausgesprochen haben oder wenn sie als Gerichte am Wohnsitz bzw. am Heimatort einer Partei zuständig sind (Art. 64 Abs. 1 IPRG). Was für die französischen Gerichte gelten würde, mag offen bleiben. Das Lugano-Übereinkommen geht ohnehin vor und danach kann der Unterhaltspflichtige nur in der Schweiz auf Abänderung klagen, weil die Berechtigten dort ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 5 Nr. 2 LugÜ).

Das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem Unterhaltsstatut-Übereinkommen und dabei sind Kinder- und Ehegattenunterhalt wiederum auseinander zu halten. Für den Kinderunterhalt gilt das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder (Art. 4 Abs. 1 UStÜ), mithin das schweizerische. Der nacheheliche Unterhalt richtet sich hingegen noch immer nach dem Scheidungsstatut (Art. 8 Abs. 1) und damit bleibt es ohne Rücksicht auf den Zeitablauf und die veränderten Umstände beim französischen Recht, welches vorschreibt, dass die in einer Vereinbarung festgesetzte Ausgleichsleistung nur durch eine neue genehmigungspflichtige Vereinbarung abgeändert werden kann (Art. 279 CC).

ANHANG I: UNGEWOHNTEN BEGRIFFE

ANERKENNUNGSZUSTÄNDIGKEIT

Anerkennung der Kompetenz eines ausländischen Gerichts, einen Entscheid, der in der Schweiz anerkannt oder vollstreckt werden soll, zu erlassen, auch indirekte Zuständigkeit genannt.

ANKNÜPFUNGSBEGRIFF

Grund, weshalb eine Kollisionsregel die eine oder andere Rechtsordnung für anwendbar erklärt. Er kann in einer Person, in einem Gegenstand oder in einer Handlung liegen. Gelegentlich werden zwei Merkmale miteinander verbunden (kombinierte Anknüpfung), es wird eine Auswahl angeboten (alternative Anknüpfung) oder ein fehlendes Merkmal wird durch ein anderes ersetzt (subsidiäre Anknüpfung).

AUFENTHALT

Ort, an dem eine Person tatsächlich lebt. Ist ihre Präsenz von einer gewissen Dauer, so dass der Eindruck entsteht, sie halte sich dort normalerweise auf, wird aus dem schlichten ein gewöhnlicher Aufenthalt. Die Haager Übereinkommen umschreiben aber den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anders, nämlich als tatsächlichen Mittelpunkt seiner eigenen Lebensführung und damit nähert sich der Begriff demjenigen des Wohnsitzes.

EINLASSUNG

Möglichkeit der beklagten Partei, vorbehaltlos an einem Verfahren mitzuwirken und auf diese Weise einen sonst fehlenden Gerichtsstand zu begründen. Wird ein Gerichtsstand als zwingend bezeichnet, so ist das aber nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSZUSTÄNDIGKEIT

Kompetenz des Gerichts, einen Entscheid zu treffen, auch direkte Zuständigkeit genannt. Die internationale Zuständigkeit regelt die Entscheidungsbefugnis der Gerichte eines Staates insgesamt im Verhältnis zu anderen. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt ein Gericht innerhalb der Schweiz.

FORUM SHOPPING

Bemühen des Klägers, den Prozess bei demjenigen Gericht anhängig zu machen, das ihm die meisten prozessualen oder materiellen Vorteile verspricht.

INTERNATIONALE RECHTSHILFE

Unterstützung einer ausländischen Rechtspflege, indem der ersuchte Staat auf seinem Gebiet bestimmte Amts- oder Prozesshandlungen vornimmt und das Ergebnis den Gerichten des ersuchenden Staates übermittelt. Als Rechtshilfehandlungen gelten die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke (Aufforderungen zur Stellungnahme, Vorladungen an Parteien oder Zeugen, Verfügungen und Urteile) sowie die Beweisaufnahme (Befragung von Zeugen, Einholung von Urkunden etc.).

KOLLISIONSRECHT

Gibt an, welches Recht – das inländische oder ein bestimmtes ausländisches – auf einen Sachverhalt angewendet werden soll, im Gegensatz zum Sachrecht, das direkt die Rechte und Pflichten der Privatpersonen regelt.

KOLLISIONSREGEL

Wegweiser, der am Anfang des Gedankenganges steht, und sagt, wo die einschlägigen Rechtssätze zu finden sind.

Bestandteile der Kollisionsregel sind: der Verweisungsbegriff (das, was angeknüpft wird), der Anknüpfungsbegriff (das, womit angeknüpft wird) und als Folge daraus das anwendbare Recht (das, woran geknüpft wird).

LEX CAUSAE

Das für anwendbar erklärte oder massgebliche Recht, also die durch eine Verweisung bezeichnete in- oder ausländische Rechtsordnung.

LEX FORI

Das am Ort des zur Entscheidung zuständigen Gerichts geltende Recht. Grundsätzlich wendet das Gericht sein eigenes Verfahrensrecht an (prozessuale lex fori). Gelegentlich ersetzt das einheimische Recht als Notlösung ein anderes, an sich anwendbares Recht (lex fori als Ersatzrecht).

ORDRE PUBLIC

Generalklausel, die eine allgemeine Ermächtigung enthält, ausnahmsweise fremdes Recht nicht anzuwenden, wenn das im Einzelfall zu einem krass ungerechten Ergebnis führen würde.

PERPETUATIO FORI

Grundsatz, wonach die zu Verfahrensbeginn gegebene Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fort dauert.

RECHTSWAHL

Freiheit der Privaten, die massgebliche Rechtsordnung selbst zu bestimmen.

RENOI

Haltung des ausländischen IPR, bei der entweder auf das Recht des Ausgangsstaates zurück- oder auf das Recht eines dritten Staates weiterverwiesen wird. Weist eine Kollisionsregel auf die ausländische Rechtsordnung als Ganzes hin (Gesamtverweisung), so ist eine Rück- oder Weiterverweisung zu beachten; verweist sie hingegen unmittelbar auf die einschlägigen materiellen Rechtssätze (Sachnormverweisung), so ist das ausgeschlossen.

STAATSANGEHÖRIGKEIT

Nationalität einer Person. Besitzt jemand mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist für die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte ausschliesslich die schweizerische massgeblich, für das anwendbare Recht hingegen die effektive oder vorherrschende, also die Angehörigkeit zu dem Staat, mit dem die engste Verbindung besteht.

STATUT

Abstrakte Bezeichnung des auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbaren Rechts. So spricht man von einem „Scheidungsstatut“ oder einem „Unterhaltsstatut“, unabhängig davon, ob man bereits weiss, um welches materielle Recht es sich handelt.

VERWEISUNGSBEGRIFF

Umschreibung des Rechtsproblems, für das eine Lösung gesucht wird.

WOHNSITZ

Ort, an dem sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Dabei kommt es nicht auf ihren inneren Willen an, sondern auf die nach aussen in Erscheinung tretenden Umstände, die darauf schliessen lassen, dass sie einen Aufenthaltsort zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen gemacht hat.

ANHANG II: WICHTIGSTE ÜBEREINKOMMEN

LUGANO-ÜBEREINKOMMEN (LUGÜ)

Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1992 (SR 0.275.11)

- *gilt namentlich in allen Mitgliedstaaten der EG und der EFTA*
- *betrifft das Familienrecht zwar grundsätzlich nicht, regelt aber die Zuständigkeit in Unterhaltssachen*

[HAAGER] MINDERJÄHRIGENSCHUTZ-ÜBEREINKOMMEN (MSA)

Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen von 1961 (SR 0.211.231.01)

- *gilt an sich nur gegenüber zehn Staaten (Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Spanien, Türkei); die Schweiz wendet das Abkommen aber autonom auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten sinngemäss an*
- *regelt die Zuständigkeit und das anwendbare Recht für Schutzmassnahmen und damit ist die Ordnung der Eltern-Kind-Beziehungen insgesamt gemeint*

[HAAGER] KINDERSCHUTZ-ÜBEREINKOMMEN (KSÜ)

Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern von 1996

- *soll das MSA ablösen und will vor allem die internationale Zusammenarbeit verstärken*
- *die Schweiz hat das Abkommen 2003 unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert*

[HAAGER] UNTERHALTSSTATUT-ÜBEREINKOMMEN (USTÜ)

Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen von 1973 (SR 0.211.213.01)

- *gilt allgemein, auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten*
- *regelt (nur) das anwendbare Recht für den Familienunterhalt*

HAAGER KINDESENTFÜHRUNGS-ÜBEREINKOMMEN (HENTFÜ)

Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung von 1980 (SR 0.211.230.02)

- *regelt als Rechtshilfeabkommen die Rückgabe widerrechtlich in ein anderes Land verbrachter oder dort zurückbehaltener Kinder und die grenzüberschreitende Ausübung des Besuchsrechts*
- *gilt in über 70 Staaten aus aller Welt*
- *abseits stehen namentlich islamische Länder, weshalb es kaum rechtliche Mittel gibt, dorthin entführte Kinder zurückzubringen, und umso wichtiger wird, bei ernsthafter Entführungsgefahr vorbeugende Massnahmen zu treffen (vgl. dazu die Merkblätter bei www.bj.admin.ch unter dem Stichwort Kindesentführung)*

EUROPÄISCHES SORGERECHTS-ÜBEREINKOMMEN

Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts von 1980 (SR 0.211.230.01)

- *steht nur europäischen Staaten offen*
- *verfolgt ein ähnliches Ziel wie das Entführungs-Übereinkommen, setzt aber voraus, dass bereits ein Entscheid über die elterliche Sorge oder Obhut getroffen wurde, und ist wesentlich formalistischer als dieses.*

ANHANG III: AUSGEWÄHLTE LITERATUR

NACHSCHLAGEWERKE

BERGMANN/FERID/HENRICH, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1976→
unentbehrliches Hilfsmittel für eine erste Annäherung an ausländisches Familienrecht

WALTER/JAMETTI GREINER, Texte zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bern 1993→
vollständige und kurz kommentierte Sammlung der für die Schweiz geltenden Staatsverträge zum IPR

KOMMENTARE

GIRSBERGER DANIEL U.A. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004
neue und umfassende Kommentierung

HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
(Basler Kommentar), Internationales Privatrecht, Basel 1996
nicht mehr ganz aktuelle, aber relativ leicht verständliche Kommentierung

LEHRBÜCHER

JAMETTI GREINER MONIQUE, Anhang Internationales Privatrecht, in: SCHWENZER (Hrsg.),
FamKommentar Scheidung, Bern 2005
knappe und präzise Übersicht über das internationale Familienrecht der Schweiz

SCHNYDER ANTON, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990
rascher und einfacher Einstieg in das IPRG

SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, Band I: Allgemeiner Teil,
3. Aufl., St. Gallen/Lachen 2000
klare und kompetente Vermittlung der Grundlagen des IPR

SIEHR KURT, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002
anregende, aber anspruchsvolle Auseinandersetzung mit dem IPR der Schweiz

WALTER GERHARD, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl.,
Bern/Stuttgart/Wien 2002
informativ und illustrative Einführung in das IZPR der Schweiz

LITERATUR ZUM KINDESENTFÜHRUNGS-ÜBEREINKOMMEN

BACH/GILDENAST, Internationale Kindesentführung, Bielefeld 1999

HAUSER SONJA, Vollzugsprobleme bei internationalen Kindesrückführungen, FamPra.ch 2004,
248 ff.

KUHN HANS, „Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all“, AJP 1997, 1093 ff.

SCHMID CARLA, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP
2002, 1325 ff.

SIEHR KURT, Haager Kindesentführungsübereinkommen, in: Münchener Kommentar zum BGB,
Art. 19 Anhang II EGBGB, München 1998

LITERATUR ZUM KINDERSCHUTZ-ÜBEREINKOMMEN

KRAH JUTTA, Das Haager Kinderschutz-Übereinkommen, Frankfurt a.M. 2004

ANHANG IV: NÜTZLICHE ADRESSEN

BERATUNG ZU AUSLÄNDISCHEM RECHT

Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, 1015 Lausanne

Tel. 021 692 49 11; Fax 021 692 49 49; E-Mail secretariat.idsc-dfjp@unil.ch

INTERNATIONALE RECHTSHILFE

Bundesamt für Justiz, 3003 Bern

rechtliche Grundlagen, praktischer Rechtshilfeführer und vorgeschriebene Formulare bei www.bj.admin.ch unter dem Stichwort Internationale Rechtshilfe

INTERNATIONALE KINDESENTFÜHRUNG

Zentralbehörde zur Behandlung internationaler Kindesentführungen, Bundesamt für Justiz, 3003 Bern

Tel. 031 323 88 64; Fax 031 322 78 64; E-Mail kindesschutz@bj.admin.ch

HILFE IN INTERNATIONALEN FAMILIENANGELEGENHEITEN

Schweizerische Stiftung des Internationalen Sozialdienstes, Deutschschweizer Büro, Hofwiesenstrasse 3, 8057 Zürich

Tel. 01 363 98 80; Fax 01 363 98 81; E-Mail ssi-te@ssiss.ch

DER PLATZ DES RECHTS AM FAMILIENGERICHT

MARTIN KAUFMANN

An den diesjährigen Übungen im Familienrecht diskutierten RichterInnen und GerichtsschreiberInnen, wie viel Raum dem Recht bei familiengerichtlichen Verhandlungen gebührt. Sie waren sich nicht immer einig.

1. MEHRERE KONFLIKTSTADIEN

Familienrichterinnen und Familienrichter werden mit Verfahren in sehr unterschiedlichen Konfliktstadien konfrontiert. Sie müssen situativ entscheiden, ob, wie und wann sie die Konfliktpartner über die Rechtslage aufklären. Das hängt unter anderem davon ab, mit welchen Voraussetzungen die Konfliktparteien ans Gericht kommen. Dabei sind grundsätzlich drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

- a) Gesuche um Ehescheidung auf gemeinsames Begehren, wobei die Eheleute schon zu Beginn des Verfahrens eine *vollständige Konvention* über sämtliche Scheidungsfolgen vorlegen (Art. 111 ZGB):

Hier muss das Gericht die Vereinbarung prüfen. Diese soll klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen sein (Art. 140 Abs. 2 ZGB). Das Gericht vergleicht die vorgelegte Vereinbarung mit dem Resultat, zu dem die Anwendung des materiellen Familienrechts geführt hätte. Ob, wie und wann das Gericht das Ergebnis dieses Vergleichs den Parteien mitteilt, ist nicht geregelt.

- b) Gesuche um Ehescheidung auf gemeinsames Begehren, wobei erst eine *Teilkonvention* vorliegt (Art. 112):

Das Gericht hat zwei Aufgaben:

- Es hilft den Eheleuten, eine Vereinbarungslösung für die noch nicht geregelten Scheidungsfolgen zu finden. Das Gericht kann den Eheleuten erklären, welche Lösung das Familienrecht vorsieht. Ob, wie und wann es das tut, ist nicht geregelt.
- Es prüft die Vereinbarung gemäss Art. 140 Abs. 2 ZGB. Hier gelten die selben Grundsätze wie oben.

- c) *Klagen* auf Ehescheidung (Art. 114 und 115 ZGB) oder auf Abänderung eines Scheidungsurteils (Art. 134 ZGB):

Auch hier geht es vorerst um Aufklärung und Vermittlung. Ist hingegen ein Urteil zu treffen, so richtet sich dieses nach der Rechtslage und nicht nach den individuellen Bedürfnissen der Parteien.

2. ENTGEGENGESETZTE EFFEKTE DER RECHTSAUFKLÄRUNG

Kommt ein Scheidungsbegehren vors Gericht und klärt die Richterin oder der Richter das Paar über das Recht¹ und daraus abzuleitende Ansprüche auf, so kann das völlig unterschiedliche Reaktionen auslösen. Manchmal einigen sich die Beteiligten auf die rechtlich vorgesehene Möglichkeit der Konfliktlösung (*konfliktlösende Funktion*). Dies ist aber bei Weitem nicht immer der Fall. Die Rechtsanwendung kann auch gerade das Gegenteil bewirken, den Streit eskalieren lassen oder einen neuen Konflikt auslösen (*konfliktauslösende Funktion*).

Auf der Suche nach Möglichkeiten, einen Konflikt zu bewältigen, kann das Wissen um die genaue Rechtslage geradezu konträre Wirkungen zeigen: Manchmal ist es wichtig, dass die Konfliktparteien den Spielraum kennen, den ihnen das Recht öffnet. Erst das befähigt sie, die Verantwortung für eine Konfliktlösung voll zu übernehmen und nach Optionen zu suchen (*optionserweiternde Funktion*). Bei anderen Konfliktparteien bewirkt das Wissen um die Rechtslage das Gegenteil und macht die Parteien blind für alle Lösungen, die das Recht nicht ausdrücklich vorsieht (*optionseingengende Funktion*).

Das Recht dient immer auch als Standortbestimmung, für sich selbst wie für die Gegenpartei. Eine Konfliktpartei wird sowohl ihren eigenen Standort als auch denjenigen der Gegenpartei am Recht messen. Dabei ist zu beachten, dass jede Konfliktpartei sich in der Regel mit der Rechtslage auseinandersetzt, um Argumente für die eigene Position zu finden. Jede Konfliktpartei neigt dazu, aus dem Recht das herauszulesen, was ihre Position unterstützt. Sieht eine Person ihren Standpunkt als vom Recht gestützt, wird sie sich in ihrer Haltung bestärkt und beruhigt fühlen. Es kommt aber auch vor, dass eine Person vom Recht enttäuscht oder verärgert ist, weil es entweder keine klare Antwort gibt oder die eigene Position eben nicht stützt. Messen die Konfliktparteien einen Lösungsvorschlag am Recht, kann das die Akzeptanz für diesen Vorschlag stärken.

¹ Wenn hier von „Recht“ die Rede ist, wird damit das materielle, dispositive Familienrecht gemeint, das heisst diejenigen Rechtsnormen, welche die Ansprüche der Ehegatten gegeneinander regeln. Klar ist, dass das Gericht das zwingende Recht ohnehin anwendet, etwa das Verfahrensrecht oder die gesetzlichen Regeln zwingender Natur (z.B. Art. 122 ff. ZGB zur beruflichen Vorsorge).

Recht kann aber auch dazu dienen, Druck auf die Gegenpartei auszuüben. Letztlich muss beiden Konfliktparteien klar sein, dass die skizzierte Rechtslage als „ultima ratio“ Massstab für ein Gerichtsurteil sein wird, wenn nicht vorher eine einvernehmliche Lösung gefunden wird. Es macht Sinn, dass jede Konfliktpartei die Möglichkeit einer einvernehmlichen Konfliktlösung mit dem vergleicht, was sie sonst im besten (BATNA²) und im schlechtesten Fall (WATNA³) erreichen könnte.

In familiären Konflikten, bei denen häufig ein Machtungleichgewicht der Konfliktbeteiligten zu erkennen ist, dämmt das Recht das „(Un-) Recht“ des Stärkeren ein und schützt denjenigen, der die Konfliktlösung am Gesetz ausrichtet.

Mit einem Gerichtsurteil kann dem Konflikt ein autoritatives Ende gesetzt werden, aber nur dem rechtlichen Teil. Es besteht die Gefahr, dass der Konflikt auf einer anderen Ebene weiterläuft. Denn das Recht beantwortet nicht jede Frage des täglichen Lebens. Es gibt Konflikte, die nicht justiziabel sind.

3. DAS FAMILIENGERICHT IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN RECHT UND GERECHTIGKEIT(-EN)

Das Gericht hat idealerweise zwei Aufgaben: Es soll erstens für den Rechtsfrieden und zweitens für die Rechtsverwirklichung sorgen. Gerade bei Familienstreitigkeiten ist es häufig nicht möglich, diese Ziele gleichzeitig anzustreben. Das subjektive Gerechtigkeitsempfinden kann zu einer anderen Konfliktlösung führen, als sie vom Recht vorgesehen ist. Jede Beziehung und jede Trennung verläuft eben anders.

In einer guten Liebesbeziehung beanspruchen Partner typischerweise keine totale und dauernde Ausgewogenheit zwischen Geben und Nehmen. Die subjektive Bewertung von Ausgewogenheit ändert sich nach der Äusserung des Trennungs- bzw. Scheidungswunsches grundlegend. Es ergibt sich eine ganz neue Bilanz von Geben und Nehmen.

Im Idealfall erreicht ein Paar nach der Scheidung eine neue Ausgewogenheit. Voraussetzung dafür wäre, dass beide die gleiche Konfliktlösung – allenfalls aus verschiedenen Gründen – als „gerecht“ betrachten. Das ist in der Regel nur dann der Fall, wenn beide Konfliktparteien ihre eigenen Interessen und Bedürfnisse in dem Masse erfüllt sehen, dass die Bilanz des Gebens und Nehmens ausgeglichen erscheint. In diesem Fall werden geschiedene Personen berichten, dass sie die Scheidung gut verkraftet hätten.

Lassen sich hingegen die Gerechtigkeitsvorstellungen beider Ehegatten nicht unter einen Hut bringen, dann kann bzw. muss das Recht als neuer Bezugspunkt dienen. Das ändert aber wenig an der Tatsache, dass jeder Ehegatte die nun rechtlich abgestützte Konfliktlösung

2 „Best alternative to a negotiated agreement“; vgl. FISHER/URY/PATTON, Das Harvard-Konzept: Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, Frankfurt 2004, 142 ff.

3 „Worst alternative to a negotiated agreement“; vgl. FISHER/URY/PATTON, a.a.O.

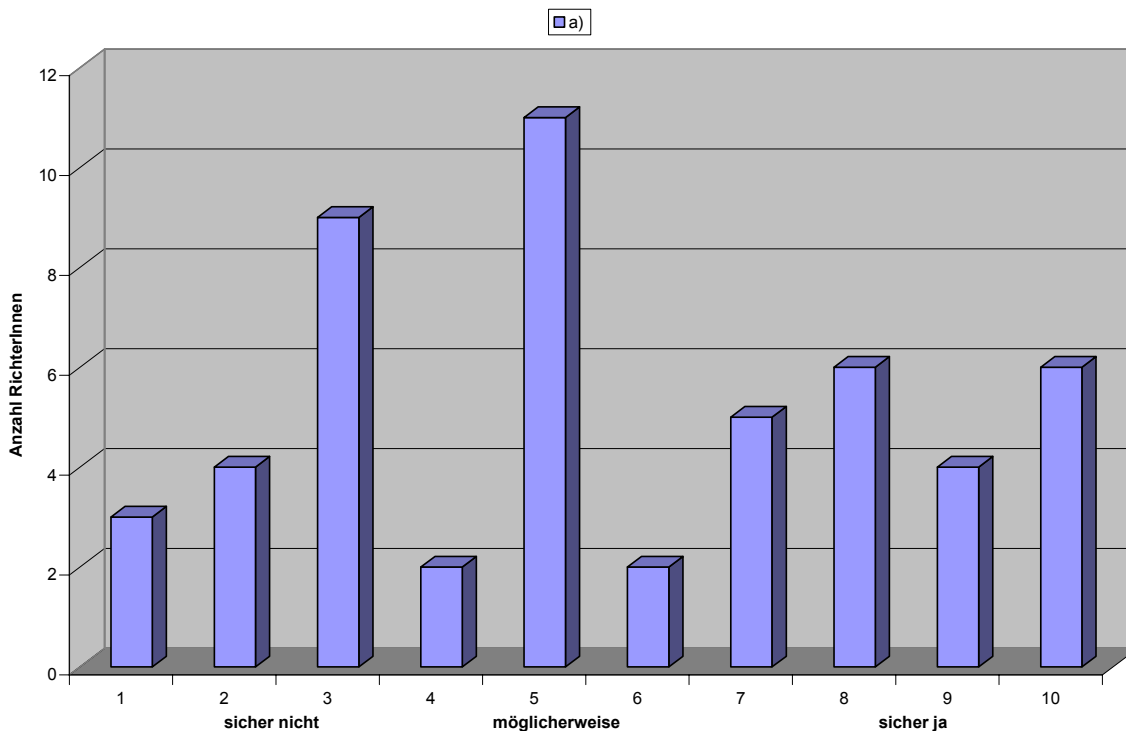
an seinen persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen misst. Daraus ergibt sich das Spannungsfeld zwischen Recht und Gerechtigkeit, in dem sich alle an einem Scheidungsverfahren Beteiligten (Ehegatten, Richter, Rechtsanwältinnen) bewegen.

4. UNTERSCHIEDLICHE HANDHABUNG DER RECHTSAUFKLÄRUNG

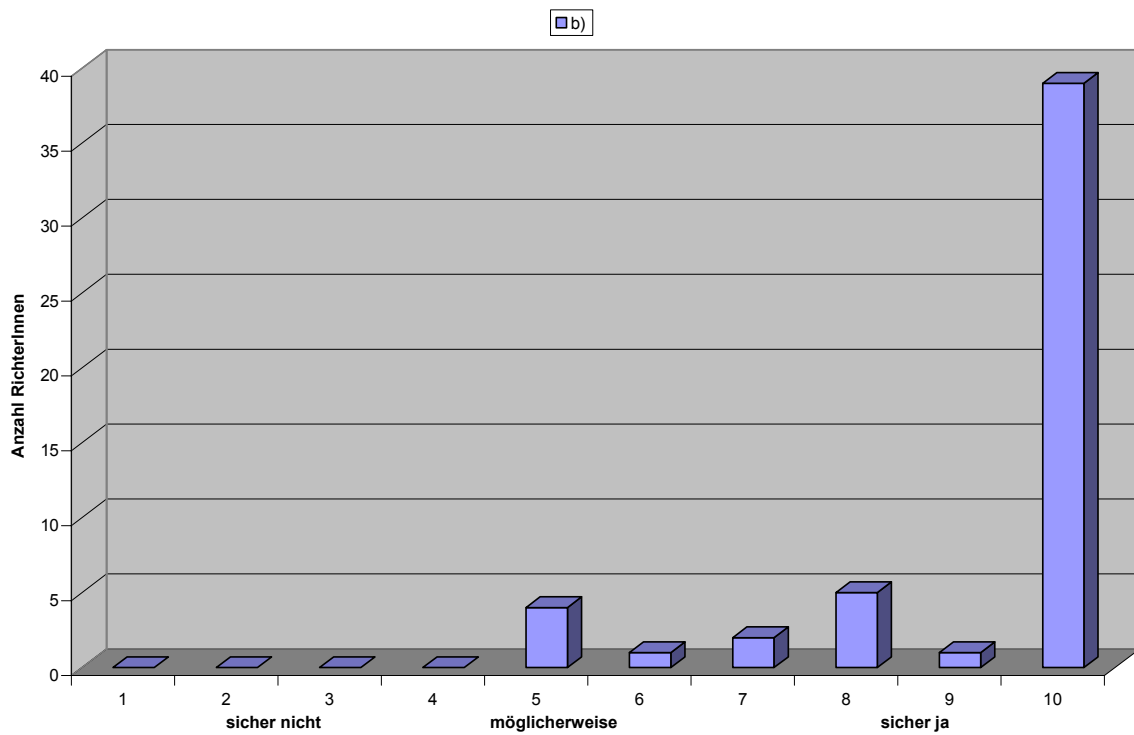
Die Richterin nimmt auf eine Konfliktlösung Einfluss, indem sie entscheidet, ob und wann sie die streitenden Ehepartner über die Rechtslage aus ihrer Sicht informiert. Dass dies vom subjektiven Empfinden des Richters abhängt, zeigte eine Befragung zu mehreren Fallbeispielen unter den 52 Teilnehmenden an den Übungen im Familienrecht. Sie diskutierten vorerst in Dreiergruppen, welchen Raum sie dem Recht in diesen fiktiven Fällen geben würden. Schliesslich beantworteten sie individuell die gestellten Fragen. Im Folgenden wird zuerst eine Fallbeschreibung und anschliessend die Auswertung wiedergegeben:

Sonja und René Gmür-Jöhl reichten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Sie haben sich umfassend über die Nebenfolgen der Ehescheidung geeinigt; beide Ehegatten haben auf Ehegattenunterhalt verzichtet und erklärt, sie seien güterrechtlich auseinander gesetzt. Unterhaltsbedürftige Kinder sind nicht vorhanden.

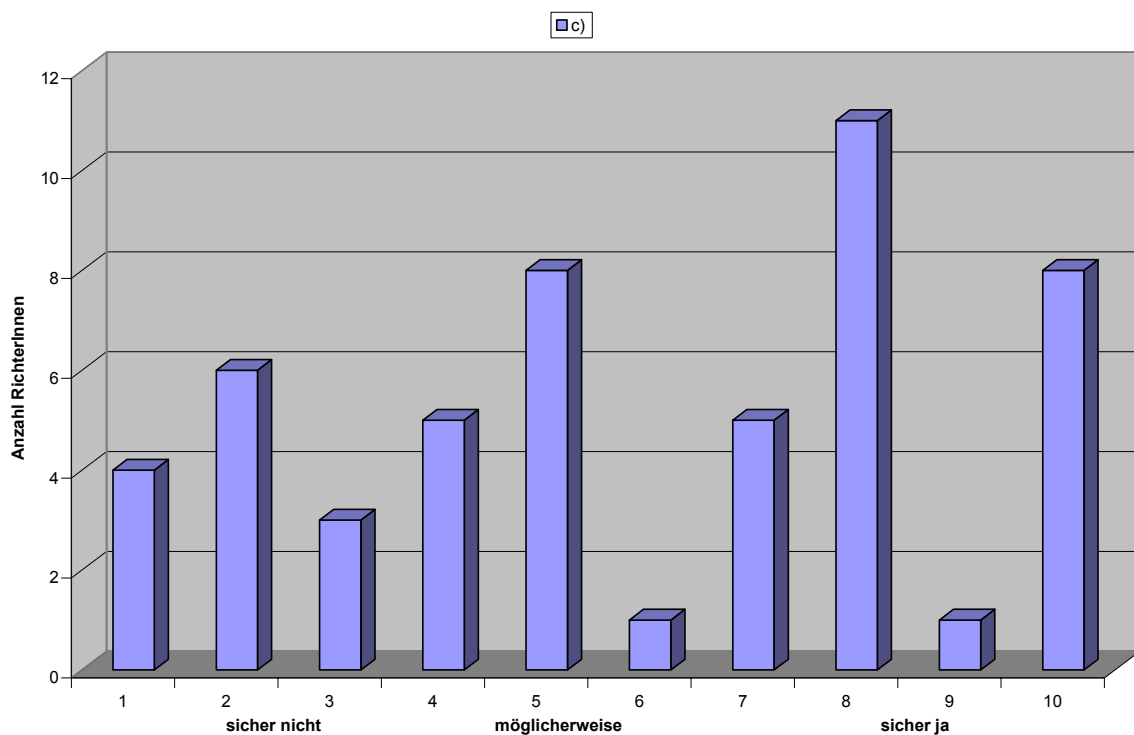
a) *Erklärst Du den Ehegatten Gmür-Jöhl die Rechtslage zum Ehegattenunterhalt und zum Güterrecht?*



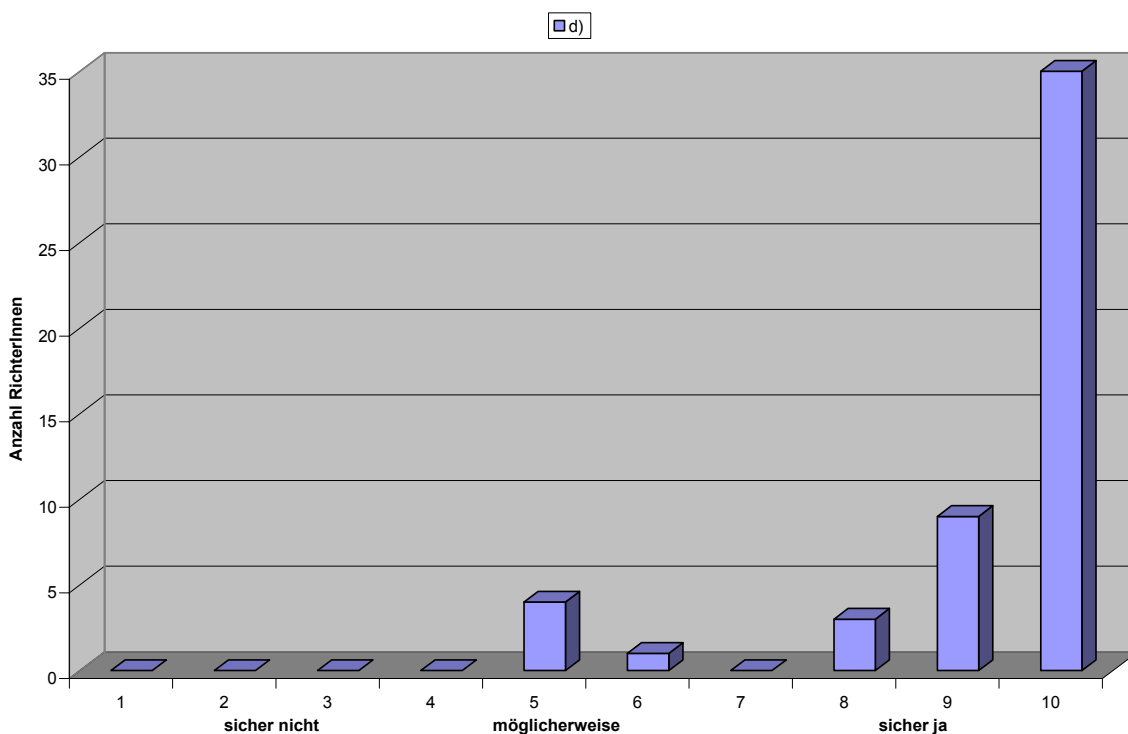
b) *Erklärst Du die Rechtslage, wenn diese Ehegatten zwei kleine Kinder haben und Du der Ansicht bist, dass die Ehefrau einen rechtlichen Anspruch auf Ehegattenunterhalt hat?*



c) *Erklärst Du die Rechtslage, wenn Du weißt, dass die Ehegatten je einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin mit der Aushandlung der Vereinbarung beauftragt hatten?*



d) *Erklärst Du die Rechtslage, wenn Du weißt, dass nur einer der Ehegatten einen Rechtsanwalt mit seiner Vertretung beauftragt hatte?*



Die *Frage a* betrifft den eher unproblematischen Fall, in dem die Rechtslage klar ist und die Richterin bzw. der Richter im Rahmen der Vorprüfung zum Schluss kommt, dass die Vereinbarung angemessen ist. In einer ersten Auswertung lässt sich erkennen, dass die in der st. galischen Justiz tätigen Personen im Rahmen der Anhörung dieses Paares die Rechtslage teilweise mitteilen und teilweise nicht.

Ist die vorgelegte Vereinbarung indessen klar unangemessen (*Frage b*), teilen rund 80% der Richterinnen und Richter sicher und die restlichen 20% möglicherweise die Rechtslage dem Ehepaar mit, um den Eheleuten zu zeigen, dass ihre Vereinbarung unangemessen ist. Meines Erachtens ist die Mitteilung der Rechtslage in diesem Fall unabdingbar. Einerseits kommt die Richterin bzw. der Richter so der gesetzlichen Prüfungspflicht nach. Andererseits gleicht die Einführung des Rechts ein Machtungleichgewicht aus, das beim Aushandeln der Vereinbarung bestanden haben könnte, und beseitigt einen allfälligen Irrtum über die eigenen Ansprüche.

Nicht ganz so klar ist das Bild der Antworten, wenn die – scheinbar nicht ausgewogene – Konvention unter Beizug von zwei Rechtsanwälten ausgehandelt wurde (*Frage c*). Nur noch zirka 40% der Richterinnen und Richter würden mit den Ehegatten die Rechtslage besprechen, während weitere 40% dies lediglich möglicherweise tun. Die restlichen 20% würden in diesem Fall den Ehegatten die Rechtslage kaum oder nicht aufzeigen.

Dass mehr als die Hälfte der Richterinnen und Richter die Rechtslage nicht oder nur möglicherweise erörtert, könnte zwei Gründe haben: Erstens vermuten sie allenfalls kein Machtungleichgewicht, wenn jeder Ehegatte einen Rechtsanwalt beigezogen hat. Zweitens schließen sie einen Irrtum über die Ansprüche der Konfliktparteien aus, weil beide anwaltlich beraten werden.

Trotzdem ist aus meiner Sicht zu beachten, dass das Gericht keinesfalls eine unangemessene Vereinbarung genehmigen darf, auch wenn sie von Rechtsanwälten ausgehandelt wurde. Das Gericht wird also irgendwie seine Bedenken mitteilen und zusammen mit Rechtsanwälten und Ehegatten eine Lösung finden müssen.

Deutlich anders beurteilen die Befragten die Lage, wenn die Konvention unangemessen scheint und nur einer der Ehegatten einen Anwalt beigezogen hat (*Frage d*). Wie bei Frage b wird sich das Gericht auch hier fragen, warum die Parteien wohl eine aus seiner Perspektive unangemessene Vereinbarung abgeschlossen haben. War nur einer der Ehegatten von einem Rechtsanwalt vertreten, liegt der Verdacht nahe, ein Machtgefälle bei den Verhandlungen könnte zu einem unangemessenen Resultat geführt haben. Entsprechend deutlich ist das Ergebnis der Umfrage: 90% der Richterinnen und Richter würden den Ehegatten die Rechtslage erklären. Nur fünf Personen zögerten. Aus meiner Sicht wäre in diesem Fall die Rechtslage zu erklären und danach eine Lösung zu suchen.

5. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Es ist die Aufgabe eines Gerichtes, Vereinbarungen auf ihre Vollständigkeit, Klarheit und Angemessenheit zu überprüfen. Zwingende gesetzliche Normen muss es beachten und anwenden.

Bei der Frage, wie viel Raum die Rechtsaufklärung bei Anhörungen oder Verhandlungen einnehmen muss oder darf, hat das Gericht einen gewissen Spielraum. Die Richterin bzw. der Richter versucht im Idealfall vorauszusehen, wie das Recht auf den Konflikt und ihre Beteiligten wirken könnte und die Rechtsaufklärung entsprechend einzusetzen. Dazu ist es wichtig, den konkreten Konflikt und seine Beteiligten kennenzulernen und einzuschätzen, wie weit die Parteien den Konflikt bereits bearbeitet haben.

Falls bereits eine Vereinbarung besteht, ist wichtig zu wissen, auf welchem Weg diese ausgehandelt wurde.

Machtungleichgewichte in Familien sind häufig, vor allem dann, wenn Ehegatten noch zusammenwohnen. Gerade wenn sich Vereinbarungen an der Grenze der Angemessenheit bewegen oder gar klar unangemessen erscheinen, hilft es, Ehegatten nach ihrer Rechtskenntnis zu fragen und ihnen die Rechtslage zu erklären.

Recht sprechen und recht schreiben

Rolf Vetterli

Aus: Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2005, 281 ff.

Werte Anwesende, geschätzter Herr Präsident, verehrte Gäste, liebe Kolleginnen und Kollegen

Verzeihen Sie die umständliche Anrede! Ich werde darauf sogleich wieder zurückkommen. Genau genommen könnte man das „wieder“ streichen. Das ist nämlich eine unnötige Verdoppelung. Damit sind die beiden Themen meines Vortrags auch schon umrissen. Ich möchte Ihnen einige typische Stilfehler vorführen und ein paar Vorschläge für eine einfachere Sprache machen. Wissen Sie, was das ist, eine Eisenbahn? Vermutlich schon, aber ich will es Ihnen trotzdem erklären:

„Eine Eisenbahn ist ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen und Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport grosser Gewichtsmassen beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismässig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den ausserdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften – Dampf, Elektrizität, tierischer oder menschlicher Muskeltätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon durch die eigene Schwere der Transportgefässe und deren Ladung usf. – bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismässig gewaltige, je nach den Umständen nur bezweckterweise nützliche oder auch Menschenleben vernichtende und menschliche Gesundheit verletzende Wirkung zu erzeugen fähig ist.“

In diesem Text haben sich schon fast alle möglichen Fehler versammelt: Es handelt sich um einen einzigen Schachtelsatz, verlängert erst noch mit einem Einschub zwischen Gedankenstrichen. Die Substantive werden künstlich vermehrt und die Verben breit getreten. Man spürt schliesslich die unüberwindliche Neigung zu bürokratischen Ausdrücken. Kurz, was hier gesagt wird, ist unerträglich besserwisserisch. Die Formulierung stammt vom früheren deutschen Reichsgericht. Jemand hat sich die Mühe genommen, nach diesem Vorbild auch das Reichsgericht selbst zu definieren:

„Was ist ein Reichsgericht? Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden haben lassende, nicht ganz unbedeutende beziehungsweise verhältnismässig gewaltige Fehler im Satzbau auf der schiefen Ebene des durch verschnörkelte und ineinander geschachtelte Perioden ungeniessbar gemachten Kanzleistils herabgerollte Definitionen, welche das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkung zu erzeugen fähig sind, liefert.“

Viele Begriffe sind uns selbstverständlich. Wir wissen für praktische Bedürfnisse gut genug, was das bedeutet, eine „Eisenbahn“, ein „Unfall“ oder ein „Verbrechen“. Danach gefragt hätten wir aber unsere liebe Not, zu erläutern, was ganz exakt gemeint ist. Wenn wir versuchen, ein Wort, das

uns vertraut ist, mit anderen Wörtern zu umschreiben, so ist das eine Realdefinition. Das kann eine zweifelhafte Sache sein, weil wir nie wissen, wo anzufangen wäre, was schon als bekannt vorausgesetzt werden darf und was noch unbekannt ist. Derartige mehr oder minder klägliche Erklärungsversuche kommen freilich überall vor, am eindrucklichsten im Lexikon. Auch die Gesetze und die juristischen Kommentare sind angefüllt mit Realdefinitionen. Jeder Straftatbestand enthält zum Beispiel eine solche. Eine Sachbeschädigung ist die Beschädigung, Zerstörung oder Unbrauchbarmachung einer fremden Sache. Das stellt schon beinahe eine tautologische Umformung dar. Die Wörter werden einfach umgestellt, ohne dass dabei viel Neues herauskommt. Daraus wäre messerscharf zu schliessen, dass wir keine wissenschaftliche Sprache schreiben. Das Wort „messerscharf“ gehört übrigens nochmals auf eine andere Sprachebene, zum Gassenjargon nämlich, auch wenn es einem berühmten Gedicht von Christian Morgenstern entnommen ist. Solche Ausdrücke vermitteln den Betroffenen nur das Gefühl, man mache sich über sie lustig, und diese Geringschätzung ertragen sie am allerwenigsten. Die juristische Sprache steht irgendwo dazwischen. Sie ist im besten Falle nichts mehr als ein klares und nüchternes Deutsch.

Im Urteil setzen wir uns mit den Argumenten der Parteien auseinander, wir legen manchmal die Grundlage für ein Rechtsmittel und tragen selten zur Rechtsfortbildung bei. Unsere Entscheide sind folglich für ganz verschiedene Bildungsschichten bestimmt. Wir müssten sie so abfassen, dass sie auch für die unterste noch nachvollziehbar sind. Meistens streben wir aber gerade das Gegenteil an. Wir drücken uns so überlegen wie möglich aus, weil wir hoffen, dass die Parteien davon wie erschlagen sind und endlich Ruhe geben. Wir tun es auch für uns. Wir betreiben vielleicht keine Wissenschaft, aber immerhin eine Kunst, die nicht jede und jeder kann. Derselbe Hang zur Fach- und Geheimsprache fällt uns, wenn andere ihm erliegen, unangenehm auf. Wir alle haben schon medizinische Gutachten gesehen, die so unverständlich sind, dass man sie zuerst übersetzen lassen müsste.



aus: WILFRIED RASCH, Forensische Psychiatrie, Stuttgart/Berlin/Köln 1999

Wir sollten, aus eigener Erfahrung klug geworden, daran gehen, die Sprachbarrieren abzubauen. Ich habe deshalb ein Dutzend stilistische Eigenarten zusammengestellt, die das Lesen von Urteilen erschweren. Das wirkt wohl ziemlich oberlehrerhaft. Bedenken Sie aber Folgendes: Wer anderen den Spiegel vorhält, erblickt sich darin zuerst einmal selbst. Die Urteile der

zweiten Instanz sind in der Regel noch um einiges gelehrter und damit noch schwerer verdaulich. Erst ganz oben, wo die Luft dünn wird, werden auch die Entscheidungen wieder kurz und simpel, weil niemand mehr da ist, der seinen Ärger darüber zeigen dürfte. Die kantonalen Appellationsgerichte sind also in erster Linie gemeint, nicht Sie und schon gar nicht das Bundesgericht. Allerdings wäre es erfreulich, wenn auch Sie sich vornehmen wollten, im schriftlichen Umgang locker zu bleiben, ohne luftig zu werden. Falls dann doch wieder eines Ihrer Urteile durch unerforschlichen Ratschluss der oberen Instanz aufgehoben würde, wäre wenigstens bloss das Ergebnis kassiert und nicht der gute Eindruck, den Sie bei den Parteien hinterlassen haben.

Man soll, heisst die erste Regel, so schreiben, wie man redet. Fatal ist nur, dass gewisse Wörter einfach tönen, aber in einem Entscheid eine andere als die gewöhnliche Bedeutung haben. Ein Laie oder eine Laiin ... aufgepasst, dieses Wort steht noch nicht im Duden! Also, wer keine Rechtskenntnisse hat, wird nie begreifen, was ein „Deliktserfolg“ bedeutet. Erfolg wäre doch etwas Positives und kann nichts zu tun haben mit dem Unheil, welches eine Straftat anrichtet. Das ist noch nicht einmal das Schlimmste. Es gibt Wörter, die einen vertrauten Klang haben, im allgemeinen Sprachgebrauch jedoch überhaupt keinen Sinn mehr besitzen. Wir benutzen einen Wortschatz, den wir als traditionell empfinden, der aber einfach veraltet ist. Der „Registervater“ ist zwar abgeschafft, die „Kindsmutter“ lebt hingegen noch. Ich will mich für die Fortsetzung dieser Schulstunde an Beispiele halten. Dabei stelle ich Ihnen immer zuerst die verunglückte Fassung und danach eine passendere vor. Vielleicht möchten Sie mitdenken. Ich bin sicher, dass Ihnen noch schlichtere Lösungen einfallen. Nebenbei: Vermeiden Sie doch eine Anhäufung von „dass“-Sätzen, verwenden Sie ab und zu die indirekte Rede! Aber: Klammerbemerkungen wie diese sind eigentlich unschön! Und ganz zuletzt: Das Wort „eigentlich“ ist ein Füllsel und damit gleich auch noch entbehrlich!

Unverständliche Alltagssprache

an Schranken	vor Gericht
nach Recht und Billigkeit	dem Einzelfall angepasst
Vormerk nehmen	feststellen
Kosten wettsschlagen	ausser Spesen nichts gewesen

Unwörter

diesbezüglich	in dieser Hinsicht
schlussendlich	schliesslich oder endlich
vorliegendenfalls	hier
Verkehrsregelverstoss	Verstoss gegen Verkehrsregeln

Vermeidbare Fremdwörter

Alimente	Unterhalt
Dispositiv	Urteilsspruch
Kontrahenten	Vertragspartner

Gestelzte lateinische Wendungen

in casu	in dieser Sache
obiter dictum	nebenbei gesagt

Unnötige Wiederholungen

urteilen, beurteilen, sich ein Urteil bilden	erörtern, fragen, prüfen, überlegen, untersuchen, würdigen
--	--

Übertreibungen

auf keinen Fall am vernünftigsten	nicht vernünftig
--------------------------------------	---------------------

Verdoppelungen

integrierender Bestandteil Zukunftsprognose	Bestandteil Prognose
--	-------------------------

Hauptwörterei

in Erwägung ziehen nach Massgabe von Art. 1 ZGB	erwägen nach Art. 1 ZGB
--	----------------------------

Gestreckte Verben

käuflich erwerben zur Kenntnis bringen	kaufen mitteilen
---	---------------------

Überflüssige Partizipien

gemachte Erfahrung getroffene Massnahmen	Erfahrung Massnahmen
---	-------------------------

Gewundene Passivformen

Durch das Gesetz wird vorgeschrieben. Vom Gericht wird es als unerlässlich erachtet.	Das Gesetz bestimmt. Das Gericht hält es für geboten.
---	--

Phrasen

In Berücksichtigung all dieser Zuteilungskriterien erscheint es angemessen, das Kind unter die Obhut der Mutter zu stellen.	Das Gericht hat sich entschlossen, das Kind in die Obhut der Mutter zu geben – warum das so sein muss, kann es leider auch nicht erklären.
---	--

Wenn schliesslich sämtliche dieser Zutaten zu einem sprachlichen Eintopf zusammengerrührt werden, so entsteht daraus etwas vollends Ungenussbares: das Papierdeutsch.

„Als Papierdeutsch wird jene umständliche, vermitteltst zahlreicher Kanzleiausdrücke aufgeputzte bzw. im Rahmen des Möglichen verlängerte und in niemals ein Ende findende Sätze und Klemmkonstruktionen gepresste Ausdrucksform entschlossloser Schreibernaturen bezeichnet (da haben Sie gleich ein Muster), die eine ganze Reihe der schon gerügten Stilfehler in sich vereinigt. Kennzeichnend für den Papierstil sind nicht nur bestimmte Wörter, sondern vielmehr auch der Satzbau und die ganze Art, sich unverständlich und unentschieden auszudrücken. Der Papierdeutsche sagt nicht haben und können, sondern über etwas verfügen und sich in der Lage sehen. Er liebt die Streckverben, er verehrt die Hauptwörter, namentlich die auf -ung, seine Heiligtümer sind die Kanzleiausdrücke, das Passiv erscheint ihm weit vornehmer, kurze Sätze hält er für ungebildet ... und wenn es nach ihm ginge, dürfte niemand vom Christkind sprechen, sondern nur vom Jesus-Christus-von Nazareth-Kind“ (aus: Ludwig Reiners, Stilfibel, dtv-Taschenbuch, München 1963, noch immer aktuell und zur Vertiefung sehr empfohlen!).