

Mitteilungen zum Familienrecht

Ausgabe Nr. 8 / Dezember 2006

Kantonsgericht St. Gallen

II. Zivilkammer

Klosterhof 1

9001 St. Gallen

Neue Entscheide

Getrenntleben unter einem Dach	5
Barauszahlung aus der beruflichen Vorsorge	9
Nacheheliche Solidarität	13
Vorsorglicher Unterhalt nach rechtskräftiger Scheidung	17
Vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess	19
Beruflicher Wiedereinstieg nach der Trennung	21
Wiederaufnahme des Zusammenlebens	23
Erwerbsobliegenheit bei Kindesunterhalt	25
Besuchsregeln im Elternkonflikt	29
Vollzug des Besuchsrechts	33
Behördenstreit über die Zuteilung der elterlichen Sorge	37
Unentgeltliche Vertretung	39
Verspätete Beschwerde	41

Güterrechtliche Szenen	45
-------------------------------	----

Grundstücke im Güterrecht	49
----------------------------------	----

Joachim Schreiner

Und die Kinder?	51
------------------------	----

Ursula Wiedmer

Scheidung und private Vorsorge	59
---------------------------------------	----

NEUE ENTSCHEIDE

GETRENNTLEBEN UNTER EINEM DACH

Art. 114 ZGB. Ein Ehepartner, der zwar noch im gleichen Haus wohnte wie die Partnerin, sich aber mehrere Jahre lang in das Dachgeschoss zurückzog und keine Gemeinsamkeit mehr pflegte, hat im Sinne des Gesetzes getrennt gelebt.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 10. Mai 2006, BF.2005.20

Aus den Erwägungen:

Der Kläger leitet einen Scheidungsgrund sowohl aus Art. 114 wie aus Art. 115 ZGB ab. Der Scheidungsgrund des Getrenntlebens geht jenem der Unzumutbarkeit aber vor und ist zuerst zu prüfen. Hat das Getrenntleben bis zur Klageanhebung bzw. bis zum Rechtswechsel im Juni 2004 mindestens zwei Jahre gedauert, so muss die Klage gutgeheissen werden. Dabei ist es Sache der klagenden Partei, die Trennung und ihre Dauer zu beweisen (FamKomm Scheidung/FANKHAUSER, Art. 114 ZGB N 26), wobei freilich keine allzu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen (BaslerKomm/STECK, Art. 114 ZGB N 27).

Der Kläger beschrieb die Beziehungsgeschichte so: Die Ehegatten hätten sich seit Langem auseinander gelebt. Nach einem mehrmonatigen Bildungsurlaub sei er im Jahre 1997 ins Dachgeschoss des ehelichen Wohnhauses gezogen und habe sich dort eingerichtet. Seit-her habe jeder Ehepartner seinen Haushalt selbst besorgt, die eigene Wäsche gewaschen und für sich allein gegessen. Küche und Badezimmer als notwendigerweise gemeinsame Räume habe man nie gleichzeitig, sondern immer nur nacheinander benützt. Sexuelle Kontakte hätten keine mehr stattgefunden. Ferien und Freizeit habe jeder Ehegatte für sich allein verbracht. Auch in wirtschaftlicher Hinsicht habe man die Ausgaben klar aufgeteilt. Er habe die gesamten Hauskosten getragen und die Ehefrau habe die ganzen Steuern bezahlt. Jeder Partner habe sein eigenes Auto gefahren und der andere habe es nie benützt. Das Gespräch unter den Eheleuten habe sich seit mehreren Jahren auf eine Diskussion der möglichen Scheidungsfolgen beschränkt.

Die Beklagte bezeichnete vor Kreisgericht das Getrenntleben als "nicht abzustreitenden Zustand" und nannte sogar einen früheren Termin für die "Auswanderung" des Ehemanns in das obere Stockwerk. Später teilte sie dem Gericht ausdrücklich mit, dass sie die räumliche Trennung anerkenne. Erst vor Kantonsgericht wandte die Beklagte ein, dass sie das vom Ehemann bewohnte Turmzimmer zum Musizieren und Stöbern in der Bibliothek mitbenützt habe. Es sei auch zu einzelnen Begegnungen vor dem Fernseher gekommen: Schliesslich habe sie

sich ab und zu von den Mahlzeiten, die der Ehemann kochte, bedienen können. Im Kühlschrank habe es keine getrennten Fächer gegeben.

Aus den vorgelegten Grundrissen und Fotos ist zu schliessen, dass die Bauweise des Wohnhauses die Organisation eines Getrenntlebens durchaus zulies. Das Dachgeschoss umfasste den Schlafraum des Ehemanns und das von ihm als Aufenthaltsraum benutzte Turmzimmer. Im ersten Stock befanden sich das Schlafzimmer der Ehefrau und ihr Büro sowie das von beiden frequentierte Bad. Im Erdgeschoss lagen Küche und Esszimmer, die von beiden abwechselnd benutzt worden sein sollen, sowie die Stube, in der sich der Ehemann nie mehr aufgehalten haben will. Die Ehefrau vereitelte allerdings einen Augenschein, weil sie ihn als Einmischung in ihre Privatsphäre empfand, und dieser lässt sich nicht mehr nachholen, weil das Haus inzwischen umgebaut worden ist.

Trennung bedeutet Aufhebung des gemeinsamen Haushalts. Vorausgesetzt wird, dass faktisch keine häusliche Gemeinschaft mehr besteht und dass zumindest ein Ehegatte sie auch ablehnt. Es braucht also einen Zustand der örtlichen Trennung und einen klar erkennbaren Trennungswillen. In der Regel müssen die Ehegatten sich fortan in zwei verschiedenen Wohnungen aufhalten. Ein Getrenntleben im selben Haus ist nicht ausdrücklich vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen (FamKomm Scheidung/FANKHAUSER, Art. 114 ZGB N 15; BaslerKomm/STECK, Art. 114 ZGB N 9; REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Rz. 1.73; RUMO-JUNGO, Die Scheidung auf Klage, AJP 1999, 1530, 1531 f.; VETTERLI, Die Scheidung auf Klage in der Praxis, AJP 2002, 102, 103). Zu verlangen ist immerhin, dass die Eheleute ihre eigenen Lebensbereiche ausgeschieden haben und keine persönlichen Beziehungen mehr pflegen, die weit über das unvermeidliche Zusammentreffen in einem räumlichen Nebeneinander hinausgehen. Der Ehemann schildert eine solche strikte hausinterne Trennung anschaulich. Selbst die Ehefrau behauptet nicht, man habe sich noch irgendwelche gegenseitigen Dienste geleistet, die als einträchtiges Zusammenwirken aufgefasst werden könnten. Damit steht fest, dass die Ehegatten im Wesentlichen für sich allein sorgten und ihre freie Zeit praktisch nie mehr zusammen verbrachten (vgl. dazu RUMO-JUNGO, 1530, 1531 f.). Ein gemeinsamer Haushalt wird allein durch gelegentliche Handreichungen – wenn etwa der Mann sporadisch für die Frau mitkocht oder diese in seiner Abwesenheit aufräumt – nicht aufrecht erhalten (MünchenerKomm/WOLF, § 1567 BGB N 28).

Eine Trennung kann sich zwar nicht von selbst ergeben und sich auch nicht schleichend in einer zunehmenden Entfremdung einstellen. Wenigstens ein Ehegatte muss sich dazu entschliessen und dem anderen deutlich zu verstehen geben, dass er die häusliche Gemeinschaft nicht mehr fortsetzen will. Das braucht er aber doch nicht ausdrücklich zu erklären, es kann sich auch aus einem schlüssigen Verhalten ergeben und als solches muss der jahrelange

und konsequente Rückzug des Ehemanns in den oberen Stock des Wohnhauses gelten, der von der Ehefrau als eine Art "Auswanderung" empfunden und auch im Rückblick als Aufnahme des Getrenntlebens anerkannt wurde.

Die Ehefrau trägt allerdings im Berufungsverfahren sinngemäss noch vor, das Getrenntleben sei unterbrochen worden, weil der Ehemann sie aufgefordert habe, mehr Zeit mit ihm zu verbringen, ihr – allerdings nicht mehr auffindbare – SMS-Nachrichten geschickt und sie einmal zum Flughafen gefahren habe. Der Ehemann räumt wohl ein, dass er ihr mit dem Transport eine einmalige Gefälligkeit erwiesen habe, bestreitet jedoch eine Wiederannäherung und fühlt sich im Gegenteil von der Ehefrau zunehmend bedrängt und belästigt. Wie es sich mit dem zuletzt angeführten "Stalking" verhält, kann offen bleiben. Eine Unterbrechung des Getrenntlebens wäre jedenfalls erst dann anzunehmen, wenn die Eheleute sich für längere Zeit wieder gefunden hätten (Botschaft Scheidungsrecht, 92), sich also versöhnt und das eheliche Leben versuchsweise zumindest für einige Wochen wieder aufgenommen hätten. Minimale kameradschaftliche Beziehungen und Überreste ehelicher Solidarität sind normal; sie ändern nichts am Zustand des Getrenntlebens (KGer SG, FamPra.ch 2002, 357; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 114 ZGB N 12). Im besonderen Fall ergibt sich aus der Darstellung der Ehefrau kein Hinweis auf eine Wiedervereinigung. Es bleibt dabei, dass die Ehegatten während mehr als sechs Jahren ununterbrochen getrennt lebten. Damit hat der Ehemann einen absoluten Anspruch auf Scheidung der Ehe nach Art. 114 ZGB.

BARAUZZAHUNG AUS DER BERUFLICHEN VORSORGE

Art. 123 Abs. 2 und 124 ZGB. Barauszahlungen aus der zweiten Säule, die keinen Vorsorgezweck erfüllen, sind nach güterrechtlichen Regeln zu behandeln. Wenn sie im Zuge einer Gütertrennung bereits einvernehmlich aufgeteilt wurden, können die Ehegatten später nicht mehr darauf zurückkommen. Besteht zwischen den Eheleuten ein klares finanzielles Ungleichgewicht, so wäre es offensichtlich unbillig, wenn der wirtschaftlich schlechter gestellte Ehepartner seine neu aufgebaute berufliche Vorsorge mit der Partnerin teilen müsste.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 28. Februar 2006, BF.2005.17

Sachverhalt:

Die Parteien kamen in einer Vereinbarung zur Regelung des Getrenntlebens überein, dass der Ehemann sich seine Austrittsleistung im Hinblick auf seine selbständige Erwerbstätigkeit auszahlen lasse. Von dieser Barauszahlung erhalte die Ehefrau die Hälfte, ihre eigene Vorsorge könne sie für sich behalten. In der Folge bekam die Beklagte vom Kläger Fr. 75'000.– und liess sich ihre Austrittsleistung von rund Fr. 60'000.– bei der Ausreise nach Österreich ebenfalls auszahlen. Der Kläger gibt an, seinen Vorsorgeanteil in die Firma investiert und bei deren Konkurs verloren zu haben, und die Beklagte macht geltend, ihren Anteil für den Umzug und den Lebensunterhalt verbraucht zu haben. Inzwischen ist der Kläger wieder in eine Pensionskasse eingetreten. Die Beklagte hat hingegen keine betriebliche Altersvorsorge mehr aufgebaut und verlangt bei der Scheidung einen hälftigen Anteil an der Austrittsleistung des Klägers. Dieser fordert eine gleichmässige Aufteilung aller in der Ehe erworbenen Vorsorgeguthaben.

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 122 Abs. 1 ZGB hat jeder Ehegatte ein Recht auf die Hälfte der für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen. Ist bereits ein Vorsorgefall eingetreten oder können die Vorsorgeguthaben aus anderen Gründen nicht geteilt werden, so wird eine angemessene Entschädigung geschuldet (Art. 124 Abs. 1 ZGB). Zu den anderen Gründen wird auch eine Barauszahlung während der Ehe gezählt (BGE 127 III 433; FamKomm Scheidung/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 124 ZGB N 3 und N 18; BaslerKomm/WALSER, Art. 124 ZGB N 9 ff.). Eine Entschädigung erscheint zumindest dann als sinnvoll, wenn die Vermögenswerte weiterhin der Alters- und Invalidenvorsorge dienen. Oft präsentiert sich die Situation indessen anders. Mit einer Barauszahlung scheidet das Kapital endgültig aus dem Kreislauf der berufli-

chen Vorsorge aus (Art. 22 Abs. 2 FZG) und der Berechtigte darf frei darüber verfügen. Er kann das Guthaben beispielsweise in ein eigenes Geschäft einbringen, daraus Schulden begleichen oder es für den laufenden Lebensbedarf ausgeben. Mit dem ursprünglichen Vorsorgezweck hat eine solche Verwendung nichts mehr gemein. Hier drängt sich eine rein güterrechtliche Betrachtungsweise auf (HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 10.67 f.; KOLLER, Vorbezüge für den Erwerb von Wohneigentum und Vorsorgeausgleich bei der Scheidung: Wer trägt den Zinsverlust?, ZBJV 2001, 137, 138, FN 6 m.w.H.; VETTERLI, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht, FamPra.ch 2002, 450, 468). Dieser Meinung waren offensichtlich auch die Parteien, als sie sich über die Teilung der Barauszahlung einigten, zugleich eine Gütertrennung vereinbarten und die güterrechtliche Auseinandersetzung vollzogen. Dabei sollte auch das frei gewordene Vorsorgekapital aufgeteilt werden, um beiden Ehegatten einen unabhängigen finanziellen Start in eine getrennte Zukunft zu ermöglichen. Der Ehemann beabsichtigte, mit seinem Anteil die Firma zu sanieren, was allerdings misslang, und die Ehefrau verstand ihren Betrag als Grundlage zum Aufbau einer neuen Existenz in Österreich. Als Vorsorgesubstrat waren die Barbezüge jedenfalls nicht mehr gedacht. Das bedeutet, dass der Kläger keine Beteiligung an der Barauszahlung aus der Vorsorge der Beklagten mehr fordern kann.

Damit ist einzig noch über die Austrittsleistung des Klägers zu befinden, die er seither neu erworben hat und die inzwischen gut Fr. 10'000.– beträgt. Die Vorinstanz lehnte eine Teilung gestützt auf Art. 123 Abs. 2 ZGB ab, weil diese offensichtlich unbillig wäre. Unbilligkeit ist auf Grund der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung zu beurteilen, wie sie sich als Folge der güterrechtlichen Auseinandersetzung, der Vorsorgesituation und den Erwerbsaussichten darstellt (BGE 129 III 577; KGer BL, FamPra.ch 2003, 416 ff.; BaslerKomm/WALSER, Art. 123 ZGB N 14; FamKomm Scheidung/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 123 ZGB N 47 ff.). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte bei der Aufteilung der Barauszahlung bereits deutlich bevorteilt wurde. Sie konnte damals ihre eigene Kapitalauszahlung von Fr. 60'000.– ungeschmälert für sich behalten. Eine erneute Beteiligung an der beruflichen Vorsorge des Klägers würde insgesamt ein erhebliches Ungleichgewicht bei der Teilhabe an den während der Ehe erworbenen Vorsorgegeldern bewirken. Die Beklagte besitzt zudem noch ein Ferienhaus und verfügt damit im Unterschied zum Beklagten über einiges Vermögen. So dann hat sie nach Abschluss ihrer Ausbildung zur Steuerberaterin Aussicht auf ein Salär, welches das Gehalt des Klägers wohl übertrifft. Während dieser eine Altersvorsorge nur im Rahmen des Obligatoriums betreiben und auf Grund der hohen Schulden kaum Privatvermögen bilden kann, ist die Beklagte durchaus imstande, künftig eine gewisse Altersreserve anzulegen. Unter diesen Umständen wäre es stossend, wenn der Kläger seine bescheidene Austrittsleistung mit ihr teilen müsste.

Dasselbe Resultat ergäbe sich freilich, wenn die Barauszahlungen nach Art. 124 ZGB in den Vorsorgeausgleich einbezogen würden. In diesem Fall würde auch die Austrittsleistung des Klägers im Rahmen von Art. 124 ZGB berücksichtigt (BaslerKomm/WALSER, Art. 124 ZGB N 11; GRÜTTER/SUMMERMATTER, Erstinstanzliche Erfahrungen mit dem Vorsorgeausgleich bei Scheidung, FamPra.ch 2002, 641, 646; GEISER, Vorsorgeausgleich: Aufteilung bei Vorbezug für Wohneigentumserwerb und nach Eintreten eines Vorsorgefalls, FamPra.ch 2002, 83, 86). Die gegenteilige Auffassung, welche eine parallele Anwendung von Art. 122 und Art. 124 ZGB vorzieht (so BGE 129 V 251 ohne nähere Begründung; FamKomm Scheidung/BAUMANN/LAUTERBURG, Vorbem. zu Art. 122–124 ZGB N 68 ff.), nimmt in Kauf, dass die Vorsorgesituation eines Ehepaars nach unterschiedlichen Kriterien beurteilt wird. Die angemessene Entschädigung hätte sich am Grundsatz der hälftigen Teilung zu orientieren (KGer SG, FamPra.ch 2004, 119 ff.). Ausgangspunkt wäre die Höhe des ursprünglichen Kapitalbezugs. Dem Kläger kann nicht vorgeworfen werden, dass er seinen Anteil an der Barauszahlung leichtfertig in die Firma investierte. Die Beklagte hätte daher diesen Verlust mitzutragen, ebenso wie umgekehrt ihr Vermögensverzehr für eine angemessene Lebenshaltung zu berücksichtigen wäre. Nun hat sie allerdings nicht glaubhaft machen können, dass das ihr zugefallene Vorsorgekapital von ursprünglich Fr. 135'000.– vollständig aufgebraucht sei. Anzunehmen ist vielmehr, dass ihr ein Rest verblieb, der das neu geäußerte Altersguthaben des Klägers übersteigt. Unter diesen Umständen hätte sie keinen Anspruch auf einen Ausgleich im Sinne von Art. 124 ZGB.

NACHEHELICHE SOLIDARITÄT

Art. 125 ZGB. Grundet der nacheheliche Unterhalt ausschliesslich auf Solidarität, so kann der Bedarf in sinngemässer Anwendung der Rechtsprechung zur früheren Bedürftigkeitsrente bestimmt werden.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 17. August 2006, BF.2006.3/5

Sachverhalt:

Die Ehe der Parteien blieb kinderlos und dauerte bis zur Trennung gut 19 Jahre. Die heute 56-jährige Ehefrau ist gelernte Verkäuferin und war während der ganzen Ehezeit voll erwerbstätig. Sie führte während vielen Jahren eine Geschenkboutique, die bis 1996 ansehnliche Gewinne abwarf, womit sie einen wesentlichen Anteil am Familienunterhalt bestritt. Danach verschlechterte sich die Ertragslage und im Frühjahr 2002 wurde das Geschäft eingestellt. Heute verkauft die Ehefrau Geschenkartikel in Kommission, womit sie maximal Fr. 2'000.– im Monat verdienen will. Um ihren Bedarf von Fr. 4'000.– decken zu können, verlangt sie nachehelichen Unterhalt von Fr. 2'000.– bis zu ihrem AHV-Alter. Der Ehemann ist der Auffassung, die Ehefrau könne ab Herbst 2006 allein für ihren Unterhalt aufkommen. Er verdient als Verkäufer auf Provisionsbasis monatlich gut Fr. 8'000.–. Das Kantonsgericht spricht der Ehefrau nachehelichen Unterhalt von Fr 1'500.– im Monat bis Ende 2006 und danach einen solchen von Fr. 1'000.– bis zu ihrem AHV-Alter zu, wobei es davon ausgeht, sie könne zunächst Fr. 2'000.– und später Fr. 2'500.– monatlich verdienen.

Aus den Erwägungen:

Nachehelicher Unterhalt ist nur geschuldet, wenn es einem Ehegatten nach der Scheidung nicht zumutbar ist, selbst für seinen gebührenden Unterhalt aufzukommen. In diesem Fall hat der andere ihm einen angemessenen Beitrag zu leisten (Art. 125 Abs. 1 ZGB). Denn mit der Scheidung enden grundsätzlich die ökonomischen Beziehungen der Ehegatten und jeder soll soweit möglich wirtschaftlich für sich selbst sorgen. Soweit das jedoch einem Ehegatten nach einer lang anhaltenden Arbeitsteilung, wegen seines Gesundheitszustands oder infolge seines Alters nicht möglich ist, hat ihn der andere zu unterstützen (Art. 125 Abs. 2 ZGB). Dabei ist allerdings nach der Anspruchsgrundlage zu unterscheiden. Während im alten Scheidungsrecht die Unterhaltersatzrente hauptsächlich als Kompensation für den durch die Scheidung erlittenen Schaden begriffen wurde und die Bedürftigkeitsrente als Ausdruck nachehelicher Solidarität, hat das neue Recht ein anderes Konzept. Grundlage und Rechtfertigung des nachehelichen Unterhalts ist heute nach vorherrschender Lehre der Ausgleich ehebedingter Nachteile

(FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Vorb. zu Art. 125–132 ZGB N 7 m.w.H.; HAUSHEER, Der "ehebedingte Nachteil" als massgebendes Konzept des nahehelichen Unterhalts, in: HOFER/KLIPPEL/WALTER [Hrsg.], Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 1377 f.). Unter Umständen kann sich eine Unterhaltsrente aber immer noch aus einem Überrest ehelicher Solidarität ergeben (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB, N 33 und 45; HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht Rz. 05.59). Vorgerücktes Alter und schlechter Gesundheitszustand gelten dabei allgemein als Anwendungsfälle für eine Rente aus nahehelicher Solidarität (BaslerKomm/GLOOR/SPYCHER, Art. 125 ZGB N 14; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.73; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 55).

Der angemessene Lebensbedarf ist unterschiedlich festzusetzen, je nachdem ob es um den Ausgleich ehebedingter Nachteile geht oder um Beistand aus nahehelicher Solidarität. Der gebührende Unterhalt orientiert sich nach einer langen und lebensprägenden Ehe am zuletzt gemeinsam erreichten Lebensstandard als obere Grenze (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 3 ff.), wobei die Ehegatten bis zur unteren Grenze des betriebsrechtlichen Notbedarfs gleich zu behandeln sind (BGer, FamPra.ch 2002, 148 ff. und 824 ff.; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 33; vgl. auch Botschaft Scheidungsrecht, 116). Demgegenüber ist der Unterhalt aus nahehelicher Solidarität zeitlich zu beschränken und/oder von vornherein auf das leicht erhöhte Existenzminimum auszurichten (KGer SG, unveröffentlichter Entscheid vom 30.12.2002, vom Bundesgericht bestätigt in 5C.51/2003; CJ GE, FamPra.ch 2001, 812 ff.; BaslerKomm/GLOOR/SPYCHER, Art. 125 ZGB N 14; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.73). Es kann nicht Aufgabe des Unterhaltsrechts sein, ein nicht ehebedingtes Einkommensgefälle auf Dauer zu nivellieren (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 45). Eine Besserstellung des Verpflichteten ist hier angebracht (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 33).

In diesem Fall lässt sich die Unterhaltspflicht des Ehemanns nicht mit dem Ausgleich ehebedingter Nachteile begründen: Die Ehe der Parteien dauerte zwar bis zur Trennung fast zwanzig Jahre, die Ehegatten hatten aber keine Kinder und die Ehefrau war während der ganzen Ehezeit voll erwerbstätig. Sie bringt selbst nicht vor, dass sie wegen einer einseitigen Verteilung der Haushaltspflichten in ihrer Berufstätigkeit eingeschränkt gewesen sei. Ihre heutige Einkommensschwäche hängt vielmehr mit dem geschäftlichen Misserfolg Ende der Neunzigerjahre, dem fortgeschrittenen Alter sowie dem allgemein reduzierten Gesundheits- und Gemütszustand zusammen und gibt damit nur Anspruch auf eine Unterhaltsrente aus nahehelicher Solidarität. Unterhalt ist in dieser Betrachtungsweise bloss für eine von der Dauer der Ehe abhängige Zeit und in beschränktem Umfang geschuldet, weil die ökonomischen Folgen eines

allgemeinen Lebensrisikos nicht einfach auf den früheren Partner abgewälzt werden können (KGer SG, 30.12.2002; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 55).

Die Ehefrau beziffert ihren notwendigen Bedarf unter Einschluss der Altersvorsorge auf Fr. 4'075.– und setzt folgende Positionen ein: Grundbetrag samt 40 % Zuschlag Fr. 1'540.–, Wohnkosten Fr. 1'200.–, Krankenkasse Fr. 300.–, Versicherungen Fr. 50.–, Steuern Fr. 385.– und Vorsorge Fr. 600.–. Da nur eine Rente aus naheheulicher Solidarität in Frage kommt, erscheint hier in sachgemässer Anwendung der Rechtsprechung zur früheren Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 aZGB ein Zuschlag von 20 % auf dem Grundbetrag als angemessen (Botschaft Scheidungsrecht, 116; GEISER, Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und 152 ZGB?, ZBJV 1993, 339, 344). Weil die Ehe lange dauerte und die Einkommensverhältnisse eher günstig sind, ist zudem auch ein Zuschlag auf den Wohnkosten angezeigt. Hingegen besteht hier kein Raum für die Berücksichtigung der Altersvorsorge: Vorsorgeunterhalt ist grundsätzlich nur dort einzurechnen, wo das zu erwartende Vorsorgedefizit einen ehebedingten Nachteil darstellt (BaslerKomm/GLOOR/SPYCHER, Art. 125 ZGB N 4; FamKomm Scheidung/SCHWENZER Art. 125 N 8). Würde ein namhafter Betrag für die Altersvorsorge einbezogen, so wäre der Ehemann indirekt verpflichtet, über das AHV-Alter hinaus Unterhalt zu bezahlen. Weil lediglich Anspruch auf eine reine Solidaritätsrente besteht und die Ehefrau ab ihrer Pensionierung Anrecht auf Ergänzungsleistungen hat, ist ihm dies aber nicht zumutbar. Die übrigen Positionen können übernommen werden, auch wenn sie verhältnismässig hoch sind. Nach der langen Ehe kann keine weitergehende Umstellung mehr verlangt werden.

VORSORGLICHER UNTERHALT NACH RECHTSKRÄFTIGER SCHEIDUNG

Art. 137 ZGB. Vorsorglich verfügter Ehegattenunterhalt gilt trotz Rechtskraft im Scheidungspunkt weiter. Er kann nur aufgehoben oder herabgesetzt werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass im Endurteil kein oder nur ein reduzierter Unterhaltsbeitrag zugesprochen wird.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 6. Februar 2006, VZ.2005.49

Sachverhalt:

Die Parteien führten seit Anfang 2004 ein Scheidungsverfahren. Der Massnahmerichter verpflichtete den Ehemann dazu, der Ehefrau während des Verfahrens vorsorglichen Unterhalt von Fr. 3'500.– im Monat zu bezahlen. Im Hinblick auf die Gerichtsverhandlung beantragte der Ehemann, den vorsorglichen Unterhalt aufzuheben bzw. dem mutmasslich tieferen nachehelichen Unterhalt anzupassen. Das Kreisgericht sprach der Ehefrau im Scheidungsurteil einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– monatlich für die Dauer eines Jahres zu. Zugleich wies der Gerichtspräsident das Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen ab. Dagegen erklärte der Ehemann Rechtsverweigerungsbeschwerde. Die Ehefrau reichte gegen das Scheidungsurteil Berufung ein, und zwar unter anderem mit dem Begehren, den nachehelichen Unterhalt auf Fr. 2'200.–, für den Fall einer Aussteuerung auf Fr. 2'500.– im Monat bis zu ihrem ordentlichen AHV-Alter anzusetzen. Der von keiner Partei angefochtene Scheidungspunkt ist mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist teilrechtskräftig geworden.

Aus den Erwägungen:

Vorsorgliche Massnahmen haben zwar keine oder nur beschränkte materielle Rechtskraft. Das heisst aber nicht, dass darauf nach Belieben und ohne gewichtigen Grund zurückgekommen werden dürfte (BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 145 ZGB N 437). Eine Abänderung setzt vielmehr voraus, dass die tatsächlichen Verhältnisse sich nachträglich geändert haben oder schon früher anders waren als angenommen (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 8; BaslerKomm/GLOOR, Art. 137 ZGB N 15). Der Ehemann brachte jedoch vor Kreisgericht nie vor, die wirtschaftliche Situation der Eheleute habe sich verändert oder sei verkannt worden und machte somit gar keinen eigentlichen Abänderungsgrund geltend. Er verlangte nur, dass die Massnahmeverfügung sogleich dem Haupturteil folgen müsse. Eine solche Möglichkeit, den ehelichen Unterhalt sofort in den nachehelichen übergehen zu lassen und damit das Scheidungsurteil in diesem Punkt alsbald für vollziehbar zu erklären, besteht aber weder nach Bundesrecht noch nach kantonalem Prozessrecht. Die Vorinstanz handelte des-

halb richtig und keineswegs willkürlich, wenn sie das Abänderungsgesuch als unbegründet bezeichnete. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist abzuweisen.

Der Ehemann ersuchte darum, die Beschwerde allenfalls als neues Massnahmegesuch für die Zeit des Berufungsverfahrens entgegenzunehmen. Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass der Kammerpräsident des Kantonsgerichts, der mit dem Weiterzug der Hauptsache dafür zuständig geworden ist, die Eingabe auch in diesem Sinne behandeln werde. Bereits angeordnete vorsorgliche Massnahmen fallen – anders als nach altem Recht (dazu SG-GVP 1991 Nr. 30) – nicht von selbst dahin, wenn die Scheidung rechtskräftig geworden ist. Grundlage für den vorsorglichen Unterhalt bildet weiterhin das sinngemäss anwendbare Eherecht (Art. 137 Abs. 2 ZGB) und nicht nur eine Prognose über das künftige Urteil im Unterhaltspunkt. Die Unterhaltspflicht bleibt deshalb grundsätzlich bestehen, solange sich die Verhältnisse nicht verändert haben. Die Tatsache der Scheidung allein bedeutet noch keine Veränderung (BGer, FamPra.ch 2002, 832; FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, Art. 137 ZGB N 12). Immerhin darf der Unterhaltsanspruch aufgehoben oder herabgesetzt werden, wenn mit "grosser Wahrscheinlichkeit" (OGer ZH, ZR 2001 Nr. 4; BaslerKomm/GLOOR, Art. 137 ZGB N 10) bzw. "ziemlicher Sicherheit" (SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 137 ZGB N 46) auch im Endurteil kein oder bloss noch ein reduzierter Unterhaltsbeitrag zu erwarten ist.

Die Ehefrau hat nun in ihrer Berufungseingabe selbst nur nachehelichen Unterhalt von Fr. 2'200.– im Monat verlangt, der "mittelfristig", sobald ihr Anspruch auf Arbeitslosentaggeld erschöpft sei, auf Fr. 2'500.– zu erhöhen sei. Damit ist in naher Zukunft jedenfalls nicht zu rechnen, nachdem die Rahmenfrist in der Arbeitslosenversicherung noch bis Anfang 2007 läuft. Die Berufungsinstanz darf der Ehefrau nach der Dispositionsmaxime und der daraus abgeleiteten Bindung an die Parteianträge nicht mehr zusprechen, als sie selbst fordert (BGE 129 III 417). Der vorsorgliche Unterhalt kann deshalb von dem auf die Rechtskraft der Scheidung folgenden Monat an Fr. 2'200.– monatlich nicht mehr übersteigen. Es gibt aber keinen hinreichenden Anlass, den Unterhaltsbeitrag in stärkerem Masse zu reduzieren. Die Vorinstanz ist wohl davon ausgegangen, dass der Unterhalt nach verhältnismässig kurzer, noch nicht lebensprägender Ehe nicht mit dem Ausgleich ehelicher Nachteile, sondern vor allem mit nachehelicher Solidarität zu begründen sei. Wie lange ein solches solidarisches Einstehen für allgemeine, nicht ehebedingte Risiken der Invalidität oder Arbeitslosigkeit nach der Scheidung andauert und wie viel es umfasst, lässt sich nicht klar und eindeutig sagen (HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.73; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 55). Es handelt sich um eine Art "Billigkeitshaftung" des geschiedenen Ehepartners, und damit wird die Festsetzung des Unterhalts zur ausgesprochenen Ermessensfrage, die nicht auf summarische Weise vorweggenommen werden kann.

VORSORGLICHE MASSNAHMEN IM ABÄNDERUNGSPROZESS

Art. 137 ZGB. Ein Ehegatte, der sich vorzeitig pensionieren lässt, kann nicht erwarten, dass seine Pflicht zur Leistung von nahehelichem Unterhalt vorsorglich aufgehoben wird, solange er nicht dartut, weshalb es ihm nicht mehr möglich sei, ein Erwerbseinkommen zu erzielen.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 5. April 2006, VZ.2006.17

Sachverhalt:

Die Parteien sind seit knapp zehn Jahren geschieden. Im Scheidungsurteil wurde der Ehemann verpflichtet, der Ehefrau bis zu ihrem AHV-Alter eine indexierte Unterhaltersatzrente nach alt Art. 151 ZGB zu bezahlen. Im Jahre 2002 wurde diese Rente einvernehmlich auf Fr. 925.– im Monat herabgesetzt. Im Herbst 2005 erhob der geschiedene Ehemann eine Abänderungsklage und beantragte die vollständige Aufhebung der Rente, weil er sich vorzeitig habe pensionieren lassen und mit seinem Einkommen gerade noch den eigenen Notbedarf decken könne. Danach verlangte er, die Aufhebung sei für die Dauer des Verfahrens vorsorglich zu verfügen. Der Kreisgerichtspräsident wies dieses Gesuch ab, weil nicht glaubhaft sei, dass der Kläger neben seinen Renteneinkünften keinen Verdienst mehr habe. Dagegen erklärt der Kläger Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

Der Beschwerdeführer rügt als willkürlich, dass die Vorinstanz unterstellte, er erziele nebst seinem Renteneinkommen auch noch ein erhebliches Erwerbseinkommen aus dem Betrieb der von ihm geführten Surfschule, obwohl im eingereichten und mit keinem Wort gewürdigten Jahresabschluss ein Verlust ausgewiesen werde. Auf das Betriebsergebnis der Surfschule kommt es aber nicht in erster Linie an. Wesentlich scheint vielmehr, dass der Beschwerdeführer sich mit 58 Jahren im frühest möglichen Zeitpunkt auf eigenen Wunsch vorzeitig pensionieren liess. Eine solche freiwillig herbeigeführte Veränderung wäre aber nur hinzunehmen, wenn sich die Einkommenseinbusse auf keine Weise mehr rückgängig machen liesse (BGE 128 III 4 ff.; vgl. auch HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.62 ff.). Es stellt sich deshalb vor allem die Frage, ob es dem offensichtlich gesunden und arbeitsfähigen Kläger möglich und zumutbar wäre, ein Einkommen zu erzielen, welches ihm eine Fortzahlung der Rente erlaubt. Wenn er die Surfschule selbst als zeitaufwändiges "Hobby" bezeichnet, so zeigt das gerade, dass er seine Arbeitskraft nicht ausnützt.

Im Übrigen scheint die aktuelle wirtschaftliche Situation des Beschwerdeführers keineswegs so prekär, wie er sie darstellt. Es fällt namentlich auf, dass er seine Alterspension teilweise als Kapital bezog. Dieses hat er nun planmässig aufzubrauchen. Das Kapital von Fr. 120'000.– kann in eine lebenslängliche Rente umgerechnet werden, die jährlich Fr. 6'715.– bzw. monatlich rund Fr. 560.– beträgt (STAUFFER/SCHAETZLE, Barwerttafeln, 5. Aufl., Tafel 20x, Zinsfuss 2½ %). Daneben erhält er von der Pensionskasse monatliche Leistungen von Fr. 2'680.–, welche sich aus der vorzeitigen Altersrente und einer Überbrückungsrente zusammensetzen. Schliesslich liess er sich im Jahr 2005 von der Surfschule, die er als GmbH zusammen mit seiner Partnerin führt und in der er seine Bezüge wie ein Selbständigerwerbender bestimmen kann (BGer, FamPra.ch 2003, 909 ff.), einen Nettolohn von Fr. 2'350.– und nicht begründbare Repräsentationsspesen von Fr. 900.– im Jahr ausrichten, was nochmals einen monatlichen Mittelzufluss von wenigstens Fr. 270.– ergibt. Zugleich ist der Grundbedarf relativ bescheiden, weil der Beschwerdeführer in einer offensichtlich stabilen Partnerschaft lebt, weshalb ihm im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur der halbe Ehepaar-Grundbetrag und die Hälfte des Mietzinses anzurechnen sind (BGE 130 III 765; BGer, 27.10.2004, 5C.170/2004). Energie- und Kommunikationskosten sind im Grundbetrag inbegriffen. In der Krankenkasse ist nur die Prämie für die Grundversicherung zu berücksichtigen und ein Selbstbehalt wäre erst dann in den Bedarf aufzunehmen, wenn er mit gewisser Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft anfällt (OGer ZH, ZR 2004 Nr. 50). Die geltend gemachten Autokosten können nicht anerkannt werden, weil das Motorfahrzeug des Beschwerdeführers kein Kompetenzstück darstellt, sondern nur privat gebraucht wird (BÜHLER, Betriebs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002 644, 649 f.). Hingegen sind die Steuern aufzunehmen (BGE 128 III 257). Dem Einkommen von Fr. 3'510.– steht somit ein erweiterter Grundbedarf von Fr. 1'855.– gegenüber.

Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme in einem Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils kann nur ausnahmsweise in Betracht kommen, namentlich dann, wenn es dem Unterhaltspflichtigen in seiner konkreten wirtschaftlichen Situation vernünftigerweise nicht mehr zuzumuten ist, für die Dauer des Abänderungsprozesses weiterhin den vollen Beitrag leisten zu müssen (BGE 118 II 228 f., BGer, 12.8.2005, 5P.101/2005; BaslerKomm/GLOOR, Art. 137 ZGB N 2; BernerKomm/BÜHLER/SPÜHLER, aArt. 153 ZGB N 91 f.). In einer Nachteilsprognose zeigt sich, dass diese Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt sind: Der Beschwerdeführer kann mit seinem Überschuss von Fr. 1'655.– den nahehelichen Unterhalt von Fr. 925.– durchaus bezahlen, ohne in Not zu geraten, während die Beschwerdegegnerin dringend darauf angewiesen bleibt. Es mag nun offen bleiben, ob der Klage in einer Hauptsachenprognose überhaupt hinreichende Erfolgsaussichten hätten zugeschrieben werden können (vgl. dazu VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Kap. 12 Rz. 211).

BERUFLICHER WIEDEREINSTIEG NACH DER TRENNUNG

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Von einer 57-jährigen Ehefrau, die mit einem ehemaligen Chefarzt verheiratet ist und zehn Jahre lang den Haushalt führte, kann bei der Trennung nicht verlangt werden, dass sie sich eine Stelle im Gastgewerbe oder Detailhandel sucht und damit einen erheblichen sozialen Abstieg in Kauf nimmt.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 19. Januar 2006, RF.2005.84

Aus den Erwägungen:

Die gesetzliche Trennungsfrist will einen geordneten Übergang vom abhängigen Status der Ehe in den Zustand der Unabhängigkeit erlauben. Eine Obliegenheit, in dieser Zeit einen Erwerb aufzunehmen, ist vor allem dort zu bejahen, wo die finanziellen Mittel trotz zumutbarer Einsparungen nicht ausreichen, um zwei getrennte Haushalte zu führen (BGE 130 III 537, 542; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB N 19a), und das trifft bei Einkünften von rund Fr. 10'000.–, die ein mittleres Familieneinkommen deutlich übersteigen, nicht zu. Immerhin gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung, wenn eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu erwarten ist (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 4.98). Das bedeutet, dass sich der Trennungsunterhalt doch schon vorsichtig an den Grundregeln für den nachehelichen Unterhalt orientieren kann (BGE 128 III 65 ff.; BGer, FamPra.ch 2002, 836 ff.), aber jedenfalls nicht darüber hinausgehen darf. Die Frage, ob ein Ehegatte nach der Scheidung gehalten ist, einen Erwerb aufzunehmen, hängt einerseits von Art und Dauer der Ehe (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB), andererseits von Alter und Gesundheit (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB), Ausbildung und Erwerbsaussichten (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 7 ZGB) ab. Je länger eine Ehe mit geteilten Rollen dauerte, desto mehr prägt sie das Dasein. Sie schafft ein wachsendes Vertrauen, dass die in der Ehe gepflegte Lebensweise beibehalten werden kann, und bewirkt zugleich einen zunehmenden Erfahrungsverlust, der einen beruflichen Wiedereinstieg erschwert und schliesslich ganz verunmöglicht. Die Gerichtspraxis ging früher davon aus, dass es einer Hausfrau, die nach langer Ehe das 45. Altersjahr überschritten hat, in der Regel nicht mehr gelinge, sich im Erwerbsleben zurechtzufinden (BGE 115 II 6, 10 ff.; HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Rz. 05.55 ff.; BaslerKomm/GLOOR/SPYCHER, Art. 125 ZGB N 11). Diese Schwelle mag zwar recht tief angesetzt sein (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 53; vgl. auch BGE 127 III 136, 140 ff. zu einer möglichen Altersgrenze von 50 Jahren). Die Vermutung, dass ältere Menschen auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr gefragt sind, bleibt aber bestehen (vgl. BGE 130 III 537, 543 f. zur Situation einer 55-jährigen Informatikerin) und müsste im Einzelfall

durch den Nachweis besonders guter Startbedingungen widerlegt werden können (vgl. KGer SG, FamPra.ch 2002, 374 ff. zur Lage einer 47-jährigen Sekundarlehrerin).

Die Ehefrau hat keine abgeschlossene Berufsausbildung. Sie war zunächst in der Möbelbranche und dort offenbar zuletzt als Filialleiterin, später in der Treuhandfirma des ersten Ehemanns als Personalvermittlerin beschäftigt und führte in der zweiten Ehe diese Tätigkeit bis 1993 selbständig weiter. Seither beschränkte sie sich auf die Hausarbeit, wobei offen bleiben kann, ob sie das aus eigenem Antrieb oder auf gemeinsamen Beschluss hin tat. Die anfängliche Zuverdienstehe verwandelte sich in eine reine Hausfrauenehe und wurde als solche während mehr als zehn Jahren gelebt. Im Zeitpunkt der Trennung war die Ehefrau gut 57-jährig und besass keine sonderlich reiche, sondern eine eher einseitige und recht weit zurückliegende Berufserfahrung, die sich kaum mehr verwerten liesse. Der Ehemann nimmt denn auch selbst nicht an, dass die Ehefrau sich wieder eine vergleichbare Position verschaffen könnte, sondern mutet ihr zu, eine Teilzeitstelle "im Verkauf, Service oder dergleichen" anzutreten. Dabei würde aber ein erhebliches Sozialgefälle entstehen, das sie nach langer ehelicher Gemeinschaft mit einem – inzwischen freilich pensionierten – Chefarzt nicht mehr hinnehmen muss (FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 51). Nicht alles, was grundsätzlich möglich wäre, ist in der konkreten, durch die Ehe geprägten Lebenssituation auch schon zumutbar (BGer, FamPra.ch 2005, 895, 897), zumal die Pensionierung des Ehemanns nur eine Einkommensverminderung bewirkte, die zu Lasten der früheren Sparquote ging, aber keine Herabsetzung des Lebensstandards bewirkte.

WIEDERAUFNAHME DES ZUSAMMENLEBENS

Art. 179 Abs. 2 ZGB. Die Ordnung des Getrenntlebens fällt nicht schon dahin, wenn ein Ehegatte es aus Mitleid zulässt, dass der andere sich noch einige Wochen lang in der Wohnung aufhält.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 12. April 2006, RF.2006.26

Sachverhalt:

Im Eheschutzverfahren wurde die Familienwohnung der Ehefrau zur alleinigen Benützung zugewiesen. Nun verlangt sie, dass der Mann, der sich bisher geweigert habe, die Wohnung zu verlassen, unter Strafandrohung zum Auszug aufgefordert werde. Dieser behauptet, man habe sich wieder versöhnt, und erhebt gegen die Vollstreckungsverfügung Rekurs.

Aus den Erwägungen:

Die Vollstreckung von Ansprüchen auf ein Handeln oder Unterlassen wird vom kantonalen Prozessrecht geregelt (Art. 295 ff. SG-ZPO). Dabei kann eine Partei nicht mehr vorbringen, der Entscheid in der Sache sei unbegründet gewesen. Das Vollstreckungsverfahren dient nicht dazu, ein versäumtes Rechtsmittel nachzuholen oder ein neues zu eröffnen. Der Rekurant ist deshalb mit dem Einwand, die Voraussetzungen für ein Getrenntleben seien gar nie gegeben gewesen, nicht zu hören. Ähnlich wie bei Geldforderungen, bei denen in der Rechtsöffnung namentlich geltend gemacht werden kann, die Schuld sei getilgt, erlassen oder gestundet (Art. 81 Abs. 1 SchKG), darf der Vollstreckung der Anordnung auf ein Tun aber entgegengehalten werden, die Pflicht sei nachträglich dahingefallen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 304 N 4; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 624).

In diesem Sinne behauptet der Ehemann, die Eheleute hätten den gemeinsamen Haushalt wieder aufgenommen, womit die Regelung des Getrenntlebens entfallen sei (Art. 179 Abs. 2 ZGB). Nach seiner Beschreibung in einer Art Tagebuch sei er zwar ausgezogen, aber auf "Bitten und Drängen" der Ehefrau noch in derselben Nacht zurückgekehrt. Nach einer Auseinandersetzung habe er die Wohnung wohl am folgenden Morgen erneut verlassen, sei jedoch schon am übernächsten Tag wieder eingezogen. Dabei habe er allerdings eine Bestätigung unterschrieben, dass er nur über das Wochenende bleiben werde. Gleichwohl sei es dann während mindestens zehn Tagen zu einem "einträchtigen Zusammensein" gekommen. Man habe in dieser Zeit miteinander gegessen, getrunken, diskutiert und gearbeitet. Die Ehefrau trägt eine ganz andere Version vor. Danach habe sie dem Ehemann erlaubt, noch zwei

Tage lang in der Wohnung zu verweilen, weil er sein ganzes Geld verbrauchte und sie es ihm nicht zumuten wollte, bei kaltem Wetter im Freien zu übernachten. Dieses Entgegenkommen habe er fortan ausgenützt und sei immer wieder in der Wohnung erschienen.

Der Ehemann nimmt an, die Trennung sei schon nach wenigen Stunden, bei der ersten Rückkehr dahingefallen. Jedenfalls sei sie mit dem zweiten Aufenthalt definitiv aufgegeben worden. Von einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts kann allerdings erst gesprochen werden, wenn beide Ehepartner den klaren Willen haben, ihre Gemeinschaft nochmals aufzunehmen, und tatsächlich vorbehaltlos für unbestimmte Zeit wieder zusammenleben (BaslerKomm/HASENBÖHLER/OPEL, Art. 179 ZGB N 12; BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 15a; BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens, Diss. St.Gallen 1995, 247). Das muss ernst gemeint und auf Dauer angelegt sein (ZürcherKomm/BRÄM, Art. 179 ZGB N 47). Daran fehlt es, wenn die Eheleute nur auf Zusehen hin zusammenbleiben (OGer ZH, ZR 1994 Nr. 126) oder auf Probe wieder zusammenziehen (BGE 42 I 97; 68 II 246; 88 II 138). Es genügt vor allem nicht, wenn ein Ehegatte sich dem anderen aufdrängt, während dieser das vorerst tatenlos hinnimmt und darauf verzichtet, ihn auszusperrn.

Ist die Wiederaufnahme der Wohngemeinschaft umstritten, so liegt die Beweislast bei demjenigen Ehegatten, der geltend macht, die Eheschutzmassnahme sei aufgehoben, und daraus das Recht ableitet, sich in den Räumen, welche dem anderen zur alleinigen Benützung zugewiesen wurden, aufhalten zu dürfen. Er muss die Wiedervereinigung zumindest glaubhaft machen können (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB N 15a) und das ist dem Ehemann nicht gelungen. Seine Erklärung, er sei auf Wunsch der Frau zurückgekehrt und in ihrem Einverständnis geblieben, ist entschieden weniger glaubwürdig als die Darstellung der Ehefrau, sie habe ihn nur aus Mitleid vorübergehend nochmals bei sich aufgenommen und dann nicht mehr loswerden können, die immerhin durch eine schriftliche Abmachung bekräftigt wird. Im Übrigen würde ein erst wenige Wochen andauernder Versuch des Zusammenwohnens ohnehin nicht ausreichen, um die Trennungsordnung als überholt zu bezeichnen. Gerade dann, wenn der Ehemann – wie er selbst beschreibt – ein Leben wie "in einer Drehtür" führte, wäre es unverhältnismässig, die Regelung des Getrenntlebens nach so kurzer Zeit aufzugeben und damit den Eheleuten zuzumuten, beim nächsten Anlass wieder den Eheschutzrichter anrufen zu müssen (FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 179 ZGB N 5). Das darf erst geschehen, wenn wenigstens dem äusseren Anschein nach der eheliche Alltag wieder eingeleitet ist (BaslerKomm/HASENBÖHLER/OPEL, Art. 179 ZGB N 11), und auf eine solche Normalität deutet in dieser nach wie vor angespannten und instabilen Situation nichts hin.

ERWERBSOBLIEGENHEIT BEI KINDESUNTERHALT

Art. 285 ZGB. Die Unterhaltspflicht gegenüber unmündigen Kindern ist gegenüber anderen familiären Pflichten qualifiziert. Die Obliegenheit eines Elternteils, seine Ressourcen bestmöglich auszuschöpfen, um den Kindern zum Lebensnotwendigen zu verhelfen, geht dem Wunsch nach Selbstverwirklichung in einer Wahlheimat vor.

Kantonsgericht St. Gallen, II. Zivilkammer, 24. Januar 2006, BF.2005.38

Sachverhalt:

Der Ehemann verliess Mitte 1999 den gemeinsamen Haushalt und verlangte die Scheidung der Ehe. Die Familie wurde von der Sozialhilfe abhängig. Danach regelte die Massnahmerichterin den Familienunterhalt vorsorglich und verfügte eine Anweisung an den Arbeitgeber. Im Sommer 2000 zog der Ehemann die Scheidungsklage zurück und kündigte seine Stelle, worauf die Schuldneranweisung dahinfiel. Alsdann reiste er überraschend nach Griechenland ab. Nun wurde das Getrenntleben, insbesondere die Unterhaltspflicht des abwesenden Ehemanns und die Sperre seines halben Altersguthabens, im Eheschutzverfahren geordnet. Der Ehemann bezahlte aber seither nie Unterhalt und hatte nur ein einziges Mal Kontakt mit den Kindern. Der Kindesunterhalt von je Fr. 700.– im Monat wurde ununterbrochen bevorschusst. Im Scheidungsverfahren erklärte der Ehemann, er sei nicht leistungsfähig, und bot nur einen ganz bescheidenen Beitrag an den Unterhalt der beiden Kinder von monatlich je Fr. 50.– an. Die Vorinstanz übernahm diesen Vorschlag, weil sie davon ausging, dass der Ehemann in Griechenland längst integriert sei und dort mit einer nicht näher beschriebenen Tätigkeit umgerechnet gut Fr. 1'000.– im Monat verdiene. Mehr als dieses effektive und ortsübliche Einkommen könne er nicht erzielen. Dem hält die Ehefrau entgegen, dass der Ehemann eine gute und sichere Arbeitsstelle freiwillig aufgegeben und sich ins Ausland abgesetzt habe, um sich seiner Unterhaltspflicht zu entziehen. Ihm sei deshalb ein hypothetisches Einkommen in der Höhe seines früheren Verdienstes von rund Fr. 6'000.– im Monat anzurechnen.

Aus den Erwägungen:

Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber unmündigen Kindern ist im Vergleich zu anderen familiären Pflichten gesteigert und sittlich qualifiziert. Ihre Erfüllung verlangt Ausschöpfung aller finanziellen, intellektuellen und körperlichen Ressourcen (BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 276 ZGB N 2 und 25). Das gilt erst recht, wenn die Unterhaltsbeiträge nicht einmal den minimalen Bedarf der Kinder zu decken vermögen. Weil Kindesunterhalt in diesem Umfang unentbehrlich ist, hat der Pflichtige seine Kräfte in besonderem Masse anzuspannen. Grundsätzlich ist zwar darauf abzustellen, was er tatsächlich verdient. Reichen die Einkünfte jedoch nicht

aus, so kommt es darauf an, was er bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung verdienen könnte. Wo die reale Chance einer Einkommenssteigerung fehlt, muss ein Mehrverdienst wohl grundsätzlich ausser Betracht bleiben (BGE 128 III 4, 5; 127 III 136, 139; 117 II 16, 17). Allerdings kann nur dem schlechthin nicht leistungsfähigen, namentlich dem invaliden oder dauerhaft arbeitslosen Elternteil kein hypothetisches Einkommen aufgerechnet und damit auch kein Unterhaltsbeitrag auferlegt werden (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 285 ZGB N 55 ff.; FamKomm Scheidung/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB N 26; FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 24).

Der Ehemann macht in rechtlicher Hinsicht geltend, ein höheres als sein tatsächliches Einkommen könnte ihm nur angerechnet werden, wenn er in Schädigungsabsicht gehandelt hätte. Das ist unzutreffend: Die Annahme hypothetischer Einkünfte hat grundsätzlich keinen Strafcharakter. Aus welchen Gründen ein Ehegatte auf Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich (BGer, 19.10.2002, 5C.177/2000; BernerKomm/HEGNAUER Art. 285 ZGB N 56; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 125 ZGB N 47). Es geht einzig darum, ob es ihm möglich und zumutbar sei, einen zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht hinlänglichen Verdienst zu erreichen. Die gelegentlich aufgeworfene Frage, ob anders zu entscheiden wäre, wenn ein Unterhaltsschuldner sich geradezu mutwillig verhält, liess das Bundesgericht offen (BGE 128 III 4, 6). Der Umstand, dass der pflichtige Ehegatte sich auf eigenes Unrecht berufen kann, während er es dem berechtigten im umgekehrten Fall zum Vorwurf machen dürfte (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB), wirkt allerdings doch sehr störend. Die deutsche Familienrechtspraxis verwehrt einem Ehepartner nach Treu und Glauben die Berufung auf seine Leistungsunfähigkeit, wenn er sie in verantwortungsloser Weise selbst herbeigeführt hat (MünchenerKomm/MAURER, § 1581 BGB N 5; BORTH, in: SCHWAB [Hrsg.], Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., München 2004, Teil IV Rz. 1161 ff.)

Der Ehemann behauptet in tatsächlicher Hinsicht, er habe nach fünfjährigem Aufenthalt in Griechenland einen festen Lebensmittelpunkt begründet und ein Umzug in die Schweiz sei ihm nicht mehr zuzumuten, zumal er als schweizerisch-griechischer Doppelbürger das Recht habe, seinen Wohnsitz frei zu bestimmen. Der Niederlassungsfreiheit steht indessen der Unterhaltsanspruch der Kinder gegenüber. Zwischen dem Wunsch, das eigene Leben selbständig zu gestalten, und der Obliegenheit, die Leistungsfähigkeit bestmöglich auszunützen und so die mit der Gründung einer Familie verbundenen Lasten solidarisch mitzutragen, entsteht zwar ein gewisses Spannungsverhältnis (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.66). Der Handlungsspielraum kann nach der Scheidung nicht völlig verloren gehen. Ein freiwilliger Entschluss ist aber doch nur zu anerkennen, wenn er in einer Abwägung der Interessen als schützenswert erscheint. Das Recht auf Selbstentfaltung muss zurücktreten, wenn ihm elementare Bedürfnisse der Familienangehörigen geopfert würden. So wurde einem

schweizerischen Ehegatten, der ins Ausland übersiedelt war, zugemutet, die früheren wirtschaftlichen Verhältnisse wiederherzustellen, weil der Ortswechsel nicht gesundheitlich begründet, sondern freiwillig erfolgt sei (OGer OW, AmtsBer OW 1990/91, 45 ff.; vgl. dazu HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 01.69). Auch von einem ausländischen Ehemann, der nach zehnjährigem Aufenthalt in der Schweiz in seine Heimat zog, wurde eine Umkehr erwartet, weil er das Land ohne zwingenden oder wenigstens achtbaren Grund verlassen und damit bewusst eine massive Einkommenseinbusse hingenommen habe (AppGer BS, FamPra.ch 2001, 375 f.). In einem anderen Fall hielt das Gericht zwar dafür, dass der Wegzug ins Ausland und der daraus resultierende berufliche Abstieg in einer verfahrenen Lebenssituation verständlich gewesen sei, wobei aber berücksichtigt wurde, dass der Pflichtige gleichwohl noch imstande war, namhafte Unterhaltsbeiträge zu leisten (AppGer BS, BJM 1991, 285 ff.; vgl. dazu HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 01.69). Das Bundesgericht wollte einen Ausländer nach siebenjährigem Aufenthalt im Herkunftsland nicht mehr zum Zurückkommen verpflichten, wobei es freilich auch darauf abstellte, dass kein Kind betroffen war und die Ehefrau notfalls für sich selbst sorgen konnte. Im Übrigen wäre eine Rückkehr nach fremdenpolizeilichen Bestimmungen wohl ohnehin ausgeschlossen gewesen (BGer, 8.12.1988, 5C.67/1988; vgl. dazu GEISER, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993, 903, 905).

Hier zog der Ehemann in ein Land, dessen Staatsbürgerschaft er zwar auch besitzt, mit dem ihn sonst aber wenig verband. Er verbrachte zuvor sein ganzes Leben in der Schweiz, erlernte einen Beruf, der sich praktisch nur dort nutzbringend verwerten liess, und unterhielt keine engen persönlichen Beziehungen zu dem Staat, den er nun plötzlich als zweite Heimat bezeichnet. Die Behauptung einer "Sinnkrise" und der Hinweis auf die "zusagende Umgebung in Griechenland", wo ein "Neuanfang" gewagt werden sollte, reichen für eine nachvollziehbare Begründung nicht aus. Die Abreise erschien nicht als wohlüberlegte Auswanderung, sondern vielmehr als eine Art Flucht. Die Eheschutzrichterin respektierte sie deshalb damals mit Recht nicht und stellte weiterhin auf das bisherige Einkommen ab. Man mag sich nur noch fragen, ob der einseitige Entschluss, sich auf Kosten der Familie selbst zu verwirklichen, nach langem Zuwarten als faktisch unwiderruflich und das ursprüngliche Fehlverhalten gewissermassen durch den Zeitablauf als geheilt zu betrachten sei. Eine Rückkehr würde zwar die Preisgabe der subjektiv vertrauten Lebensweise bedeuten, wäre aber objektiv bei voller Freizügigkeit, tiefer Arbeitslosenquote und hohem Lohnniveau ohne Weiteres zu meistern. Es ist nicht einzu- sehen, weshalb der Ehemann dafür prämiert werden soll, dass er sich während mehr als fünf Jahren beharrlich weigerte, irgendwelche Verantwortung für seine Kinder zu übernehmen. Die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz scheint deshalb nicht nur jederzeit machbar, sondern auch durchaus zumutbar und im Interesse der Kinder gar unabdingbar.

Damit bleibt noch zu prüfen, welches Einkommen der Ehemann in der Schweiz tatsächlich erzielen könnte. Dazu bedarf es einer Erwerbsprognose, die möglichst konkret sein und nicht übertrieben optimistisch ausfallen soll. Der bald vierzigjährige Ehemann ist gesund und uneingeschränkt arbeitsfähig. Nach einer Lehre bei den SBB war er mehrere Jahre als Kondukteur tätig, rückte zum Zugführer auf und verdiente zuletzt Fr. 5'900.– netto im Monat. Der Arbeitsmarkt in dieser Branche ist gut erschlossen. Alle grösseren Bahnunternehmen veröffentlichen ihre Jobangebote im Internet. Eine Durchsicht zeigt, dass die Stellensuche zurzeit zwar nicht ganz einfach, aber doch keineswegs aussichtslos ist. Im öffentlichen Verkehrswesen liegt der durchschnittliche Lohn für Angestellte im unteren Kader bei Fr. 7'600.– und für einfache Angestellte bei Fr. 6'500.– brutto im Monat (Bundesamt für Statistik, Lohnstrukturerhebung 2004). Selbst wenn der Ehemann einen gewissen beruflichen Rückschritt hinnehmen müsste, könnte er also mit einem Verdienst in der früheren Grössenordnung rechnen. Wer seinen Erwerb leichtfertig aufgab und nun behauptet, es werde ihm nicht mehr gelingen, an seiner bisherigen Stellung anzuknüpfen, hätte nachzuweisen, weshalb ihm das nicht mehr möglich sei (KGer SG, FamPra.ch 2005, 987 ff., 989; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 01.63). Das hat der Ehemann – abgesehen von seinem verworfenen Einwand, eine Rückwanderung sei ihm nicht zuzumuten, und einem pauschalen Verweis auf die lange berufliche Abstinenz – nicht getan. Er hat insbesondere nie irgendwelche Anstrengungen unternommen, in der Schweiz wieder eine Stelle zu finden. Nachdem er bereits mit dem Eheschutzentscheid auf seine Erwerbsobliegenheit hingewiesen wurde, braucht ihm auch keine Frist zur Umstellung mehr angesetzt zu werden.

Nach den in diesem Einkommensbereich noch anwendbaren Berner Prozentregeln (die in BGE 116 II 110, 112 genannte obere Einkommensgrenze von Fr. 4'500.– ist inzwischen auf etwa Fr. 6'000.– angestiegen) soll der Unterhaltsbeitrag für zwei Kinder 25 bis 27 % vom Nettoeinkommen des Pflichtigen ausmachen. Daraus lässt sich ein Barunterhalt von Fr. 800.– je Kind ableiten. Mit diesem Betrag, ergänzt um die von der Ehefrau bezogenen Kinderzulagen kann gerade der Notbedarf der Kinder bestritten werden, der sich aus einem etwas erhöhten betriebsrechtlichen Kinderzuschlag von Fr. 600.–, einem Anteil an den Wohnkosten von einem Viertel bzw. Fr. 325.– und der Krankenkassenprämie von Fr. 50.– zusammensetzt (KGer SG, FamPra.ch 2001, 396 ff.). So viel würde der Ehemann selbst bei wesentlich tieferem Einkommen noch schulden, wenn ihm wenigstens das eigene Existenzminimum bliebe. Die Ehefrau erbringt mit Erziehung und Betreuung einen zumindest gleichwertigen Beitrag in Natura (BGE 114 II 26, 30). Es kann von ihr nicht verlangt werden, dass sie auch noch einen Zuschuss in Geld leistet, zumal sie mit ihrem Lohn aus Teilzeitarbeit nur wenig mehr als den persönlichen Grundbedarf zu decken vermag.

BESUCHSREGELN IM ELTERNKONFLIKT

Art. 273 ZGB. Es besteht zwar kein Anlass, den Umgang mit einem normalen Kind wegen eines fortgesetzten Elternkonflikts einzuschränken. Dieser ist aber insofern zu berücksichtigen, als Besuche möglichst klar und in einem festen Rhythmus festzulegen sind.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 3. Oktober 2005, RF.2005.25

Sachverhalt:

Die Eheschutzrichterin gab dem Vater Gelegenheit, mit dem neunjährigen Sohn an zwei Wochenenden im Monat von Samstag 9 Uhr bis Sonntag 19 Uhr, an einem Abend in der Woche "bis zum darauf folgenden Morgen", während der Hälfte aller Schulferien und alternierend an den Feiertagen zusammen zu sein. Die Mutter möchte dem Vater nur ein Wochenende im Monat mit Rückgabe schon um 17 Uhr, drei Wochen Ferien im Jahr und zusätzliche Tage an Weihnachten sowie Ostern zugestehen.

Aus den Erwägungen:

Der persönliche Umgang will es dem Kind ermöglichen, auch nach der Trennung seine Beziehung zu beiden Eltern fortzusetzen, und demjenigen Elternteil, der es nicht in seiner Obhut hat, erlauben, weiterhin ein Stück Verantwortung für das Kind zu übernehmen. In der Regel wird damit der wichtigste Wunsch des Kindes, die Eltern möchten sich wieder vertragen, auf die bestmögliche Weise erfüllt. Alle Fachleute stimmen darin überein, wie förderlich es längerfristig für die Entwicklung eines Kindes, sein Selbstwertgefühl, sein Sozialverhalten und seine Schulleistung ist, wenn der weggezogene Elternteil – gewöhnlich der Vater – engen Kontakt zu ihm hält und sich an seiner Erziehung beteiligt (DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, München 2002, 180 f.). Das gilt gerade für Buben, die sich mit einer Vaterfigur identifizieren wollen. Für sie ist auch bei andauerndem Konflikt unter den Eltern der Gewinn, den sie aus häufigen Besuchen ziehen können, meist grösser als der mögliche Schaden (STAUB/FELDER, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, 128).

Aus den Eingaben und Selbstschriften entsteht zunächst der Eindruck, dass die Eltern recht unterschiedliche Erziehungshaltungen vertreten. Die Mutter scheint fürsorglich und eher ängstlich, der Vater grosszügig und eher sorglos. Zur Erziehung gehört allerdings beides, die Förderung der Selbständigkeit ebenso wie die Bereitschaft, Grenzen zu setzen (ARNTZEN, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 2. Aufl., München 1994, 19). Für ein Kind ist es deshalb entspannend und anregend zugleich, wenn es sich bei diesem holen kann, was es bei je-

nem vermisst. Eltern neigen jedoch nach der Trennung dazu, ihren Erziehungsstil für den einzig richtigen zu halten und denjenigen des anderen Elternteils abzulehnen. Dabei vergessen sie freilich, dass das Kind sie gerade in ihrer Unterschiedlichkeit schätzt. Beide Eltern räumen hier ein, dass ihr Verhältnis seit längerer Zeit gespannt sei. Sie konnten kein direktes Gespräch mehr führen, sondern tauschten nur noch Korrespondenzen aus und beklagten sich alsdann oft darüber, dass Abmachungen nicht eingehalten wurden. Ein solcher Umgangsstreit hängt vor allem damit zusammen, dass die Paar- und die Elternebene nicht auseinander gehalten werden. Die ehemaligen Partner, die voneinander enttäuscht sind, trauen sich nun auch in der Elternrolle nichts mehr zu. Sie treiben den Konflikt durch Verzicht auf rationale Verständigung, gegenseitige Umdeutung von Handlungen und Zuschreibung von schlechten Absichten manchmal immer weiter voran. Das sind aber zirkuläre Verhaltensweisen, an denen gewöhnlich beide gleichermassen beteiligt sind. Kein Elternteil soll sich auf den von ihm mitverursachten Streit berufen und davon einseitig profitieren können (BGE 130 III 585; 131 III 209). Eine angemessene Ordnung des persönlichen Umgangs braucht deswegen weder eingeschränkt noch ausgeweitet zu werden.

Entscheidend kann nur sein, wie das Kind auf den fortgesetzten Elternkonflikt reagiert. Der Bub äusserte sich in der gerichtlichen Anhörung spontan und erstaunlich gelassen. Er liess seine Zuneigung zu beiden Eltern spüren, erzählte über Unternehmungen mit dem Vater, berichtete auch von einem unauffälligen letzten Besuch bei ihm und freute sich sichtlich, dass dieser in seine Nähe ziehe. Es gibt keinen Grund, diese nachvollziehbare, zurückhaltend positive Einstellung eines normalen Kindes, das ein ungestörtes Verhältnis zu beiden Eltern aufrecht erhalten möchte, zu hinterfragen und erst recht keinen Anlass, einen Bericht der von der Mutter beigezogenen Kindertherapeutin einzuholen. Solche Versuche zur "Psychiatisierung" des Kindes entspringen nicht nur echter Sorge, sondern gehören auch zur kämpferischen Taktik eines Elternteils, der die Kontakte zum anderen einschränken möchte (DETTENBORN/WALTER, 185). Wohl ist zu befürchten, dass es für das Kind zunehmend mühsamer wird, im Gleichgewicht zu bleiben, wenn es zwischen den streitenden Eltern vermitteln oder – wie etwa eine Auseinandersetzung über das Taschengeld zeigt – Botschaften überbringen und Bericht erstatten muss. Zweifellos wäre das Kind auf Ruhe angewiesen, aber nicht auf die eigene, sondern auf diejenige der Eltern (FIGDOR, Kinder aus geschiedenen Ehen: Zwischen Trauma und Hoffnung, 8. Aufl., Giessen 2004, 158 f.). Diese kann nicht mit einer Distanzierung vom Vater erkaufte werden, weil es damit zwar von seinen Entscheidungsnöten befreit, jedoch von womöglich noch quälenderen Schuldgefühlen geplagt würde.

Es gibt kein festes Besuchskonzept, aber immerhin eine Vorstellung darüber, was sich im Allgemeinen bewährt hat (BGE 123 III 445, 450 ff.; vgl. auch FamKomm Scheidung/WIRZ,

Art. 273 ZGB N 20 m.w.H.). Danach soll ein Schulkind zwei Wochenenden im Monat und mehrere Wochen Ferien im Jahr bei dem Elternteil verbringen können, mit dem es nicht zusammenwohnt. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kind zwar im Alltag einen Lebensmittelpunkt braucht, aber seine Freizeit mit den beiden gleichwertigen und gleich wichtigen Eltern soll teilen können. Eine solche "Halbierung" des Kindes darf allerdings auch nicht so weit getrieben werden, dass es seine Orientierung an einer Hauptbezugsperson verliert (LEMPPE, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, Bern/Stuttgart/Wien 1983, 144 f.). Im Übrigen muss das Grundmuster der besonderen Lage angepasst werden. Dabei ist sowohl nach der inneren Bindung wie nach den äusseren Umständen zu fragen (FamKomm Scheidung/WIRZ, Art. 273 ZGB N 24). Es ist nicht daran zu zweifeln, dass der Vater dem Kind einen grossen Stellenwert in seinem Leben einräumt. Er hat seinen Wohnort im gleichen Quartier, aber doch nicht in unmittelbarer Nachbarschaft zur Mutter ideal gewählt und auch das spricht für sein Engagement. Schliesslich kann er für ein Kind im Primarschulalter noch eine bedeutsame Rolle als Ratgeber und älterer Spielkamerad übernehmen. Das deutet insgesamt darauf hin, dass die Beziehung eher intensiver als üblich ausgestaltet sein sollte.

Der noch nicht ausgeräumte Elternkonflikt muss aber doch insofern berücksichtigt werden, als alle Beteiligten in hohem Masse auf einen festen Rhythmus angewiesen sind (STAUB/FELDER, 116; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 11). Die Eltern brauchen das, um nicht immer wieder neue Abreden treffen zu müssen, und das Kind selbst benötigt es, um die Besuche als etwas Normales empfinden zu können. Vorteilhaft sind deshalb Besuche an jedem zweiten Wochenende und nicht solche an zwei Weekends im Monat, weil das zu kalendarisch bedingten Unregelmässigkeiten führen würde. Zwar wendet die Mutter dagegen ein, dass das Kind seine Kameradschaften dann nicht mehr ungehindert pflegen könne. Weil es aber in der selben Umgebung bleiben kann, bedeutet das in Wirklichkeit nur, dass es sich mit seinen Wünschen jeweils an den Vater statt an die Mutter wenden und die Rahmenbedingungen mit ihm aushandeln muss (FIGDOR, Scheidungskinder – Wege der Hilfe, 2. Aufl., Giessen 1998, 126). Festzulegen sind auch die Besuchszeiten, wobei ein Beginn am Samstag um 9 Uhr und ein Ende am Sonntag um 19 Uhr durchaus massvoll scheint. Das Beharren der Mutter auf einer früheren Rückkehr ist eher Anzeichen einer Überbehütung als Ausdruck ernsthafter Bedenken. Nachteilig wären hingegen mit einer Übernachtung verknüpfte Besuche während der Woche. Jeder weitere Wechsel würde das Kind beunruhigen, weil damit stets vier "Grenzerlebnisse" des Abschiednehmens und Ankommens verbunden wären, bei denen es einen Elternteil zurücklassen und sich beim anderen wieder eingewöhnen müsste. Feiertage und Ferien prägen die Eltern-Kind-Beziehung, weil sie aus dem Alltagsgeschehen herausragen und Gelegenheit zu emotionaler Nähe und aussergewöhnlicher Freizeitgestaltung vermitteln

(DETTENBORN/WALTER, 207 f.). Auch hier ist aber zu beachten, dass allzu viele Aufenthalte an Feiertagen den dringend gebotenen festen Turnus stören. Zugleich würde damit eine Interessenkollision zwischen den Eltern bewirkt und der Loyalitätskonflikt des Kindes verstärkt. Der Bub soll immerhin an den wichtigsten Doppelfeiertagen, nämlich an Weihnachten und Ostern, beiden Elternteilen begegnen können, damit er nicht den Eindruck gewinnt, einer habe stets den Vorrang. Die Ferien dürfen weder völlig verplant werden, weil das Kind damit jeden Spielraum für Schul- oder Pfadilager verlieren würde, noch so weit ausgedehnt werden, dass der voll berufstätige und geschäftlich oft abwesende Vater dabei überfordert wäre und mit unvermeidlichen Absagen das Kind enttäuschen würde. Angebracht sind deshalb vier Wochen Ferien, deren Bezug jeweils wenigstens zwei Monate im Voraus abgesprochen werden soll.

VOLLZUG DES BESUCHSRECHTS

Art. 273 Abs. 1 ZGB. Der Umstand, dass ein vierjähriges Kind sich beim ersten Besuchstermin hartnäckig weigerte, mit dem besuchsberechtigten Elternteil wegzugehen, genügt nicht für den Verzicht auf einen Vollzug mit angemessenen Mitteln.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 10. August 2006, RF.2006.44

Sachverhalt:

Die Parteien sind Eltern einer vierjährigen Tochter. Sie führten eine konflikthafte, auch von häuslicher Gewalt geprägte Ehe. Bei der Scheidung einigten sie sich darauf, dass das Kind in die elterliche Sorge des Vaters gestellt werde und mit der wieder in ihre südamerikanische Heimat zurückgekehrten Mutter jährlich fünf Wochen Ferien in der Schweiz verbringen könne. Beim ersten Besuchstermin weigerte sich das Kind aber, mit der Mutter wegzugehen, worauf es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Eltern kam. Weil der Vater danach das Kind nicht mehr herausgeben wollte, verlangte die Mutter den Vollzug des Besuchsrechts. Der Kreisgerichtspräsident befahl dem Vater, die Tochter der Mutter zur Ausübung des Ferienrechts zu übergeben, und drohte ihm eine Ungehorsamsstrafe an. Dagegen erhob der Vater Rekurs mit dem Antrag, die Vollstreckungsverfügung aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

Es geht beim Umgang mit einem Kind nicht einfach darum, den Rechtsanspruch eines Elternteils durchzusetzen, sondern soweit möglich darum, ihm zu helfen, eine sinnvolle Beziehung aufzubauen. Das ist mit den ordentlichen Vollstreckungsmitteln nur schwer zu verwirklichen. Trotzdem kann sich die Rechtsordnung dieser Aufgabe nicht entziehen (Berner Komm/HEGNAUER, Art. 275 ZGB N 103). Der Vollzug richtet sich nach kantonalem Verfahrensrecht. Er kann aber nur darin bestehen, dass der Inhaber der elterlichen Sorge zu einem bestimmten Handeln, nämlich zur Übergabe des Kindes angewiesen wird. Direkter Zwang, der auch das Kind erfassen würde, ist in der Regel ausgeschlossen (BGE 118 II 392; 111 II 403, 409).

Der Vollstreckungsrichter ist an das Scheidungsurteil gebunden. Er darf sich nicht anmassen, die Interessen der Beteiligten von Grund auf neu abzuwägen. Vielmehr liegt es grundsätzlich im richtig verstandenen Wohl des Kindes, dass die Eltern sich an feste Besuchsregeln halten (BGE 111 II 313). Der Inhaber der elterlichen Sorge kann also nicht mehr vorbringen, der Sachentscheid sei unangemessen gewesen. Zulässig ist nur der Einwand, es seien neue Tatsachen eingetreten, die einem Vollzug entgegenstehen (Art. 302 Abs. 1 lit. b SG-ZPO). Ein

Elternteil kann namentlich geltend machen, der persönliche Kontakt bedeute für das Kind ein ernsthaftes gesundheitliches Risiko (BernerKomm/HEGNAUER, Art. 275 N 168). Selbst dann darf der Vollzug allerdings nur für die kurze Zeit verweigert werden, die nötig ist, um ein Abänderungsbegehren zu stellen (BGE 107 II 301, 305).

Hier behauptet der Vater, die Situation habe sich kurz nach Genehmigung der Elternvereinbarung und schon beim allerersten Versuch, diese umzusetzen, grundlegend verändert. Die Mutter habe nämlich die energische Weigerung des Kindes, mit ihr wegzugehen, nicht akzeptiert, sondern habe ihn in einer Art "Tobsuchtsanfall" mit Steinen beworfen. Das Kind habe diese Szene beobachtet, erinnere sich in traumatischer Weise immer wieder daran, empfinde nun anhaltende Angst vor der Mutter und äussere sich spontan, es wolle keinen Kontakt mehr zu ihr. Die Mutter ihrerseits meint, der Streit zwischen den Eltern sei für das Kind weder neu noch besonders aufregend gewesen und liefere keine Begründung für die angeblich plötzlich entstandene Ablehnung. Vielmehr schiebe der Vater den Widerstand des Kindes nur vor und verfolge damit auch Interessen finanzieller Natur, weil er sonst gemäss der Scheidungsvereinbarung für die Kosten des Ferienaufenthalts aufkommen müsste.

Über den Vorfall wurde nach telefonischer Auskunft der örtlichen Polizeistation kein eigentlicher Rapport aufgenommen und das zeigt, dass das Ereignis jedenfalls nicht besonders dramatisch gewesen sein kann. Damit soll allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Mutter auf die unvermutete Absage hin mit Tätlichkeiten gegen den Vater reagierte. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass das Kind durch den Streit beunruhigt wurde, aber nicht glaubhaft, dass es dadurch stark verstört war, weil es ähnliche, wenn vielleicht auch nicht so heftige Auseinandersetzungen früher schon oft miterlebt hatte. Eine vernünftige Erklärung dafür, dass das Kind gewissermassen von einem Tag auf den anderen eine einzig mit dem letzten Erlebnis begründete, tiefsitzende und unerschütterliche Abneigung gegen die Mutter entwickelt haben soll, lässt sich nicht finden. In einem Vollstreckungsverfahren besteht gewiss kein Anlass, diese Frage in einem kinderpsychologischen Gutachten abklären zu lassen. Es sind nämlich andere, durchaus normale Gründe für das Verhalten des Kindes denkbar, und sie liegen hier umso näher, weil seine Weigerung Auslöser des Elternkonflikts und nicht erst dessen Folge war. Wenn ein Kind sagt, dass es nicht mitkommen wolle, so kann es sich um gewöhnliche Unlust handeln, eine Situation, in der es sich wohl fühlt, loszulassen, um einfühlbare Angst, den einen Elternteil zu enttäuschen, und um begreifliche Scheu, dem anderen, der ihm nach mehrmonatiger Abwesenheit fremd geworden ist, zu folgen (FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anhang Psychologie N 70).

Von den Eltern wäre zu erwarten, dass sie diese typisch kindliche Haltung verstehen und weder bagatellisieren noch verstärken. Auf Seiten der Mutter würde das bedingen, dass

sie Geduld mit dem Kind aufbringt, ihm Angebote statt Vorwürfe macht und nicht alle Schuld an seinem Widerstand dem anderen Elternteil zuschiebt. Auf Seiten des Vaters würde es voraussetzen, dass er dem Kind sein Einverständnis mit der Kontaktaufnahme signalisiert und es zu einem Versuch ermuntert. Es wäre hingegen ausgesprochen kontraproduktiv, den Umgang auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben, um das Kind zur Ruhe kommen zu lassen, und gerade das verlangt der Vater, der eine Ausübung des Besuchsrechts rundweg ablehnt, ohne irgendwelche Alternativen zu entwerfen oder Kompromisse vorzuschlagen. Mit einem Unterbruch würde nur ein Prozess in Gang gesetzt, an dessen Ende der völlige Beziehungsabbruch stünde, weil das Kind sich der Mutter noch mehr entfremden und bei einer Wiederbegegnung noch stärker ängstigen würde (KGer SG, FamPra.ch 2003, 706 ff.; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB N 11). Der endgültige Verlust des Kontakts zum getrennt lebenden Elternteil hätte aber weit gravierendere Folgen für das Kind als die Überwindung eines momentanen Unbehagens.

Unter diesen Umständen ist die Androhung einer Zwangsmassnahme gegen den Inhaber der elterlichen Sorge durchaus angebracht, allerdings nicht im Sinne einer blossen Bestrafung, sondern als Ermahnung, sich der elterlichen Verantwortung bewusst zu werden. Je länger damit zugewartet würde und je mehr das kontaktvermittelnde Verhalten sich schon eingeschliffen hätte, umso sinnloser würde das (FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anhang Psychologie N 174).

BEHÖRDENSTREIT ÜBER DIE ZUTEILUNG DER ELTERLICHEN SORGE

Art. 420 ZGB. Die Vormundschaftsbehörde am Wohnort der Mutter hat kein schutzwürdiges Interesse daran, die von der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Vaters ausgesprochene Genehmigung einer Elternvereinbarung anzufechten, um sich einer Unterstützungspflicht für das Kind zu entziehen.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 5. September 2006, BF.2006.31

Sachverhalt:

Bei der Scheidung der Eltern im Jahre 1999 wurde die damals achtjährige Tochter antragsgemäss in die elterliche Sorge des Vaters gestellt. Nachdem das Kind zur Mutter umgezogen war, einigten sich die Eltern im Herbst 2004, dass das Sorgerecht auf sie übergehen solle, und stellten ihre Vereinbarung der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Vaters zur Genehmigung zu. Im Winter 2005 wurde die Tochter zunächst im Schlupfhuus und danach in einer psychiatrischen Klinik untergebracht, worauf sich die Gemeinde, in der die Mutter lebte, weigerte, die Kosten zu übernehmen. Darauf holte die Vormundschaftsbehörde am Wohnort des Vaters die bis anhin vergessene Genehmigung der Vereinbarung betreffend den Übergang der elterlichen Sorge nach und dagegen erklärt die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der Mutter Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 420 ZGB sind nicht nur die direkt Betroffenen, sondern auch Dritte zur Ergreifung der Vormundschaftsbeschwerde befugt, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse haben. Die Legitimation Dritter ist nicht nur gegeben, wenn sie Mündelinteressen wahrnehmen wollen, sondern unter Umständen auch dann, wenn es um den Schutz ihrer eigenen Interessen geht. Die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der Mutter betrachtet sich vor allem als Interessenvertreterin des Kindes. Sie bringt vor, das Sorgerecht sei ohne genauere Abklärung auf Geratewohl und unter Missachtung des Kindeswohls umgeteilt worden. Fest steht allerdings, dass das Kind jahrelang bei der Mutter lebte, dass die Übertragung des Sorgerechts an sie dem gemeinsamen Elternwunsch wie dem Kindeswillen entsprach und dass der Vater ausdrücklich erklärte, er könne das Kind nicht mehr persönlich betreuen. Der übereinstimmende Elternantrag und die Meinung des Kindes sind aber deutliche Indizien für die Wahrung des Kindeswohls (FamKomm Scheidung/WIRZ, Art. 133 ZGB N 15). Man darf durchaus annehmen, dass die persönliche Beziehung des Kindes zur Mutter enger ist als jene zum Vater. Der Umstand, dass es sich nun in einer Klinik aufhält und in der nächsten Zeit wohl weder zur Mutter

noch zum Vater zurückkehren kann, vermag daran nichts zu ändern. Das muss keineswegs bedeuten, dass die Mutter nicht imstande sei, sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten um das Kind zu kümmern, und kann erst recht nicht heissen, dass die Lösung, es in der elterlichen Verantwortung des Vaters zu belassen, vorzuziehen wäre. Die Beschwerdeführerin führt insgesamt keine ernsthaften Gründe gegen eine Übertragung des Sorgerechts an, sondern mischt sich in die Angelegenheiten der Familie ein und trägt damit zusätzlich zur Verunsicherung bei. Sie schiebt ihre Besorgnis nur vor und verfolgt damit geradezu die entgegengesetzte Absicht, sich auf diese Weise einer Mitverantwortung für das Kind entledigen zu können.

Damit bleibt noch zu prüfen, ob die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der Mutter schützenswerte eigene Interessen geltend machen und daraus eine Beschwerdelegitimation ableiten kann. Es darf angenommen werden, dass sie in dieser Hinsicht für die Gemeinde handeln wollte, deren Organ sie ist (BGE 113 II 113, 115). Die Formulierung, die Beschwerdeführung eines Dritten sei auch dann zu bejahen, wenn er die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend macht (BGE 121 III 3), ist aber zu weit gefasst: Es können nämlich nicht beliebige eigene Interessen sein. Vielmehr muss es sich um solche handeln, die mit der angeordneten Massnahme gerade geschützt werden sollen (BaslerKomm/GEISER Art. 420 ZGB N 31 m.w.H.; vgl. auch BGer 5C.242/2005; BGer 5A.10/2001; ZVW 1994, 32, 34). Die Genehmigung einer Elternvereinbarung über das Sorgerecht ist einzig und allein zur Prüfung des Kindeswohls vorgeschrieben und dient nicht dazu, die finanziellen Interessen der Wohnsitzgemeinden zu schützen. Die Meinung, mit der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung lasse sich ein Wohnortswechsel und ein damit allenfalls verbundener Übergang von Unterstützungspflichten erzwingen oder verhindern, ist abwegig. Den beteiligten Gemeinden steht ein anderes Verfahren offen, in dem sie ihren negativen Kompetenzkonflikt austragen können (vgl. Art. 28 ff. ZUG und Art. 3 Abs. 2 st.gallisches Sozialhilfegesetz).

UNENTGELTLICHE VERTRETUNG

Art. 29 BV; Art. 281 ff. SG-ZPO. Im einvernehmlichen Teil des Scheidungsverfahrens besteht in der Regel kein Anspruch auf unentgeltliche Vertretung.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 10. November 2006, RF.2006.68

Sachverhalt:

Die Eheleute reichten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Sie waren sich aber sonst nur darüber einig, dass ihre beiden Kinder in die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu stellen seien. Beide Ehegatten ersuchten darum, das Scheidungsverfahren unentgeltlich führen zu können. Sie wurden zwar von den Gerichtskosten befreit. Ihre Gesuche um unentgeltliche Vertretung wurden jedoch abgewiesen. Die Ehefrau akzeptierte diesen Entscheid, der Ehemann erhob dagegen Rekurs und verlangte die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters rückwirkend seit Erteilung des Auftrags. Er macht geltend, mehrere Punkte – insbesondere sein Recht auf persönlichen Umgang mit den Kindern und seine Unterhaltspflicht – seien heftig umstritten und nicht einfach zu regeln. Im Übrigen bezahle die Ehefrau ihren Anwalt nun offenbar selbst, womit auch er nach dem Grundsatz der Waffengleichheit Anspruch auf unentgeltliche Vertretung habe.

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann beantragt eine rückwirkende Bewilligung der unentgeltlichen Vertretung. Eine Rückwirkung wäre aber nur ausnahmsweise möglich (BGE 122 I 203). Sie ist grundsätzlich ausgeschlossen, soweit es um eine anwaltliche Tätigkeit in der Zeit vor Verfahrensbeginn geht. Für eine solche unentgeltliche Rechtsberatung im Hinblick auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren braucht es stets ein besonderes Gesuch (Art. 3 st.gallische Verordnung über das Scheidungsverfahren).

Im Übrigen wird einer bedürftigen Partei ein Rechtsbeistand bestellt, wenn das sachlich geboten ist. Die Notwendigkeit einer rechtskundigen Vertretung hängt namentlich davon ab, ob sich im Prozess schwierige Fragen stellen, ob es um Ansprüche von grosser Tragweite geht und ob auch die andere Partei anwaltlich vertreten wird (BGE 119 Ia 264; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen ZPO, § 87 N 7; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur ZPO des Kantons St.Gallen, Art. 282 N 4a). In einem Scheidungsverfahren wird ein Anwalt besonders dann benötigt, wenn der Scheidungspunkt oder die Kinderzuteilung umstritten sind, und ist am ehesten dann entbehrlich, wenn nur noch finanzielle Nebenpunkte von geringem Gewicht zu regeln sind (BGE 110 Ia 27; SG-GVP 1994 Nr. 68).

Hier haben die Ehegatten gemeinsam die Scheidung verlangt und sich über die elterliche Sorge für die Kinder geeinigt. Damit sind die Statusfragen geklärt. Ob die Standpunkte in den übrigen Fragen weit auseinander liegen, steht hingegen noch nicht fest. Das einvernehmliche Scheidungsverfahren ist ja kein eigentlicher Prozess, in dem die Parteien als Kläger und Beklagte gegeneinander auftreten, sondern ein Stück freiwillige Gerichtsbarkeit. Dabei werden die Ehegatten persönlich angehört und haben ihren Scheidungswillen sowie ihre Zustimmung zu einer Vereinbarung selbst zu bestätigen (Art. 111 ZGB). Vertreter können in der Regel an den Anhörungen nicht teilnehmen (Art. 6 Abs. 2 st.gallische Verordnung über das Scheidungsverfahren; vgl. auch OGer LU, ZBJV 2003, 127 ff.) und damit keine tragende Rolle übernehmen (VETTERLI, Die Anhörung der Ehegatten, FamPra.ch 2001, 59, 62). Die Anwälte, welche sich schon vor Einreichung des Scheidungsbegehrens um eine einvernehmliche Lösung bemühten, sind in ihrer Vermittlungsfunktion offensichtlich gescheitert. Sie sollten es nun dem Familiengericht überlassen, einen neuen Verständigungsversuch zu unternehmen, welcher durch ihre Präsenz wohl nicht erleichtert würde, sondern einen kontradiktorischen Charakter erhielte. Den Eheleuten ist es allerdings frei gestellt, ob sie sich ohne Rechtsbeistand auf einen Vergleich einlassen wollen. Bleibt es bei einer teilweisen Einigung über die Scheidungsfolgen, so schliesst das streitige Verfahren an das einvernehmliche an. Erst dann können die Ehegatten Anträge stellen, aus denen sich ergibt, ob ihre Auseinandersetzung wichtige und nicht leicht zu bewältigende Punkte betrifft.

Das Gesuch erweist sich mithin zumindest als verfrüht. Daran ändert die Behauptung nichts, die Ehefrau lasse sich weiterhin anwaltlich vertreten. Einerseits ist es zweifelhaft, ob die als bedürftig bezeichnete Ehefrau einen Anwalt privat bezahlen kann, und andererseits wäre das belanglos, weil auch dieser sich vorerst am Verfahren nicht aktiv beteiligen könnte.

VERS PÄ T E T E B E S C H W E R D E

Art. 42 ZGB. Die Löschung der Anerkennung eines ausserehelichen Kindes im Zivilstandsregister kann nicht nach mehr als fünfzig Jahren mit dem Hinweis angefochten werden, die Verfügung sei damals dem Kind bzw. seinem gesetzlichen Vertreter nicht eröffnet worden. Die betroffene Person hätte im Laufe ihres Lebens immer wieder erkennen können, dass die Wirkungen einer Anerkennung mit Standesfolge ausblieben, und hinreichenden Anlass gehabt, sich zu erkundigen.

Kantonsgericht St.Gallen, Präsident II. Zivilkammer, 13. März 2006, VZ.2005.58

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin wurde 1952 als Tochter der italienischen Staatsangehörigen Maria A. geboren. In der Folge anerkannte der Schweizer Bürger Josef B. das Kind vor dem Gemeindammann als das seinige. Kurz danach sprach er dort wieder vor und erklärte, er habe sich über die Bedeutung der Anerkennung geirrt. Das veranlasste das Gemeindeamt, beim Richter ein Begehren auf Berichtigung des Registereintrags (nach alt Art. 45 ZGB) zu stellen. Darauf verfügte der Bezirksgerichtspräsident Anfang 1953, dass der betreffende Eintrag im Anerkennungsregister der ausserehelichen Kinder gelöscht werde.

Mitte Dezember 2005 und somit fast 53 Jahre später erhob die Betroffene beim Kantonsgericht Rechtsverweigerungsbeschwerde mit dem Antrag, die Lösungsverfügung aufzuheben. Dabei brachte sie vor, diese sei ihr erst Ende November 2005 auf Anfrage hin von der Vormundschaftsbehörde ausgehändigt worden, weshalb sie zur Beschwerde innert der von diesem Zeitpunkt an laufenden dreissigtägigen Frist befugt und daran auch noch aktuell interessiert sei, weil sie nach dem Tode ihres leiblichen Vaters einen Erbanspruch geltend machen möchte.

Aus den Erwägungen:

Nach dem Rechtsspruch des Gerichtspräsidiums aus dem Jahre 1953 erfolgte eine Mitteilung der Verfügung "an die Parteien", und als solche galten laut dem Ingress nur das Gemeindeamt und Josef B. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Entscheid dem Kind bzw. seinem Vertreter nicht zugestellt wurde. Eine nicht gehörig eröffnete Verfügung ist nun zwar nicht einfach nichtig, bleibt aber anfechtbar. Dabei ist abzuwägen zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und jenem an einem uneingeschränkten Rechtsschutz. Einerseits muss die Ungewissheit irgendwann einmal ein Ende finden und andererseits darf dem Betroffenen aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Es genügt immerhin, wenn

der Entscheid einer zuvor nicht berücksichtigten Partei schliesslich doch bekannt wird, mag dies auch auf ungewöhnliche Weise und eher zufällig geschehen. Zur Kenntnisnahme gehört allerdings mehr als das blosses Wissen um die Existenz der Verfügung. Von dem Zeitpunkt an, in dem jemand Anhaltspunkte dafür hat, dass es einen ihm bisher unbekanntem Entscheid gibt, der ihn belastet, darf er aber nicht mehr beliebig lange zuwarten. Vielmehr ist er im Sinne des Grundsatzes von Treu und Glauben gehalten, sich innert vernünftiger Frist und mit der gebotenen Beschleunigung nach dessen Inhalt zu erkundigen (BGE 102 Ib 91; vgl. auch BGE 107 Ia 72, 76 f.; 106 V 93, 97 f.; BGer, ZBl 1984, 425 ff.; BGer, 1A.278/2005; SG-GVP 1986 Nr. 29; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 84, S. 284; STADELWIESER, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. St.Gallen 1993, 157 ff.).

Der Eintrag in das Anerkennungsregister wurde nicht nur den Zivilstandsämtern, sondern auch dem Vormund und der Mutter des Kindes eröffnet. Die angeordnete Löschung fand in der Weise statt, dass das Blatt diagonal durchgestrichen und mit folgendem Hinweis versehen wurde: "Dieser Eintrag ist durch Verfügung des Gerichtspräsidiums X. vom 4. Januar 1953 gelöscht worden." Unten auf der Seite war mit Rotstift vermerkt: "Löschung an alle obigen Adressen mitgeteilt." Damit waren offensichtlich wiederum die Registerbehörden sowie der Vormund und die Mutter gemeint. Das spricht dafür, dass diese über die Löschung informiert wurden und damit zugleich Kenntnis vom Bestehen einer gerichtlichen Anweisung erhielten, aber darauf verzichteten, die Gründe genauer zu erforschen und den Entscheid anzufechten.

Während die einfache Vaterschaftsklage nach altem Kindesrecht zwar zur Feststellung der Vaterschaft führte, aber nur eine rein vermögensrechtliche Pflicht auf Leistung von Unterhalt auslöste, begründete die freiwillige Anerkennung (aArt. 303 ZGB) eine familienrechtliche Beziehung mit umfassendem persönlichen Gehalt (aArt. 325 ZGB). Im Zivilstandsregister wurde neben der Mutter auch der Vater angeführt (vgl. BernerKomm/HEGNAUER, aArt. 303 N 85 und aArt. 324-327 ZGB N 7). Das Kind legte den bisher getragenen Familiennamen der Mutter ab und erhielt jenen des Vaters (vgl. ZürcherKomm/EGGER, Art. 325 N 6). Es verlor die Heimatangehörigkeit der Mutter und übernahm jene des Vaters, womit auch ein bisher ausländisches unmündiges Kind sogleich dessen Schweizer Bürgerrecht erlangte (aArt. 2 Abs. 1 lit. c BüG; vgl. BernerKomm/HEGNAUER, Art. 324-327 aZGB N 49 ff.). Hier ist keine einzige dieser Wirkungen eingetreten. Die Beschwerdeführerin trug als angestammten Familiennamen stets jenen der mütterlichen Seite. Sie blieb wie die Mutter italienische Staatsangehörige, bis sie sich in der Schweiz einbürgern lassen konnte. In allen ihr ausgehändigten Registerauszügen – im Ausweis über die Zivilstandsverhältnisse für Ausländer, im Eheschein wie im Familienbüchlein – war immer nur die Herkunft von der Mutter vermerkt und kein Vater angegeben. Der Um-

stand, dass die Beschwerdeführerin eben gerade keinen Vater im Rechtssinne hatte, bestimmte also nicht nur ihren Personenstatus, sondern prägte ihr ganzes bürgerliches Dasein mit. Schon der Name als bedeutsamstes Identifikationsmerkmal mag sie fortwährend daran erinnern haben, dass sie rechtlich nur mit der Mutter verbunden war. Die Notwendigkeit einer Einbürgerung in der Schweiz musste ihr bewusst machen, dass sie das ausländische Bürgerrecht allein durch Abstammung von der Mutter erworben hatte. Auch die Zivilstandsausweise, die ja vor allem für wichtige Ereignisse im Leben ausgestellt werden, waren geeignet, ihr unmissverständlich vor Augen zu führen, dass ein Kindesverhältnis lediglich zur Mutter bestand. Die Beschwerdeführerin konnte nicht in guten Treuen während insgesamt mehr als fünfzig Jahren annehmen, eine Anerkennung mit Standesfolge sei gleichwohl gegeben und werde sich dereinst wenigstens im Erbfall auswirken. Unter diesen Umständen mag offen bleiben, ob sie sogar nach dem Tode von Josef B. im Frühjahr 2003 zweieinhalb Jahre lang nichts davon erfuhr, dass kein Registereintrag mehr bestand.

Der Vormund als gesetzlicher Vertreter der Beschwerdeführerin wusste damals offenbar Bescheid über die Löschung der Anerkennung und fand sich damit anscheinend auch ab. Sein Wissen oder Wissenmüssen ist ebenso wie sein Handeln oder Unterlassen dem vertretenen Kind anzurechnen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, Rz. 1444). Die Beschwerdeführerin selbst wurde aber auch noch als Erwachsene immer wieder mit der Tatsache konfrontiert, dass keine verwandtschaftliche Beziehung zu der Person hergestellt war, die sie als ihren Vater betrachtete. Sie hätte folglich vielfältigen Anlass und häufige Gelegenheit gehabt, sich sichere Kenntnis zu verschaffen, und diese wäre mit der Einsicht in das Anerkennungsregister, welches unmittelbar auf den Gerichtsentscheid weiter verwies, auch einfach zu erreichen gewesen. Wenn sie die zumutbaren Bemühungen unterliess, so kann sie die Lösungsverfügung nicht ohne jede Befristung, gewissermassen noch "nach Jahr und Tag" anfechten (VPB 1977 Nr. 44). Vielmehr hat sie den Anspruch, dass ihr aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil entstehe, nach Treu und Glauben durch ausserordentlich langes und unerklärliches Zuwarten verwirkt. Die Beschwerde ist offensichtlich krass verspätet erhoben worden, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

Weil nach prozessualen Versäumnissen allenfalls ein subjektives Gefühl der Ungechtigkeit zurückbleibt, sei immerhin noch Folgendes angemerkt: Eine einmal ausgesprochene Anerkennung galt zwar als unwiderruflich (ZürcherKomm/EGGER, aArt. 303 ZGB N 9) und ein darauf beruhender Registereintrag war formell korrekt, weshalb er nicht ohne Weiteres hätte berichtigt werden dürfen (ZürcherKomm/EGGER, aArt. 45 ZGB N 4). Hingegen wäre dem Anerkennenden grundsätzlich die Möglichkeit offen gestanden, die Anerkennung mit einer Klage wegen Willensmängeln anzufechten (BGE 49 II 154, 156; 53 II 95 ff.; 75 II 6 ff.; 79 II 27 ff.;

BernerKomm/HEGNAUER, aArt. 306 ZGB N 27 ff.), wobei sich unter Umständen auch ein Vater, der nur eine Unterhaltsverpflichtung eingehen wollte, auf einen Erklärungsirrtum hätte berufen können (BernerKomm/HEGNAUER, aArt. 306 ZGB N 41; AUBERT, Les actions de la filiation en droit civil suisse, Diss. Neuchâtel 1955, 51 und 90).

GÜTERRECHTLICHE SZENEN

Der abgenützte Teppich

Sie: Ich brachte einen wunderbaren Perserteppich in die Ehe mit und nun haben wir ihn ersetzen müssen, weil er total abgenützt war. Der neue Teppich ist zwar lange nicht so schön, aber zumindest den will ich als Ersatz haben!

Er: Den Teppich habe ich allein aus meinem Verdienst gekauft und darum bleibt er bei mir!

Eine Ersatzanschaffung für Eigengut wird zwar wiederum zu Eigengut (Art. 198 Ziff. 4 ZGB). Es geht dabei aber nur um den Wert- oder Mittelersatz: Die aus dem Erlös eines Eigengutsobjekts erworbene Sache gehört zum Eigengut. Der Zweckersatz ist nicht gemeint: Der Gegenstand, der einen früheren, gleichartigen ablöst, fällt nicht in dieselbe Masse. Seine Zuordnung richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln.

Das gestohlene Auto

Er: Vor ein paar Wochen wurde mir leider der Mercedes gestohlen. Den muss man nun aus der Vermögensbilanz streichen!

Sie: Was kann ich denn dafür, wenn du dir das Auto klauen lässt. Du hättest es ja wenigstens versichern lassen können. Der Wagen bleibt in der Abrechnung!

Bei Auflösung des Güterstands (Art. 207 Abs. 1 ZGB), das heisst mit Einreichung des Scheidungsbegehrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB), steht der Bestand der Errungenschaft fest. Er kann sich grundsätzlich später nicht mehr verändern. Ausgenommen ist namentlich der Fall, in dem eine Errungenschaftssache zufällig untergeht. Es kommt somit darauf an, ob sich der Diebstahl hätte vermeiden lassen oder nicht.

Die geschenkte Reise

Sie: Kürzlich hat mir unser Sohn gebeichtet, dass du ihm im letzten Jahr hinter meinem Rücken den völlig unnötigen Trip nach Indien finanziert hast. Dafür musst du allein aufkommen!

Er: Es war nicht mehr als anständig, den Bub für seinen tollen Lehrabschluss zu belohnen. Da kannst du dich doch nicht einfach drücken!

Grundsätzlich kann zwar jeder Ehegatte frei über sein Vermögen verfügen. Unentgeltliche Zuwendungen, die er in den letzten fünf Jahren vor Auflösung des Güterstands ohne Zustimmung des Ehepartners machte, werden aber zu seiner Errungenschaft hinzugerechnet (Art. 208

Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Vorbehalten bleiben Gelegenheitsgeschenke und moralisch geschuldete Leistungen. Hier handelt es sich aber weder um das eine noch um das andere.

Das günstige Heimkino

Er: Das Heimkino habe ich von einem guten Kollegen für den halben Preis bekommen. Es ist mein Eigengut.

Sie: Unsinn, du hast das Zeug aus deinem Lohn bloss günstig gekauft. Es gehört zur Errungenschaft.

Eine gemischte Schenkung fällt je nachdem, ob der entgeltliche oder der unentgeltliche Teil überwiegt, in die Errungenschaft oder das Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Im Zweifel handelt es sich um Errungenschaft (Art. 200 Abs. 3 ZGB), und das gilt auch dann, wenn beide Massen im gleichen Umfang beteiligt sind. Das Eigengut des Ehemanns hat aber gegen dessen Errungenschaft eine Ersatzforderung für die Hälfte des aktuellen Werts.

Der gestiegene Goldpreis

Sie: Ich habe dir aus meinem Lohn Fr. 2'000 für den Kauf der Goldbarren gegeben. Nun hat sich der Goldpreis glücklich verdoppelt. Gib mir Fr. 4'000 zurück!

Er: Das war doch nur ein Darlehen. Dein Geld kannst du wieder haben, aber keinen Rappen mehr!

Zwar können die Ehegatten untereinander auch gewöhnliche Rechtsgeschäfte abschliessen. Ein Darlehen, das ohne besondere Abmachung unverzinslich wäre, ist aber nicht zu vermuten. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass eine Ehe nicht als Geschäftsbeziehung, sondern als Interessengemeinschaft geführt wird. Der Ehepartner soll deshalb proportional am Mehrwert beteiligt werden (Art. 206 Abs. 1 ZGB). Wenn die Investition allerdings aus Errungenschaftsvermögen des einen in eine Errungenschaftssache des anderen erfolgte, kann man sich eine Mehrwertberechnung in der Regel ersparen, weil der Ausgleich über die gegenseitige Beteiligung am Vorschlag von selbst stattfindet.

Der gefallene Devisenkurs

Sie: Ich war ja auch noch so blöd, dir das kleine Vermächtnis meiner Tante für die Spekulation mit den Dollars zu überlassen, und nun ist der Kurs prompt um einen Drittel gefallen. Aber das ist deine Sache, ich möchte meine Fr. 3'000 wieder haben!

Er: Du hast dich an dem Geschäft beteiligt, also musst du auch den Verlust mittragen. Du kriegst noch Fr. 2'000, das ist genau dein Anteil!

Ein Ehepartner hilft dem anderen gewöhnlich aus Gefälligkeit. Er soll deshalb einen Verlust nicht mittragen müssen und erhält – insofern wie ein gewöhnlicher Gläubiger – wenigstens den Nennwert zurück (Art. 206 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz spricht allerdings von Beiträgen an Vermögensgegenstände, und aus dem Plural wird geschlossen, dass Mehr- und Minderwerte aus verschiedenen Investitionen in einer sogenannten Globalrechnung miteinander verrechnet werden können. Dabei wird zwar für eine verlustbringende Investition der Nominalwert ersetzt. Der verbleibende Minderwert kann bei der erfolgreichen Investition aber bis hinab zum Nennwert abgezogen werden. Im Beispiel erhält die Ehefrau also für das Devisengeschäft Fr. 3'000 (= ursprünglicher Betrag) zurück und hat aus dem Goldgeschäft noch Fr. 3'000 zugut (Investition Fr. 2'000 + 100 % Mehrwert Fr. 2'000 - Minderwert Devisen Fr. 1'000).

Der teure Pelzmantel

Er: Du musstest dir ja unbedingt aus meinem sauer verdienten Geld diesen sündhaft teuren Pelzmantel anschaffen, ein gewöhnlicher Wintermantel hätte es auch getan. Meinetwegen kannst du ihn nun behalten, aber nur, wenn du etwas daran zahlst!

Sie: Was fällt dir denn ein, der Mantel gehört zu meiner Garderobe und dafür muss ich dir nun gewiss nichts geben!

Gegenstände zum ausschliesslich persönlichen Gebrauch – und dazu zählen typischerweise die Kleider – gehören immer zum Eigengut, gleichgültig wie sie finanziert wurden (Art. 198 Ziff. 1 ZGB). Wenn die Anschaffung allerdings über eine angemessene Lebenshaltung weit hinausging, kann eine Ersatzforderung entstehen.

Das leere Bankkonto

Sie: Du hast dein Geld in der letzten Zeit wohl mit vollen Händen ausgegeben, auf deinem Privatkonto ist ja gar nichts mehr drauf. Aber das hast du selbst zu verantworten!

Er: Weil du so unverschämt viel Unterhalt verlangt hast, ist mir gar nichts anderes übrig geblieben, als das Konto zu leeren.

Ein Konto hat keinen veränderlichen Wert, sondern einen bestimmten (Be-) Stand, der zu Beginn des Scheidungsverfahrens eingefroren wird (Art. 207 Abs. 1 zusammen mit Art. 204 Abs. 2 ZGB). Eine spätere Verminderung ist ausnahmsweise beachtlich, wenn Vermögen notwendigerweise für den Familienunterhalt angezehrt werden musste.

Die gemeinsame Anschaffung

Er: Das schöne Sonntagsgeschirr haben wir miteinander gekauft. Jetzt steht mir auch die Hälfte davon zu!

Sie: Das könnte dir so passen, bezahlt wurde das Geschirr aus meinen Ersparnissen und deshalb behalte ich es nun auch. Du könntest ja sowieso nichts damit anfangen!

Wenn Ehegatten einen Gegenstand zusammen erwerben, wird er zu Miteigentum. Dieses kann nach sachenrechtlichen Grundsätzen aufgehoben werden, indem man die Sache körperlich teilt, freihändig verkauft bzw. versteigert (Art. 651 ZGB), oder nach güterrechtlichen, indem man sie demjenigen, der daran ein überwiegendes Interesse dartut, als Ganzes, aber gegen volle Entschädigung des anderen zuweist (Art. 205 Abs. 2 ZGB).

Die kostenlose Buchhaltung

Er: Ich habe dir jahrelang die Buchhaltung in deiner Praxis gemacht, und zwar tadellos. Nun will ich endlich Lohn dafür, wenigstens halb so viel, wie du einem Treuhänder hättest bezahlen müssen.

Sie: Ich habe ich neben dem Beruf auch noch den ganzen Haushalt geführt und damit weit mehr getan als du!

Die Führung des Haushalts wird als Beitrag an den Familienunterhalt betrachtet (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Mitarbeit im Geschäft kann bei erheblicher Mehrleistung entschädigungspflichtig sein (Art. 165 Abs. 1 ZGB). Geschuldet wäre aber kein üblicher Lohn, sondern nur eine angemessene Entschädigung, und das bedeutet, dass der Ehegatte sich Vorteile, zum Beispiel einen höheren Lebensstandard oder einen grösseren Vorschlag anrechnen lassen muss.

GRUNDSTÜCKE IM GÜTERRECHT

	Eigentümer/in	Nichteigentümer/in
Zuteilung unter den Ehegatten	sachenrechtlich nach Grundbucheintrag	
Zuordnung im Vermögen eines Ehegatten	güterrechtlich nach Übergewicht beim Erwerb zu einer einzigen Masse; bei reinem Kreditkauf oder gleichen Beiträgen zur Errungenschaft beidseitig variable Ersatzforderung für Investitionen aus der anderen Masse: Anteil am Mehr- und Minderwert <i>ZGB 209 III</i>	einseitig (nach oben) variable Ersatzforderung für Investitionen: Anteil am Mehrwert, mindestens Nennwert <i>ZGB 206 I</i>
Zuweisung von Hypotheken	als Objektschuld grundsätzlich zur selben Masse <i>BGE 123 III 152, 158</i> Ausnahme: Zinsendienst aus einer anderen Masse; Gegenausnahmen: Eigengutsliegenschaft als vermietete Sache oder als Familienwohnung <i>HAUSHEER/GEISER/KOBEL, Das Eherecht des ZGB, N 12.69 ff.</i> <i>anders HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, N 26.57</i>	
Mehr- und Minderwerte auf Hypotheken	proportionale Aufteilung auf die beteiligten Massen <i>BGE 123 III 152, 158 ff.</i>	kein Anteil am Mehrwert auf Hypotheken
Investitionen zu verschiedenen Zeiten	Verlegung des Mehrwerts bei jeder neuen Investition; evtl. Durchschnittsberechnung	
Investitionen in mehrere Objekte	Berechnung der einzelnen Mehr- und Minderwerte	
Globalrechnung	Gesamtüberschuss: jeweils volle Mehr- und Minderwerte Gesamtdefizit: ungedeckter Restminderwert an Masse mit Verlust <i>HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N 12.105 ff.</i>	jeweils mindestens Nennwert; gekürzter Restmehrwert für Masse mit Gewinn <i>HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N 12.99 ff.</i>

UND DIE KINDER?

Von Joachim Schreiner

Die vernachlässigte Perspektive des Kindes

Vorübergehende Spannungen und Konflikte sind ständige und natürliche Bestandteile menschlicher Beziehungen. Das gilt insbesondere für Familien, deren Mitglieder den Ausgleich ihrer unterschiedlichen Bedürfnisse jeden Tag neu aushandeln. Mutter und Vater müssen sich fortwährend bemühen, die vielen kleinen und grossen Entscheidungen im Alltag des Kindes möglichst auszubalancieren. Kommt es aber zu chronischen Konflikten auf der Paarebene, so geht dieses Gleichgewicht verloren. Beziehungskonflikte führen mit zunehmender Dauer und ansteigender Heftigkeit dazu, dass jeder Partner das Geschehen nur noch aus der eigenen Perspektive betrachtet. Was früher mehr oder weniger gut gelang, sich nämlich in die Lage des Kindes hineinzusetzen, fällt zerstrittenen Eltern immer schwerer. Die Motive und Meinungen der übrigen Familienangehörigen gehen im Strudel der eigenen emotionalen Betroffenheit unter. Jeder sieht bloss das, was er sehen möchte oder zu sehen befürchtet. Die Handlungen des anderen Elternteils werden einseitig wahrgenommen und meist negativ ausgelegt. Die Kinder werden nur noch bedingt als eigenständige Personen anerkannt. Es zeigt sich eine Tendenz zur Koalitionsbildung und Instrumentalisierung. Eigene Wünsche, Hoffnungen und Ängste werden auf die Kinder übertragen und dort als scheinbar kindliche Belange wieder gefunden.

Die Sichtweise der Kinder wird in dieser Dynamik an den Rand gedrängt. Eltern müssen deshalb gewissermassen von aussen daran erinnert werden, dass sie den Kindern eine eigene Rolle zugestehen sollten. Wie kann man aber in einem vor Gericht ausgetragenen Trennungskonflikt die Sicht der Kinder wieder angemessen einbringen? Eine Möglichkeit ist die Kindesanhörung, bei der den Kindern unmittelbar Gehör verschafft wird. Eine andere Option besteht darin, die Eltern zu unterstützen, dass sie die Perspektive der Kinder einnehmen und die rechtlichen und emotionalen Abläufe einmal aus deren Warte betrachten.

Direkter und indirekter Einbezug der Kinder

Beim unmittelbaren Einbezug der Kinder im Rahmen einer Anhörung ergeben sich etwa folgende Vor- und Nachteile:

- Chancen:*
- Stärkung des Eindrucks der Selbstwirksamkeit
 - Gefühl der Kontrolle
 - Erhöhung der wahrgenommenen Fairness
 - Erhöhung der Akzeptanz von Entscheidungen durch Mitsprache

Risiken: Delegation von Verantwortung
 Übernahme unzulässiger Verantwortung durch das Kind
 Überforderung und Anheizung von Loyalitätskonflikten

Die Risiken lassen sich mit einer kindgerecht durchgeführten Anhörung und insbesondere mit einer behutsamen Handhabung der gewonnenen Informationen reduzieren. Die Chancen können sich für die Kinder in einem positiveren Selbstwertgefühl und in der Überzeugung, ein bedeutsames und ernst genommenes Mitglied der Familie zu sein, niederschlagen. Beides ist wichtig für eine erfolgreiche Verarbeitung des Krisenereignisses Trennung und für eine Bewältigung der Entwicklungsaufgabe, die Scheidungsfamilie "neu zu konstruieren".

Der indirekte, gewissermassen "virtuelle" Einbezug der Kinder in das Elterngespräch hat andere Vorzüge: Eltern werden im Konflikt zum gemeinsamen Nachdenken über die Kinder angeregt. Der Blick wird vom reinen Paarkonflikt hin auf den Elternkonflikt gelenkt, und von dort ist es nicht mehr weit zu den Kindesinteressen und zum sogenannten "Familienwohl". Aus dieser Erweiterung der Perspektive können sich neue Lösungsansätze ergeben. Vor allem aber werden damit die Parteien in ihrem Bemühen, "gute Eltern" zu sein, gestärkt.

Was wirksam ist, hängt insbesondere vom Alter respektive vom Entwicklungsstand der Kinder ab. Während Jugendliche einen unmittelbaren Einbezug eher nutzen und vielleicht sogar fordern, profitieren jüngere Kinder von einer virtuellen Teilnahme, welche aber die unmittelbare Anhörung nicht ersetzen kann.

Wie kann man nun den Eltern in der Praxis konkret helfen, sich in die Kinder einzufühlen? Bilder und Metaphern sprechen andere Sinne und tiefere Schichten an. Informationen über "normale" Reaktionen von Kindern in Trennungs- und Besuchskonflikten ermöglichen es, sich vom eigenen Erleben zu lösen und die Geschehnisse unter anderen Vorzeichen zu betrachten. Das Aufzeigen der Vorteile einer gelungenen Besuchsregelung für Kinder und Eltern schafft Motivation zur Zusammenarbeit.

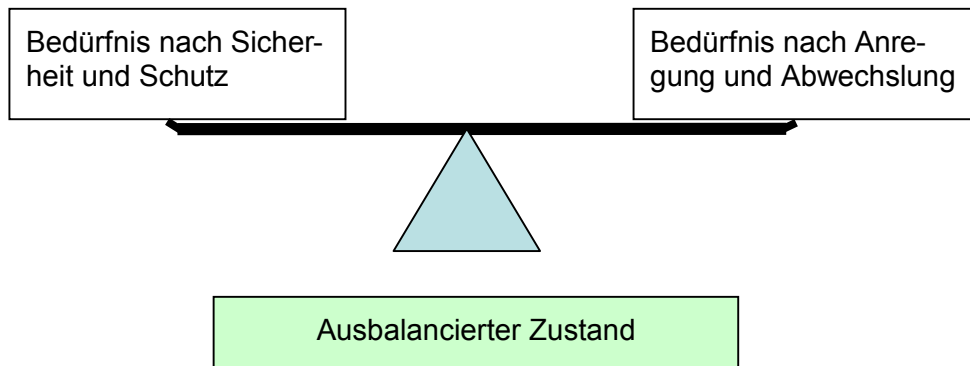
Die Perspektive der Kinder einzunehmen, bedeutet aber nicht, ihre Interessen über jene der Eltern zu stellen. Das wäre dem Kindes- wie dem Familienwohl abträglich. Es geht vielmehr um eine ausgewogene Gewichtung. Weil Kinder und Jugendliche in der Regel nicht selbst in das gerichtliche Geschehen eingreifen können, liegt es an der Richterin und am Richter, dafür zu sorgen, dass sie angemessen berücksichtigt werden.

Die Entwicklungswippe

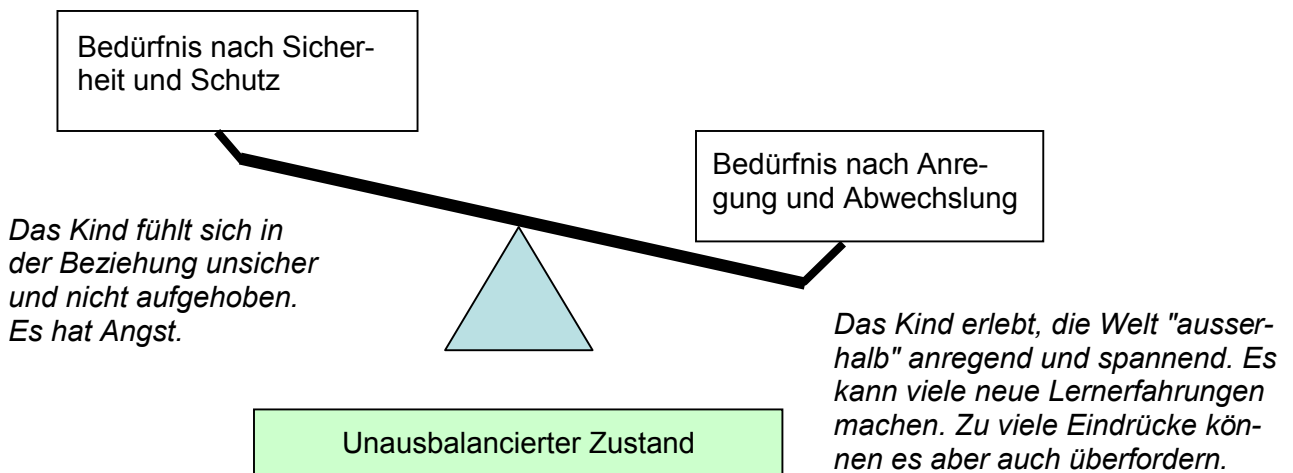
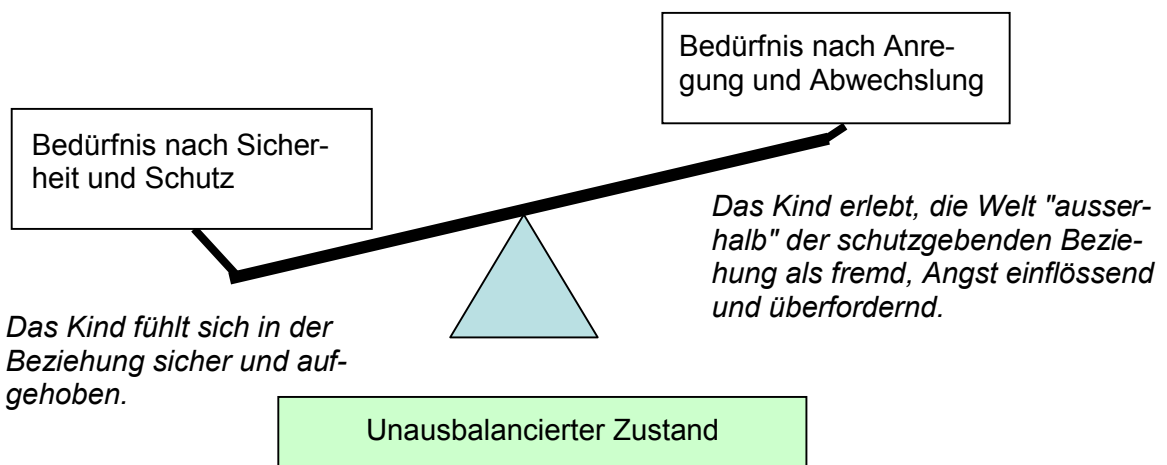
Diese Metapher dient der Veranschaulichung des Zusammenspiels zweier Bedürfnisse, die für die Entwicklung des Kindes bedeutsam sind. Gemeint sind das Bedürfnis nach Sicherheit und Schutz sowie das Bedürfnis nach Anerkennung und Abwechslung. Werden beide Bedürfnisse von den primären Bezugspersonen gleichermassen berücksichtigt, kann ein Kind aus dem Gefühl der Sicherheit heraus die Umwelt altersgemäss erkunden und so entwicklungsfördernde Erfahrungen machen. Oft können die beiden Elternteile aufgrund ihrer eigenen Biografie und ihrer Rollenaufteilung einem der beiden Bedürfnisse des Kindes besser gerecht werden, was im geglückten Zusammenwirken der Eltern zu einer Balance führt. Im Rahmen einer Trennung kann es aber zum Beispiel dazu kommen, dass ein Elternteil in der Stresssituation das Kind überbeschützt und aus Sorge um dessen Wohlergehen ängstlich und einschränkend reagiert. Damit gerät die Entwicklungswippe in "Schiefelage".

Meist muss die Entwicklungswippe nach einer Trennung der Eltern einfach neu eingerichtet werden. Wird das den Eltern bewusst, so können sie gemeinsam nach einem neuen, den Umständen angepassten Gleichgewicht suchen. Manchmal weisen insbesondere jüngere Kinder mit Verhaltensänderungen oder Verhaltensauffälligkeiten darauf hin, dass die gleichmässige Befriedigung ihrer Bedürfnisse gestört ist. Wenn der Zusammenhang bekannt ist, so neigen die Eltern weniger dazu, sich vorschnell gegenseitig die Schuld zuzuweisen, sondern können eher gemeinsame Überlegungen anstellen.

Die "Entwicklungs-Wippe"



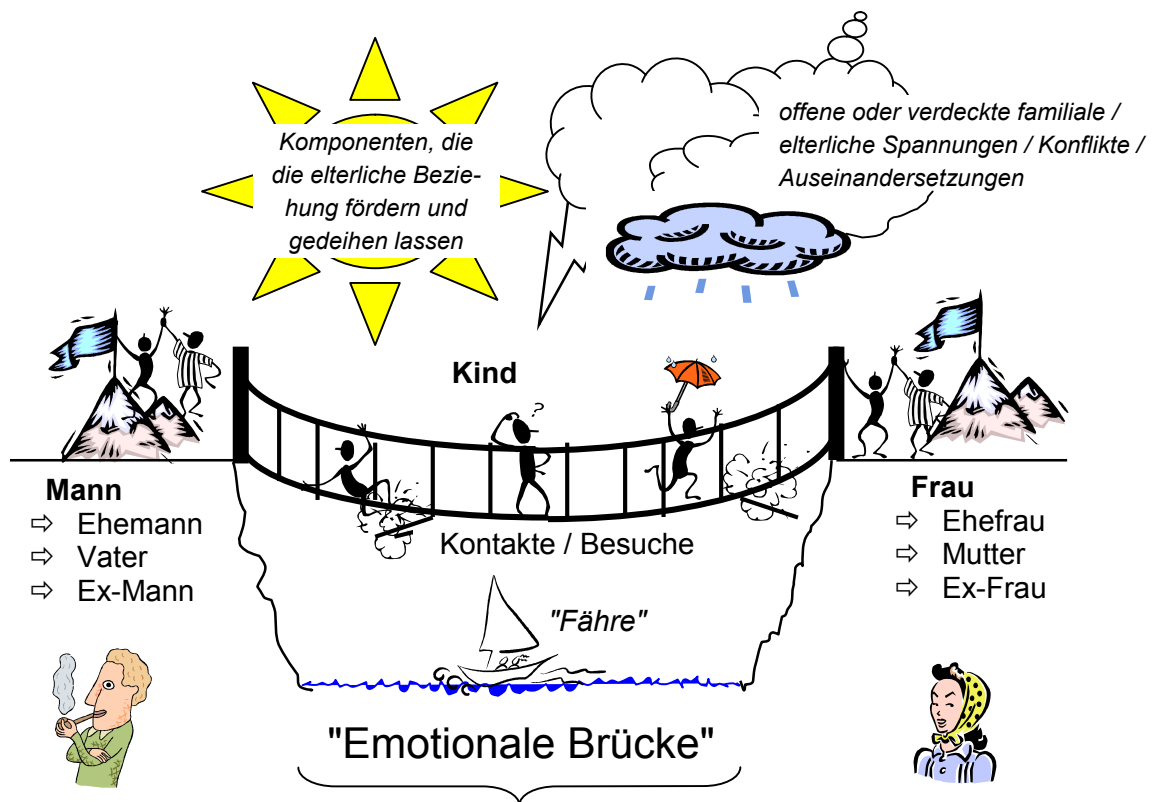
Beachte: Je nach Entwicklungsphase, Temperament und aktueller Situation kann die Wippe auch notwendigerweise einmal auf eine Seite kippen.



Die emotionale Brücke

In dieser Metapher sind einige psychologische Aspekte der Übergänge an Besuchstagen symbolisch eingearbeitet. Sie kann genutzt werden, um mit den Eltern über ihre Probleme in Bezug auf die Besuchswochenenden zu sprechen. Sie mag den Eltern helfen, sich leichter in das Erleben und Verhalten des Kindes hineinzusetzen. Dabei wird für die Eltern auch ersichtlich, dass alle Familienmitglieder selbst nach einer Trennung noch zu einem gemeinsamen System gehören und dass jede Aktion des einen eine Botschaft für die anderen darstellt und Auswirkungen auf sie hat.

Der Ausdruck "emotionale Brücke" steht sinnbildlich für die elterliche Beziehung (vor und nach der Trennung) aus der Sicht von Mutter, Vater und Kind. Sie ist gewissermassen eine Synthese aus diesen drei verschiedenen Blickwinkeln. Entworfen wird ein Bild, bei dem Eltern und Kind in den Bergen leben. Vater und Mutter wohnen auf zwei benachbarten Berggipfeln, durch einen See getrennt, aber durch eine Hängebrücke miteinander verbunden. Möchte das Kind den anderen Elternteil besuchen, so muss es über die Brücke laufen. Es hängt nun ab von der Stabilität der Brücke, von den Ansichten der Eltern über deren Zustand, von den laufenden Reparaturarbeiten, den aktuellen Wettereinflüssen und den Wetterprognosen, ob die Überquerung zu einer bereichernden Erfahrung, zu einem risikoreichen Vorhaben oder einem halsbrecherischen Unterfangen wird.



Die emotionale Brücke wird bedroht durch:

- ⇒ Abwertungen
- ⇒ Enttäuschungen
- ⇒ Misstrauen
- ⇒ Wut / Aggression
- ⇒ Ausgrenzung
- ⇒ Unterstellungen
- ⇒ "Sabotage"

Die emotionale Brücke entsteht / verstärkt sich durch:

- ⇒ Zuneigung
- ⇒ Vertrauen
- ⇒ Wertschätzung
- ⇒ Akzeptanz
- ⇒ Toleranz
- ⇒ Anerkennung
- ⇒ Kooperationsbereitschaft

In der beschriebenen Symbolik steht die Hängebrücke für die Beziehung zwischen den Beteiligten. Beziehungen beruhen unter anderem auf Kommunikation, Dialog, Vertrauen, Wertschätzung, Akzeptanz, Toleranz, Anerkennung, Kooperation und Verlässlichkeit. Alle diese Komponenten entscheiden mit, wie sicher, stabil und verlässlich das Bauwerk der emotionalen Brücke ist. Die aktuellen Wetterverhältnisse ergeben sich aus der momentan herrschenden "Stimmung" zwischen den Beteiligten. Schönwetterfronten, Sonnenschein (Kooperation, Vertrauen, Akzeptanz etc.), starke Winde, Gewitter oder gar Stürme (Konflikte, Vorbehalte, Misstrauen etc.) prägen das Überquerungsklima.

Man kann gut nachvollziehen, dass der Gang über eine Hängebrücke umso leichter fällt, je sicherer die Brücke und je besser das Wetter ist. Das Kind kann dann in Ruhe die Brücke überqueren (die Autonomieentwicklung fördern, das Selbstwertgefühl stärken, die Selbstwirksamkeit und die Milderung von Loyalitätskonflikten erleben etc.). Es kann sich auf "die andere Seite" freuen und dort verweilen (eine eigene Position entwickeln und einnehmen).

Versetzt man sich an die Stelle des Kindes, so werden auch die Gefahren des Übergangs anschaulich. Aufgrund aktueller oder chronischer Konflikte zwischen den Eltern kann die emotionale Brücke kurzzeitig oder nachhaltig instabil werden. Drei mögliche Szenarien sind denkbar:

- Die Brücke gerät durch Wind und Wetter ins Schwanken (aktuelle Konflikte).
- Die Brücke wird teilweise beschädigt (punktueller Vertrauensverlust).
- Die Brücke ist schwer beschädigt oder zerfällt ganz (chronischer Vertrauensverlust).

Je wackliger die Brücke und je schlechter das Wetter ist, desto grösser wird das Risiko, sie zu begehen. Die Übergänge werden zur Belastung und lösen vor der Überquerung Angst und Unsicherheit aus. Auch die Rückkehr nach dem Besuchstag verursacht Enttäuschung und zum Teil auch Ärger.

Ist die Brücke weitgehend zerstört (bei geringer oder fehlender elterlicher Kooperation und Dominanz von Konflikten) oder vermittelt ein Elternteil dem Kind den Eindruck, dass die Überquerung der Brücke zu gefährlich ist, etwa mit dem Vorwurf der Vernachlässigung, der Misshandlung oder erzieherischen Fehlleistung oder durch die Suggestion, dass es ihm ohne das Kind am Wochenende psychisch schlecht gehen würde, so bleibt dem Kind häufig kaum eine andere Wahl, als auf den Übergang zu verzichten. Das ist aus Sicht des Kindes die "psychologische" Konsequenz aus einer als bedrohlich erlebten oder so bezeichneten Situation.

Eine Überquerung trotz widriger Umstände und Warnungen erfordert ein hohes Mass an psychischer Stabilität und emotionaler Autonomie, die insbesondere jüngere oder stark belastete Kinder selten in ausreichendem Mass besitzen. In diesen Fällen brauchen die Kinder ein Hilfsmittel, welches den "Transport" gewährleistet. Im Bild ist das eine Fähre über den See.

Im realen Leben übernehmen Beistände und begleitete Besuchstage eine solche Funktion. Das Benützen dieser Fähre kann Eltern und Kindern entlasten, ist aber gleichzeitig auch beschwerlich. Die Kinder müssen zuerst den Abstieg zum See und nachher wieder einen Aufstieg bewältigen. Die Eltern wiederum müssen ihre Kinder einem Fährmann anvertrauen. In der Realität bedeutet das für die Eltern, dass ihre Kompetenzen beschränkt werden und dass sie mit Dritten kooperieren müssen, wobei ein zuvor privater und familialer Konflikt zu einem öffentlich ausgetragenen Beziehungskonflikt wird. Auch die Kinder müssen sich mit einer fremden Person auseinandersetzen, einen Autonomieverlust hinnehmen und sich gelegentlich an öffentlichen und somit unvertrauten Orten, etwa auf einem Amt, mit den Eltern treffen.

Der Zustand der Brücke hat unmittelbare Auswirkungen auf das Erleben und Verhalten der Kinder. Je nach ihrer emotionalen Befindlichkeit, ihrem Entwicklungsstand, ihren Copingfähigkeiten und ihren Ressourcen zeigen sie unterschiedliche Reaktionen auf bestehende Konflikte. Diese Reaktionsweisen sind oft unspezifisch und drücken sich aus in Gefühlen der Hilflosigkeit, Traurigkeit, Angst vor Trennung und Verlassenheit oder Wut, in Loyalitätskonflikten, psychosomatischen Beschwerden, aggressivem Verhalten, Schuldgefühlen, Regression, Verweigerung oder auch Provokation. Das Bild des Übergangs in einer schwierigen Situation – bei schlechtem Wetter oder schwerem Schaden an der Brücke selbst – kann helfen, die Erlebnisse und Verhaltensweisen der Kinder vor dem Hintergrund alternativer Ursachen zu betrachten, ohne sogleich in Schuldzuweisungen zu verfallen.

Lesehinweise

SCHREINER, Ausgewählte psychologische Aspekte im Zusammenhang mit Trennung und Scheidung, in: SCHWENZER (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung, Bern 2005, 1291 ff.

MARIE MEIERHOFER-INSTITUT FÜR DAS KIND (Hrsg.), Ich bin wütend und hab geweint: Scheidung – Perspektiven der Kinder – Kinderanwaltschaftliches Engagement, "Und Kinder", Heft Nr. 76 / Dezember 2005.

Der Autor

Dr. phil. Joachim Schreiner ist leitender Psychologe der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Klinik an der Universitären psychiatrischen Klinik Basel (UPK). Er beschäftigt sich mit Fragen der Kindesanhörung, den psychologischen Aspekten von Trennung und Scheidung, der Erstellung von Sorge- und Besuchsrechtsgutachten sowie der anwaltschaftlichen Kindesvertretung. Er bildete die st.gallischen Familienrichter/innen in einem eintägigen Kurs zum Thema "Einbezug der Perspektive der Kinder in die richterliche Arbeit mit Familien in Trennung" weiter.

SCHEIDUNG UND PRIVATE VORSORGE

Von Ursula Wiedmer

1. Die private Vorsorge im Dreisäulenprinzip

Die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge ruht in der Schweiz auf drei Säulen: Der eidgenössischen AHV/IV (1. Säule), der beruflichen Vorsorge (2. Säule) und der Selbstvorsorge (3. Säule). Die beiden ersten Säulen knüpfen bei der Erwerbstätigkeit an und sind teilweise (Säulen 1 und 2a) obligatorisch. Die dritte Säule ist freiwillig. Der Bund soll sie durch Massnahmen der Steuer- und Eigentumspolitik fördern (Art. 111 Abs. 4 BV). Sie umfasst als freie Vorsorge das individuelle Sparen oder die Vorsorge mit einer Lebensversicherung, als gebundene Vorsorge die gebundene Vorsorgeversicherung bei Versicherungseinrichtungen und die gebundene Vorsorgevereinbarung mit Bankstiftungen (umgangssprachlich 3a-Bankkonto). Der Gesetzgeber spricht in diesem Zusammenhang von anerkannten Vorsorgeformen (Art. 1 Abs. 1 lit. a und b BVV3). Die steuerbegünstigte gebundene Selbstvorsorge setzt ein Erwerbseinkommen aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit voraus. Die Abzugsberechtigung für Beiträge an die gebundene Vorsorge ist limitiert und davon abhängig, ob auch Beiträge in die berufliche Vorsorge einbezahlt werden (Art. 7 Abs. 1 BVV3).

Für die freie Vorsorge gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) und des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG).

Die gebundene Vorsorge ist der beruflichen Vorsorge eng verwandt, indem die dort einbezahlten Beiträge grundsätzlich ebenfalls ausschliesslich und unwiderruflich Vorsorgezwecken dienen sollen (Art. 82 BVG). Sie wird durch die Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV3) geregelt. Die Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 3 BVV3 verweisen auf Art. 30b, 39 und die Anlagevorschriften des BVG, wodurch diese zusammen mit den Art. 8–10 der Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV) sinngemäss auch für die gebundene Vorsorge anwendbar sind.

Während die obligatorische und die weitergehende berufliche Vorsorge zusammen mit der AHV 60 bis 70 % des bisherigen Einkommens sichern, soll die dritte Säule die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung sowie die Deckung eines zusätzlichen Wahlbedarfs ermöglichen.

2. Lebens- und Rentenversicherungen in der privaten Vorsorge

Kapitalbildende oder vermögensbildende Versicherungen sind mit einem Sparprozess gekoppelt. Bei reinen Risikoversicherungen wird eine Leistung nur fällig, sofern das versicherte Er-

eignis (z.B. Unfall, Tod, Invalidität) während der Versicherungsdauer eintritt. Sie haben in der Regel keinen Rückkaufswert.

Rückkaufsfähige Versicherungen sind solche, bei welchen das versicherte Ereignis sicher eintritt. Als Beispiel kann die klassische gemischte Versicherung genannt werden, bei welcher der Eintritt des versicherten Ereignisses (Tod oder Erleben) gewiss ist. Rückkaufsfähig sind auch die Sparversicherung (geringer Todesfallschutz), die Terminversicherung und die lebenslängliche Todesfallversicherung. Rückkaufsfähige Versicherungen eignen sich besonders gut als Banksicherheit oder als Pfand.

Bei neueren Lebensversicherungsprodukten wie der fondsgebundenen oder anteilgebundenen Lebensversicherung trägt der Versicherungsnehmer das Anlagerisiko. Den in der Regel etwas höheren Ertragsaussichten steht im schlimmsten Fall der Totalverlust der Anlage gegenüber. In neuerer Zeit sind auch fondsgebundene Lebensversicherungen mit Kapitalerschutz auf den Markt gekommen.

Rentenversicherungen (Leibrenten oder Altersrenten, Zeitrenten) sind eigentlich keine Versicherungen. Es handelt sich um ein verzinsliches Kapital, das ratenweise zurückbezahlt wird.

3. Güterrechtliche Behandlung von Lebensversicherungen

Eine Lebensversicherung der freien oder gebundenen Vorsorge ist in der güterrechtlichen Auseinandersetzung stets mit ihrem Rückkaufswert zu berücksichtigen. Weist sie keinen Rückkaufswert auf (nach kurzer Laufzeit von weniger als drei Jahren oder weil es sich um eine reine Risikoversicherung handelt), so ist kein Vermögenswert vorhanden, welcher in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen wäre. Der aktuelle Rückkaufswert ist bei der Lebensversicherungsgesellschaft zu erfragen.

Bei der Zuweisung einer Lebensversicherung zur Errungenschaft oder zum Eigentum eines Ehegatten ist massgebend, welche Masse die Beiträge finanziert hat. Stammen die Beiträge aus verschiedenen Massen, ist der Rückkaufswert im Verhältnis der Mittelherkunft aufzuteilen.

Ist während der Ehe eine Kapitalleistung aus einer Lebensversicherung erfolgt und teilweise verbraucht worden, so ist der noch vorhandene Betrag in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen. Wurde die Kapitalleistung reinvestiert, ist die damit getätigte Anschaffung in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.

Auch laufende Renten aus freier oder der gebundener Vorsorge (z. B. Leibrenten, Altersrenten, Zeitrenten, temporäre Renten) sind in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen, sofern sie rückkaufsfähig sind und eine Prämienrückgewähr vorgesehen ist.

4. Aufteilung von Lebensversicherungsansprüchen der freien Vorsorge

Brauchbare Lösungen sind solche, welche dem anspruchsberechtigten Ehegatten nicht nur einen Vermögenswert, sondern auch das Verfügungsrecht darüber verschaffen:

- *Abtretung der ganzen Lebensversicherungspolice an den anderen Ehegatten:* Der Ehegatte wird neuer Versicherungsnehmer und übernimmt alle Rechte und Pflichten aus der Police, auch die Prämienzahlung. Er muss vorgängig vom Versicherer als neuer Vertragspartner akzeptiert und im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung anhand von Ausweisen identifiziert werden. Ist diese Bedingung erfüllt, genügt für die Abtretung eine schriftliche Regelung im Urteil oder in der Konvention. Der Versicherer wird die alte Originalpolice zurückverlangen und eine neue ausstellen.
- *Abtretung eines Teils des Rückkaufswertes einer Lebensversicherungspolice:* Auch hier wird die Zustimmung des Versicherers und die Schriftlichkeit der Abmachung vorausgesetzt. Damit der Ehegatte sich einen Teil des Rückkaufswertes aus der Lebensversicherungspolice des anderen Ehegatten übertragen lassen kann, muss er ein Gefäss bereitstellen, in welches der Vermögenswert fliessen kann. Das kann eine neue Lebensversicherungspolice der freien Vorsorge oder ein beliebiges Bankkonto sein. Erfolgt eine Einmaleinlage in eine Lebensversicherungspolice, wird eine Stempelabgabe von 2.5 % fällig. Es ist empfehlenswert, bei der Lebensversicherung nach den steuerlichen Folgen der geplanten Abtretung zu fragen.
- *Rückkauf der Versicherung:* Der Rückkauf ist die richtige Lösung, falls für eine Weiterfinanzierung der Police die Mittel fehlen, was bei einer Scheidung nicht selten ist. Muss eine Police prämienfrei gestellt werden, erlischt der Versicherungsschutz. Statt den Rückkaufswert bei der Versicherung bis zum Ablaufdatum liegen zu lassen, kann man ihn ebenso gut in der Konvention oder im Urteil aufteilen. Der Versicherer ist genau anzuweisen, auf welche Konti die Auszahlung zu erfolgen hat.

5. Aufteilung von Lebensversicherungsansprüchen der gebundenen Vorsorge

Grundsätzlich gilt das Abtretungsverbot nach Art. 39 BVG. Die zulässigen Ausnahmen sind in Art. 4 Abs. 3 BVV3 eng umschrieben.

Ansprüche auf Altersleistungen können dem Ehegatten ganz oder teilweise vom Vorsorgenehmer abgetreten oder vom Gericht zugesprochen werden, wenn der Güterstand anders als durch den Tod aufgelöst wird. Die Einrichtung des Vorsorgenehmers hat den zu übertragenden Betrag an eine vom Ehegatten bezeichnete Einrichtung nach Art. 1 Abs. 1 oder an eine Vorsorgeeinrichtung zu überweisen.

Anlässlich der Scheidung oder bei Auflösung des Güterstandes, etwa bei Vereinbarung einer Gütertrennung, kann der anspruchsberechtigte Ehegatte die gebundenen Vorsorgemittel somit in die gebundene Selbstvorsorge (auf eine gebundene Vorsorgepolice oder ein 3a-Bankkonto) oder in die berufliche Vorsorge investieren, sofern dies schriftlich vereinbart wird. Eine andere Verwendung ist nur bei Vorliegen eines Grundes für die vorzeitige Ausrichtung der Leistungen nach Art. 3 Abs. 2 und 3 BVV3 oder bei Vorliegen eines Barauszahlungsgrundes nach Art. 5 FZG zulässig. Das Gericht ist gut beraten, den Entscheid über die Frage, ob ein Grund für eine vorzeitige Ausrichtung der Leistungen oder ein Barauszahlungsgrund besteht, der zuständigen Vorsorge- oder Versicherungseinrichtung zu überlassen. Um die Sache nicht unnötig zu komplizieren, sollte in der Scheidung eine der in Art. 4 Abs. 3 BVV3 bezeichneten Möglichkeiten gewählt werden.

Sofern der anspruchsberechtigte Ehegatte noch keine gebundene Vorsorgepolice oder kein 3a-Bankkonto hat, muss er zunächst die Errichtung beantragen. Sobald der Antrag angenommen ist, kann ihm der Wert aus der Police des anderen Ehegatten in seine neue Vorsorgepolice oder auf das neue 3a-Bankkonto übertragen werden. Dies geschieht über eine schriftliche Regelung im Scheidungsurteil, wobei auf eine genaue Bezeichnung der betreffenden Versicherungspolice bzw. des 3a-Bankkontos und der Einrichtungen zu achten ist. Die Übertragung erfolgt steuerlich neutral, weil keine Leistung fällig wird.

Eine Einmaleinlage in eine neue gebundene Vorsorgepolice ist auch dann zulässig, wenn der anspruchsberechtigte Ehegatte nicht erwerbstätig ist. Unzulässig ist für diesen jedoch die Weiteräufnung durch Beiträge. Die Mittel bleiben grundsätzlich in der Vorsorge gebunden.

6. Untaugliche Lösungen

- *Unwiderrufliche Begünstigung nach Art. 77 Abs. 2 VVG:* Entgegen der landläufigen Meinung ist die unwiderrufliche Begünstigung keine vorteilhafte Lösung. Zunächst wird übersehen, dass auch die unwiderrufliche Begünstigung stets unter dem Vorbehalt steht, dass der begünstigte Ehegatte den Eintritt des versicherten Ereignisses erlebt. Bei einer gemischten Lebensversicherung, welche erst nach Jahren zum Ablauf kommt, ist dies jedoch nicht sicher. Stirbt die unwiderruflich begünstigte Person vor diesem Datum, so wird die Versicherungsleistung dem Nächstbegünstigten ausbezahlt (KÜNG, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Art. 77 VVG N 28). Weiter ist die Errichtung der unwiderruflichen Begünstigung an zwei zwingende Voraussetzungen gebunden. Wird auch nur eine übersehen, bleibt die Begünstigung widerruflich (KÜNG, Art. 77 VVG N 23 f.). Die unwiderrufliche Begünstigung stellt an alle Beteiligten, auch den Versicherer, hohe Anforderungen. Der eigentliche Nachteil der unwiderruflichen Begünstigung besteht jedoch darin, dass sie dem

unwiderruflich Begünstigten kein definitives, sondern nur ein suspensiv bedingtes Recht auf die Versicherungsleistung verschafft. Sie hindert den Versicherungsnehmer nicht daran, durch Abtretung, Verpfändung, technische Änderung, Rückkauf oder Umwandlung über die Versicherung zu verfügen (KÜNG, Art. 77 VVG N 19). Die Rechte aus der Police – mit Ausnahme des Rechts, die unwiderrufliche Begünstigung zu ändern – bleiben beim Versicherungsnehmer. Er kann sich beispielsweise dazu entscheiden, die Prämien nicht mehr zu bezahlen, um dem unwiderruflich begünstigten Ehegatten zu schaden.

- *Aufteilung der Versicherungsleistung im Scheidungsurteil:* Der Versicherer wird manchmal ohne vorgängige Rücksprache angewiesen, die Leistung im Erlebensfall den Ehegatten je zur Hälfte auszuzahlen. Handelt es sich dabei um eine gemischte Lebensversicherung, stellt sich die Frage, was im Todesfall der versicherten Person zu geschehen hat: Soll der berechtigte Ehegatte in diesem Fall nichts bekommen? Das ist wohl kaum gemeint. Damit die Anweisung im Scheidungsurteil nicht der Begünstigungsregelung in der Versicherungspolice widerspricht, müsste das Gericht anordnen, dass die Begünstigungsordnung der Anweisung angepasst wird. Der Versicherungsnehmer hat jedoch die Möglichkeit, diese Anordnung später durch eigene Verfügungen wieder aufzuheben. Bei einer gerichtlichen Anweisung, welche ohne Absprache mit dem Versicherer erfolgt, besteht zudem die Gefahr, dass Pfandrechte oder Rechte Dritter an der Police übersehen werden. Das Gericht sollte den Versicherer nach Abtretungen, Verpfändungen oder Drittrechten an der Police fragen, welche der geplanten Anweisung entgegenstehen könnten. Auch in der 3. Säule ist auf die Durchführbarkeit zu achten.
- *Barauszahlung aus der gebundenen Vorsorge:* Die Frage, ob ein Barauszahlungsgrund vorliegt, sollte das Gericht nicht selbst beantworten, sondern grundsätzlich darauf bestehen, dass die Ersparnisse aus der Säule 3a bei der Scheidung im Vorsorgekreislauf bleiben. Es ist dann der zuständigen Einrichtung überlassen, das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Barauszahlung zu prüfen. Läuft etwas falsch, haftet nach der Rechtsprechung die Vorsorge- oder Versicherungseinrichtung.
- *Abtretung oder Verpfändung einer gebundenen Vorsorgepolice an den anderen Ehegatten:* Art. 39 BVG verbietet die Abtretung oder Verpfändung von Leistungsansprüchen der beruflichen Vorsorge vor der Fälligkeit. Diese Bestimmung gilt grundsätzlich auch für die gebundene Vorsorge (Art. 4 Abs. 1 BVV3). Das Gesetz erklärt widersprechende Rechtsgeschäfte für nichtig (Art. 39 Abs. 3 BVG). Gemäss Art. 4 Abs. 3 BVV3 ist bei der Scheidung und bei Auflösung des Güterstandes anders als durch den Tod die Abtretung von Ansprüchen ausnahmsweise zulässig. Nicht möglich ist in der ge-

bundenen Vorsorge die Abtretung der ganzen bestehenden Police an den anderen Ehegatten, weil nur eine Selbstvorsorge erlaubt ist. Versicherungsnehmer und versicherte Person müssen in der gebundenen Vorsorgepolice identisch sein.

- *Übertragung aus einer gebundenen Vorsorgepolice auf ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice:* Freizügigkeitseinrichtungen dürfen nur Freizügigkeitsleistungen entgegen nehmen. Ersparnisse aus einer gebundenen Vorsorgepolice können deshalb in der Regel nicht auf ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice übertragen werden.

7. Hinweise für die Scheidungspraxis

Die zweckmässigste Lösung ist der Abschluss eines neuen Versicherungsvertrags bzw. die Eröffnung eines neuen 3a-Bankkontos für den anspruchsberechtigten Ehegatten. Zu beachten ist, dass der Versicherungsvertrag auf den anspruchsberechtigten Ehegatten *als Versicherungsnehmer* abgeschlossen wird. Wäre dem nicht so, könnte der andere Ehegatte jederzeit zum Nachteil des anspruchsberechtigten Ehegatten über die Police verfügen.

In der freien Vorsorge ist auch die Abtretung einer bestehenden Police an den anderen Ehegatten als neuen Versicherungsnehmer eine sinnvolle Lösung. Hier ist jedoch zu beachten, dass die Versicherungsleistung auf das Leben des abtretenden Ehegatten gestellt bleibt. Dieser kann Prämienzahler bleiben. Die Verpflichtung zur Zahlung der Prämien sollte zusätzlich in der Scheidungskonvention verankert werden, damit der Anspruch durchsetzbar ist. Weiter sollte die Begünstigungsordnung den neuen Verhältnissen angepasst werden.

In der gebundenen Vorsorge ist die Begünstigungsordnung weitgehend gesetzlich vorgegeben (Art. 2 BVV3). Im Todesfall steht der überlebende Ehegatte an erster Stelle. Es ist nicht zulässig, die Leistungen stattdessen der geschiedenen Ehefrau zuzusprechen. Der geschiedene Ehegatte kann jedoch allenfalls als erheblich unterstützte Person neben allfälligen Nachkommen oder einem Lebenspartner zum Zug kommen (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 BVV3).

8. Vereinbarungsmuster

Abtretung

Der Ehemann tritt der Ehefrau die freie Vorsorgepolice Nr. ... der Versicherungsgesellschaft A ab. Die Ehefrau wird neue Versicherungsnehmerin. Der Ehemann verpflichtet sich, bis zum Ablauf der Versicherung die Prämie von jährlich CHF ... zu bezahlen. Das Gericht orientiert die A nach Rechtskraft des Scheidungsurteils.

Teilung

Die Parteien vereinbaren, den aktuellen Rückkaufswert der freien Vorsorgepolice Nr. ... des Ehemanns bei der Versicherungsgesellschaft A hälftig zu teilen. Das Gericht weist die A an, CHF ... auf Police Nr. ... der Ehefrau bei der Z-Versicherungsgesellschaft (oder auf das Bankkonto Nr. ... der Ehefrau bei der Bank X) zu überweisen.

Rückkauf

Der Ehemann verpflichtet sich, der Versicherungsgesellschaft A per 31.10.2007 den Rückkauf seiner freien Vorsorgepolice Nr. 2220005 zu erklären und die Hälfte des Rückkaufswerts der Ehefrau zu überlassen. Der Ehemann weist die Versicherung an, die Hälfte des Rückkaufswerts auf das Bankkonto Nr. ... der Ehefrau bei der Bank X auszusahlen.

Überweisung aus einer gebundenen Vorsorgepolice

Die Versicherungsgesellschaft A wird angewiesen, im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BVV3 aus der gebundenen Vorsorgepolice Nr. ... des Ehemanns den Betrag von CHF ... zu überweisen:

- a) auf die gebundene Vorsorgepolice Nr. ... der Ehefrau bei der Z-Versicherungsgesellschaft
- b) auf das Bankkonto-3a Nr. ... der Ehefrau bei der Bankenstiftung X
- c) zugunsten der Ehefrau, Vertragsnummer ..., der Vorsorgeeinrichtung Y.

9. Problematische Fälle

Die Versicherungsgesellschaft wird gerichtlich angewiesen, der Ehefrau im Erlebensfall am 15.12.2020 die Hälfte der Leistungen aus der freien Vorsorgepolice Nr. ... des Ehemanns auszuzahlen.

Es ist nur der Fall geregelt, dass die Ehegatten den Ablauf am 15.12.2020 erleben. Stirbt die Ehefrau vorher, so gehen ihre Erben leer aus. Ebenfalls nicht geordnet ist der Fall, dass die Versicherungsleistung im Todesfall des Ehemanns vorher fällig wird.

Der Ehemann verpflichtet sich, die Ehefrau für die Leistungen aus der freien Vorsorgepolice Nr. ... der Versicherungsgesellschaft A unwiderruflich zu begünstigen und die Originalpolice der Ehefrau zu übergeben.

Die Nachteile der unwiderruflichen Begünstigung wurden schon erörtert. Weigert sich der Ehemann nach Rechtskraft des Urteils, die entsprechenden Willenserklärungen abzugeben, ist das Urteil kaum vollstreckbar.

Der Ehemann weist die Versicherungsgesellschaft A an, die geschiedene Ehefrau im Todes- und Erlebensfall für die Leistungen aus der gebundenen Vorsorgepolice Nr. ... unwiderruflich zu begünstigen und ihr die Originalpolice zu übergeben.

Bei der gebundenen Vorsorge und bei der Freizügigkeitspolice ist eine unwiderrufliche Begünstigung ausgeschlossen. Die Begünstigungsordnung ist gesetzlich vorgegeben und kann nicht in der vereinbarten Weise angepasst werden.

Der Ehemann tritt der Ehefrau seine gebundene Vorsorgepolice Nr. ... der Versicherungsgesellschaft A ab.

Die Abtretung der ganzen Versicherungspolice ist in der gebundenen Selbstvorsorge nicht möglich (Versicherungsnehmer und versicherte Person müssen identisch sein). Zulässig ist nach Art. 4 Abs. 3 BVV3 jedoch die Abtretung der Ansprüche, wobei diese entweder auf eine neue gebundene Vorsorgepolice, ein 3a-Bankkonto oder auf die Vorsorgeeinrichtung des anspruchsberechtigten Ehegatten übertragen werden müssen.

Der Ehemann verpflichtet sich, zur Sicherstellung der Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau eine abnehmende Todesfallversicherung abzuschliessen und die Police der Ehefrau zu übergeben.

Auch hier gibt es Vollzugsschwierigkeiten wenn der Ehemann nach der Scheidung die notwendigen Willenserklärungen verweigert. Der Abschluss des Versicherungsvertrags und die Übergabe der Police können jedoch vor der Scheidung stattfinden, so dass Vollzugsschwierigkeiten vermieden werden.

10. Fazit

Die private Vorsorge ist ein beliebtes Instrument zur Absicherung von Krediten und zur Finanzierung von Wohneigentum. Die Ehegatten wissen jedoch unter Umständen nicht Bescheid über die rechtliche Bedeutung einer Abtretung oder Verpfändung. Bevor das Gericht eine Konvention genehmigt oder über einen Anspruch entscheidet, sollte es deshalb mit einer Rückfrage beim Versicherer prüfen, ob die beabsichtigte Regelung auch wirklich vollziehbar ist. Geht es um Ansprüche aus einer Lebensversicherung, ist die Errichtung einer unwiderruflichen Begünstigung meist keine optimale Lösung. Empfehlenswert ist vielmehr die Übertragung der Ansprüche auf eine eigene Versicherungspolice oder ein eigenes Konto des anspruchsberechtigten Ehegatten.

Die Autorin

Ursula Wiedmer ist ausgebildete Rechtsanwältin und Familienmediatorin. Sie war in der Zeit zwischen 1994 und 2000 als Gerichtsschreiberin am Kantonsgericht St.Gallen, insbesondere in der Familienrechtskammer beschäftigt. Seither ist sie als Rechtskonsultantin in einer grossen Versicherungsgesellschaft tätig. Sie führte die st.gallischen Familienrichter/innen an einem halben Tag in das Thema "Scheidung und private Vorsorge" ein.