

Zur eherechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts 2016/2017

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser

Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, Direktor am Forschungs-
institut für Arbeit und Arbeitswelten FAA-HSG, nebenamtlicher Bundesrichter

St. Galler Eherechtstagung 2017

Freitag, 1. Dezember 2017, Zürich Marriott Hotel, Neumühlequai 42, 8006 Zürich

INHALT

1. Namensänderung.....	3
2. Heirat.....	3
3. Allgemeine Wirkungen der Ehe.....	5
A. Schutz der ehelichen Wohnung.....	5
B. Auskunftspflicht.....	6
C. Unterhalt.....	7
4. Güterrecht.....	9
5. Vorsorgeausgleich.....	11
6. Kinderbelange in der Scheidung.....	13
7. Verfahren.....	17

Literatur:

KATHARINA BAUMANN/MARGARETHA LAUTERBURG, in: Schwenzer (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungs-
recht, Basel 2000;

KATHARINA BAUMANN/MARGARETHA LAUTERBURG, Darf's ein bisschen weniger sein? Grundsätzliches und
Streitiges beim Vorsorgeausgleich, FamPra 2000, S. 191 ff.;

PETER BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser(Hrsg), Basler Kommentar, 2014;

ANDREA BÜCHLER/ SANDRO CLAUSEN, in Schwenzer/Fankhauser (Hrsg), FamKomm Scheidung, Bd. I, Bern
2017;

HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETHA BADDELEY, Les effets du mariage, Bern 2009;

PAUL EITEL, Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer der Fami-
lienwohnräume nach Art. 169 Abs. 1 ZGB, recht 6/1993 S. 215 ff.;

THOMAS GEISER, Maximen und Prüfungskompetenz des Gerichts in familienrechtlichen Prozessverfahren,
in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, FS Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 899
ff.;



- THOMAS GEISER**, Das neue Namensrecht und die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde, ZKE 2012, S. 353 ff.;
- THOMAS GEISER**, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, ZBJV 2008, S. 817 ff.;
- THOMAS GEISER**, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln? ZKE 3/2015, S. 240 ff.;
- THOMAS GEISER**, Zum sogenannten «Zügelartikel» (Art. 301a ZGB), ZKE 2/2017, S. 87 ff.;
- THOMAS GEISER/CHRISTOPH SENTI** in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar BVG und FZG, Bern 2010;
- JACQUES-MICHEL GROSSEN**, Le statut patrimonial de base: les effets généraux du mariage, in Nouveau droit du mariage, 1986 ;
- HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER**, Berner Kommentar, 1999;
- HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER**, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014;
- CYRIL HEGNAUER/PETER BREITSCHMID**, Grundriss des Eherechts, Bern 2000;
- Ueli KIESER**, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vor-sorge – Hinweise für die Praxis, AJP 2001, S. 155 ff.;
- PHILIPPE MEIER/ MARTIN STETTLER**, Droit de la filiation, Genève 2014 ;
- RUDOLF MERONI**, Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts, Zürich 1984;
- MICHEL MONTINI**, Bekämpfung der Scheinehen: zivilrechtliche Aspekte, ZZW 2002, S. 217 ff.;
- JOSEPH SALZGEBER**, Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus Sicht der Psychologie, FamRZ 2015 S. 2018 ff.;
- JÜRIG SCHMID**, Ehegüterrecht und grundbuchrechtliche Aspekte, ZBGR 83/2002 S. 321 ff.;
- URSULA SCHMID**, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen im Verhältnis zu Dritten, Diss. St. Gallen 1996;
- JACQUES-A. SCHNEIDER/CHRISTIAN BRUCHEZ**, La prévoyance professionnelle et le divorce, in: SVZ 68/2000, S. 255 ff. ;
- Ivo SCHWANDER**, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, 2014;
- INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER**, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, 2014;
- ANETTE SPYCHER/URS GLOOR**, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, 2014;
- MARTA TRIGO TRINDADE**, Prévoyance professionnelle, divorce et succession, SJ II 2000, S. 467 ff.;
- ROLF VETTERLI/ALEX KEEL**, Die Aufteilung der beruflichen Vorsorge in der Scheidung, in: AJP 1999, S. 1613 ff.



1. NAMENSÄNDERUNG

1.1. Das Namensrecht ist zweifellos nicht ein Kernbereich des Eherechts, auch wenn es sich bei Entstehung des neuen Eherechts um einen der meist diskutierten Punkte handelte. Welche Wirkungen der Zivilstand auf den Namen hat, war immer in der Praxis aufs engste mit den Voraussetzungen für eine Namensänderung verbunden. Mit der letzten Gesetzesänderung in diesem Bereich sind die Voraussetzungen für eine behördliche Namensänderung massiv erleichtert worden. Es braucht keine „wichtigen“, sondern nur noch „achtenswerte“ Gründe.¹ Geändert werden kann aber nur, was überhaupt Gegenstand des Zivilstandsregisters ist. Das Gesetz konkretisiert allerdings nicht, was unter „Namen“ zu verstehen ist.² Der Bundesrat kann aber sehr wohl auf Verordnungsstufe den Begriff konkretisieren.³ Das hat er in der Zivilstandsverordnung auch getan und hält dort fest, dass als Namen der Familienname, der Ledigname, die Vornamen und andere amtliche Namen gelten.⁴

1.2. Eine Frau wollte nun, dass die Reihenfolge ihrer Vornamen geändert werde. Wohl sei sie auf die Namen «B.A.» getauft worden, dabei hätten ihre Eltern aber den Namen «A.» als Rufnamen unterstrichen, was nachher offenbar verloren gegangen sei. Die kantonalen Instanzen sahen darin ein Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters und wiesen dieses ab, weil kein offensichtliches Versehen oder ein Irrtum vorliege. Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass es sich beim „Rufnamen“ nicht um einen amtlichen Namen handle, der in das Register als solcher eingetragen werde. Hat jemand mehrere Vornamen, kann er folglich frei bestimmen, was sein Rufname sein soll. Dabei kommt es nicht auf die Reihenfolge an, in der die Namen im Register eingetragen sind. Entsprechend ist es auch nicht möglich, die Änderung der Reihenfolge im Register zu verlangen.⁵

2. HEIRAT

2.1. Während Jahrzehnten war sowohl das nationale wie auch das internationale Recht bemüht, Eheschliessungen zu erleichtern und ihren Bestand zu schützen, weil dies namentlich für die Frau und für die Kinder einen gewissen Schutz bot. Eine wesentliche Errungenschaft des liberalen Staates war die Beseitigung von Ehehindernissen und es wurde in der alten Verfassung ausdrücklich festgehalten, dass die Ehefreiheit nicht durch polizeiliche Vorschriften eingeschränkt werden darf.⁶ Seit einigen Jahren hat der Wind gewendet und die Verknüpfung des Aufenthaltsrechts eines Ausländers in der Schweiz mit dem Ehestatus hat zur Folge, dass die Ausländerbe-

¹ Art. 30 Abs. 1 ZGB in der Fassung des BG vom 30. Sept. 2011; vgl. **GEISER**, ZKE 2012, S. 353 ff.

² Art. 39 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB.

³ Art. 48 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB.

⁴ Art. 8 Bst. c ZStV.

⁵ BGE 143 III 3 ff.

⁶ Art. 54 Abs. 2 der BV von 1874 lautete: „Dieses Recht [Recht zur Ehe] darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen Gründen beschränkt werden.“



hörden ein gewisses Interesse haben, Ehen zu verhindern, welche der schweizerischen Ausländerpolitik widersprechen. Der Gesetzgeber hat deshalb den Zivilstandsämtern in den letzten Jahren fremdenpolizeiliche Aufgaben übertragen. Mit dem AuG von 2005⁷ hat der Gesetzgeber das ZGB dahin ergänzt, dass das Zivilstandsamt dann die Eheschliessung zu verweigern hat, wenn "die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will"⁸. Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass sich die Bestimmung nicht an das trauende Zivilstandsamt, sondern an jenes richtet, welches das **Vorbereitungsverfahren** durchführt.⁹ Die Verordnung dehnt die Prüfungspflichten auf das die Trauhandlung vornehmende Zivilstandsamt aus.¹⁰ Damit gemäss Art. 97a^{bis} ZGB die Eheschliessung verweigert werden kann, muss offensichtlich sein, dass die Parteien keine Lebensgemeinschaft begründen (bzw. rechtlich absichern) wollen. Sie müssen damit ausländerrechtlichen Bestimmungen umgehen wollen. Wird die Ehe aus einem andern Grund angestrebt, liegt kein Verweigerungsgrund vor. Die Heirat kann auch dann nicht verweigert werden, wenn die Brautleute zwar den ausländerrechtlichen Status einer Partei mit der Ehe verändern wollen, aber sehr wohl eine Lebensgemeinschaft gelebt wird. Dazu ist es – wie bei jeder Ehe – nicht notwendig, dass die Ehegatten über eine gemeinsame Wohnung verfügen. Zu beachten ist, dass sowohl das Fehlen eines Willens zu einer Lebensgemeinschaft, wie auch die Umgehungsabsicht der ausländerrechtlichen Bestimmungen offensichtlich gegeben sein müssen.¹¹ Anders als bezüglich der zivilrechtlichen Ehevoraussetzungen, bei denen das Amt die Trauung auch schon dann verweigern muss, wenn erhebliche Zweifel an den Ehevoraussetzungen bestehen¹², darf aus ausländerrechtlichen Gründen die Trauung nur verweigert werden, wenn die entsprechenden Verweigerungsvoraussetzungen zweifelsfrei nachgewiesen sind. Es muss sich bei der Umgehungsabsicht um das alleinige Motiv der Eheschliessung handeln¹³.

2.2. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Zivilstandsbehörden auch die **Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses verweigern** können, wenn die Parteien statt in der Schweiz im Ausland heiraten wollen. Es ist aber zu beachten, dass die Ausstellung eines Ehefähigkeitsausweises die Ausländerbehörden nicht bindet. Sie können in der im Ausland abgeschlossenen Ehe noch immer eine ausländerrechtliche Scheinehe erblicken und deshalb ein Aufenthaltsgesuch in der Schweiz verweigern.¹⁴ Umgekehrt sind aber auch die Zivilstandsämter nicht an die entsprechenden Entscheide der Ausländerbehörden gebunden. Soweit es um eine Heirat im Ausland geht, macht die Bestimmung nur Sinn und das Zivilstandsamt darf sich nur dann weigern, ein Ehefähigkeitszeugnis auszustellen, wenn die zukünftigen Ehegatten beabsichtigen, sich nach der Trauung in der Schweiz niederzulassen.¹⁵

⁷ Bundesgesetz vom 16. Dez. 2005 über Ausländerinnen und Ausländer, in Kraft seit 1. Jan. 2008 [SR 142.20].

⁸ Art. 97a^{bis} ZGB; zur Entstehungsgeschichte vgl. MONTINI, ZZW 2002, S. 217 ff.

⁹ GEISER, ZBJV 2008, S. 817 ff.

¹⁰ Art. 74a Abs. 1 ZstV.

¹¹ Art. 97a^{bis} ZGB.

¹² Art. 67 Abs. 3 ZstV.

¹³ So bezüglich der Ungültigkeit der Bürgerrechtsehen MERONI, S. 31 und nunmehr die Weisungen des EAZW Nr. 10.07.12.01 vom 5. Dezember 2007 Rz 2.3.; GEISER, ZBJV 2008, S. 817 ff.

¹⁴ BGE 131 II 400/2011 vom 1. Dezember 2011, E. 3.1 am Ende.

¹⁵ BGE 142 III 609 E. 3.3.



3. ALLGEMEINE WIRKUNGEN DER EHE

A. SCHUTZ DER EHELICHEN WOHNUNG

3.1. Gemäss Art. 169 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des andern das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Das Gesetz präzisiert nicht, was unter „anderen Rechtsgeschäften“ zu verstehen ist. Namentlich fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Errichtung eines Grundpfandes zustimmungsbedürftig ist.¹⁶ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine Zustimmung nur notwendig ist, wenn die Hypothek eine gewisse Bedeutung erreicht. Dabei nimmt ein Teil der Literatur diesen Grenzwert als erreicht an, wenn die abgesicherte Schuld den Verkehrswert der Liegenschaft übersteigt.¹⁷ Einem anderen Teil der Lehre genügt es, wenn die Schuld 2/3 bzw. 80 % des Verkehrswertes übersteigt oder die Verschuldung offensichtlich die finanziellen Möglichkeiten der Parteien übersteigt.¹⁸ Schliesslich sehen gewisse Autoren Art. 169 ZGB nur in Spezialfällen als anwendbar an, ohne diese näher zu umschreiben, oder wenn es um Umgehungsgeschäfte geht.¹⁹ In die umgekehrte Richtung wird aber auch vertreten, dass alle grundpfandlichen Belastungen der Zustimmung bedürfen.²⁰ Das Bundesgericht schloss sich dann der Mehrheitsmeinung an, dass die **Zustimmen „généralement“** nötig ist, wenn die **Hypothek 2/3 des Verkehrswertes übersteigt oder die Schuld offensichtlich die Leistungskraft des Schuldners übersteigt oder die Familienwohnung auf andere Weise gefährdet**.²¹

3.2. Der Entscheid schafft Klarheit, soweit die Hypothek 2/3 des Verkehrswertes übersteigt, wenigstens sofern das « généralement » nicht beachtet wird. Demgegenüber ist das **Kriterium der Tragbarkeit** relativ vage. Sinnvollerweise wird wohl auf die **jeweils geltende Praxis der Banken** bzw. allfällige Richtlinien der FINMA abgestellt werden. Zurzeit darf somit wohl der Hypothekarzins einschliesslich Amortisationen nicht 1/3 des Einkommens übersteigen, wobei nicht mit dem realen Zinssatz, sondern mit 5 % zu rechnen ist. Was letztlich andere Gefährdungen sein sollen, bleibt demgegenüber vollständig offen. Massgeblich sind selbstverständlich die Verhältnisse bei Begründung der Hypothek und nicht im Zeitpunkt der Betreuung.

3.3. Wenn es um die **Rechtsöffnung in der Betreuung** geht, hat der Gläubiger den Schuldtitle vorzulegen. Soweit die Zustimmung des Ehegatten erforderlich ist, muss diese ausdrücklich erfolgt sein, auch wenn sie keiner besonderen Form bedarf.²² Für das Rechtsöffnungsverfahren bedarf es allerdings eines schriftlichen Nachweises der Zustimmung.²³ Der Schuldner selber kann

¹⁶ Vgl. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 46 ff. zu Art. 169 ZGB.

¹⁷ **EITEL**, recht 6/1993 S. 219 ; Schmid, ZBGR 83/2002 S. 332.

¹⁸ **DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY**, Rz. 216 S. 141 f.; **SCHWANDER**, N. 16 zu Art. 169 ZGB; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 46a zu Art. 169 ZGB.

¹⁹ **HEGNAUER/BREITSCHMID**, Rz. 17.31.; **SCHMID**, S. 118.

²⁰ **GROSSEN**, S. 23.

²¹ BGE 142 III 730 E. 5.2.4.

²² BGE 142 III 724 E. 4.2.2.; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 49 f. zu Art. 169 ZGB.

²³ BGE 142 III 722, E. 4.1.



sich allerdings grundsätzlich nicht auf das Fehlen der Zustimmung berufen. Das kann nur der Ehegatte, um dessen Zustimmung es geht.²⁴ Er hat dann mit Urkunden nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für das Zustimmungserfordernis gegeben waren.²⁵ Im konkreten Fall ist ihm dies nicht gelungen, weil er keine dafür ausreichende Verkehrswertschätzung vorliegen konnte. Nach den kantonalen Regeln war die Steuerschätzung von Gesetzes wegen unter dem Verkehrswert. Die Rechtsöffnung war somit zu Recht von den kantonalen Gerichten erteilt worden.²⁶

B. AUSKUNFTSPFLICHT

3.4. Gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB kann jeder Ehegatte vom andern Auskunft über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden verlangen. Es fragte sich nun, ob diese Norm auch in einem Verfahren auf Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente angerufen werden kann, d.h. ob diese Bestimmung auch über die Auflösung der Ehe hinaus wirkt. Schon vor einiger Zeit hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die Ehefrau nach dem Tod ihres Mannes sich nicht auf diese Bestimmung stützen kann, wenn sie Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verstorbenen haben will.²⁷ Eine gewisse Nachwirkung ist demgegenüber anzunehmen, wenn es darum geht, dass die Auflösung bereits durch Tod oder Scheidung eingetreten ist, deren wirtschaftliche Folgen aber noch nicht geklärt sind.²⁸ In einem **obiter dictum** ging das Bundesgericht in einer früheren Entscheidung allerdings weiter und **erwog die Anwendbarkeit von Art. 170 ZGB auch in einem Abänderungsprozess**.²⁹

3.5. In einer neuen Entscheidung hielt es nun fest, dass eine solche **Nachwirkung nicht angenommen werden kann**. Art. 170 ZGB ist auf Ehegatten und nicht auf geschiedene Personen anwendbar. Die Auskunftspflicht besteht folglich grundsätzlich nur während der Ehe und darüber hinaus, soweit es darum geht, die Folgen der Auflösung korrekt abzuwickeln. Das führt namentlich zu einer Nachwirkung bezüglich der Unterhaltsregelung, wenn durch Teilrechtskraft eines erstinstanzlichen Urteils der Scheidungspunkt bereits in Rechtskraft erwachsen ist und das Verfahren vor einer höheren Instanz sich nur noch um die wirtschaftlichen Folgen dreht, oder gar das Güterrecht oder der Vorsorgeausgleich in ein separates Verfahren verwiesen worden sind. Das Abänderungsverfahren ist demgegenüber ein selbständiges Verfahren, bei dem es nicht um die Abwicklung der ehelichen Vermögensverhältnisse geht. Vielmehr setzt die Abänderung voraus, dass über die Scheidungsfolgen bereits rechtskräftig entschieden worden ist, die Ehe in dem Sinn wirtschaftlich abgewickelt wurde.³⁰

²⁴ BGE 142 III 723, E. 4.2.1.

²⁵ Art. 82 Abs. 2 SchKG.

²⁶ BGE 142 III 720 ff.

²⁷ BGer 5C.276/2005 vom 14. Februar 2006 E. 2.

²⁸ **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 6 zu Art. 170 ZGB.

²⁹ BGer 5A_562/2011 vom 21. Februar 2012 E. 7.4.1. mit Hinweis auf BGer 5A_81/2011 vom 23. September 2011 E. 6.1.3.

³⁰ BGE 143 III 117 f., E. 3.5.



C. UNTERHALT

3.6. Die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche berechnen sich grundsätzlich sowohl gläubiger- wie auch schuldnerseitig auf Grund des tatsächlich erzielten Einkommens. Reicht dieses Einkommen zur Deckung des Lebensbedarfs nicht aus, ist *bei der Festsetzung des Unterhalts* dem Schuldner sein Existenzminimum zu belassen.³¹ Demgegenüber kann dann aber bei der *Durchsetzung des festgelegten Unterhaltsanspruchs* in das Existenzminimum eingegriffen werden.³² Reicht nun das tatsächliche Einkommen nicht aus, um einen Unterhaltsbeitrag festzulegen, kann ein **hypothetisches Einkommen** angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist.³³ Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, wobei es sich bei der Zumutbarkeit in erster Linie um eine Rechtsfrage und bei der Möglichkeit um eine Tatfrage handelt³⁴. Bis anhin hat das Bundesgericht das Erfordernis der Möglichkeit, ein entsprechendes Einkommen zu erreichen, streng angewendet, auch wenn der Schuldner seine **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit rechtsmissbräuchlich vermindert** hat. Es verweigerte den Unterhalt, soweit der Schuldner die dafür notwendigen Mittel nicht aufbringen konnte, selbst wenn er die Unmöglichkeit rechtsmissbräuchlich verschuldet hatte. Davon ist das Bundesgericht nun in einem neuen Entscheid abgewichen und hat im Rahmen des Eheschutzes einen Ehegatten, der rechtsmissbräuchlich seine Arbeitslosigkeit in einer Situation erwirkt hatte, in der er keinerlei Aussicht auf eine neue Stelle mit entsprechendem Verdienst hatte, zur Zahlung von Unterhalt auf Grund eines hypothetischen Einkommens verpflichtet.³⁵

3.7. Damit begibt sich die Rechtsprechung allerdings auf einen **gefährlichen Pfad**. Eine Pfändung eines hypothetischen Einkommens ist nicht möglich. Bei der Durchsetzung ist folglich dann doch auf die tatsächlich vorhandenen Mittel zurück zu greifen. Wohl ist der Eingriff in das Existenzminimum möglich. Dieser Eingriff ist aber nur proportional zum Existenzminimum des Gläubigers und damit nur beschränkt möglich. Dann führt die Unterhaltsregelung ausschliesslich zur Anhäufung von Schulden. Strafrechtlich kann der Gläubiger wegen der Nichtbezahlung der Unterhaltsforderungen nicht belangt werden, da er ja nachweislich nicht „über die Mittel dazu verfügt oder verfügen könnte“, was aber Tatbestandsvoraussetzung ist.³⁶ Der Schuldner kommt aus der Betreibung nicht heraus, weil dauernd neue Forderungen entstehen und damit alle sich bei anderen Schulden ergebenden Beschränkungen der Vollstreckbarkeit – Befristung der Pfändung auf ein Jahr, Möglichkeit eines Privatkonkurses – nicht gegeben sind. Es wird sich weisen, ob diese Rechtsprechung ausschliesslich im Rahmen des Eheschutzes und damit einer noch relativ einfach abänderbaren Regelung gilt, oder auch für den nachehelichen und damit unter Umständen lebenslangen Unterhalt gelten soll.

3.8. Nicht nur in der Scheidung selber, sondern auch im Eheschutzverfahren und bezüglich der vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens können die Ehegatten den

³¹ BGE 135 III 66; BGE 141 III 403 E. 4.1.; **HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER**, Rz. 10.100.

³² BGE 106 III 18 ff., BGE 111 III 15 E. 5; BGE 116 III 12; BGE 137 III 204 E. 3.9.; BGE 137 III 149 f. E. 3.4.3.

³³ BGE 137 III 118 E. 2.3.

³⁴ BGE 143 III 235 E. 3.2.; BGE 137 III 118 E. 2.3.

³⁵ BGE 143 III 233 ff.

³⁶ Art. 217 Abs. 1 StGB.



Unterhalt auf Grund einer vom **Gericht genehmigten Konvention** regeln.³⁷ Damit können die Parteien Ungewissheiten bezüglich der beurteilungsrelevanten Tatsachen oder deren rechtlicher Tragweite bereinigen.³⁸ Soweit in der Vereinbarung die vollständige gerichtliche Beurteilung der Tatsachen und ihrer rechtlichen Tragweite vermieden werden sollte, bleiben die betreffenden Teile der Regelung grundsätzlich unabänderlich.³⁹ Daraus schliesst das Bundesgericht, dass eine solche im Eheschutzverfahren vereinbarte Eheschutzmassnahme nur unter den gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat abgeändert werden kann.⁴⁰ Die Anpassung setzt erhebliche tatsächliche Änderungen des Sachverhalts voraus, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Soweit demgegenüber die entsprechenden Sachverhaltsumstände vergleichsweise definiert wurden, um die Unsicherheit über eine Sachlage zu beseitigen⁴¹, hat das Bundesgericht die Anpassung auch bei Veränderungen nunmehr ausgeschlossen. Vorzubehalten sind allerdings Veränderungen, mit denen die Parteien nicht rechnen konnten.⁴²

3.9. Nicht geklärt ist allerdings damit das Verhältnis solcher Vereinbarungen zu Art. 277 ZPO. Nach dieser Bestimmung gilt für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nachehelichen Unterhalt der Verhandlungsgrundsatz. Für die Festsetzung des ehelichen Unterhalts hat das Gericht aber den **Sachverhalt von Amtes wegen** festzustellen.⁴³ Das öffnet wohl nicht die Türe zu einer einfacheren Abänderbarkeit des mit einer Vereinbarung festgelegten Unterhalts, schränkt aber die Möglichkeiten, diesen zu vereinbaren ein. Das Gericht hat bei der Prüfung der entsprechenden Konvention mit Bezug auf den ehelichen Unterhalt den Sachverhalt von Amtes wegen zu klären und darf sich bei der Konvention nicht bloss auf die übereinstimmenden Sachverhaltsfeststellungen der Parteien stützen. Der Untersuchungsgrundsatz hat mit der nunmehr vom Bundesgericht festgehaltenen Einschränkung der Abänderbarkeit bei der Genehmigung einer entsprechenden Konvention an Bedeutung gewonnen.

3.10. Unterhaltsregelungen müssen in der einen oder anderen Weise dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die Verhältnisse bei einem auf Dauer angelegten Rechtsverhältnis ändern können. Entsprechend geniessen solche Entscheidungen immer nur eine beschränkte materielle Rechtskraft. Unterhaltsregelungen unterliegen im Gegensatz zur güterrechtlichen Auseinandersetzung und dem Vorsorgeausgleich immer dem Abänderungsvorbehalt.⁴⁴ Da aber schon die Verfahren zur erstmaligen Festsetzung des Unterhalts lange dauern können, muss **abgegrenzt werden, welche Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen noch im hängigen Festsetzungsverfahren** zu berücksichtigen sind und welche zu einer Abänderung des einmal festgesetzten Unterhalt in einem neuen Verfahren führen.

³⁷ Art. 176 ZGB und Art. 276 ZPO.

³⁸ Vgl. BGer 5A_688/2013 vom 14. April 2014 E. 8.2 und BGer 5A_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1.

³⁹ BGE 142 III 519 E. 2.5.; BGer 5A_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1.

⁴⁰ BGer 5A_688/2013 und BGer 5A_187/2013.

⁴¹ Sog. caput controversum.

⁴² BGE 142 III 519 f. E. 2.6.1.

⁴³ Art. 277 Abs. 3 ZPO; zur Tragweite der Maximen vgl. **GEISER**, FS Schwander, S. 899 ff.

⁴⁴ Vgl. insb. Art. 129, 134 Abs. 2, Art. 179 Abs. 1, Art. 286 und Art. 298d ZGB. Zu den Grenzen des vertraglichen Ausschlusses der Abänderbarkeit einer Scheidungsrente vgl. **SPYCHER/GLOOR**, N. 11 ff. zu Art. 127 ZGB.



3.11. Die Antwort auf diese Frage liegt im Zusammenspiel zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht. Neue Vorbringen, mit denen in einem Unterhaltsprozess geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden, dürfen nicht einfach in ein Abänderungsverfahren verwiesen werden. Sie sind vielmehr im **Scheidungsverfahren zu prüfen und zu berücksichtigen, sofern sie nach den Regeln über das Novenrecht⁴⁵ noch rechtsgültig vorgebracht werden können.**⁴⁶ Entsprechend können veränderte Verhältnisse im Abänderungsprozess nicht geltend gemacht werden, wenn und soweit sie bereits im Prozess zur Festsetzung des Unterhalts hätten geltend gemacht werden können.⁴⁷ Geht es um eine Veränderung, die zwar vor dem Urteil eingetreten, aber erst nachher bekannt geworden ist, kann sie nur noch im Rahmen einer Revision nach Art. 328 Abs. 1 Bst. a ZPO geltend gemacht werden. Damit ist aber auch in der Revision die Geltendmachung von Tatsachen und Beweismitteln ausgeschlossen, die erst nach Beginn der oberinstanzlichen Beratung entstehen sind. Die in Art. 328 Abs. 1 Bst. a Satz 2 ZPO enthaltene Formulierung, wonach Tatsachen und Beweismittel, "die erst nach dem Entscheid entstanden sind", als Revisionsgrund ausgeschlossen sind, bezieht sich, wie das Bundesgericht festgestellt hat,⁴⁸ nur auf Tatsachen, die nach dem Zeitpunkt entstanden sind, in dem sie nach den anwendbaren Verfahrensregeln im früheren Verfahren zum letzten Mal vorgebracht werden konnten, im Berufungsverfahren also nach Beginn der Beratungsphase. Die Grenze ist damit zwischen Tatsachen zu ziehen, welche im ersten Verfahren selber oder mit einer Revision dieses Verfahrens hätten vorgebracht werden können, und solchen die das nicht konnten. Nur letztere können Gegenstände eines Abänderungsprozesses sein.⁴⁹ Umgekehrt heisst das aber auch, dass die anderen Veränderungen im ursprünglichen Verfahren, gegebenenfalls mit einer Berufung bzw. mit einem Revisionsbegehren vorgebracht werden müssen und vom Gericht nicht in einen Abänderungsprozess verwiesen werden dürfen.⁵⁰

4. GÜTERRECHT

4.1. Bei der Errungenschaftsbeteiligung stellen Vermögenswerte, welche ein Ehegatte während der Dauer des Güterstandes durch Erbgang oder sonst wie unentgeltlich zugefallen sind, Eigengut dar.⁵¹ Wird ein Vermögenswert während des Güterstandes entgeltlich erworben, kommt es demgegenüber darauf an, aus welcher Vermögensmasse die Gegenleistung stammte. Handelt es sich um Errungenschaft, ist auch der erworbene Vermögenswert Errungenschaft. Handelt es sich um Eigengut, ist der erworbene Vermögenswert dieser **Masse zuzuordnen.**⁵² Wirken beide Massen beim Erwerb mit, erfolgt die Zuteilung an jene Masse, deren Anteil überwiegt. Der anderen Masse steht eine **Ersatzforderung mit Mehr- bzw. Minderwertbeteiligung** zu.⁵³ Wird

⁴⁵ Art. 229 und Art. 317 Abs. 1 ZPO.

⁴⁶ Vgl. BGER 5A_121/2016 vom 8. Juli 2016 E. 4 und 5.

⁴⁷ BGE 143 III 44 f. E. 5.3.; BGER 5A_22/2014 vom 13. Mai 2014 E. 4.3.

⁴⁸ BGE 143 III 44 E. 5.1.

⁴⁹ BGE 142 III 418 f. E. 2.2.6.

⁵⁰ BGE 143 III 44 E. 5.1.

⁵¹ Art. 198 Ziff. 2 ZGB.

⁵² Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 und Art. 198 Ziff. 4 ZGB.

⁵³ Vgl. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 35 ff. und N. 46 zu Art. 196 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.56 f.; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, S. 443.



jemand zuerst als Mitglied einer Erbengemeinschaft mit seinen Miterben Gesamteigentümer eines Grundstückes und erwirbt er dieses anschliessend mittels eines mit den Miterben abgeschlossenen Kaufvertrags zu Alleineigentum und bezahlt er den Kaufpreis mit seiner Errungenschaft, so ist das Grundstück der Errungenschaft zuzuweisen.⁵⁴ Ob es sich um einen zur Errungenschaft führenden Kaufvertrag oder um eine zu Eigengut führende partielle Erbteilung handelt, ist nach dem wahren übereinstimmenden Willen der Parteien zu entscheiden und nicht nur nach der Bezeichnung des Vertrages. Handelt es sich um eine öffentliche Urkunde, ist zu vermuten, dass der **öffentlich beurkundete Vertragstext den wahren Willen der Parteien wiedergibt**.⁵⁵

4.2. Nach Einreichung der Scheidungsklage hatte das Gericht den Unterhalt für die Dauer des Scheidungsverfahrens festgesetzt. Dieser blieb teilweise unbezahlt. Im Scheidungsurteil nahm das Gericht dann eine **Saldoklausel** folgenden Inhalts auf: *"Nach Vollzug von Ziffer 6 bis 8 hievore sind die Parteien beim heutigen Besitzstand güterrechtlich per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt."* Nach Rechtskraft des Scheidungsurteils versuchte die geschiedene Frau die ausstehenden Unterhaltsbeiträge durchzusetzen, scheiterte damit aber wegen der Saldoklausel. Sie verlangte sodann vom Gericht eine Erläuterung des Dispositivs, weil sie auf Grund der Erwägungen im Scheidungsurteil der Meinung war, dass die Saldoklausel nur die güterrechtlichen Ansprüche, nicht aber die ausstehenden Unterhaltsforderungen umfasse. Das Gericht und anschliessend auch die zweite Instanz lehnten die Erläuterung mit der Begründung ab, das Dispositiv sei klar. Es sei der Entscheidungswille des Gerichts gewesen, dass von der Saldoklausel auch die Unterhaltsansprüche erfasst seien.⁵⁶

4.3. Das Bundesgericht hielt nun fest, dass in der Tat die Formulierung der Saldoklausel in einem gewissen Widerspruch zu den Erwägungen des Gerichts stünden, so dass sehr wohl eine Unklarheit bestehe, die einen Anspruch auf eine Erläuterung gebe.⁵⁷ Mit Blick darauf, dass die kantonalen Instanzen ihren Entscheidungswillen feststellten, erachtete es das Bundesgericht als ein Gebot der Prozessökonomie, nunmehr die Sache nicht einfach an die erste Instanz zur Erläuterung zurück zu weisen, sondern selber die Erläuterung im Sinne der Erwägungen der kantonalen Instanzen vorzunehmen und festzuhalten, dass die Saldoklausel auch den ausstehenden Unterhalt erfasse. Das Bundesgericht hält dann ausdrücklich fest, dass die Zustellung des bundesgerichtlichen (!) Urteils den Beginn des Fristenlaufs für ein allfälliges Rechtsmittel der Parteien gegen die Erläuterung des Scheidungsurteils auslöse.⁵⁸ Die obsiegende Beschwerdeführerin hat damit nach Zustellung des bundesgerichtlichen Entscheides die Möglichkeit, das erstinstanzliche Urteil anzufechten, wenn sie mit dem Inhalt der vom Bundesgericht entschiedenen Erläuterung nicht einverstanden ist! Eine Rechtsmittelbelehrung enthält der bundesgerichtliche Entscheid nicht; elegant hält das Bundesgericht in den Erwägungen fest, die Rechtsmittelbelehrung sei den Parteien bekannt.⁵⁹

⁵⁴ BGE 142 III 260 ff.

⁵⁵ BGer 5A_707/2016 vom 3. Mai 2017, E. 3.2.

⁵⁶ Sachverhalt von BGer 5A_747/2016 vom 31. August 2017.

⁵⁷ BGer 5A_747/2016 vom 31. August 2017, E. 3.4.

⁵⁸ BGer 5A_747/2016 vom 31. August 2017, E. 3.6.

⁵⁹ BGer 5A_747/2016 vom 31. August 2017, E. 3.6, am Ende.



5. VORSORGEAUSGLEICH

5.1. Mit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision vom 19. Juni 2015 hat der Gesetzgeber den Vorsorgeausgleich neu gestaltet. Nicht grundsätzlich verändert hat sich allerdings die Teilung der Austrittsleistungen, wenn bei beiden Ehegatten noch kein Vorsorgefall eingetreten ist. Allerdings wird nicht mehr die ganze während der Ehe erworbene Austrittsleistung geteilt. Vielmehr findet nur noch eine Teilung der bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche statt.⁶⁰ Die hälftig zu teilende Austrittsleistung berechnet sich somit grundsätzlich von der im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens bestehenden Austrittsleistung, von welcher die auf diesen Zeitpunkt aufgezinste Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat abgezogen wird.⁶¹ Keinerlei materielle Änderung hat dabei die Bestimmung zur Berechnung der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat für Ehegatten, die vor 1995 geheiratet haben, erfahren.⁶² Der Gesetzgeber musste nur die Verweise anpassen und sprachliche Korrekturen vornehmen. Damit ist die Rechtsprechung zur alten Bestimmung auch unter neuem Recht massgeblich.

5.2. Die Ehegatten hatten 1993 und damit vor Inkrafttreten des FZG geheiratet. 2004 hatte der Ehemann eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen und sich sein Vorsorgeguthaben vollständig ausbezahlen lassen. 2007 hat er diese Tätigkeit dann wieder aufgegeben und wieder eine Anstellung angenommen. 2013 wurde die Ehe nun geschieden und es war über den Vorsorgeausgleich zu entscheiden. Der Ehemann verfügte im Zeitpunkt der Scheidung bei der Pensionskasse seines Arbeitgebers über eine Austrittsleistung von rund Fr. 84'000.-. Die Ehefrau machte geltend, dieses Altersguthaben sei – was grundsätzlich unbestritten war – durch Beiträge seit der Wiederaufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, d.h. seit 2007, und damit während der Ehe aufgebaut worden und folglich vollständig zu teilen. Die kantonalen Instanzen und ihnen folgend das Bundesgericht haben demgegenüber entschieden, dass zuerst auf Grund der Tabelle nach alt Art. 22a FZG berechnet werden müsse, wie gross die Austrittsleistung im Zeitpunkt der Heirat war und diese dann aufgezinzt von der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung abgezogen werden müsse. Damit waren nur noch rund Fr. 56'000.- zu teilen.⁶³

5.3. Dem in Zirkulation mit drei Richtern bzw. Richterinnen ergangenen **Entscheid des Bundesgerichts kann in keiner Weise gefolgt werden**. Er verkennet wesentliche Grundsätze des Vorsorgeausgleichs und grundsätzliche Eigenschaften der Personalvorsorge. Diese ist eine nur unter bestimmten Voraussetzungen und damit auch nicht für das ganze Berufsleben in gleicher Weise einheitliche Sozialversicherung und im scheidungsrechtlichen Vorsorgeausgleich geht es nicht um die Teilung der ganzen Altersvorsorge, sondern nur einen bestimmten Teil, nämlich die Zweite Säule. Demgegenüber wird vom Vorsorgeausgleich weder die Altersvorsorge in der Ersten Säule noch die private Vorsorge in der Dritten Säule, sei diese nun gebunden oder ungebunden, erfasst. Art. 22a in der bisherigen Fassung wie auch Art. 22b in der revidierten Fassung des FZG regeln die Frage, wie die **Teilung der beruflichen Vorsorge** eines Ehegatten zu berechnen ist, **deren Aufbau bereits vor 1995 begonnen hat**. Im vorliegenden Fall ging es aber gar nicht

⁶⁰ Art. 122 ZGB.

⁶¹ Art. 22a FZG.

⁶² Alt Art. 22a FZG, neu Art. 22b FZG.

⁶³ BGer 9C_350/2016 vom 4. Mai 2017.



um die Teilung einer vor diesem Zeitpunkt aufgebauten Altersvorsorge. Diese wurde vielmehr erst ab 2007 aufgebaut. Wohl hatte der Ehegatte bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine berufliche Vorsorge. Diese wurde aber beendet und ausbezahlt. Die in den Vorsorgeausgleich einzubeziehende Austrittsleistung hatte mit dieser früheren Vorsorge keinerlei Zusammenhang und war vollständig während der Ehe und erst nach 1995 aufgebaut worden.

5.4. Wie hätte richtiger Weise vorgegangen werden müssen? Nach dem **alten Recht** konnte immer nur entweder alt Art. 122 oder alt Art. 124 ZGB in ein und derselben Scheidung zur Anwendung gelangen, denn es ging ja um die Teilung zwischen den Ehegatten.⁶⁴ Weil bereits einmal eine Barauszahlung erfolgt war, nämlich als sich der Ehemann selbständig machte, wäre ausschliesslich Art. 124 ZGB anwendbar gewesen.⁶⁵ Es wäre damit eine angemessene Entschädigung festzusetzen gewesen.⁶⁶ Zur Bemessung dieser Entschädigung hätten einerseits das Pensionskassenguthaben der Ehefrau und andererseits das ganze Guthaben des Ehemannes berücksichtigt werden müssen. Zudem wäre auf Seiten des Mannes zu beachten gewesen, dass er bereits aus seinem Altersguthaben eine Barauszahlung erhalten hat. Das hätte den Anspruch der Ehefrau erhöht. Als angemessene Entschädigung wäre somit die Übertragung einer Freizügigkeitsleistung von der Pensionskasse des Mannes zur Pensionskasse der Frau erfolgt, die etwas höher gewesen wäre als der blosse Ausgleich bezüglich der beiden Pensionskassenguthaben. Die Ehefrau ist bei dieser Teilung gegenüber dem Gesetz folglich doppelt zu kurz gekommen.

5.5. Das neue Recht sieht nunmehr nicht mehr ein für die einzelne Scheidung einheitliche Regel für den Vorsorgeausgleich vor. Es enthält zwar den allgemeinen Grundsatz, dass die während der Ehe bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge **auszugleichen** sind.⁶⁷ Es enthält dann aber für die einzelnen Arten von Ansprüchen der Zweiten Säule unterschiedliche Regeln. Da in einer Scheidung die Ehegatten über unterschiedliche Arten von Guthaben der beruflichen Vorsorge verfügen können, sind dann auf diese einzelnen Guthaben auch unterschiedliche Teilungsregeln anwendbar. Im vorliegenden Fall wären auf die beiden Austrittsleistungen von Frau und Mann die Art. 123 ZGB und Art. 22a ff. FZG anwendbar gewesen. Bezüglich der Berechnung der zu teilenden Beträge bestehen mit Ausnahme des Stichtages keine Unterschiede zum alten Recht. Auch nach neuem Recht sind die ganzen während der massgeblichen Zeit erworbenen Austrittsleistungen hälftig zu teilen. Der Betrag wäre somit nur wegen der Verschiebung des Stichtages etwas kleiner ausgefallen, wohl zu Ungunsten der Ehefrau. Da der Betrag, der dem Ehemann 2004 aus der Pensionskasse bar ausbezahlt worden ist, nicht mehr für die Altersvorsorge gebunden ist, kann diesbezüglich auch nichts mehr geteilt werden. Es gibt keine angemessene Entschädigung mehr. Fragen könnte man sich allerdings, ob diese Barauszahlung einen wichtigen Grund nach Art. 124b Abs. 2 ZGB darstellt, so dass von der hälftigen Teilung der Austrittsleistung der Frau bei ihrer Pensionskasse

⁶⁴ **GEISER/SENTI**, N.9 zu Art. 22 FZG; **SCHNEIDER/BRUCHEZ**, SVZ 2000, S. 255; **KIESER**, AJP 2001, S. 159; **BAUMANN/LAUTERBURG**, N. 57 ff. zu Art. 124 ZGB.

⁶⁵ **GEISER/SENTI**, N.9 zu Art. 22 FZG; BGE 129 V 252; BGE 127 III 433 ff.

⁶⁶ BGE 127 III 438 f.; 128 V 45; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, N. 33 zu Art. 207 ZGB; Trigo Trindade, SJ 2000 II, S. 489; **BAUMANN/LAUTERBURG**, FamPra 2000, S. 213; **VETTERLI/KEEL**, AJP 1999 S. 1616; a.M. **Schneider/Bruchez**, SVZ 2000, S. 255 Fn. 159.

⁶⁷ Art. 122 ZGB.



nach unten abgewichen werden könnte. Dann gelangte man in etwa zum gleichen Ergebnis wie im alten Recht.

6. KINDERBELANGE IN DER SCHEIDUNG

6.1. Sind minderjährige Kinder von einer Trennung bzw. Scheidung betroffen, ist es unumgänglich, dass die Kinderbelange in der einen oder anderen Form geregelt werden. Der Gesetzgeber wollte im mehreren Revisionsetappen den Eltern mehr Freiraum für diese Gestaltung geben und namentlich die Rechtsstellung der Väter im Sinne einer Gleichstellung mit den Müttern verbessern. Die Revision des Sorgerechtes hatte zum Zweck, die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand als Regelfall und die Zuteilung der Alleinsorge nur noch als Ausnahme vorzusehen. Was das bedeutet, ist von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nun mehr im Grundsatz geklärt. Die **alleinige elterliche Sorge bleibt zum Wohl des Kindes und ohne konkrete Gefährdung des Kindeswohls möglich**. Sie soll aber die eng begrenzte Ausnahme sein.⁶⁸

6.2. Wirklich **eingespielt hat sich diese Gleichstellung allerdings noch nicht**. In einem Scheidungsverfahren hatten die Parteien noch unter dem alten Recht in einer Scheidungskonvention die Alleinsorge der Mutter vereinbart. Nach Inkrafttreten des neuen Rechts hatte der Ehemann diese Regelung vor der ersten Instanz noch bestätigt. Vor zweiter Instanz (und dann auch vor Bundesgericht) verlangte er nun – allerdings ohne Erfolg - die gemeinsame elterliche Sorge.⁶⁹ Zu Recht hat das Bundesgericht festgehalten, dass für die Regelung der Sorge noch immer das Kindeswohl oberste Leitlinie⁷⁰ ist und dass vom Grundsatz der gemeinsamen Sorge abgewichen und einem Elternteil die Alleinsorge zugeteilt werden kann, auch wenn die Voraussetzungen für eine Kindesschutzmassnahme nach Art. 311 f. ZGB nicht gegeben sind.⁷¹ Das Gericht entscheidet bezüglich der Kinderbelange ohne Bindung an die Parteianträge, aber unter Berücksichtigung der Parteianträge.⁷² Eine Einigung der Eheleute über die Kinderbelange bindet das Gericht folglich nicht, sondern stellt bloss einen gemeinsamen Antrag dar,⁷³ den das Scheidungsgericht nach dem ausdrücklichen Gesetzestext „zu berücksichtigen“ hat.⁷⁴ Von den Parteien getragene Lösungen versprechen mehr Erfolg als aufgezwungene. Das Gericht darf sich deshalb nicht ohne ernsthaften Grund über die gemeinsamen Anträge der Parteien hinwegsetzen.⁷⁵ Das hatte nun im konkreten Fall zur Folge, dass sich der Vater entgegenhalten lassen musste, dass er vor erster Instanz mit der Alleinsorge der Mutter einverstanden war und objektiv das Kinderinteresse nicht

⁶⁸ BGE 142 III 1 E. 3.3 S. 5 f.; 142 III 614; vgl dazu auch **GEISER**, ZKE 2/2017, S. 87 ff.

⁶⁹ BGE 143 III 361 ff.

⁷⁰ BGE 143 III 361 ff., E. 7.3.1.; BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.2; BGE 136 I 180 f. E. 5.3.

⁷¹ BGE 141 III 474 ff. E. 4; BGE 143 III 361 ff. E. 7.3.1.

⁷² Officialgrundsatz; Art. 296 Abs. 3 ZPO.

⁷³ Art. 285 Bst. d ZPO; vgl. Botschaft Elterliche Sorge vom 16. November 2011, BBl 2011 9103.

⁷⁴ Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB.

⁷⁵ **BREITSCHMID**, N. 23 zu Art. 133 ZGB; **BÜCHLER/CLAUSEN**, N. 15 zu Art. 133 ZGB; **MEIER/STETTLER**, Droit Rz. 512.



gegen diese Lösung sprach.⁷⁶ Der Entscheid weist allerdings einen argumentativen Fehler auf: Ist den gemeinsamen Parteianträgen grundsätzlich zu folgen, weil die einvernehmliche Lösung erfolgsversprechender ist als eine aufgezwungene, muss die einmal von den Parteien gewählte Lösung von diesen auch noch in dem Zeitpunkt getragen werden, in dem sie umgesetzt werden soll. Das war aber offensichtlich vorliegend nicht mehr der Fall.

6.3. Indessen ist für eine Gleichstellung die elterliche Sorge ohnehin von beschränkter Bedeutung. Sie betrifft die grundsätzlichen Entscheidungen bezüglich des Kindes. Solche Entscheidungen sind aber selten zu fällen. Von weit grösserer Bedeutung ist die Regelung des täglichen Umgangs mit dem Kind, d.h. die **Obhut bzw. die Betreuung**. Mit der Revision des Sorgerechts erhielt auch der Begriff der Obhut einen neuen Inhalt. Art. 301a Abs. 1 ZGB hält nunmehr fest, dass die elterliche Sorge auch das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Heisst dies nur, dass der Sorgeberechtigte auch den Aufenthaltsort bestimmen kann, ist dies eine Selbstverständlichkeit. Soll nun aber die elterliche Sorge zwingend auch das Recht bedeutet, den Aufenthaltsort zu bestimmen⁷⁷, verliert der Begriff der „Obhut“ seine bisherige Bedeutung.⁷⁸ Einem Sorgeberechtigten kann das Recht, den Aufenthaltsort zu bestimmen, nur noch als Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 310 ZGB entzogen werden. In diesem Zusammenhang wird der Begriff der Obhut dann auch nicht mehr verwendet.⁷⁹ Er taucht nur noch auf, soweit es darum geht, die Obhut zuzuteilen und sie im Rahmen von Unterhaltsregelungen zu berücksichtigen. Schliesslich ist sie für den Wohnsitz des Kindes massgebend. Unklar bleibt damit aber, ob es nun ausschliesslich um eine *rechtliche* Zuweisung der Vorrangstellung des Kindesverhältnisses zu einem Elternteil geht oder um die Würdigung einer *tatsächlichen* Beziehung. Soll es um Letzteres gehen, steht der Begriff mit jenem der Betreuung in Konkurrenz.⁸⁰

6.4. Bis vor dieser Revision bedeutete „Obhut“ das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes und die Modalitäten seiner Betreuung zu bestimmen.⁸¹ Nach dem das Aufenthaltsrecht nunmehr Teil des Sorgerechts ist, reduziert sich die Obhut, „**auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung**“.⁸² Damit deckt sich dieses Recht aber mit der **Betreuung**. Überdies wird auch die Abgrenzung zum **Besuchsrecht** (persönlicher Verkehr) schwierig. Während der Ausübung des Besuchsrechts wird der Besuchsberechtigte das Kind betreuen und er hat die Rechte und die Pflichten im Zusammenhang mit der Pflege und laufenden Erziehung des Kindes zu übernehmen. Wer nicht nur ein ganz punktuell Besuchsrecht ausübt, hat Erziehungsverantwortung zu übernehmen!

⁷⁶ BGer 5A_346/2016 vom 29. Juni 2017 (zur publ. best.).

⁷⁷ So wohl die Botschaft BBl 2011 9107.

⁷⁸ **SCHWENZER/COTTIER**, N. 4 zu Art. 301a ZGB.

⁷⁹ Er taucht nur noch in den Art. 25 Abs. 1, Art. 133 Abs. 1, Art. 134 Abs. 3 und 4, Art. 273 Abs. 1, Art. 275 Abs. 2 und 3, Art. 289 Abs. 1, Art. 298 Abs. 2, 2^{bis} und 2^{ter}, Art. 298a Abs. 2, Art. 298d Abs. 2 und Art. 301a Abs. 5 ZGB auf.

⁸⁰ Der Begriff der Betreuung kommt in den Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6; Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1; Art. 134 Abs. 4; 275a Abs. 2, Art. 276 Abs. 2, Art. 285 Abs. 2, Art. 298 Abs. 2 und 2^{bis}, Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2, Art. 298b Abs. 3^{bis}, Art. 298d Abs. 2 und Art. 329 Abs. 1^{bis} ZGB vor. Vgl. **GEISER**, ZKE 2/2015, S. 240 ff.

⁸¹ BGE 128 III 9 E. 4a.

⁸² BGE 142 III 614; **MEIER/STETTLER**, Rz. 462 und Rz. 466; **SCHWENZER/COTTIER**, N. 4 zu Art. 298 ZGB.



6.5. Von der Rechtsprechung nicht ausgelotet ist bis jetzt die Frage, inwieweit der Qualifikation des Umgangs mit dem Kind als „Obhut“, „Betreuungsanteil“ oder „Besuchsrecht“ bei der Festsetzung des Kindesunterhalts mit Blick auf den **Betreuungsunterhalt** Bedeutung zukommt. Demgegenüber musste sich das Bundesgericht bereits zur **Bedeutung im Ausländerrecht** aussprechen. Dabei kam die Enge zwischen den Begriffen „persönlicher Verkehr“ und „Betreuungsanteile“ schon bloss sprachlich zum Ausdruck, indem das Bundesgericht festhielt, dass der nicht sorgeberechtigte (!) ausländische Elternteil die familiäre Beziehung mit seinem Kind „*nur in beschränktem Rahmen*“ lebt, „*nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und den damit verbundenen Betreuungsanteilen* (Art. 273 Abs. 1 ZGB [„Besuchsrecht“]).“⁸³ **Es scheint somit das „Besuchsrecht“ und den „Betreuungsanteil“ als das Gleiche anzusehen.** Das hinderte das Bundesgericht dann allerdings nicht – etwas im Widerspruch dazu –, das Aufenthaltsrecht der Kinder und der Mutter in einer Interessenabwägung zu verweigern, weil der Vater lediglich einen „besuchsrechtsähnlichen“ Umgang mit den Kindern pflegte, keine alternierende Obhut zugesprochen worden und er seiner Unterhaltspflicht nicht vollständig nachgekommen war. Offenbar war Grund für die Verweigerung des Aufenthaltsrechts der Mutter und der Kinder (!) auch, dass die Mutter von der Sozialhilfe unterstützt wurde.⁸⁴

6.6. Im Bestreben, die Gleichberechtigung unter den Eltern zu fördern, hat der Gesetzgeber zwar die gemeinsame Elterliche Sorge zur Regel erhoben. Demgegenüber geht das Gesetz noch immer im Scheidungsrecht von der **Zuteilung der Obhut an einen Elternteil** aus.⁸⁵ Allerdings hat das Sachgericht im Einzelfall auf Antrag eines der Elternteile oder des Kindes zu prüfen, ob die Zuteilung an einen Elternteil oder die gemeinsame bzw. alternierende Obhut dem Interesse des Kindes entspricht. Eine solche **Prüfung** ist selbst dann notwendig, **wenn sich die Eltern auf eine alternierende Obhut geeinigt haben.** Wie auch der Wortlaut des Gesetzes zeigt,⁸⁶ hat sich der Gesetzgeber weder absolut für noch absolut gegen ein solches Modell ausgesprochen.⁸⁷ Der Gesetzestext verrät allerdings die Zweifel des Gesetzgebers an diesem Modell. Das Gericht hat nämlich im Einzelfall diese Variante **nur dann zu prüfen, wenn ein Ehegatte dies beantragt.** Das ist zwar grundsätzlich sinnvoll. Das gilt aber wohl auch für die Zuteilung der Obhut an nur einen Elternteil. Eine solche Zuteilung macht keinen Sinn, wenn der entsprechende Elternteil die Alleinobhut gar nicht will!

6.7. Entscheidend ist dabei die Erziehungsfähigkeit der Eltern und wieweit diese in der Lage sind, ein solches Modell zu organisieren und im Rahmen des dafür Notwendigen zusammenzuwirken und sich gegenseitig zu informieren. Der blosse Umstand, dass sich ein Elternteil einer solchen Lösung widersetzt, reicht nicht aus, um sie als untauglich anzusehen. Die Wohn- und Arbeitssituation der Eltern sollte insofern stabil sein, dass ein entsprechendes Betreuungsmodell auch auf Dauer möglich ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts fällt die **alternierende Obhut** eher **in Betracht**, wenn **bereits vor der Trennung beide Eltern einen wesentlichen Anteil** bei der Betreuung geleistet haben. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der **persönlichen Betreuung**, das **Alter des Kindes**, seine **Beziehungen zu Geschwistern** sowie die **Einbettung in**

⁸³ BGE 142 I 27 f., E. 5.3.

⁸⁴ BGE 143 I 32 ff., E. 6.

⁸⁵ BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 4.2.2.1; BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.3.

⁸⁶ Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB.

⁸⁷ So auch das Bundesgericht mit Verweis auf **SALZGEBER**, FamRZ 2015 S. 2018 ff.



ein weiteres soziales Umfeld.⁸⁸ Allerdings haben diese Kriterien m.E. nicht alle die gleiche Bedeutung. Einem Teil dieser Kriterien liegt das Bestreben zu Grunde, dem Kind möglichst Veränderungen zu ersparen. Dies kann aber nur dann gegen eine alternierende Obhut sprechen, wenn die Zuteilung der Obhut nur an einen Elternteil eine Weiterführung der bisherigen Verhältnisse ermöglicht. Andernfalls macht das Kriterium keinen Sinn. Ein Vorrecht des selber Betreuenden sollte auch nur berücksichtigt werden, wenn dieser das Sorgerecht alleine beansprucht.

6.8. Nachdem wie aufgezeigt⁸⁹ die erste **öffentlich-rechtliche Abteilung** des Bundesgerichts das **Besuchsrecht und die Betreuungsanteile gleichsetzt**, spricht die **zweite Zivilabteilung** im Zusammenhang mit der Gewährung der alternierenden **Obhut** von der Prüfung, **ob „dieses Betreuungsmodell** möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar“ sei.⁹⁰ Damit kommt zum Ausdruck, dass eine alternierende Obhut immer mit einer Aufteilung der Betreuung einhergeht. Die Begriffe können nicht auseinander gehalten werden. Richtigerweise müsste **von der Zuteilung des Kindes abgesehen und (nur) eine Neuorganisation der familiären Aufgaben vorgesehen werden**. Das kann mit der Zuteilung einzelner Entscheidungskompetenzen in genau umschriebenen Bereichen verbunden sein. Der Gesetzgeber ist allerdings auf halbem Weg dahin stehen geblieben. Wohl muss zuerst ein Umdenken in der Praxis stattfinden, welche auch unter dem geltenden Recht möglich ist.

6.9. Der **Kinderunterhalt** stellt nicht nur für die Berechnung sondern auch für die Frage, **wem der Anspruch zusteht**, erhebliche Probleme. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Anspruch dem Kind zusteht, wenn dieses von der Rechtsordnung als Rechtssubjekt wahrgenommen werden soll. Es ist aber ebenso unbestreitbar, dass über die Verwendung der entsprechenden Geldbeträge jene Personen bestimmen müssen, die sich um das Kind tatsächlich kümmern. Das Kind braucht nicht das Geld, sondern die damit zu finanzierenden Dienst- und Sachleistungen. Entsprechend hält Art. 289 Abs. 1 ZGB fest, dass der **Anspruch** auf Unterhaltsbeiträge dem **Kind zusteht** und, solange es **minderjährig** ist, grundsätzlich durch **Leistung an seinen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt** wird. Obgleich die Bevorschussung der Alimente sich nach dem kantonalen Recht richtet, besteht diesfalls eine **bundesrechtliche Legalzession zu Gunsten des Gemeinwesens** im Umfang der bevorschussten Beträge.⁹¹ Diese Ansprüche bleiben aber **weiterhin privatrechtlicher Natur**.⁹² Von der Legalzession erfasst werden allerdings nicht nur die **bereits bezahlten Beiträge**, sondern **auch künftige Unterhaltsbeiträge**, sofern bereits feststeht, dass sie zu bevorschussen sein werden.⁹³

6.10. Will nun der Pflichtige **eine Abänderung der Unterhaltsregelung**, kann er folglich nicht nur gegen das Kind bzw. den geschiedenen Elternteil klagen, wenn er die Beiträge vom Zeitpunkt der Klageeinreichung an herabgesetzt haben will. Weil davon auch Unterhaltsleistungen betroffen sind, bei denen der Anspruch bereits durch Legalzession auf das Gemeinwesen übergegangen

⁸⁸ BGE 142 III 615 f., E. 4.3. mit Hinweis auf BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.2 und 4.4.5; BGer 5A_345/2014 vom 4. August 2014 E. 4.2.; BGE 142 III 617 ff.

⁸⁹ Vorn Rz. 6.5.

⁹⁰ BGE 142 III 615, E. 4.2., mit Hinweis auf BGer vgl. 5A_527/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 4.

⁹¹ Art. 289 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 197 E. 2.1.

⁹² BGE 143 III 179, E. 6.3.1.; BGer 8D_4/2013 vom 19. März 2014 E. 5.3 und BGer 8C_501/2009 vom 23. September 2009 E. 4.

⁹³ BGE 143 III 189 f., E. 6.3.2.; BGE 137 III 193 E. 3.6 ff.; BGer 5A_634/2013 vom 12. März 2014 E. 4.1.



ist, **muss auch das Gemeinwesen miteingeklagt** werden.⁹⁴ Eine Ausnahme ist wohl dann geboten, wenn der Schuldner von der Bevorschussung gar noch nichts erfahren hat.

7. VERFAHREN

8.1. Das Scheidungsrecht unterscheidet zwischen Scheidungen auf gemeinsames Begehren und Scheidungsklagen.⁹⁵ Es kommt nun vor, dass ein Ehegatte eine Scheidungsklage einreicht und der andere ebenfalls die Scheidung will. Haben in einem solchen Fall die Ehegatten noch nicht zwei Jahre getrennt gelebt, ist das Verfahren nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortzusetzen. Steht demgegenüber der geltend gemachte Scheidungsgrund fest, so findet kein Verfahrenswechsel statt.⁹⁶

8.2. Ein Ehemann hatte auf Scheidung nach Art. 114 ZGB geklagt und die Ehefrau verlangte in der Klageantwort ebenfalls die Scheidung, ohne allerdings Widerklage zu erheben. Die erste Instanz schied die Parteien auf Grund von Art. 114 ZGB und legte die wirtschaftlichen Folgen fest. Die Ehefrau gelangte mit Berufung an das Obergericht, weil sie mit den wirtschaftlichen Folgen nicht einverstanden war. Der **Ehemann** erhob ebenfalls **Berufung**, verlangte aber **nur die Aufhebung des gesamten Scheidungsurteils**, weil er sein Scheidungsbegehren nunmehr zurückziehe. Das Obergericht wies die Berufung des Ehemannes ab, was das Bundesgericht stützte.⁹⁷ Nach dem klaren Wortlaut des erstinstanzlichen Scheidungsurteils ging es nicht um eine Scheidung auf gemeinsames Begehren, sondern um eine Scheidung nach Art. 114 ZGB. Das Einverständnis beider Parteien war damit keine Scheidungsvoraussetzung. Scheidungsgrund war vielmehr das zweijährige Getrenntleben.⁹⁸

8.3. Es blieb zu prüfen, ob der Kläger im **Berufungsverfahren noch seine Scheidungsklage zurückziehen kann** und dann das Verfahren in sich zusammenfällt, weil die Beklagte keine Widerklage erhoben hat, sondern sich nur in der Klageantwort mit der Scheidung einverstanden erklärte. Unter altem Scheidungsrecht war der Rückzug der Scheidungsklage in allen Instanzen zulässig, solange die Scheidung noch nicht rechtskräftig ausgesprochen war.⁹⁹ Zu beachten ist aber, dass vorliegend auch die Ehefrau die Scheidung verlangte und auch durch das erstinstanzliche Urteil erhielt. Der Ehemann kann diesen Anspruch nicht durch den Rückzug seiner Scheidungsklage verhindern. Er kann nicht mehr alleine über den Scheidungsanspruch verfügen. Ein Klagerückzug mit der Wirkung des Dahinfallens des Verfahrens wäre höchstens möglich, wenn sich die Beklagte der Klage auf Scheidung widersetzt oder die Scheidung in einer Widerklage aus einem anderen Grund verlangt hätte.¹⁰⁰

⁹⁴ BGE 143 III 177 ff.

⁹⁵ Art. 285 ff. und Art. 290 ff. ZPO.

⁹⁶ Art. 292 ZPO.

⁹⁷ BGE 142 III 713.

⁹⁸ BGE 142 III 715 ff.

⁹⁹ BGE 84 II 235 ff. E. 3.; BGE 82 II 81.

¹⁰⁰ BGE 142 III 720.



8.4. Dass für die Abgrenzung zwischen einer Abänderungsklage und der ursprünglichen Festlegung des Unterhalts die Regelung des **Novenrechts in der ZPO** von zentraler Bedeutung ist, wurde bereits dargelegt.¹⁰¹ Der entscheidende Schnitt ist vorzunehmen zwischen Tatsachen, welche zu einem Zeitpunkt eingetreten sind, in welchem sie noch hätten im Prozess, in dem der Unterhalt festgelegt wurde, vorgebracht werden können, und jenen, bei denen dies nicht mehr möglich gewesen wäre. Nicht von Bedeutung ist diesbezüglich, ob sie in diesem Zeitpunkt bereits bekannt waren oder nicht. Lagen sie zwar vor, waren aber noch nicht bekannt, ist die Revision das richtige Instrument. Sind sie erst nachher eingetreten, können sie in einem neuen Abänderungsverfahren geltend zu machen.¹⁰²

8.5. Wie dargelegt, besteht die **Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB** nur während der Ehe und darüber hinaus, soweit es darum geht, die Folgen der Auflösung korrekt abzuwickeln.¹⁰³ Die Bestimmung hilft aber nicht, um die nötigen Informationen für eine Abänderung der Scheidungsunterhalts zu erhalten. Um an diese Informationen heranzukommen, kann auch nicht einfach eine **vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO** verlangt werden. Dieses Instrument setzt eine Gefährdung der Beweismittel oder die Geltendmachung eines schutzwürdigen Interesses voraus. Dabei kann sich der Gesuchsteller nicht begnügen, ein Bedürfnis danach zu behaupten, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären. Er muss vielmehr einen konkreten materiell-rechtlichen Anspruch darlegen.¹⁰⁴

*

Minusio, 6.11.2017/TG

¹⁰¹ Vorn Rz. 3.11.

¹⁰² BGE 143 III 42 ff.

¹⁰³ Vorn Rz. 3.5.

¹⁰⁴ BGE 143 III 113 mit Hinweis auf BGE 138 III 81 f. E. 2.4.2.