

# Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts



INGEBORG SCHWENGER,  
Prof. Dr. iur., LL.M.,  
Basel

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. "Altes" Recht und Rechtspraxis
- III. Die Neuregelung des Unterhaltsrechts
  1. Vorbemerkungen
  2. Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs
    - a. Im Allgemeinen
    - b. Die Kriterien im Einzelnen
      - aa. Dauer der Ehe
      - bb. Kinderbetreuung
      - cc. Alter und Gesundheit
      - dd. Mass des Unterhalts
      - ee. Vorsorgeunterhalt
      - ff. Unterdeckungsfälle
      - gg. Anrechnung von Mehrarbeit
  3. Ausschluss oder Kürzung wegen Unbilligkeit
  4. Art der Unterhaltsgewährung und Modalitäten
  5. Anpassung, Änderung, Erlöschen
    - a. Anpassung an die Teuerung
    - b. Gerichtliche Abänderung
      - aa. Herabsetzung, Aufhebung, Sistierung
      - bb. Nachträgliche Festsetzung oder Erhöhung
    - c. Erlöschen
  6. Vollstreckungshilfen
  7. Konventionen
- IV. Schlussbetrachtung

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Neben dem Vorsorgeausgleich ist das Unterhaltsrecht das wichtigste Gebiet jeder Scheidungsrechtsrevision. Vermögen, das im Wege güterrechtlicher Auseinandersetzung verteilt werden könnte, ist bei vielen Ehepaaren, die sich scheiden lassen, nicht in nennenswertem Umfang vorhanden; mit dem Unterhaltsrecht gilt es, die wirtschaftlichen Folgen der Ehe und der Scheidung möglichst gerecht auf Mann und Frau zu verteilen. Über den Unterhalt streiten die beiden Parteien oft auch dann, wenn sie über die Scheidung als solche und allfällige Kinderbelange schon längst Einigkeit erzielt haben, wenngleich auch insoweit der Streit in mehr als 90 % aller Fälle in eine Konvention einmündet und nicht gerichtlich entschieden werden muss. Doch auch für Kon-

ventionen und die anwaltliche Beratungspraxis ist die gesetzliche Regelung Leitlinie und Massstab, finden doch Verhandlungen immer "im Schatten des Rechts"<sup>2</sup> statt.

## II. "Altes" Recht und Rechtspraxis

Ehe die Neuregelung des Unterhaltsrechts dargestellt wird, soll ein kurzer Blick zurück auf das alte Recht und die Rechtspraxis hierzu geworfen werden, ohne freilich auf Details eingehen zu wollen.

Die Art. 151, 152 ZGB a.F. sind klarer Ausdruck eines dem Institutionenschutz verpflichteten Scheidungsrechts. Vom historischen Konzept her war die Ehe ein Versorgungsinstitut für die Frau. Solange sie die eheliche Gemeinschaft nicht durch eigenes schuldhaftes Verhalten aufs Spiel setzte, konnte sie schon grundsätzlich nicht gegen ihren Willen den Status einer verheirateten Frau verlieren, und sie konnte sich, wenn sie sich gleichwohl zur Scheidung entschloss, darauf verlassen, jedenfalls nicht um die Früchte der "Versorgungsgemeinschaft Ehe" gebracht zu werden<sup>3</sup>. Dementsprechend wurde Art. 151 ZGB a.F. als Schadenersatzanspruch begriffen, der den durch die *Scheidung* erlittenen Schaden ausgleichen sollte<sup>4</sup>; Art. 152 ZGB a.F., der auch den schuldlosen Ehegatten gegebenenfalls zur Ausrichtung einer Bedürftigkeitsrente verpflichtete, war Ausdruck nahehehlicher Solidarität<sup>5</sup>.

- 1 Um Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den die Verfasserin am 6. November 1998 im Rahmen einer Weiterbildungsveranstaltung der Universität Basel gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.
- 2 Vgl. R. H. MNOOKIN/L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law*, 88 Yale L.J. 950 ff. (1979).
- 3 Zum Wandel des Ehemodells in diesem Jahrhundert vgl. A. SPYCHER, *Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden*, Bern 1996, 6 ff.; M. BINKERT/K. WYSS, *Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht*, Basel/Frankfurt a.M., 1997, 5 ff.
- 4 Vgl. nur BGE 117 II 519, 521; 117 II 211, 214 f.; 115 II 6, 8; gl.M auch die h.L., vgl. dazu H. HINDERLING/D. STECK, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, Zürich 1995, 273 FN 1; W. BÜHLER/K. SPÜHLER, *Berner Kommentar zu Art. 137–158 ZGB*, Bern 1980, Art. 151 N 9; W. BÜHLER/S. FREI-MAUERER, *Ergänzungsband zum Berner Kommentar zu Art. 137–158 ZGB*, Bern 1991, Art. 151 N 9; SPYCHER (FN 3), 27 ff.; H. GEISER, ZBJV 1993, 339 ff.; D. KEHL, SJZ 1993, 9 ff.; F. WERRO, ZSR 1996 I, 365, 367.
- 5 Vgl. BGE 119 II 12, 15; zum ganzen SPYCHER (FN 3), 39 ff.; H. DESCHENAUX/P. TERCIER/F. WERRO, *Le mariage et le divorce*, 4. Aufl., Bern 1995, Rz. 755; R. VETTERLI, AJP/PJA 1994 929 ff.; H. HAUSHEER/A. SPYCHER, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, Bern 1997, Rz. 05.12.

Von diesem historischen Konzept hat sich die Praxis freilich schon lange entfernt. Das Erfordernis der Schuldllosigkeit der ansprechenden Person wurde bekanntlich schon ab Beginn der siebziger Jahre durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung relativiert<sup>6</sup>, wenngleich bis zuletzt Verschuldenserwägungen bei Gewährung und Bemessung nachehelichen Unterhalts in verschiedenen Kantonen eine nicht zu unterschätzende Rolle gespielt haben<sup>7</sup>. Die instanzgerichtliche Praxis hat schliesslich – trotz wiederholter Abmahnung seitens des Bundesgerichts<sup>8</sup> – die Art. 151, 152 ZGB immer mehr zu einer "Einheitsrente" verschmolzen<sup>9</sup>.

Betrachtet man die Statistik der letzten Jahre zum nachehelichen Unterhaltsrecht, so ist vom "Versorgungsinstitut Ehe" für die Frau schon heute nur wenig übrig geblieben. Obwohl bei 48,1 % aller Scheidungen unmündige Kinder vorhanden und heute immer noch 49 % der Frauen in Partnerschaften mit Kindern überhaupt nicht erwerbstätig sind, erhielten 1997 weniger als 45 % aller Frauen nach Scheidung eine Unterhaltsrente, wobei diese im Regelfall zeitlich befristet war. Im Durchschnitt waren dabei in 27 % der Fälle die Renten auf weniger als fünf Jahre, in 37 % auf fünf bis zehn Jahre, in 20 % auf länger als zehn Jahre befristet. Unbefristete Renten wurden nur in 16 % aller Fälle zugesprochen. 76 % dieser Renten gingen an Ehefrauen nach mehr als fünfzehnjähriger Ehe; bei einer Ehedauer unter zehn Jahren erhielten nur insgesamt 1,5 % aller Frauen eine unbefristete Rente<sup>10</sup>. Trotz signifikanter Einkommensunterschiede zwischen Mann und Frau im Zeitpunkt der Scheidung fielen die Renten dabei in der Regel recht bescheiden aus<sup>11</sup>: Im Jahre 1992 lag in der Hälfte aller Fälle die Rente unter Fr. 800.–, lediglich ca. 8 % aller Frauen konnten mit einer Rente über Fr. 2000.– rechnen. Dabei lag der Grund für diese restriktive Praxis weder in mangelnder Bedürftigkeit der Frau noch allein in der Tatsache begründet, dass in vielen Scheidungsfällen der Mangel regiert, d.h. dass das Erwerbseinkommen nicht ausreicht, um nach der Scheidung zwei Haushalte zu finanzieren. Vielmehr konnten BINKERT/WYSS in ihrer rechtstatsächlichen Untersuchung für die Deutschschweiz feststellen, dass die Aufteilung der verfügbaren finanziellen Mittel nach Scheidung keineswegs gleichmässig erfolgt, dass vielmehr die Ehemänner regelmässig einen Überschuss verzeichnen können, wo sich die Frauen gemessen an einer hälftigen Teilung der verfügbaren Ressourcen mit einem deutlichen Fehlbetrag abzufinden haben. Die Unterschiede fielen dabei umso gravierender aus, je geringer das Ausmass der Erwerbstätigkeit der Ehefrau im Scheidungszeitpunkt war; mit durchschnittlich fast Fr. 2000.– waren sie bei sogenannten Hausarbeitsehe am höchsten. Selbst in fast 60 % der Fälle, in denen die Frau unter den nach Art. 152 ZGB a.F. um 20 % erhöhten Notbedarf herabsank, verblieb dem Mann ein Überschuss von mehr als Fr. 500.–<sup>12</sup>.

Vor diesem Hintergrund erstaunen auch die Ergebnisse der jüngsten Armutsstudie<sup>13</sup> nicht: Während geschiedene Männer im Jahre 1992 im Mittelwert jährlich über Fr. 55200.– Einkommen verfügten, liegt die Zahl für geschiedene Frauen bei Fr. 38900.–<sup>14</sup>. Obwohl für die

Gesamtbevölkerung betrachtet die Armutsquote für Männer und Frauen in etwa gleich hoch ist, differiert sie bei Geschiedenen erheblich: Nur 5,3 % aller geschiedenen Männer leben unterhalb der Armutsgrenze, bei geschiedenen Frauen beträgt die Quote fast das Doppelte, nämlich 10,3 %<sup>15</sup>.

Diesen rechtstatsächlichen Hintergrund gilt es im Auge zu behalten, wenn wir uns nunmehr der Neuregelung des Unterhaltsrechts nach Scheidung zuwenden.

### III. Die Neuregelung des Unterhaltsrechts

#### 1. Vorbemerkungen

Der Unterhalt nach Scheidung wird nunmehr in Art. 125 ff. ZGB n.F. geregelt. Kennzeichnend ist zum einen der – in der Praxis bereits weitgehend verwirklichte<sup>16</sup> – Übergang zu einer Einheitsrente und zum anderen die grundsätzliche Abkehr vom Verschuldensprinzip, wie sie auch im Bereich der Scheidungsgründe vollzogen wurde<sup>17</sup>.

Eine eingehende Diskussion darüber, was nach Wegfall des Verschuldensprinzips Grundlage und Rechtfertigung für nachehelichen Unterhalt ist, hat freilich weder im Vorfeld der Revision noch im Rahmen der parlamentarischen Debatte stattgefunden. In der Botschaft wird immer wieder betont, durch den Unterhalt solle der Scheidungsschaden ausgeglichen werden<sup>18</sup>, vereinzelt wird auch auf den ehebedingten Schaden abgestellt<sup>19</sup>. Auch das Gebot nachehelicher Solidarität wird angeführt<sup>20</sup>, in der parlamentarischen Debatte allerdings oft im Zusammenhang damit, dass die

6 Vgl. nur BGE 117 II 13, 15; 115 II 6, 11; 103 II 168, 169.

7 Vgl. D. STECK, ZBJV 1997, 181, 193; BINKERT/WYSS (FN 3), 57 ff.

8 Vgl. nur BGE 108 II 81, 82; 105 III 50, 54.

9 Vgl. dazu ausführlich D. STECK, ZBJV 1997, 181, 194; R. VETTERLI, AJP/PJA 1994 929; HINDERLING/STECK (FN 4), 306; R. VETTERLI, AJP/PJA 1995 1531, 1538; GESSLER, SJZ 1995, 65, 70.

10 Vgl. dazu BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistik für das Jahr 1997, Tabellen 6.01.701-6.01.704; BINKERT/WYSS (FN 3), 165 kamen in ihrer Untersuchung noch auf eine Quote von 51,9 % für das Jahr 1992.

11 Vgl. dazu BINKERT/WYSS (FN 3), 166.

12 Vgl. BINKERT/WYSS (FN 3), 184 ff.

13 Vgl. R. E. LEU/S. BURRI/T. PRIESTER, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997.

14 Vgl. LEU/BURRI/PRIESTER (FN 13), 356.

15 Vgl. LEU/BURRI/PRIESTER (FN 13), 129.

16 Vgl. dazu die Hinweise in FN 9.

17 Vgl. Art. 111-116 ZGB n.F.

18 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenrecht, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützung, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1996 (im folgenden Botschaft Scheidungsrecht), BBl 1996, 1 ff., 23, 112 f.

19 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 114.

20 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 114.

nacheheliche Solidarität nicht überstrapaziert werden dürfe<sup>21</sup>. Oft ist auch vom "clean break", d.h. der wirtschaftlichen Selbstverantwortung beider Ehegatten nach Scheidung, die Rede<sup>22</sup>.

Das Manko bei der Begründung der nachehelichen Unterhaltspflicht und die Berufung auf unterschiedliche, einander teilweise widersprechende Prinzipien muss bedauert werden. Es steht auch im Widerspruch zur einstmaligen Revision des Güterrechtes, wo die Entscheidung für den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung damit begründet wurde, dass jeder Ehegatte – auch der haushaltsführende – gleichmässig zum gemeinsamen Wohlstand beigetragen hat und deshalb an den Früchten hälftig zu beteiligen ist<sup>23</sup>. Niemand spricht insoweit von nachehelicher Solidarität. Betrachtet man die bereits heute gängige Praxis zum Unterhaltsrecht und die Rechtsentwicklung im Ausland<sup>24</sup>, so gibt es nur *eine* Grundlage für nachehelichen Unterhalt: den Ausgleich ehebedingter Nachteile. Nach Scheitern der Ehe sind nicht nur die aufgrund der arbeitsteiligen Gemeinschaft erwirtschafteten Früchte, sondern auch die daraus entstandenen Nachteile und Lasten auf beide Ehegatten gleichmässig zu verteilen<sup>25</sup>. Schon heute bleibt die Rechtswirklichkeit – wie gezeitigt – hinter diesem Ziel zurück. Mit der Behauptung, Unterhalt gründe auf nachehelicher Solidarität, und der Berufung auf das clean break-Prinzip drohen weitere Abstriche.

## 2. Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs

### a. Im Allgemeinen

Mit Art. 125 ZGB n.F. hat sich der Gesetzgeber für eine Generalklausel entschieden, die dem Gericht bei Zusprechung einer Unterhaltsrente einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Art. 125 Abs. 1 ZGB n.F. statuiert in allgemeiner Form, dass ein *angemessener Beitrag* geschuldet ist, wenn einem Ehegatten nicht *zuzumuten* ist, für den ihm *gebührenden* Unterhalt selbst aufzukommen. Entscheidend ist danach einerseits die Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits die Leistungsfähigkeit der verpflichteten Person. Art. 125 Abs. 2 ZGB n.F. greift die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien auf, die beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten ist, zu berücksichtigen sind, und die auch massgeblich die Höhe und Dauer der Unterhaltspflicht bestimmen<sup>26</sup>.

Der Gesetzgeber meinte pauschalierend, eine weitergehende Konkretisierung sei im Gesetz weder *nötig* noch *möglich*<sup>27</sup>. Beide Behauptungen müssen in Zweifel gezogen werden. Die Notwendigkeit eindeutiger Regelungen im Unterhaltsrecht ergibt sich hinreichend aus der rechtssoziologischen Forschung. Diese belegt, dass vage gesetzliche Formulierungen zu einer Benachteiligung der anspruchsberechtigten Person, d.h. regelmässig der Frau, führen<sup>28</sup>. Dies gilt vor allem auch für Konventionsverhandlungen. Klare, voraussehbare Unterhaltstatbestände fördern dage-

gen nicht nur die Rechtssicherheit, sondern stärken auch die Position der Unterhaltsberechtigten<sup>29</sup>. Dass solche eindeutigen Regelungen auch im Unterhaltsrecht möglich sind, zeigt nicht nur die Praxis in Deutschland, die nunmehr seit mehr als 20 Jahren mit Tabellen und Leitlinien arbeitet<sup>30</sup>, sondern auch der Entwurf des American Law Institute zu Principles of the Law of Family Dissolution<sup>31</sup>, der sich weitgehend auf mathematische Formeln stützt. Dass eine eingehende Diskussion über diese Grundsatzfrage im Rahmen der Revision nicht stattgefunden hat, muss ebenfalls bedauert werden<sup>32</sup>.

### b. Die Kriterien im Einzelnen

Art. 125 Abs. 2 ZGB n.F. nennt folgende Kriterien, die bei der Frage, ob, in welcher Höhe und wie lange Unterhalt geschuldet ist, zu berücksichtigen sind: die Aufgabenteilung während der Ehe, die Dauer der Ehe, die Lebensstellung während der Ehe, das Alter und die Gesundheit der Ehegatten, Einkommen und Vermögen der Ehegatten, der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu

- 21 So z.B. BR A. KOLLER, AmtlBull NR 1997, 2665 und Votum N. KÜCHLER, AmtlBull StR 1996, 765.
- 22 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 45 und 117; Votum H. RAGGENBASS, AmtlBull NR 1997, 2698.
- 23 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979 (im folgenden Botschaft Eherecht), BBl 1979 II, 1191 ff., 1321.
- 24 Vgl. vor allem AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, Part I, § 5; zur Situation in England vgl. auch J. M. EEKELAAR (1998) Fam.Law 469, 472.
- 25 So auch R. REUSSER, Die Gleichstellung von Mann und Frau im neuen Scheidungsgesetz, Festschrift Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 291, 292.
- 26 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 115; auch R. REUSSER, ZSR 1996 I, 337, 340.
- 27 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 116; zustimmend SPYCHER (FN 3), 284 f.
- 28 Vgl. BINKERT/WYSS (FN 3), 30; für eine Abkehr von Generalklauseln im deutschen Recht ausdrücklich L. M. PESCHEL-GUTZEIT, FamRZ 1996, 1446, 1452.
- 29 D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 66 meint hierzu, die Generalklausel habe zur Folge, dass "sich aus der genau gleichen Urteilsbegründung Renten von ganz verschiedenem Ausmass ableiten lassen"; kritisch auch J.-F. PERRIN, plädoyer 1992/3, 47, 51 und I. SCHWENZER, ZBJV 1993, 257, 264 f.; zur Methode der Generalklausel allgemein SPYCHER (FN 3), 139 f.
- 30 Vgl. dazu z.B. die DÜSSELDORFER TABELLE, neue Fassung ab 1.7.1998 (abgedruckt in FamRZ 1998, 534 ff. und dazu H. SCHOLZ, FamRZ 1998, 797 ff.); interessant auch die ZÜRCHER TABELLEN für den Unterhalt unmündiger Kinder, dazu HAUSHEER/SPYCHER, ZBJV 1997, 149, 173 f.; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), 06.120 ff.
- 31 Vgl. AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles (FN 24), § 4.18.
- 32 Kritisch zur Tabellenlösung P. BREITSCHMID, AJP/PJA 1994 835, 843 f.; H. HAUSHEER, ZBJV 1993, 644, 645.; SPYCHER (FN 3), 143 mit Hinweis auf die Gefahr der mangelnden Flexibilität.

leistenden Betreuung der Kinder, die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Personen<sup>33</sup>, die Anwartschaften aus der Eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen. Diese Aufzählung soll weder abschliessend sein, noch soll sich aus der Reihenfolge der Kriterien eine bestimmte Gewichtung ergeben<sup>34</sup>. Diese Kriterien sind – wie gesagt – aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinreichend bekannt. Es soll deshalb nur auf einige in der parlamentarischen Diskussion besonders umstrittene Punkte eingegangen werden.

#### aa. Dauer der Ehe

Die Dauer der Ehe in Kombination mit dem Alter der Ehefrau und allfälligen Kinderbetreuungspflichten spielt bekanntlich eine entscheidende Rolle in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>35</sup>. So soll nach kurzer kinderloser Ehe an die vorehelichen Lebensverhältnisse anzuknüpfen sein, während bei langer Ehedauer der eheliche Lebenszuschnitt entscheidet. Welche Ehedauer als kurz und welche als lang zu gelten hat, ist nicht abschliessend geklärt; die Literatur siedelt die Grenze wohl bei zehn Jahren an<sup>36</sup>. Eine nach wie vor offene Frage ist auch, wie die Ehedauer zu bestimmen ist, ob auf den Zeitraum des faktischen Zusammenlebens oder auf den des formal bestehenden Ehebandes abzustellen ist. Der Nationalrat hat einen Antrag verworfen, der die Dauer der Lebensgemeinschaft und nicht der Ehe nennen wollte, um insbesondere voreheliches Zusammenleben miteinfassen zu können<sup>37</sup>. Letzteres kann damit nach dem Willen des Gesetzgebers wohl nicht in die Ehedauer eingerechnet werden. Ob freilich auch der Gegenschluss gezogen werden kann, d.h. dass im Hinblick auf die Ehedauer das Ende der Ehe erst mit Scheidung und nicht bereits – wie vom Bundesgericht und der Literatur heute vertreten<sup>38</sup> – mit der faktischen Trennung eintritt, erscheint unklar. Sollte beim massgeblichen Ende der Ehedauer weiterhin auf die Zeit des faktischen Zusammenlebens abgestellt werden, so wird deutlich, dass es in jedem Fall um Abwehr oder Kürzung von Unterhaltsansprüchen geht, je nachdem beruft man sich auf den Status oder auf die Realbeziehung.

Unklar ist leider auch geblieben, ob naheheliche Kinderbetreuung aus einer kurzen Ehe eine solche von langer Dauer machen kann<sup>39</sup>. Zwar wird in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB n.F. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder ausdrücklich erwähnt, jedoch scheint das Verhältnis zum Kriterium der Ehedauer offen. Ein konsequentes Anknüpfen des Unterhalts an ehebedingte Nachteile, die auch noch nach Scheidung eintreten können, hätte hier Klärung gebracht.

#### bb. Kinderbetreuung<sup>40</sup>

Unabhängig von der eben erörterten Frage ist naheheliche Kinderbetreuung jedenfalls ein eigenständiges Kriterium

im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit. Erinnert sei insoweit an die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach eine Teilzeittätigkeit ab dem zehnten Lebensjahr und Vollzeiterwerbstätigkeit ab dem 16. Lebensjahr des jüngsten Kindes zumutbar sein soll<sup>41</sup>. Bestehen schon gegen diese Rechtsprechung nicht unerhebliche Bedenken, so hat die instanzgerichtliche Praxis unter Berufung auf ein falsch verstandenes Gleichberechtigungspostulat und das clean break-Prinzip diese Altersgrenzen oft noch unterschritten<sup>42</sup>.

#### cc. Alter und Gesundheit<sup>43</sup>

Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB n.F. nennt als Kriterium das Alter und die Gesundheit der Ehegatten. Dies klingt zunächst, als käme darin in der Tat das Prinzip nahehelicher Solidarität zum Tragen, indem ein Ehegatte grundsätzlich auch dann Unterhalt beanspruchen kann, wenn ihm aufgrund Alters oder gesundheitlicher Probleme eine Erwerbstätigkeit nicht zumutbar ist. Betrachtet man sich jedoch die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, so wird deutlich, dass Alter und Gesundheit stets nur in Zusammenhang mit durch die Arbeitsteilung entstandenen ehebedingten Nachteilen als anspruchsbegründend erachtet wurden. Wo es hieran fehlte, eine Krankheit insbesondere schon vorehelich bestand, wurde ein Anspruch auf Unterhalt regelmässig

33 Hier ist auch die allgemeine Wirtschafts- und Beschäftigungslage zu berücksichtigen, die heute die Wiedereingliederung massgeblich erschwert, vgl. dazu H. GEISER, recht 1991, 5, 6; H. HAUSHEER, ZfRVgl 1996, 177, 182; vgl. auch BGE 115 II 6, 10; 114 II 9, 11.

34 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 115; praktisch von zentraler Bedeutung sein werden insbesondere Ziff. 1 (Aufgabenteilung während der Ehe) und Ziff. 6 (Betreuung von Kindern), vgl. SPYCHER (FN 3), 282 f.

35 Vgl. dazu grundlegend BGE 115 II 6, 8; 109 II 184, 186; D. KEHL, SJZ 1993, 9, 12 spricht insofern sogar von einem "ehetypenabhängigen Rentenrecht"; ähnlich auch R. VETTERLI, Scheidungshandbuch, St.Gallen/Lachen 1998; DERS., AJP/PJA 1994 929, 931 ff.

36 Vgl. H. HAUSHEER, ZfRVgl 1996, 177, 182; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), Rz. 05.78.

37 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2696 ff.

38 Vgl. BGer. 5.10.1995, zusammengefasst in ZBJV 1996, 98 f.; BGE 118 II 229, 231; H. HAUSHEER, ZfRVgl 1996, 177, 182; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), 05.79.

39 Diese Frage bejahen D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 69 und grundsätzlich auch H. GEISER, recht 1991, 1, 5; vgl. dazu auch BINKERT/WYSS (FN 3), 224.

40 Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB n.F.

41 Vgl. BGE 115 II 427, 431 f.; 114 II 301, 303; 109 II 286, 290; dazu B. ROELLI, SJZ 1992, 328; D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 68; zustimmend E. ZWEIFEL, SJZ 1988, 189, 190 f.; a.M. N. VOSER, SJZ 1992, 193, 200 FN 59; sehr kritisch auch H. FRICK-MOCCELLI, SJZ 1988, 303, die als massgeblichen Zeitpunkt den Abschluss der Ausbildung der Kinder fordert.

42 Vgl. auch BINKERT/WYSS (FN 3), 224.

43 Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB n.F.

verneint<sup>44</sup>. Dasselbe dürfte für sogenannte Altersehen gelten<sup>45</sup>.

#### dd. Mass des Unterhalts

Ein bedenkliches Manko im Rahmen des Art. 125 Abs. 2 ZGB n.F. ist es, dass das Gesetz das Mass des Unterhalts und damit die Höhe des Unterhaltsanspruchs nicht genau konkretisiert. In Art. 125 Abs. 1 ZGB n.F. wird lediglich von "gebührendem Unterhalt" und einem "angemessenen Beitrag" gesprochen, Art. 125 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB n.F. nennt "die Lebensstellung während der Ehe" als ein Kriterium unter anderen. Einem Vorstoss im Nationalrat, den "gebührenden Unterhalt" durch einen Verweis auf Art. 163 ZGB, d.h. den ehelichen Unterhalt, zu präzisieren, war kein Erfolg beschieden<sup>46</sup>, weil Rechtsgrund für den Unterhaltsanspruch nicht die Ehe, sondern die nacheheliche Solidarität sei<sup>47</sup>. Die Botschaft spricht sich lediglich dahingehend aus, dass die bisherige Lebensführung grundsätzlich die *obere Grenze* des gebührenden nachehelichen Unterhalts darstelle<sup>48</sup>, dass damit eine Teilhabe am Luxus eines sehr wohlhabenden Partners, die den vollen Lebensbedarf übersteigt, ausgeschlossen ist<sup>49</sup>. Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung war der eheliche Lebensstandard nur im Rahmen des Art. 151 ZGB a.F. massgeblich und auch dies nur, soweit es sich nicht um eine kinderlose Kurzehe handelte. Bei der Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 ZGB a.F. war hingegen nach ständiger Rechtsprechung von einem um 20 % erhöhten erweiterten Notbedarf auszugehen<sup>50</sup>. Die Praxis – namentlich auch in Konventionen – hat dagegen bekanntlich weitgehend ihre eigenen Regeln entwickelt. In einem ersten Schritt wurde der jeweilige Grundbedarf beider Ehegatten ermittelt und dann ein allfälliger Überschuss verteilt<sup>51</sup>. Die allein Art. 4 Abs. 2 BV entsprechende und auch von der Literatur im Rahmen von Art. 151 ZGB a.F. vertretene<sup>52</sup> hälftige Teilung des Überschusses hat dabei freilich eher selten stattgefunden, wie die eingangs berichteten Zahlen deutlich machen. Bei sehr hohen Einkommen wurde oft eine konkrete Bedarfsberechnung durchgeführt<sup>53</sup>. Mangels eindeutiger Leitlinie im Gesetz ist zu befürchten, dass in Zukunft zu Lasten von Frauen weitere Abstriche gemacht werden. Dies gilt vor allem, wenn man die Rechtfertigung für Unterhalt in nachehelicher Solidarität sieht und damit die Assoziation zu Art. 152 ZGB a.F. heraufbeschwört.

#### ee. Vorsorgeunterhalt

Zum gebührenden Unterhalt gehören auch die Kosten zum Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge (Art. 125 Abs. 1 ZGB n.F.). Der Anspruch auf Vorsorgeunterhalt ist besonders wichtig, weil ein nacheheliches Vorsorgesplitting namentlich für die Zeit weiterer Kinderbetreuung nicht vorgesehen ist<sup>54</sup>. Scheitert der Vorsorgeunterhalt mangels liquider Mittel des Unterhaltsverpflichteten, so ist die Dauer der Rente gegebenenfalls entsprechend länger zu bemessen<sup>55</sup>.

#### ff. Unterdeckungsfälle

Ist die obere Grenze des Unterhalts, d.h. der eheliche Lebensstandard, unangefochten, so war das Gegenstück –

die Frage, ob es eine *untere Grenze* für Unterhalt geben soll – Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen<sup>56</sup>. Es geht dabei um die sogenannten Unterdeckungsfälle, in denen das verfügbare Einkommen nicht ausreicht, um nach Ehescheidung das Existenzminimum beider Ehegatten und allfälliger Kinder zu decken. Das Bundesgericht<sup>57</sup> vertritt bekanntlich die Auffassung, dass in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners nicht eingegriffen werden dürfe, der Fehlbetrag vielmehr allein vom unterhaltsberechtigten Ehegatten zu tragen sei<sup>58</sup>. Im Eheschutzverfahren und im Falle vorsorglicher Massnahmen, d.h. während noch bestehender Ehe, wurde auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, in Zusammenhang mit Art. 152 ZGB

44 Vgl. BGer. 5.10.1995, zusammengefasst in ZBJV 1996, 98 f.; vgl. auch schon BGE 67 II 2, 5.

45 Vgl. HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), N 05.80.

46 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2696 ff.; die gleiche Forderung wurde auch schon in der Vernehmlassung erhoben, vgl. dazu H. HAUSHEER, Gesichtspunkte bei der Regelung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts, Festschrift A. Koller, Bern 1993, 287, 311.

47 Vgl. Votum BR A. KOLLER, AmtlBull NR 1997, 2701.

48 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 116; a.A. BR A. KOLLER, AmtlBull NR 1997, 2701.

49 Vgl. auch schon BGE 119 II 314, 318 f.; 115 II 424, 426; 114 II 26, 31; diese Rechtsprechung verletzt gemäss M. BIGLER-EGGENBERGER, AJP/PJA 1996 3, 5 f., den verfassungsmässigen Gleichheitssatz, welcher eine bedingungslose hälftige Teilung erfordert.

50 Vgl. zuletzt BGE 123 III 1, 4; 121 III 49 ff., 51; dazu auch BÜHLER/SPÜHLER (FN 4), Art. 152 N 23; H. GEISER, ZBJV 1993, 339, 344; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), Rz. 05.178; I. SCHWENZER, Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung, in: Eherecht in der praktischen Auswirkung, Zürich 1991, 23, 33.

51 Zu den Methoden der Unterhaltsberechnung vgl. HAUSHEER/SPYCHER, ZBJV 1997, 149, 159 und ausführlich SPYCHER (FN 3), 147 ff.; VETTERLI (FN 35), 100 ff.

52 Vgl. U. ENGLER, BJM 1990, 169, 172 ff.; VETTERLI (FN 35), 103; H. HAUSHEER ZfRVgl 1996, 177, 183; vgl. auch die Übersicht über die von der Rechtsgrundlage abhängige unterschiedliche Überschussverteilung bei H. HAUSHEER/A. SPYCHER, ZBJV 1997, 149, 162 f.

53 Vgl. VETTERLI (FN 35), 105.

54 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2694 f.; vgl. auch die diesbezügliche Forderung bei BINKERT/WYSS (FN 3), 291 f.

55 So auch zum geltenden Recht B. PFIFFNER, plädoyer 1993/2, 32, 37.

56 Vgl. dazu ausführlich J.-F. PERRIN, La détermination des contributions alimentaires dans les situations de surendettement, Festschrift B. Schnyder, Freiburg 1995, 529 ff.; DERS., Sem-Jud 1993, 425 ff.

57 Vgl. BGE 123 III 1, 3; BGE 121 I 97, 101 f.

58 Zustimmend H. GEISER, AJP/PJA 1993 903, 912, unter Berufung auf die "(Beendigung) der Schicksalsgemeinschaft"; gl.M. auch H. HAUSHEER/H. GEISER, ZBJV 1998, 93, 98; a.M. P. URECH/U. FASEL, recht 1997, 57, 64.; D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 68; P. BREITSCHMID, AJP/PJA 1994 835, 842 f. Fn. 55.

a.F. hingegen auf den um 20% erweiterten Notbedarf<sup>59</sup>. Das Bundesgericht stützt seine Auffassung vor allem mit zwei Argumenten<sup>60</sup>: Zum einen müsse dem Unterhaltsschuldner ein Anreiz zur Erhöhung seines Arbeitswillens verbleiben, zum anderen gelte es, den administrativen Mehraufwand zu verhindern, der anfallt, wenn beide Ehegatten Fürsorge in Anspruch nehmen müssten. Die Gegner und Gegnerinnen dieser Auffassung, zu denen auch das Obergericht Basellandschaft zählt<sup>61</sup>, weisen vor allem auf Art. 4 Abs. 2 BV hin, dass nämlich diese Rechtsprechung eine indirekte Diskriminierung darstelle und sich allfällige Rückerstattungsansprüche des Gemeinwesens bei einseitiger Unterstützung des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei einer Verbesserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse für den vollen Unterdeckungsbeitrag nur gegen ihn richten, während der unterhaltsverpflichtete Ehegatte auch bei Verbesserung seiner Situation keinen Regress zu befürchten hat<sup>62</sup>. Ergänzt sei, dass auch nur die Verwandten der Unterhaltsberechtigten dem Regress durch das Gemeinwesen ausgesetzt werden, während die Verwandten des unterhaltspflichtigen Mannes verschont bleiben<sup>63</sup>.

In der parlamentarischen Debatte ist der Graben zwischen Gegnern und Befürwortern der Mankoteilung nochmals voll aufgebrochen. Zunächst sprach sich der Nationalrat für einen Art. 125 Abs. 2bis ZGB n.F. aus, der lautete "Fehlen die Mittel, um einen Beitrag festzulegen, der zur Sicherung des Existenzminimums erforderlich ist, so ist der Fehlbetrag in angemessener Weise auf beide Ehegatten aufzuteilen"<sup>64</sup>. Unter Berufung auf eine Überstrapazierung nahehelicher Solidarität lehnte der Ständerat diese Änderung jedoch ab<sup>65</sup>. Im Rahmen der Differenzbereinigung gab eine knappe Mehrheit des Nationalrates schliesslich nach<sup>66</sup>. Dabei wurde auch geltend gemacht, die naheheliche Solidarität könne nicht weiter gehen als die eheliche. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens und der vorsorglichen Massnahmen lasse das Bundesgericht jedoch einen Eingriff in das Existenzminimum nicht zu<sup>67</sup>, deshalb könne man nicht punktuell die Halbteilung des Mankos im Scheidungsrecht regeln<sup>68</sup>. Ein wahrlich seltsames Verständnis des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung, das dieser Argumentation zugrunde liegt. Ob man mit Nationalrätin SANDOZ<sup>69</sup> nunmehr davon ausgehen darf, es stehe im Ermessen des Gerichts, einen Fehlbetrag gleichmässig zu verteilen oder nicht, scheint mir eher zweifelhaft, nachdem Art. 125 Abs. 2bis nicht Gesetz geworden ist. Das Bundesgericht wird wohl kaum Anlass sehen, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzugehen.

### gg. Anrechnung von Mehrarbeit

Der letzte Punkt, der in diesem Zusammenhang erwähnt werden soll, ist die Frage der Anrechnung von Einkünften aus überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit. Es geht darum, dass Mütter trotz Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit wegen Kinderbetreuung eine solche dennoch ausüben. Soll diese Mehrarbeit den Mann unterhaltsrechtlich entlasten? Auch hier lag dem Nationalrat ein Antrag vor, der diese Frage in einem der Frau günstigen Sinne lösen wollte<sup>70</sup>. Und was hätte nähergelegen, als auch hier das

Argument zu bemühen, dass eine solche Regelung Anreiz bietet zur Steigerung der Arbeitsmoral – hier der Frau? Der Antrag fand indes keine Zustimmung, was u.a. damit begründet wurde, dass dies zu einer übermässigen finanziellen Besserstellung desjenigen Ehegatten führe, der neben der Kinderbetreuung einer Erwerbstätigkeit nachgeht<sup>71</sup> und dass auch den Mann, der sich nach Scheidung ja selbst versorgen müsse, eine Mehrbelastung treffe<sup>72</sup>! Ob und inwieweit Einkünfte aus überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit anzurechnen sind, erscheint deshalb als offene Frage<sup>73</sup>. Eine entsprechende Regelung in Konventionen ist deshalb dringend geboten.

### 3. Ausschluss oder Kürzung wegen Unbilligkeit

Obwohl auch im Unterhaltsrecht die Abkehr vom Verschuldensprinzip propagiert wurde, enthält Art. 125 Abs. 3 ZGB n.F. eine Billigkeitsklausel, wonach ein an sich nach Art. 125 Abs. 1, Abs. 2 ZGB n.F. gegebener Unterhaltsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen versagt oder gekürzt werden kann<sup>74</sup>. Diese Billigkeitsklausel hat eine recht wechselvolle Geschichte: Der Vorentwurf<sup>75</sup> hatte ursprünglich eine allgemeine Billigkeitsklausel vorgesehen. Aufgrund heftiger Kritik im Vernehmlassungsverfahren, dass damit das Verschuldensprinzip durch die Hintertür wieder eingeführt würde, beschränkte der bundesrätliche

59 Vgl. BGE 123 III 1, 4; 118 II 97, 100; kritisch hierzu SPYCHER (FN 3), 193 f.

60 Vgl. BGE 121 I 97, 101.

61 Vgl. OGer BL 26.9.1995, AB OGer BL 1995, 38 ff. mit weiteren Hinweisen; zur unterschiedlichen kantonalen Praxis vgl. V. RÜEGG, plädoyer 1994/1, 22, 23.

62 So auch V. RÜEGG, plädoyer 1994/1, 22, 25; P. URECH/U. FASEL, recht 1997, 57, 63 f.

63 Zum Regress gegen Verwandte vgl. K. JAGGI, ZBJV 1998, 393 ff.; kritisch zur Unterstützungsspflicht im allgemeinen I. SCHWENZER, Gutachten A zum 59. DJT, Hannover 1992, A 52., 42 ff.

64 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2696, 2702; diese Fassung ablehnend H. GEISER, NZZ vom 14. März 1998, 81.

65 Vgl. AmtlBull StR 1998, 325.

66 Vgl. AmtlBull NR 1998, 1190.

67 Vgl. BGE 121 I 97, 102.

68 Vgl. Votum A. BAUMANN, AmtlBull NR 1998, 1188; BR A. KOLLER, AmtlBull NR 1998, 1190; vgl. auch schon H. HAUSHEER/H. GEISER, ZBJV 1998, 93, 98 ff.

69 Vgl. AmtlBull NR 1998, 1187.

70 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2696.

71 Vgl. Votum H. RAGGENBASS, AmtlBull NR 1997, 2698.

72 Vgl. Votum L. NABHOLZ, AmtlBull NR 1997, 2700.

73 Grundsätzlich bejahend D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 68; H. GELSER, AJP/PJA 1993 903, 908, SPYCHER (FN 3), 89 ff.; vgl. dazu auch die Billigkeitsklausel im deutschen Recht § 1577 Abs. 2 BGB.

74 Vgl. zum Ganzen SPYCHER (FN 3), 280 ff.

75 Vgl. Art. 130 Abs. 3 VorE für eine Revision des ZGB, 1992 (Vernehmlassungsvorlage).



Entwurf<sup>76</sup> die Billigkeitsklausel auf drei abschliessend geregelte, nach seiner Ansicht besonders krasse und eindeutige Fälle, nämlich die grobe Verletzung der Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, das mutwillige Herbeiführen der eigenen Bedürftigkeit und das Begehen einer schweren Straftat gegen den Unterhaltsschuldner oder eine diesem nahestehenden Person. Der Ständerat<sup>77</sup> fügte Art. 125 Abs. 3 ZGB n.F. das Wörtchen "insbesondere" bei, was aus der abschliessenden Aufzählung von Ausschluss- bzw. Kürzungstatbeständen eine beispielhafte werden lässt. Im Nationalrat konnte sich zunächst mit knapper Mehrheit ein Antrag durchsetzen, der Art. 125 Abs. 3 um ein viertes Beispiel erweitern wollte, nämlich wenn "der berechtigten Person ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt"<sup>78</sup>. Nach Festhalten des Ständerats an der "insbesondere" – Fassung<sup>79</sup> schwenkte schliesslich auch der Nationalrat auf diese Linie ein<sup>80</sup>.

Bedenken bestehen schon gegen jede Billigkeitsklausel, wenn Unterhalt als Ausgleich ehebedingter Nachteile und nicht als naheheliche Solidarität begriffen wird<sup>81</sup>. Dementsprechend gibt es Billigkeitsklauseln, die an zurückliegendes Verhalten des Berechtigten anknüpfen, weder im Güterrecht noch beim Vorsorgeausgleich<sup>82</sup>. Auch den meisten ausländischen Rechtsordnungen – das deutsche Recht ausgenommen – sind sie mittlerweile fremd<sup>83</sup>.

Bedenken bestehen aber vor allem gegen die Form der Billigkeitsklausel, wie sie nun Gesetz werden wird. Die Regelbeispiele, die sich bereits im Entwurf des Bundesrates fanden, entstammen sämtliche dem deutschen Recht<sup>84</sup>. Sie werden dort in unterschiedlicher Weise zur Versagung oder Kürzung von Unterhaltsrenten nutzbar gemacht. Zur Verletzung der Unterhaltungspflichtverletzung gibt es in Deutschland bislang praktisch keine Rechtsprechung<sup>85</sup>. Die Literatur vertritt allerdings die Auffassung, dass es schon ausreiche, wenn die Berechtigte Haushalt und Kinder vernachlässigt habe<sup>86</sup>. Welch schmutzige Wäsche in hochstreitigen Fällen auch insoweit weiter im Gerichtssaal gewaschen wird, kann man sich schon heute ausmalen. Ziff. 2 erwähnt die mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit<sup>87</sup>. Der Begriff der Mutwilligkeit ist dem schweizerischen Privatrecht fremd<sup>88</sup>. In Deutschland wird er als Leichtfertigkeit, zu der auch bewusste Fahrlässigkeit gehört, ausgelegt<sup>89</sup>. Immer wieder wurden damit Unterhaltsansprüche alkohol- und drogenabhängiger Personen abgewehrt. Der dritte Regelfall nennt das Begehen einer schweren Straftat gegenüber dem Unterhaltspflichtigen oder einer ihm nahe verbundenen Person. Die Botschaft verweist insoweit auf den Schenkungswiderruf und die Enterbungsgründe<sup>90</sup>. Schon dieser Verweis ist angesichts der Auslegung dieser Bestimmungen nicht unproblematisch<sup>91</sup>. Überdies zeigt auch hier die deutsche Rechtsprechung, wie extensiv eine derartige Vorschrift interpretiert werden kann<sup>92</sup>. Insgesamt muss schon im Rahmen der drei Fallbeispiele befürchtet werden, dass das Verschuldensprinzip in der Praxis durch die Hintertür wieder Eingang in das Unterhaltsrecht findet. Umso mehr gilt dies, als nunmehr diese Fälle durch die "insbesondere"-Klausel zu blossen Regelbeispielen geworden sind<sup>93</sup>. Um

mit Ständerätin BRUNNER zu sprechen: "Les propositions qui ont l'air les plus innocentes sont parfois les plus dangereuses"<sup>94</sup>. Auch Bundesrat KOLLER mahnte während der parlamentarischen Beratungen wiederholt, dass die "insbesondere"-Klausel dem Verschuldensprinzip Tür und Tor öffne<sup>95</sup>. Es wird sich zeigen müssen, ob die Praxis gewillt ist, hier einen Riegel vorzuschieben, oder ob – wie namentlich in Deutschland in den achtziger Jahren – Frauen über das Unterhaltsrecht gemassregelt werden, wenn sie aus einer sogenannten "intakten Ehe ausbrechen"<sup>96</sup>.

Die Bedenken gegen die Billigkeitsklausel des Art. 125 Abs. 3 ZGB n.F. sind damit einmal prinzipieller Natur. Es bleibt der Praxis überlassen, die Abkehr vom Verschuldensprinzip zu vollziehen oder nicht. Zum andern verstösst eine solche Regelung m.E. gegen Art. 4 Abs. 2 BV, weil sie Frauen als regelmässig Unterhaltsberechtigte indirekt diskriminiert. Denn krasses Verschulden wirkt sich immer nur unterhaltsausschliessend oder -verkürzend aus. Ist dem Mann ein Verschulden vorzuwerfen, und sei es auch noch so krass, so kommt eine Erhöhung des Unterhalts – anders als noch theoretisch im Rahmen von Art. 151 ZGB – nicht in Betracht<sup>97</sup>. Auch ist unsicher, ob beispielsweise eine miss-

76 Vgl. dazu Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 114 f.

77 Vgl. Antrag F. WICKI, AmtlBull StR 1997, 764 f.

78 Vgl. Antrag H. RAGGENBASS, AmtlBull NR 1997, 2696 ff.; kritisch zu dieser Formulierung HAUSHEER (FN 46), 311.

79 Vgl. AmtlBull StR 1998, 326.

80 Vgl. AmtlBull NR 1998, 1190.

81 Kritisch auch F. WERRO, ZSR 1996 I, 365, 385 f. und I. SCHWENZER, ZBJV 1993, 257, 263 f.

82 Vgl. Art. 123 Abs. 2 ZGB n.F.

83 Vgl. nur AMERICAN LAW INSTITUTE, Principles of the Law of Family Dissolution (FN 24); S. M. CRETNEY, Principles of Family Law, London 1997, 448 ff.

84 Vgl. § 1579 Ziff. 2, 3, 5 BGB.

85 Vgl. nur P. WENDL/S. STAUDIGL/P. GERHARDT, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 4. Aufl. 1997, § 4 Rn. 702 ff.

86 WENDL/STAUDIGL/GERHARDT (FN 85), § 4 Rn. 704 ff.

87 Dazu SPYCHER (FN 3), 290 f.

88 Der Terminus ist in der Schweiz nur im Prozessrecht gebräuchlich, vgl. z.B. Art. 31 Abs. 2 OG, Art. 274d Abs. 2 und 343 Abs. 3 OR.

89 Vgl. BGH FamRZ 1981, 1042, 1044; WENDL/STAUDIGL/GERHARDT (FN 85), § 4 Rn. 669 f.

90 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 115, mit Hinweis auf Art. 249 Ziff. 1 OR und Art. 477 Ziff. 1 ZGB.

91 Vgl. BINKERT/WYSS (FN 3), 281.

92 Vgl. H. OELKERS, FamRZ 1996, 257, 260 f.

93 Ablehnend zur nicht abschliessenden Aufzählung SPYCHER (FN 3), 286 f.; F. WERRO, ZSR 1996 I, 365, 385 f.

94 Vgl. AmtlBull StR 1996, 763.

95 Vgl. nur AmtlBull NR 1997, 2702.

96 Vgl. dazu z.B. OLG Hamm, FamRZ 1989, 1091 ff., 1092; OLG Frankfurt, FamRZ 1989, 279 ff., 280; dazu auch L. M. PESCHEL-GUTZEIT, FamRZ 1996, 1446, 1450 f.

97 Anders entschieden haben diese Frage einzelne US-amerikanische Gerichte, vgl. z.B. *Osman v. Keating-Osman*, 521 N.W.2d 655 (S.D.1994).

handelte Frau einen Genugtuungsanspruch nach Art. 49 Abs. 1 OR<sup>98</sup> besitzt, ist doch eine entsprechende Bestimmung, die der Vorentwurf<sup>99</sup> enthielt, weggefallen. Schliesslich trägt die Billigkeitsklausel den Interessen allfälliger unmündiger Kinder nicht Rechnung. Denn anders als nach der Billigkeitsklausel des deutschen Rechts (§ 1579 BGB)<sup>100</sup>, die wie gesagt für die neue Regelung Pate gestanden hat, wird in Art. 125 Abs. 3 ZGB n.F. die Wahrung der Belange eines gemeinschaftlichen Kindes nicht vorbehalten; m.a.W. der Unterhaltsanspruch der Frau kann auch dann versagt oder gekürzt werden, wenn dadurch das Kindeswohl beeinträchtigt oder sogar gefährdet wird, weil die erforderliche Betreuung infolge der Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit nicht mehr möglich ist.

#### 4. Art der Unterhaltsgewährung und Modalitäten

Wie bisher ist nach Art. 126 Abs. 1 ZGB n.F. Unterhalt grundsätzlich in Form einer Rente zu leisten, ausnahmsweise kann statt dessen auch eine Abfindung festgesetzt werden (Art. 126 Abs. 2 ZGB n.F.). Ausdrücklich erwähnt wird in Art. 126 Abs. 3 ZGB n.F. die Möglichkeit, den Unterhaltsbeitrag von Bedingungen abhängig zu machen. Dies ist besonders deshalb für die Praxis wichtig, weil nach wie vor – wie noch zu zeigen sein wird – die nachträgliche Festsetzung oder Erhöhung einer Unterhaltsrente nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen möglich ist. Ist beispielsweise im Scheidungszeitpunkt unsicher, ob die Frau ihren Arbeitsplatz behalten wird, kann für den Fall des Arbeitsplatzverlustes ein suspensiv bedingter Unterhaltsbeitrag festgesetzt werden.

#### 5. Anpassung, Änderung, Erlöschen

##### a. Anpassung an die Teuerung

Die Möglichkeit der Indexierung von Unterhaltsrenten, die heute schon einen festen Bestandteil der Praxis darstellt<sup>101</sup>, wird nunmehr in Art. 128 ZGB n.F. ausdrücklich festgehalten. Auch ist eine nachträgliche Anpassung an die Teuerung im Rahmen eines Abänderungsverfahrens möglich, wenn das Einkommen des Verpflichteten nach der Scheidung unvorhergesehenerweise gestiegen ist (Art. 129 Abs. 2 ZGB n.F.), es sei denn, die Parteien hätten die Möglichkeit einer Änderung nach Art. 127 ZGB n.F. ausgeschlossen.

##### b. Gerichtliche Abänderung

###### aa. Herabsetzung, Aufhebung, Sistierung

Nach Art. 129 Abs. 1 ZGB n.F. kann eine Unterhaltsrente herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden, wenn sich die Verhältnisse erheblich und dauernd verändert haben. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht<sup>102</sup>; neu ist, dass das Gesetz nunmehr ausdrücklich die Möglichkeit der blossen Sistierung vorsieht<sup>103</sup>.

Herabsetzung, Aufhebung oder Sistierung kommen zunächst in Betracht, wenn sich die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten entscheidend verschlechtert hat, z.B. infolge Arbeitslosigkeit, Krankheit etc.<sup>104</sup> Eine Verminderung der Bedürftigkeit auf Seiten der Unterhaltsberechtigten, z.B. infolge unerwarteter Aufnahme oder Erhöhung der Erwerbstätigkeit oder Anfalls einer Erbschaft, soll nur dann zu berücksichtigen sein, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt wurde<sup>105</sup>. Damit soll einer vorschnellen Herabsetzung von Unterhaltsrenten gegengesteuert werden<sup>106</sup>.

Der Herabsetzung ist jede Rente unterworfen. Ein Antrag im Nationalrat, Renten, die zum Aufbau einer Altersvorsorge festgesetzt wurden, davon auszunehmen, konnte sich nicht durchsetzen<sup>107</sup>.

Art. 129 Abs. 1 ZGB n.F. ist auch der Ort, wo nach dem Willen des Gesetzgebers inskünftig der Einfluss einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft auf allfällige Unterhaltsansprüche geprüft werden soll<sup>108</sup>. Zu erinnern ist daran, dass

98 Den Weg über das Deliktsrecht beschreiten inzwischen viele amerikanischen Gerichte, um zu einer Erhöhung von Unterhaltsansprüchen zu gelangen, vgl. z.B. *Twyman v. Twyman*, 855 S.W.2d 619 (Tex.1993); *Hakkila v. Hakkila*, 812 P2d 1320 (N.M.App. 1991).

99 Vgl. Art. 129 VorE.; kritisch zu einer besonderen familienrechtlichen Genugtuungsbestimmung HINDERLING/STECK (FN 4), 398 FN 45.

100 Ingress zu § 1579 sieht eine Kürzung des Unterhaltsanspruchs nur vor "(...) unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes (...)"; auch die entsprechende Norm des englischen Rechts (Sec. 25 Abs. 1 M.C.A. 1973 i.d.F. 1984) hält fest, dass: "*first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family*".

101 Vgl. nur BGE 115 II 309, 312; 100 II 245, 253, 255; dazu R. VETTERLI, AJP/PJA 1994 929, 937 f.; C. HEGNAUER/P. BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. A. Bern 1993, N 11.28; ausführlich dazu auch HINDERLING/STECK (FN 4), 377 ff.; H. GEISER, SJZ 1993, 339, 364.

102 Vgl. BGE 114 II 117, 118; 108 II 30, 33; vgl. dazu auch die zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung bei E. EPINEY-COLOMBO, ZBJV 1997, 525, 542; HINDERLING/STECK (FN 4), 344 ff.; SPYCHER (FN 3), 302 ff.; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), Rz. 05.150.

103 Die Praxis hat diesen Schritt bereits seit einiger Zeit vollzogen, vgl. dazu BÜHLER/SPÜHLER (FN 4), Art. 153 N 78; D. STECK, ZBJV 1997, 181, 203 f.; kritisch H. GEISER, AJP/PJA 1993 903, 912; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), Rz. 09.121.

104 Vgl. H. GEISER, ZBJV 1993, 339, 360 f.; BÜHLER/SPÜHLER (FN 4), Art. 153 N 67 ff., SPÜHLER/FREI-MAURER (FN 4), Art. 153 N 69.

105 Zum geltenden Recht vgl. BGE 117 II 211, 212; 117 II 359, 360; dazu auch BÜHLER/SPÜHLER (FN 4), Art. 153 N 60 ff.; SPÜHLER/FREI-MAURER (FN 4), Art. 153 N 60; H. GEISER, ZBJV 1993, 339, 363.

106 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 119.

107 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2703, 2707; vgl. dazu auch M. BINKERT, NZZ vom 21. Januar 1995, 15.

108 Vgl. AmtlBull StR 1996, 763.



das Bundesgericht ein Erlöschen der Unterhaltspflicht entsprechend Art. 153 Abs. 1 ZGB a.F. annahm, wenn die Berechtigte in einem sogenannten qualifizierten Konkubinat lebte, was nach fünfjähriger Dauer der Gemeinschaft vermutet wurde<sup>109</sup>. Nicht entscheidend ist dabei, ob der neue Partner überhaupt leistungsfähig ist<sup>110</sup>. Daran wird sich auch in Zukunft nichts ändern, denn ein Antrag im Nationalrat, eheähnliche Lebensgemeinschaften nur im Rahmen der dadurch tatsächlich veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse der berechtigten Person während der Dauer der Lebensgemeinschaft zu berücksichtigen, fand keine Zustimmung<sup>111</sup>. Neu ist, dass die Rente in Zukunft bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft auch lediglich herabgesetzt oder sistiert werden kann, wie es allerdings schon häufig in Konventionen vorgesehen war<sup>112</sup> und auch von verschiedenen kantonalen Gerichten bereits praktiziert wurde<sup>113</sup>. Fraglich erscheint, inwieweit sich diese Möglichkeit auf das Erfordernis der Stabilität der Lebensgemeinschaft auswirkt. Schon wird in der Literatur die Meinung vertreten, bei blosser Sistierung der Rente könne auf dieses Erfordernis verzichtet werden<sup>114</sup>. Sollte diese Auffassung Schule machen, so käme die an sich begrüssenswerte Flexibilisierung in Art. 129 Abs. 1 ZGB n.F. einmal mehr primär den Unterhaltsverpflichteten, nicht aber den Unterhaltsberechtigten zugute. Auch in diesem Punkt sollte deshalb in Konventionen eine klare Regelung getroffen werden.

#### bb. Nachträgliche Festsetzung oder Erhöhung

Das geltende Recht schliesst die nachträgliche Festsetzung oder Erhöhung einer Unterhaltsrente grundsätzlich aus<sup>115</sup>. In beschränktem Rahmen soll nach Art. 129 Abs. 3 ZGB n.F. nun auch eine Neuurteilung der Unterhaltsbeiträge im Sinne einer Erhöhung oder Festsetzung der Rente möglich sein. Möglich ist dies jedoch nur dann, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der verpflichteten Person verbessert haben und im ursprünglichen Scheidungsurteil festgehalten worden ist, dass keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte<sup>116</sup>. Eine Erhöhung oder Neufestsetzung kommt darüber hinaus nur während fünf Jahren nach Scheidung in Betracht. Weitergehende Anträge im Nationalrat<sup>117</sup>, die Fünfjahresfrist fallen zu lassen bzw. eine Erhöhungsmöglichkeit auch für den Fall der Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Unterhaltsberechtigten vorzusehen, wurden unter Berufung auf das clean break-Prinzip und eine Überstrapazierung nahehehlicher Solidarität verworfen<sup>118</sup>. Das heisst z.B., dass keine nachträgliche Festsetzung eines Unterhaltsbeitrags erfolgen kann, wenn eine Frau im Scheidungszeitpunkt zu 100% erwerbstätig ist und deshalb keine Rente erhält, jedoch ein Jahr nach Scheidung zusätzlicher Betreuungsbedarf für ein verunfalltes, invalid gewordenes Kind entsteht, so dass die Frau nur noch teilzeiterwerbstätig sein kann. Ob man in diesem Fall – wie die Botschaft meint<sup>119</sup> – mit einer entsprechenden Anpassung des Unterhaltsbeitrags für das Kind weiterhelfen kann, erscheint höchst fragwürdig. Darin läge eine völlig neue Konzeption des Betreuungsunterhalts, die m.E. zwar durchaus sachgerecht, aber dem Schweizer Recht bislang fremd

ist: nämlich die Kosten der Betreuung als Teil des Kindesunterhalts zu begreifen<sup>120</sup>.

Insgesamt zeigt sich auch hier, dass das Unterhaltsrecht weit hinter dem Ausgleich ehebedingter Nachteile zurückbleibt. Die Berufung auf das clean break-Prinzip<sup>121</sup> muss dabei umso mehr erstaunen, als es bei der spiegelbildlichen Fallgestaltung, der Herabsetzung der Rente infolge Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Berechtigten, z.B. wegen Anfalls einer Erbschaft, nicht bemüht wird.

#### c. Erlöschen

Wie nach bisherigem Recht erlischt die Beitragspflicht mit dem Tod der berechtigten oder der verpflichteten Person (Art. 130 Abs. 1 ZGB n.F.) sowie im Falle der Wiederverheiratung der Unterhaltsberechtigten (Art. 130 Abs. 2 ZGB n.F.)<sup>122</sup>. Die bundesrätliche Vorlage hatte demgegenüber vorgesehen, dass bei Wiederverheiratung die Unterhaltsberechtigte die Weiterbezahlung einer Rente, die zur beruflichen Eingliederung oder wegen Kindesbetreuung zugesprochen wurde, hätte beantragen können<sup>123</sup>. Dem lag der zutreffende Gedanke zugrunde, dass diese Kosten als direkte Folge der in der ersten Ehe gewählten Aufgabenteilung anfallen und deshalb nicht einzusehen ist, warum sie der neue Ehepartner übernehmen soll<sup>124</sup>. Mit dem juristisch

109 Vgl. zuletzt BGE 124 III 52, 54; vorher schon BGE 116 II 394, 397; 114 II 295, 298; BGer. AJP/PJA 1992, 655 f. m.Anm. H. SUTTER; auch schon SCHWENZER (FN 50), 34.

110 Vgl. BGE 116 II 394, 397; 109 II 188, 190.

111 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2702, 2707.

112 Sog. Konkubinatsklausel, vgl. HINDERLING/STECK (FN 4), 366 FN 13; SPÜHLER/FREI-MAURER (FN 4), Art. 153 N 19, 23.

113 Vgl. nur App.Ger. BS, BJM 1987, 142 ff., 144 f.; a.M. BGer. AJP/PJA 1992 655, 656; BGE 107 II 297, 300; vgl. auch BÜHLER/SPÜHLER (FN 4), Art. 153 N 23; SPÜHLER/FREI-MAURER (FN 4) Art. 153 N 23.

114 Vgl. H. HAUSHEER, ZFRVgl 1996, 177, 184.

115 Vgl. BGE 117 II 359, 365; BÜHLER/SPÜHLER (FN 4) Art. 153 N 43 f.; SPÜHLER/FREI-MAURER (FN 4), Art. 153 N 46; H. GEISER, ZBJV 1993, 339, 359 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Auflösung der Schicksalsgemeinschaft; kritisch M. BIGLER-EGGENBERGER, AJP/PJA 1996 3, 6; D. GESSLER, SJZ 1995, 65, 67.

116 Vgl. dazu Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 115 f.; F. WERRO, ZSR 1996 I, 365, 389; HAUSHEER/SPYCHER (FN 5), Rz. 09.116.

117 Vgl. AmtlBull NR 1997, 2703.

118 Vgl. die Nachweise in FN 21 und 22; so auch schon HINDERLING/STECK (FN 4), 397 FN 41; SPYCHER (FN 3), 305 wertet diesen Verzicht als bedauerlich.

119 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 120 Fn. 372.

120 Vgl. dazu I. SCHWENZER, Gutachten A zum 59. DJT, Hannover 1992, A 52; kritisch auch SPYCHER (FN 3), 306.

121 So ausdrücklich BGE 117 II 359, 365; H. GEISER, ZBJV 1993, 339, 359; gl.M. auch R. REUSSER, ZSR 1996 I, 337, 340.

122 Zum geltenden Recht vgl. HEGNAUER/BREITSCHMID (FN 101), N 11.27.

123 Art. 130 Abs. 2 n.F.; zustimmend F. WERRO, ZSR 1996 I, 365, 384.

124 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 121.

wohl kaum bestechenden Argument, "man kann nicht den Fünfer und das Weggli... haben!"<sup>125</sup>, hat sich der Nationalrat auch hier gegen einen echten Ausgleich ehebedingter Nachteile entschieden. Immerhin bleibt eine andere Vereinbarung vorbehalten, d.h. die Ehegatten können in ihrer Konvention bestimmen, dass ein Unterhaltsbeitrag auch bei Wiederverheiratung zu leisten ist. Dasselbe muss im Hinblick auf die Vererblichkeit gelten, obgleich in Art. 130 Abs. 1 ZGB n.F. der Vorbehalt abweichender vertraglicher Vereinbarung nicht ausdrücklich erwähnt wird.

## 6. Vollstreckungshilfen

Einen echten Fortschritt für Unterhaltsberechtigte bringen die in Art. 131, 132 ZGB n.F. vorgesehenen Vollstreckungshilfen, nämlich Inkassohilfe (Art. 131 Abs. 1 ZGB n.F.), Anweisungen an die Schuldner des Unterhaltsverpflichteten (Art. 132 Abs. 1 ZGB n.F.) und Sicherstellung (Art. 132 Abs. 2 ZGB n.F.), die im wesentlichen den entsprechenden Bestimmungen des Kindesrechts nachgebildet sind<sup>126</sup>. Dabei ist allerdings fraglich, ob die wirksamste Hilfe bei einer schlechten Zahlungsmoral des Schuldners, die Alimentenbevorschussung, tatsächlich eingeführt wird. Diese Frage fällt bekanntlich in die Gesetzgebungsbefugnis der Kantone, und deren Kassen sind zur Zeit nicht allzu üppig gefüllt. Dementsprechend wurde der Wortlaut des Art. 131 Abs. 2 ZGB n.F. im Vergleich zur bundesrätlichen Vorlage vom Ständerat abgeschwächt<sup>127</sup>.

## 7. Konventionen

Auch nach Inkrafttreten des neuen Rechtes ist damit zu rechnen, dass wie unter altem Recht und im Ausland in mehr als 90% aller Scheidungsfälle der Unterhalt nicht gerichtlich festgesetzt, sondern von den Parteien in einer Konvention vereinbart wird. Das der Revision zugrunde liegende Leitbild der einverständlichen Scheidung lässt sogar einen weiteren Anstieg dieser Zahl erwarten. Da das Unterhaltsrecht – im Gegensatz zum Vorsorgeausgleich, der nur sehr begrenzt einer abweichenden Vereinbarung zugänglich ist (Art. 123 Abs. 1 ZGB n.F.), – dispositiver Natur ist, ist es also primär an der Anwaltschaft, einen gerechten Interessenausgleich zu fördern. Auf eine Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten wurde bereits hingewiesen.

Wie nach geltendem Recht (Art. 158 Ziff. 5 ZGB a.F.) bedarf die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Genehmigung (Art. 140 Abs. 1 ZGB n.F.). Entsprechend der bereits geltenden Bundesgerichtspraxis<sup>128</sup> bestimmt Art. 140 Abs. 2 ZGB n.F., dass das Gericht dabei zu prüfen hat, ob die Ehegatten die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben, und ob diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist<sup>129</sup>. Nun hat sich freilich in der Vergangenheit gezeigt, dass die Instanzgerichte von ihrer Prüfungskompetenz in recht unterschiedlichem Ausmass Gebrauch machen<sup>130</sup>. Vor allem unter dem Deckmantel eines formal-egalitären Gleichberechtigungsverständnisses und einer falsch verstandenen Vertragsfreiheit beschränken

sich viele Gerichte heute darauf, Konventionen – namentlich bei anwaltlich vertretenen Parteien – einfach abzustempeln. Wie jedoch in der jüngeren Literatur<sup>131</sup> des In- und Auslandes immer wieder betont wird, sind die Voraussetzungen der Vertragsfreiheit gerade bei Scheidungskonventionen nicht gegeben, da regelmässig von einer strukturell bedingten Unterlegenheit der unterhaltsberechtigten Frau auszugehen ist. Eine echte gerichtliche Inhaltskontrolle von Scheidungsvereinbarungen gerade im Bereich der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge ist deshalb unabdingbar<sup>132</sup>. Dasselbe gilt für voreheliche oder während noch intakter Ehe geschlossene Unterhaltsvereinbarungen<sup>133</sup>, mit deren Zunahme angesichts ausländischer Erfahrungen nach Abschaffung des Verschuldensprinzips im Scheidungsrecht inskünftig auch in der Schweiz zu rechnen ist.

## IV. Schlussbetrachtung

Wie wird sich die Revision des nahehelichen Unterhaltsrechts auf die Praxis auswirken? Ich wage keine Prognose. Da das neue Recht mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe arbeitet und das Ob, die Höhe und die Dauer der Unterhaltsbeiträge weitgehend in das Ermessen des Gerichts stellt, wird auch in Zukunft weniger die gesetzliche Regelung als vielmehr das Vorverständnis der juristischen Beteiligten am Scheidungsprozess von Ehe, Familie und Geschlechterbeziehungen für die Rechtspraxis entscheidend sein<sup>134</sup>. Drei Szenarien sind denkbar: Szenario I: Es bleibt alles beim Alten. Dafür spricht eine gewisse Beharrlichkeit der Juristen und die Tatsache, dass insbesondere Art. 125 Abs. 2 ZGB n.F. kaum etwas anderes ist, als die in Gesetz gegossene bundesgerichtliche Rechtsprechung. Szenario II: Die ökonomische Situation geschiedener Frauen wird sich weiter verschlechtern. Dafür sprechen die Erfahrungen in ausländischen Staaten, die die Abkehr vom Verschuldensprinzip bereits in den siebziger Jahren vollzogen

125 Vgl. Votum A. BAUMANN, AmtlBull NR 1997, 2710.

126 Vgl. Art. 290–293 ZGB; dazu C. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 4. A., Bern 1994, N 23.07 ff.

127 Vgl. AmtlBull StR 1996, 765 ff.

128 Vgl. BGE 119 II 297, 301; 121 III 393, 396; dazu auch HINDERLING/STECK (FN 4), 518 FN 11a; HEGNAUER/BREITSCHMID (FN 101), N 12.33.

129 Vgl. dazu im Einzelnen Botschaft Scheidungsrecht (FN 18), 141.

130 Vgl. BINKERT/WYSS (FN 3), 61 ff., 88, 115 ff.

131 Vgl. I. SCHWENZER, AcP 196 (1996), 88 ff., 104 ff.; BINKERT/WYSS (FN 3), 275 ff.

132 Dies setzt freilich voraus, dass sich das Gericht ein umfassendes Bild der ökonomisch relevanten Eckwerte verschafft, vgl. auch BINKERT/WYSS (FN 3), 277.

133 Vgl. auch schon BGE 121 III 393, 395 = AJP/PJA 1996 1156 ff. m.Anm. I. SCHWENZER.

134 Vgl. dazu BINKERT/WYSS (FN 3), 183 ff.

haben<sup>135</sup>. Der Gesetzgeber hat sich diese Erfahrungen leider nicht zunutze gemacht und dementsprechend keine Vorkehrungen zur Eindämmung einer solchen Entwicklung getroffen, wie sie heute im Ausland diskutiert werden. Szenario III: Die ehebedingten Nachteile werden gerecht – d.h. gleichmässig – auf die Ehegatten, deren gemeinsames Unternehmen gescheitert ist, verteilt. Es ist Aufgabe der Anwaltschaft und der Instanzgerichte, in Konventionen und Urteilen dieses Szenario Wirklichkeit werden zu lassen. Die hierzu nötige Flexibilität besitzt die neue gesetzliche Regelung jedenfalls.

---

135 Vgl. nur L. J. WEITZMAN, *The Divorce Revolution*, New York 1985, 357 ff.

L'auteur se penche sur les changements et les progrès que la révision du droit de divorce amène au sujet de l'entretien du conjoint.

En tenant compte de la doctrine suisse et étrangère, du message du Conseil fédéral et des débats parlementaires, l'auteur jette un regard critique sur l'historique de cette loi, ainsi que les développements engendrés par la teneur des nouveaux articles. L'auteur constate qu'après avoir abandonné le principe de la culpabilité, aucune discussion n'a eu lieu au sujet des bases juridiques et de la justification de l'entretien du conjoint après mariage. Elle est de l'avis que cet entretien du conjoint après mariage ne peut trouver son fondement que dans la compensation des désavantages liés au mariage.

Après une discussion générale des nouveaux articles, l'auteur traite d'un œil critique la clause d'équité de l'article 125 al. 3 nCC.

(Flurin von Planta)