

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

207 *Andrea Büchler, Linus Cantieni, Heidi Simon:* Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag

229 *Roland Fankhauser:* Gesetzliches Ehegattenerbrecht in der (Ehe-)Krise

256 *Daniel Häring:* Neuerungen im Bereich internationaler Kindesentführung Beurteilung der Reformvorschläge im Vorentwurf/ Entwurf des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung

280 *Brigitte Stump:* Das neue schweizerische Jugendstrafrecht – ein Überblick über die per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Normen mit Ausblick auf die Schaffung eines einheitlichen Jugendstrafprozessrechts

298 *A. Doris Baumgartner:* Über die Sonderkategorie der Frauen auf dem Arbeitsmarkt
Zum Zusammenhang von institutionellem und kulturellem Wandel und der Stellung der Frauen auf dem Arbeitsmarkt

AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO

318 *Kränzl-Nagl Renate, Pelikan Christa:* Die Kindschaftsrechtsreform in Österreich: Erfahrungen unterschiedlicher Berufsgruppen, insbesondere mit der Obsorge beider Eltern

PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI

336 *Ingeborg Schwenzer, Elisabeth Freivogel:* Der praktische Fall: «Das fleissige Lieschen»

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

345 Literatur – Littérature – Letteratura

354 Rezensionen – Recensions – Recensionii

RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Richard Barbey
Katerina Baumann
Peter Breitschmid
Dieter Bürgin
Laura Cardia-Vonèche
Michelle Cottier
Jeanne DuBois
Joseph Duss-von Werdt
Emanuela Epiney-Colombo
Elisabeth Freivogel
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Monique Jametti Greiner
Margareta Lauterburg
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Ueli Mäder
Andrea Maihofer
Niccolò Raselli
Alexandra Rumo-Jungo
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Thomas Sutter-Somm
Rolf Vetterli



Der praktische Fall: «Das fleissige Lieschen»*Ingeborg Schwenger, Prof. Dr. iur., LL.M., Basel**Elisabeth Freivogel, lic. iur., LL.M., Advokatin Basel/Binningen***Stichwörter:** *Nachehelicher Unterhalt, Vorsorgeausgleich, angemessene Entschädigung, Errungenschaftsbeteiligung, lange Trennungsdauer, Rechtsmissbrauch.***Mots clefs:** *Entretien après le divorce, compensation de la prévoyance, indemnité équitable, participation aux acquêts, séparation de longue durée, abus de droit.***I. Sachverhalt**

Die Parteien haben im April 1967 geheiratet. Der Ehemann war damals 23, die Ehefrau 21 Jahre alt. Im November 1967 wurde der erste, im November 1970 der zweite Sohn geboren. Während ihres Zusammenlebens lebten die Parteien in traditioneller Rollenteilung; während der Ehemann einer 100%-Erwerbstätigkeit nachging, versorgte die Ehefrau die Kinder und den Haushalt. Darüber hinaus erwarb sie aber einen erheblichen Zuverdienst durch Heimarbeit, woraus Steuern, Ferien und weitere Bedürfnisse der Familie finanziert sowie Ersparnisse für den Ankauf der Eigentumswohnung geäuftet wurden.

Seit 1. März 1985 leben die Eheleute (ohne gerichtliches Verfahren) getrennt. Die Söhne blieben bei der Mutter. Der Ehemann zahlte – zum Teil unregelmässig und mit Lücken – CHF 550 pro Kind und Monat bis zu den Lehrabschlüssen der Söhne und CHF 680 bis Februar 1988 für die Ehefrau. Im Zeitpunkt der Trennung bestand das einzige Vermögen der Eheleute in einer im Miteigentum stehenden Eigentumswohnung, die kurz vor der Trennung mit CHF 50 000 Eigenkapital aus Zuverdienst-Ersparnissen der Ehefrau angeschafft worden war.

Innerhalb eines Jahres ab Trennung hat die Ehefrau eine 100%-Stelle angetreten, daneben ihre selbstständige Erwerbstätigkeit fortgeführt, nebenberuflich eine Zweitausbildung (Handelsdiplom) und weitere Weiterbildungen gemacht und ist im Bankengeschäft bis zur Teamleiterin Portfoliomanagement aufgestiegen. Sie hat sich mit ihrer nebenberuflichen selbstständigen Erwerbstätigkeit in die Pensionskasse eingekauft, Darlehensschulden im Zusammenhang mit der Eigentumswohnung zurückgezahlt, amortisiert und notwendige Investitionen getätigt. Erst nachdem dies geleistet war, hat sie neben ihrer 100%-Stelle auf weitere Erwerbstätigkeit verzichtet. Nebst der Eigentumswohnung hat sie heute ein Wertschriftenguthaben von CHF 374 000 angespart und in der Pensionskasse eine Freizügigkeitsleistung per

März 2006 von über CHF 725 000. Sie ist 60 Jahre alt und hat sich per 1.1.2007 frühzeitig pensionieren lassen.

Der Ehemann hatte kurz nach Trennung seine Anstellung aufgegeben und sich als Elektroniker selbstständig gemacht. Laut Angaben der Ehefrau, die ihm mehrfach eigene, auch grössere Aufträge abtrat, hat sich der Ehemann mit einem bescheidenen, dafür geruhsamen und stressfreien Leben begnügt. Er hat immer wieder – und nachgewiesenermassen auch noch vor kurzem – sogar lukrative und längerfristige Aufträge abgelehnt und unternimmt keinerlei Aquirierungsanstrengungen. Er hatte ihr aber (mündlich) wiederholt versprochen, ihr die Eigentumswohnung zu überlassen und nie etwas von ihr zu verlangen, wenn sie von ihm auch nichts verlangt. Dies wird von den erwachsenen Söhnen bestätigt. Nun behauptet der Ehemann Bedürftigkeit. Er weist ein derzeitiges eigenes Erwerbseinkommen aus selbstständiger Tätigkeit von durchschnittlich max. CHF 1400/Monat und ein Existenzminimum von CHF 2370/Monat aus. Er ist keiner Pensionskasse angeschlossen, sondern hat einzig Vorsorgeguthaben aus Lebensversicherungen und Säule 3a von insgesamt knapp CHF 165 000 (teilweise aus Freizügigkeitsleistung der Pensionskasse aus Anstellung während des Zusammenlebens) und ansonsten kein Vermögen. Er verlangt nachehelichen Unterhalt von CHF 1000/Monat bis zu seiner AHV-Rentenberechtigung sowie Teilung des Vermögens und der Pensionskasse nach Gesetz.

II. Rechtliche Beurteilung**1. Nachehelicher Unterhalt**

Im vorliegenden Fall steht dem Ehemann gegen die Ehefrau kein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zu.

Grundsätzlich kann nach Art. 125 Abs. 1 ZGB ein Ehegatte vom anderen nachehelichen Unterhalt verlangen, wenn er selbst nicht in der Lage ist, für seinen eigenen Unterhalt aufzukommen, d.h., wenn er bedürftig ist, und der andere Ehegatte leistungsfähig ist, d.h. seine eigenen Einkünfte das seinerseits benötigte Existenzminimum übersteigen. Bei der Frage, ob überhaupt ein Beitrag zu leisten ist und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind allerdings die in Art. 125 Abs. 2 ZGB niedergelegten Kriterien zu berücksichtigen. Nach diesen Kriterien kommt im vorliegenden Fall ein nachehelicher Unterhaltsbeitrag nicht in Betracht, selbst wenn man von Bedürftigkeit des Ehemannes auf der einen und Leistungsfähigkeit der Ehefrau auf der anderen Seite ausgehen wollte.

Nach Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ist zunächst die Aufgabenteilung während der Ehe zu berücksichtigen. Nach heute ganz herrschender Auffassung¹ soll das nach-

¹ Vgl. umfassende Nachw. bei FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Vorbem. zu Art. 125–132 ZGB, N 7.

eheliche Unterhaltsrecht primär durch die Aufgabenteilung entstandene ehebedingte Nachteile ausgleichen. Dabei muss sich jeder Ehegatte ab dem Zeitpunkt, wo feststeht, dass die Ehe nicht mehr zu retten ist, um sein eigenes wirtschaftliches Auskommen bemühen.² Im zu beurteilenden Fall hat der Ehemann weder während der Zeit des Zusammenlebens noch in der Zeit nach der Trennung aufgrund der Aufgabenteilung irgendwelche ehebedingten Nachteile erlitten, da Haushalts- und Kinderbetreuung ausschliesslich Aufgabe der Ehefrau war.

Nach Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ist des Weiteren die Dauer der Ehe zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht namentlich in jüngerer Zeit zunehmend auf den Zeitpunkt der faktischen Trennung denn auf jenen der Scheidung abstellt.³ Entscheidend ist insoweit, ob die Ehe lebensprägend geworden ist. Auch insoweit kommt indes den anderen in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien, insbesondere der Aufgabenteilung, besonderes Gewicht zu. Im vorliegenden Fall ist damit ausschliesslich auf den Zeitpunkt der Trennung im Jahre 1985 abzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zuverdienst der Ehefrau schon während der Dauer des Zusammenlebens aus überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit resultierte, wozu sie aufgrund der Kinder- und Haushaltsbetreuung nicht verpflichtet war. Vor allem aber hat der Ehemann keinen Anspruch darauf, an der nach der Trennung der Ehegatten erfolgten – und wiederum ausschliesslich auf überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit der Ehefrau beruhenden – Verbesserung der Lebensstellung der Ehefrau zu partizipieren. Dies würde den Grundprinzipien des nahehelichen Unterhaltsrechts zuwiderlaufen.

Was schliesslich das in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB genannte Kriterium des Alters der Ehegatten betrifft, so darf daran erinnert werden, dass das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung⁴ auch insoweit auf den Zeitpunkt der definitiven Trennung der Ehegatten abstellt, als es um die Verpflichtung des nicht erwerbstätigen Ehegatten nach Familienphase geht, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Im vorliegenden Fall war der Ehemann im Zeitpunkt der Trennung gerade 40 Jahre alt, er hatte keinerlei ehebedingte Nachteile erlitten, so dass auch dieses Kriterium einen nahehelichen Unterhaltsanspruch nicht rechtfertigen kann.

Schliesslich kann auch das in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB genannte Kriterium des Einkommens und Vermögens der Ehegatten nicht zugunsten eines nahehelichen Unterhaltsanspruchs herangezogen werden. Denn wie bereits hervorgehoben hat sich die Ehefrau ihre eigene berufliche Stellung und ihr Vermögen im Wesentlichen erst nach definitiver Trennung und aufgrund überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit erarbeitet, was eine Teilhabe des Ehemannes hieran nicht rechtfertigt.

² Vgl. BGer, FamPra.ch 2003, 390, 391.

³ Vgl. statt aller BGE 127 III 136, 140 = FamPra.ch 2001, 585, 588; SUTTER/FREIBURGHANUS, Scheidungsrecht Zürich 1999, Art. 125 ZGB, N 31.

⁴ Vgl. nur BGE 127 III 136, 140 = FamPra.ch 2001, 585, 588 f.

Umgekehrt hat sich der Ehemann aus freien Stücken in den letzten Jahren mit einem bescheidenen Leben begnügt, um «stressfrei» leben zu können und sich – im Gegensatz zu seiner Ehefrau – nicht «abrackern» zu müssen.

Das Zusammenspiel aller in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien führt deshalb zu dem eindeutigen Ergebnis, dass ein nahehelicher Unterhaltsanspruch im vorliegenden Fall ungeachtet vorliegender Bedürftigkeit und/oder Leistungsfähigkeit nicht in Betracht kommt.

Sollte man im Rahmen des Art. 125 Abs. 2 ZGB zu einem anderen Ergebnis gelangen wollen, so müsste der Anspruch jedenfalls nach Art. 125 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen werden. Zunächst einmal kann darauf hingewiesen werden, dass der Ehemann bereits seine Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, während der Trennungszeit verletzt hat (Ziff. 1). Vor allem aber hat er, indem er sich während der gesamten Trennungszeit nicht um eine Erhöhung seiner Einkünfte nachhaltig bemühte, seine eigene Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt (Ziff. 2).

Insgesamt ist deshalb ein nahehelicher Unterhaltsanspruch des Ehemannes gegen seine Ehefrau im vorliegenden Fall unter sämtlichen Gesichtspunkten abzulehnen.

2. Vorsorgeausgleich

Auch ein Ausgleich der beruflichen Vorsorge scheidet in diesem Fall aus. Dabei ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass ein Vorsorgeausgleich von vornherein nicht nach Art. 122 ZGB erfolgen kann, da bei der Ehefrau ab 1.1.2007 der Vorsorgefall bereits eingetreten ist. In Betracht käme deshalb allenfalls eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 ZGB. Indes ist auch diese aufgrund der vorliegenden Umstände zu versagen.

Der Zweck des Vorsorgeausgleichs wurde in der Botschaft zum neuen Scheidungsrecht vom 15. Nov. 1995⁵ klar und deutlich wie folgt umschrieben:

«Der Teilungsanspruch bezweckt einen Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung und dient der wirtschaftlichen Selbständigkeit jedes Ehegatten nach der Scheidung. [...] Widmet sich ein Ehegatte während der Ehe der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und verzichtet er deshalb (ganz oder teilweise) auf eine Erwerbstätigkeit, so sollte er bei der Scheidung von der Einrichtung der beruflichen Vorsorge seines Partners einen Teil der von diesem während der Ehe aufgebauten Vorsorge erhalten. Damit kann er sich selber in eine Vorsorgeeinrichtung einkaufen, wenn er nach der Scheidung wieder eine Erwerbstätigkeit aufnimmt.»

⁵ BBl 1996 I 1, 100.

Hieraus wird deutlich, dass der Vorsorgeausgleich das Ziel verfolgt, die durch die Aufgabenteilung in der Ehe entstandenen Defizite im Bereich der Zweiten Säule auszugleichen.⁶ Dementsprechend besteht auch nach Art. 123 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, dass das Gericht die Teilung ganz oder teilweise verweigert, wenn die Teilung offensichtlich unbillig wäre. Die in der Literatur hierzu angeführten Beispiele betreffen primär sämtliche Fälle, in denen der Vorsorgeausgleich diesen gesetzlichen Intentionen nicht entsprechen würde.⁷ Darüber hinaus ist anerkannt, dass über die in Art. 123 Abs. 2 ZGB genannten Fälle hinaus eine Verweigerung der Teilung gestützt auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB grundsätzlich in Betracht kommt.⁸ Genannt werden dabei immer wieder die Fälle, in denen die Ehegatten getrennt lebten und für ihren eigenen Unterhalt sorgten.

Diese Prinzipien gelten nicht nur bei einer allfälligen Teilung der Vorsorge nach Art. 122 ZGB, sondern müssen gerade bei der Frage einer möglichen angemessenen Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB besonders berücksichtigt werden. Billigkeitssichtspunkte spielen hier eine noch grössere Rolle als im Rahmen der Art. 122 f. ZGB. Denn die Festsetzung einer angemessenen Entschädigung in Fällen, in denen beim verpflichteten Ehegatten der Vorsorgefall bereits eingetreten ist, greift unmittelbar in dessen aktuelle Einkünfte ein, ohne dass er die Möglichkeit hätte, seine Zweite Säule wieder aufzufüllen, um so seine Altersversorgung für die Zukunft sicherzustellen.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist offensichtlich, dass eine Entschädigung nach Art. 124 ZGB hier nicht in Betracht kommen kann. Das Total der der Ehefrau zustehenden Freizügigkeitsleistung wurde von dieser ausschliesslich nach der Trennung geüfnet. Im Zeitpunkt der Trennung hatte sie überhaupt keine Pensionskassenanwartschaften oder Freizügigkeitsleistung. Der Ehemann hat in keiner Weise zur Äufnung beigetragen. Er hat nicht nur praktisch keine Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau während der Trennungszeit geleistet; auch der Unterhalt an die gemeinsamen Kinder deckte nicht deren tatsächlichen Bedarf, so dass die Ehefrau in weitem Umfang auch für deren Bedürfnisse allein aufkommen musste. Hinzu kommt, dass die Freizügigkeitsleistung der Ehefrau in erheblichem Umfang durch Einkünfte aus überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit neben einer 100%-Anstellung geüfnet worden ist. Demgegenüber steht die Tatsache, dass der Ehemann aktuell über kein Freizügigkeitsguthaben verfügt, in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebensführung. Der Ehemann hat sich während der Trennungszeit nicht selbst um den Aufbau einer eigenen angemessenen Alters-

⁶ Vgl. auch BGE 128 V 47 f. E. 2d; BaslerKomm/WALSER, Art. 122 ZGB, N 3; SUTTER/FREIBURGHaus (FN. 3), Vorbem. zu Scheidungsrecht, Vorb. zu Art. 122-124/141-142 ZGB, N 10.

⁷ Vgl. nur BaslerKomm/WALSER, Art. 123 ZGB, N 15.

⁸ Vgl. ZR 101 [2002] Nr. 95, E. 2a m. Nachw.; SUTTER/FREIBURGHaus (FN. 3), Art. 123 ZGB, N 16; BaslerKomm/WALSER, Art. 123 ZGB, N 17.

vorsorge bemüht, obwohl ihm dies aufgrund nicht bestehender bzw. nicht erfüllter Verpflichtungen gegenüber Ehefrau und Kindern ohne weiteres möglich gewesen wäre. Mithin ist weder die erworbene Freizügigkeitsleistung der Ehefrau noch das Fehlen einer solchen auf Seiten des Ehemannes als ehebedingter Vor- bzw. Nachteil einzustufen, der einen Ausgleich erheischen könnte.

Hinzu kommt, dass der Ehemann der Ehefrau während der Trennungszeit immer wieder versprochen hatte, dass er nie etwas von ihr verlangen würde, wenn sie ihrerseits auf Ansprüche ihm gegenüber verzichte. Die Ehefrau hat diese Abmachung stets respektiert und ihrerseits überobligationsmässig gearbeitet. Wenn der Ehemann nun seinerseits Ansprüche gegen die Ehefrau geltend macht, so verstösst ein solches Verhalten gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* und muss dementsprechend schon aus diesem Grund als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen werden.

Unter diesen Umständen stellt sich das Begehren des Ehemannes auf Partizipation an der Freizügigkeitsleistung der Ehefrau im Wege einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.

3. Güterrechtliche Auseinandersetzung

Da die Parteien zunächst unter dem Güterstand der Güterverbindung gelebt haben, jedoch dessen Fortgeltung nicht innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des neuen Güterrechts (1.1.1988) vereinbart haben, richtet sich die güterrechtliche Auseinandersetzung unter den Ehegatten gemäss Art. 9d Abs. 1 SchIT für die ganze Dauer des früheren und des neuen ordentlichen Güterstandes nach den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung.

Ziel der Einführung des Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung war es, dass «beim ordentlichen Güterstand (...) Rechtsnorm und Wirklichkeit für die Grosszahl der Familien möglichst übereinstimmen».⁹ Wie später im Jahre 1998/2000 betreffend den Vorsorgeausgleich, so stand mehr noch im Jahre 1984/1988 das Modell der Hausfrauenehe Pate für die Regelung des gesetzlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung. So führt die Botschaft Eherecht vom 11. Juli 1979¹⁰ weiter beispielhaft aus:

«Der Verzicht des einen Ehegatten auf Erwerbstätigkeit und dessen Arbeit für die Kinder und den Haushalt erlauben es dem anderen Ehegatten, seine Arbeitskraft voll einzusetzen, um einen Verdienst zu erzielen. Auch trägt der haushaltführende Ehegatte durch eine sparsame Wirtschaftsführung dazu bei, dass der Partner Errungenschaft bilden kann.»

⁹ Botschaft Eherecht vom 11. Juli 1979, BBl 1979, 1191, 1212, Ziff. 153.

¹⁰ BBl 1979, 1191, 1213, Ziff. 154.

Damit baut der Güterstand eindeutig auf der Idee auf, dass ein güterrechtlicher Ausgleich primär für sog. ehebedingte Vorteile geschaffen werden soll. Für abweichende Fallgestaltungen, in denen gerade der kinderbetreuende und haushaltführende Ehegatte durch überobligationsmässige Erwerbstätigkeit Errungenschaft bildet, der andere jedoch aus in seiner Person liegenden Gründen eine solche nicht aufnet, hat der Gesetzgeber grundsätzlich keine Ausnahme vorgesehen. Zwar wurde mit der Reform des Eherechts mit Art. 165 Abs. 2 ZGB der – güterstandsunabhängige – Entschädigungsanspruch im Falle ausserordentlicher Beiträge, d.h., wenn ein Ehegatte aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie bedeutend mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war, geschaffen. Leben die Ehegatten nun freilich gerade im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, läuft dieser Anspruch allerdings oft auf ein «Nullsummenspiel» hinaus,¹¹ weil der Entschädigungsanspruch sowohl beim berechtigten als auch beim verpflichteten Ehegatten jeweils der Errungenschaft zuzuordnen ist, und deshalb bei der Schlussabrechnung letztlich keine Bedeutung hat.

Zunehmend wird deshalb in der Literatur¹² aus dem Blickwinkel des Gerechtigkeitsgebots heraus eine erneute Revision des Ehegüterrechts gefordert. Vor allem aber ist es zunächst und zuvorderst Aufgabe der Gerichte, durch entsprechende Auslegung des geltenden Rechts den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers und dem Gerechtigkeitspostulat zum Durchbruch zu verhelfen.

Zwar hat der Gesetzgeber keine sog. Härteklausel geschaffen, wonach die Vorschlagsbeteiligung nach Billigkeit ausgeschlossen werden könnte; bereits die Botschaft Eherecht vom 11. Juli 1979¹³ weist jedoch darauf hin, dass immer die Einrede des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) möglich sei. Diese Auffassung wird auch heute einhellig von Rechtsprechung und Literatur vertreten.¹⁴

Im vorliegenden Fall muss der güterrechtliche Ausgleich als rechtsmissbräuchlich angesehen und deshalb nach Art. 2 Abs. 2 ZGB abgelehnt werden. Der Rechtsmissbrauch kann dabei aus verschiedenen Gesichtspunkten abgeleitet werden:

Soweit vorliegend noch während des Zusammenlebens von Seiten der Ehefrau Errungenschaft in Höhe von CHF 50 000 gebildet wurde, die dann als Eigenkapital zum Erwerb der Eigentumswohnung im Jahre 1983 eingesetzt wurde, entstammen diese Ersparnisse zur Gänze überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit, die die Ehefrau neben der Betreuung der beiden minderjährigen Söhne und der Besorgung des Haushalts erbrachte. Zu betonen ist insoweit, dass der Grossteil der Einkünfte aus dieser überobligationsmässigen Erwerbstätigkeit ohnehin in die Bestreitung der Kosten des gemeinsamen Haushalts floss und damit auch dem Ehemann zugute

11 Vgl. SUTTER-SOMM/KOBEL, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 2004, 776, 794.

12 Vgl. nur SUTTER-SOMM/KOBEL, FamPra.ch 2004, 776, 809.

13 BBl 1979, S. 1191, 1320, Ziff. 222.541.

kam. Unter diesen Umständen muss das Begehren einer Partizipation an den verbleibenden, bescheidenen Früchten dieser Arbeit im Wege der güterrechtlichen Auseinandersetzung als rechtsmissbräuchlich erscheinen.

Für die in der Zeit nach Trennung auf Seiten der Ehefrau erworbene Errungenschaft muss dies erst recht gelten. Denn auch in der Zeit nach der Trennung der Ehegatten resultierte zum einen der Zuwachs an Errungenschaft auf Seiten der Ehefrau aus deren überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit. Zum anderen ist mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁵ im gesamten nahehelichen Vermögensrecht insgesamt stärker auf den Zeitpunkt der faktischen Trennung, denn auf jenen der Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens abzustellen. Kann ein Ehegatte sich nicht darauf berufen, er brauche sich während der Trennung nicht um die Möglichkeit eigener Erwerbstätigkeit zu bemühen, obwohl fest steht, dass die Ehe nicht mehr zu retten ist, so steht dahinter eindeutig das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Nicht anders ist jedoch die Frage zu beurteilen, wenn ein Ehegatte an der während langer Trennung erworbenen Errungenschaft des anderen partizipieren will, ohne dass dieser Erwerb noch in irgendeinem Zusammenhang mit der (gelebten) Ehe stünde. Dementsprechend hat auch das Kantonsgericht Fribourg¹⁶ in einem ähnlichen Fall, in dem es an jeglichem Zusammenhang zwischen der gelebten Ehe und der während der Trennung erworbenen Errungenschaft fehlte, eine Beteiligungsforderung als rechtsmissbräuchlich zurück gewiesen.

Schliesslich kann auch das Verhalten des Ehemannes während der Trennungszeit nicht ausser Acht gelassen werden. Wiederholt hat er sich dahin gehend geäussert, dass die Eigentumswohnung alleine der Ehefrau gehöre und er daraus nie etwas von ihr verlangen würde. Hierauf hat die Ehefrau offensichtlich vertraut und deshalb nicht nur unterlassen, im Wege des Eheschutzes Gütertrennung und damit die sofortige güterrechtliche Auseinandersetzung zu verlangen, was ihr ohne weiteres nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB möglich gewesen wäre, sondern weiter in gutem Glauben Investitionen in die im Miteigentum stehende Eigentumswohnung getätigt und deren Wert damit vermehrt. Schon unter diesem Gesichtspunkt muss ein Partizipationsbegehren des Ehemannes als rechtsmissbräuchlich bewertet werden.

Insgesamt ist damit jegliche Vorschlagsbeteiligung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abzulehnen. Ist aber der Ehemann am Vorschlag der Ehefrau nicht zu beteiligen, so hat er nach Art. 62 Abs. 1 OR seinen Miteigentumsanteil an die Ehefrau zu übertragen. Denn ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen könnte allenfalls in einem güterrechtlichen Ausgleichsanspruch, bzw. als Anrechnung auf diesen gesehen werden. Ein solcher besteht jedoch nicht.

14 Vgl. nur FamKomm Scheidung/Steck, Art. 215 ZGB, N 1 m.w.Nachw.

15 Vgl. grundlegend BGE 127 III 136, 140 = FamPra.ch 2001, 585, 588 f.

4. Ergebnis

Im vorliegenden Fall steht dem Ehemann gegen die Ehefrau kein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt zu. Eine Partizipation an der Vorsorge der Ehefrau im Wege einer angemessenen Entschädigung wie auch eine solche an der Errungenschaft der Ehefrau im Wege der güterrechtlichen Auseinandersetzung scheidet wegen Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB aus.

Zusammenfassung: *Der vorliegende Beitrag untersucht einen praktischen Fall, in dem die Ehegatten lange Zeit faktisch getrennt gelebt haben und ein Ehegatte teilweise neben Kinderbetreuung aufgrund überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit in der Lage war, eine eigene beträchtliche Vorsorge aufzubauen und Errungenschaft zu üpfen. Die Falllösung gelangt zu dem Ergebnis, dass nahehelicher Unterhalt mangels ehebedingter Bedürftigkeit auszuscheiden hat; Vorsorgeausgleich respektive -entschädigung und Errungenschaftsbeteiligung sind als rechtsmissbräuchlich abzulehnen.*

Resumé: *Le présent article analyse un cas pratique dans lequel les époux ont effectivement vécu séparément pendant une longue durée. Par ailleurs, l'un des époux a pu se constituer une prévoyance personnelle considérable et accumuler des acquêts, en partie à côté de la prise en charge des enfants, en raison d'une activité lucrative allant au-delà de l'obligation. La résolution du cas consiste à écarter l'entretien après le divorce parce qu'il n'y a pas de besoin lié au mariage et à refuser la compensation ou l'indemnité de prévoyance ainsi que la participation aux acquêts au motif qu'il y aurait abus de droit.*
