

NACHEHELICHER UNTERHALT

ODER: NACH DER ÄNDERUNG IST VOR DER ÄNDERUNG

von Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

Rolf Vetterli hat wie kaum ein anderer Praktiker das Familienrecht der Schweiz in den letzten Jahren nachhaltig beeinflusst. Nicht nur "sein" Familiengericht hat Geschichte geschrieben, auch seine literarischen und in Entscheiden niedergelegten grundlegenden Ausführungen zum materiellen Familienrecht sind wegweisend. Es sei deshalb erlaubt, ihm einige Aperçus zu einem von ihm besonders berücksichtigten Gebiet – dem nahehelichen Unterhaltsrecht – zu widmen.

Einleitung

Das naheheliche Unterhaltsrecht kommt nicht zur Ruhe. Dies gilt nicht allein für die Schweiz, wo das Bundesgericht die interessierte Fachöffentlichkeit immer wieder mit Rechtsprechungsänderungen bzw. wenigstens deren Ankündigung zu überraschen versteht. Es gilt auch für die internationale Diskussion. In Deutschland ist zum 1. Januar 2008 das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts in Kraft getreten; der 67. Deutsche Juristentag hat sich im September 2008 mit der Frage auseinandergesetzt "Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich – sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss?". Gerade eine Woche davor diskutierten rund 300 Experten aus aller Welt verschiedene Themen rund um "Family Finances" anlässlich der 13. Weltkonferenz der International Society of Family Law in Wien. Allerorten ist dabei ein Ringen um die "richtige", die "rechtsethische" Begründung¹ für die Berechtigung nahehelichen Unterhalts zu verzeichnen. In Zeiten, in denen vielerorts die Hälfte der Ehen geschieden wird, setzt sich allenthalben das Prinzip des Clean break durch. Nachehelicher Unterhalt wird nicht mehr als selbstverständlich hingenommen, sondern erscheint als begründungsbedürftige Ausnahme.²

In der internationalen Diskussion zeichnen sich dabei die folgenden Fallgruppen ab: Betreuungsunterhalt, Unterhalt zum Ausgleich ehebedingter Nachteile und Unterhalt aufgrund nahehelicher Solidarität. Deren Behandlung soll hier kurz mit einem Blick auf die jüngste schweizerische Rechtsprechung zusammengefasst werden, gerade auch weil hierzulande oftmals die erforderliche Differenzierung zu vermissen ist.

¹ Vgl. BRUDERMÜLLER, Geschieden und doch gebunden? – Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral, München, 2008; DERS., Referat zum 67. Deutschen Juristentag "Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich – sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss? Unterhaltsrechtliche Ausgleichsordnung und ihre ethische Legitimation".

² BORN, NJW 2008, 1, 5; vgl. auch BERGSCHNEIDER, DNotZ 2008, 96.

Betreuungsunterhalt

Betreuungsunterhalt ist der Unterhalt, der es einem geschiedenen Elternteil ermöglichen soll, ein Kind oder mehrere Kinder selbst zu betreuen. Dass diesem Betreuungsunterhalt eine ganz besondere Stellung zukommen muss, steht mittlerweile international ausser Zweifel. Es geht insoweit weder um naheheliche Solidarität noch um Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern darum, dass ein Elternteil mit der Betreuung des Kindes eine auch dem anderen Elternteil obliegende Aufgabe wahrnimmt und diesen damit entlastet. Folgerichtig wird in vielen ausländischen Rechtsordnungen der Betreuungsunterhalt nicht nur nach Auflösung einer Ehe, sondern auch zur Betreuung eines nichtehelichen Kindes geschuldet. Eine Gleichstellung wurde insbesondere in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht³ eingefordert und nunmehr durch den Gesetzgeber umgesetzt. Die herausragende Stellung zeigt sich auch darin, dass der Betreuungsunterhalt grundsätzlich nicht der Parteidisposition im Rahmen eines Ehevertrages zugänglich sein soll. In letzter Konsequenz ist er gar nicht mehr als Unterhalt für den betreuenden Elternteil, sondern als Teil des Kindesunterhalts zu begreifen.⁴ Daraus folgt auch, dass er nicht entfällt, wenn der betreuende Elternteil wieder heiratet oder womöglich nur in einer stabilen nichtehelichen Gemeinschaft lebt.⁵ Allenfalls mag man bei Hinzukommen der Betreuung weiterer Kinder eine quotenmässige Aufteilung in Erwägung ziehen.⁶

Von diesem Stand der internationalen Diskussion sind wir in der Schweiz noch weit entfernt. Dass die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB grundsätzlich lediglich für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes Betreuungsunterhalt soll verlangen können, erscheint nicht nur als stossend, sondern steht auch im krassen Widerspruch zu den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention, denn es stellt zweifellos eine Diskriminierung aufgrund des Status des Kindes bzw. desjenigen der Eltern im Sinne des Art. 2 Abs. 1 UN-KRK dar, wenn dem nichtehelichen Kind die persönliche Betreuung durch einen leiblichen Elternteil im Gegensatz zum ehelichen Kind nicht mittels Betreuungsunterhalt ermöglicht wird. Vor allem wird auch der Betreuungsunterhalt nach Scheidung nicht gesondert behandelt, wie sich schon aus der Fassung des Art. 125 Abs. 2 ZGB ergibt, wo naheheliche Betreuungsleistungen ein Kriterium unter vielen darstellen, sondern je nach Sichtweise des Betrachters als Ausdruck nahehelicher Solidarität oder Ausgleich ehebedingter Nachteile. Dementsprechend erfolgt auch keine Sonderbehandlung im Hinblick auf spätere Wiederverheiratung oder Eingehen einer stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁷

³ BVerfGE 118, 45 vom 28. Februar 2007 = FamRZ 2007, 965; vgl. nunmehr auch Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages, Abteilung Zivilrecht, B: Unterhalt, I. Betreuungsunterhalt Nr. 4.

⁴ SCHWENZER, Model Family Code, Antwerpen/Oxford 2006, Art. 3.40(1), Comment 2, 168; vgl. nunmehr auch Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Betreuungsunterhalt Nr. 1 + 2.

⁵ Vgl. DETHLOFF, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, A 85.

⁶ Vgl. Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Betreuungsunterhalt Nr. 8a.

⁷ Dazu kritisch FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 102, Art. 130 ZGB N 5.

Ausgleich ehebedingter Nachteile

Soweit es nicht (mehr) um naheheliche Kinderbetreuung geht, besteht weitgehend internationaler Konsens, dass Basis eines nahehelichen Unterhaltsanspruchs allein der Ausgleich ehebedingter Nachteile zu sein hat.⁸ Ehebedingte Nachteile sind immer dann zu verzeichnen, wenn ein Partner bzw. eine Partnerin aufgrund gemeinsamer Entscheidung eine eigene Erwerbstätigkeit nicht aufgenommen, aufgegeben oder eingeschränkt hat, sei es um für Kinder, den Haushalt, den Partner oder aufgrund gemeinsamer moralischer Verpflichtung für dritte Personen zu sorgen, den Partner in dessen Gewerbe oder Beruf zu unterstützen oder auch nur zur Aufrechterhaltung der Beziehung in ein anderes Land zu ziehen. Dabei besteht Einigkeit, dass es jedenfalls nach langer Ehe nicht (mehr) auf die Ermittlung der konkreten Höhe dieses Nachteils im Einzelfall ankommen kann,⁹ sondern grundsätzlich eine Partizipation im Sinne des Halbteilungsgrundsatzes stattzufinden hat.¹⁰ Danach soll beiden Ehegatten nach der Scheidung grundsätzlich weitgehend derselbe Lebensstandard ermöglicht werden.¹¹ Entscheidend ist nun freilich, wie der in der Ehe gelebte Lebensstandard berechnet wird. Waren beide Ehegatten schon während der Ehe erwerbstätig, so war der Lebensstandard klar auch von der Summe der beiderseitigen Einkünfte geprägt. Probleme treten dann auf, wenn der haushaltsführende Ehegatte eine Erwerbstätigkeit erst anlässlich der Trennung aufgenommen hat bzw. aufnehmen musste oder wenn gar im Scheidungszeitpunkt allein auf ein hypothetisches Erwerbseinkommen abgestellt wird. Da die Haushaltstätigkeit in der Regel Fremdleistungen Dritter ersetzt, für die sonst entsprechende Mittel aufgewandt werden müssen, kann der Lebensstandard nicht allein aufgrund der Erwerbseinkünfte des einen Ehegatten berechnet werden. Es ist vielmehr von der Gleichwertigkeit von Erwerbs- und Familienarbeit auszugehen und bei der Berechnung des Lebensstandards den Erwerbseinkünften ein entsprechender Betrag für die geleistete Familienarbeit hinzuzurechnen. In Deutschland ist deshalb der Bundesgerichtshof¹² von der sogenannten Anrechnungsmethode, nach der ein Unterhaltsanspruch je nachdem ganz entfallen konnte, zur sogenannten Differenzmethode übergegangen.¹³

⁸ Vgl. Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Unterhalt, II, Nr. 2. Die rechtsethische Rechtfertigung anderer nahehelicher Unterhaltstatbestände fusst auf diesem Grundsatz.

⁹ Anders aber offenbar BRUDERMÜLLER (Fn. 1), 173; vgl. auch KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 9, 5 f. = FamPra.ch 2008, 188.

¹⁰ Vgl. DETHLOFF (Fn. 5), A 30 mit weiteren Nachweisen; Canada: Supreme Court 1992 in Moge v. Moge (1992) 3 S.C.R. 813.

¹¹ Gegebenenfalls soll dem (Allein-)Erwerbstätigen ein Bonus verbleiben; vgl. die in Deutschland überwiegend angewandte 3/7-Regel, hierzu Düsseldorfer Tabelle, FamRZ 2008, 193, 211.

¹² Vgl. BGHZ 148, 105 = FamRZ 2001, 986 = NJW 2001, 2254 mit Anmerkungen BÜTTNER, 3244 ff.; LUTHIN, FamRZ 2001, 1065; SCHOLZ, FamRZ 2001, 1061 ff.

¹³ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Auffassung bestätigt, vgl. BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527, mit Anmerkungen SCHOLZ, 733.

Diesem Ansatz war auch in der Schweiz die lange für durchschnittliche Einkommensverhältnisse unangefochten vertretene Grundbedarfsberechnung mit Überschussverteilung¹⁴ verpflichtet. Dies änderte sich schlagartig mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2007¹⁵. Nach einer 20-jährigen in klassischer Rollenteilung gelebten Ehe, während derer die Ehefrau zwei Kinder grossgezogen hatte, wurde ihr jeglicher Unterhalt versagt, da für sie von einem (hypothetischen) Einkommen von CHF 3'690.– auszugehen war, während der Ehemann Fr. 5'330.– verdiente. Die ehelichen Lebensverhältnisse seien allein durch das Erwerbseinkommen des Mannes geprägt gewesen. Den an diesem Standard zu bemessenden gebührenden Unterhalt könne die Frau ohne Weiteres mit ihren eigenen Einkünften decken. In einer ganzen Reihe weiterer Entscheide im Jahre 2008 wurde nunmehr immer wieder vom Bundesgericht betont, dass eine Überschussteilung "in der Regel für den nachehelichen Unterhalt unpassend" sei¹⁶.

Diese Rechtsprechung verkennt zum einen das auch dem Schweizer Recht zugrunde liegende Prinzip der Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit. Sie setzt sich aber auch in Widerspruch zu der im Obligationenrecht einmütig vertretenen Auffassung, dass bei Verletzung einer Hausfrau und Mutter der sogenannte Haushaltsschaden normativ zu berechnen ist,¹⁷ dass diesem also durchaus ein Vermögenswert beizumessen ist. Betrachtet man schliesslich die in dem Bundesgerichtsentscheid genannten Zahlen, so ist kaum ersichtlich, wie es der Frau gelingen sollte, aus ihren Einkünften eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen, während für den Ehemann ein Wiederaufstocken der aufgrund Vorsorgeausgleichs geminderten Anwartschaften ohne Weiteres machbar scheint. Von einem Ausgleich ehebedingter Nachteile bei lebensprägenden Ehen kann bei dieser Rechtsprechung sicher nicht mehr gesprochen werden; wir sind vielmehr wieder mehr oder weniger bei der Bedürftigkeitsrente alten Rechts angelangt. Damit korreliert dann, dass vielerorts auch heute noch in diesen Fällen statt von Ausgleich ehebedingter Nachteile von nachehelicher Solidarität gesprochen wird.¹⁸

Nacheheliche Solidarität

Nur wo keine ehebedingten Nachteile zu verzeichnen sind, kann von einem (ausnahmsweise zu gewährenden) Unterhalt aufgrund nachehelicher Solidarität gesprochen werden. Zu denken ist insoweit an die Doppelverdiener Ehe ohne Kinder mit nicht ehebedingten Einkommensunterschieden, an die Altersehe oder an Fälle, in denen Krankheit oder Arbeitslosigkeit eines Ehegats-

¹⁴ Dazu FamKomm Scheidung/SCHWENZER, Art. 125 ZGB N 75 ff.; FamKomm Scheidung/FREIVOGEL, Anh. UB N 70 ff.; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Basel 2007, 129; vgl. auch noch BGer, 13. März 2007, 5C.261/2006.

¹⁵ BGE 134 III 145 ff. = FamPra.ch 2008, 392 ff., mit Anmerkungen AESCHLIMANN, 395 f.

¹⁶ BGer, 23. Juni 2008, 5A_154/2008, E. 2.2.2, FamPra.ch 2008, 937; vgl. auch BGer, 3. Juni 2008, 5A_508/2007.

¹⁷ Nachweise bei SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 14.10.

¹⁸ BGer, 5. Mai 2008, 5A_103/2008 E. 2.4.0, FamPra.ch 2008, 953; vgl. auch BGer, 28. Februar 2008, 5A_525/2007, FamPra.ch 2008, 960.

ten in keinerlei Zusammenhang mit der Ehe stehen und auch im Übrigen keine ehebedingten Nachteile vorliegen. Einigkeit besteht hier, dass eine weitere Teilhabe in Form einer Überschussteilung nicht in Betracht kommt und dass Unterhalt in Mass und Dauer auf das zu beschränken ist, was erforderlich ist, um der Berechtigten eine Anpassung an die neuen Lebensverhältnisse zu ermöglichen.¹⁹ In der Schweiz hat dies vor allem auch das Kantonsgericht St.Gallen immer wieder besonders klar herausgearbeitet.²⁰

Schlussbetrachtung

Es tut Not, sich im nahehelichen Unterhaltsrecht auf die rechtspolitischen und -ethischen Grundlagen zu besinnen. Was erscheint in unserer mehr und mehr auf konsekutiver Polygamie aufbauenden Gesellschaft noch vermittelbar, wo fühlt sich der einzelne Lebensabschnittspartner überfordert? Bei Begriffen wie Clean break oder naheheliche Solidarität geht es primär darum, Unterhaltsansprüche einzuschränken und abzuwehren. Dass dies wohl das Modell der Zukunft sein wird, zeigt ein Blick auf viele skandinavische Staaten. Dabei darf aber das dortige Gesellschaftsmodell nicht aus den Augen verloren werden. Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist dort schon lange kein Thema mehr und ehebedingte Erwerbseinbussen kommen dementsprechend selten vor. Wo aber in einer Gesellschaft wie der Schweiz weder ausreichende Drittbetreuungsangebote für Kleinkinder noch Ganztageschulen zur Verfügung stehen, belastet jede Einschränkung des Ausgleichs ehebedingter Nachteile einseitig den Ehegatten, der Familienarbeit leistet. Es ist nicht verwunderlich, dass immer mehr junge Paare dies mit Kinderlosigkeit quittieren, wohingegen gerade Länder, die eine Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördern – neben Skandinavien vor allem auch Frankreich – mit Geburtenraten von über 2,0 zu den führenden Europas gehören. Das naheheliche Unterhaltsrecht muss sich auch diesen gesellschaftspolitischen Fragen stellen.

¹⁹ Vgl. SCHWENZER, Model Family Code (Fn. 4), Art. 1.31 und Art. 1.32; Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 3), Solidarunterhalt Nr. 2.

²⁰ KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 8, 13 ff. = FamPra.ch 2007, 159; KGer SG, Mitteilungen zum Familienrecht Nr. 5, 37 = FamPra.ch 2003, 647; vgl. auch BGer, FamPra.ch 2005, 919 (Altersehe).