

Neue Familienlasten und Scheidungsunterhalt

Stichworte: Abänderung Scheidungsurteil, Gleichbehandlung der Kinder aus erster und zweiter Ehe, stiefelterliche Beistandspflicht, Schutz des Existenzminimums

In den letzten Monaten hat das Bundesgericht mehrere Entscheide gefällt zur Frage, wann neue Familienlasten zu einer Abänderung des Scheidungsurteils führen können.

In einem Urteil vom 3. Januar 2011¹ ging es um einen Vater, der im Scheidungsurteil verpflichtet worden war, für seine drei Kinder Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Diese waren wegen seines sehr bescheidenen Einkommens niedrig. Später ging der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe ein, aus welcher zwei weitere Kinder hervorgingen. Die kantonalen Instanzen hielten seine Abänderungsklage gut und hoben die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen gegenüber den drei Kindern aus erster Ehe auf, weil andernfalls in das Existenzminimum der neuen Familie eingegriffen würde. Das Bundesgericht sah den Grundsatz der Gleichbehandlung aller unterhaltsberechtigten Kinder verletzt und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das kantonale Obergericht zurück.

In seinen Erwägungen verdeutlichte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach dem Rentenschuldner mit Bezug auf alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien zumindest das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen ist, dahingehend, dass der Rentenschuldner die Sicherung der Existenz lediglich für seine eigene Person beanspruchen könne. Konkret bedeutete dies, dass dem Unterhaltsschuldner bloss der halbe Ehepaar-Grundbetrag (850 Franken), ein angemessener Anteil an die Wohnkosten, die betriebsrechtlichen Zuschläge für Telefon und Versicherung, die eigenen Krankenprämien und die Berufsauslagen als Existenzminimum zugebilligt wurden. Ausgeschlossen blieben sämtliche die Kinder und die zweite Ehefrau betreffenden Auslagen. Die Differenz zum Einkommen war auf alle (hier fünf) unterhaltsberechtigten Kinder aufzuteilen. Dies allerdings "nach Massgabe ihrer jeweiligen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des andern Elternteils". Das Bundesgericht beauftragte die Vorinstanz zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass die

¹ 5A_272/2010, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen

zweite Ehefrau des unterhaltspflichtigen Vaters diesem in der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinen vorehelichen Kindern im Rahmen der stiefelterlichen Beistandspflicht nach Art. 278 Abs. 2 ZGB beizustehen habe. Aus der Sachverhaltszusammenfassung ist allerdings ersichtlich, dass die Kinder aus zweiter Ehe 4 bzw. 2 ½ jähig waren. Über die familiären und finanziellen Verhältnisse der ersten Ehefrau erfährt man nichts; die Beschwerdeführerin hatte ihr Gesuch für die unentgeltliche Rechtspflege nicht durch Dokumente belegt.

In einem Urteil vom 9. November 2010² konkretisierte das Bundesgericht die Beistandspflicht der zweiten Ehefrau des Unterhaltsverpflichteten wie folgt: Sie müsse im Rahmen der Zumutbarkeit eine Erwerbstätigkeit aufnehmen bzw. ausdehnen. Die Zumutbarkeit beurteile sich jedoch selbst dann nicht gleich wie bei der geschiedenen ersten Ehefrau, wenn beide Mütter Kinder in einem ähnlichen Alter zu betreuen hätten, denn die neue Ehefrau habe ihren Ehemann in Kenntnis seiner Unterhaltsverpflichtungen geheiratet. Die Rechtsprechung, wonach die Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit grundsätzlich nach Vollendung des 10. Altersjahrs des jüngsten Kindes, und die Aufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit nach Vollendung von dessen 16. Altersjahr zumutbar ist, gelte hier nicht. Anders als bei einer lebensprägenden Ehe bestehe hier kein Schutz des Vertrauens. Der aus Rumänien stammenden, in der Schweiz noch nie erwerbstätig gewesenen zweiten Ehefrau sei es allerdings nicht zumutbar, bereits ab dem 2. Lebensjahr des Kindes eine Teilzeitarbeit von 40% aufzunehmen. Hier lag im Gegensatz zum ersten referierten Fall keine Mankosituation vor.

In einem Urteil vom 29. Oktober 2010³ umschrieb das Bundesgericht die Grenzen der ehelichen bzw. stiefelterlichen Beistandspflicht. Diese komme nur zum Tragen, wenn das Existenzminimum der allenfalls in Anspruch genommenen Ehefrau selbst und ihrer Kinder gedeckt sei, und sie dürfe nicht dazu führen, dass der Unterhaltsbeitrag gegenüber den Kindern aus erster Ehe höher ausfällt, als er es ohne den (zweiten) Eheschluss gewesen wäre.

² 5A_241/2010

³ 5A_352/2010

Kein Eingriff ins Existenzminimum?

Je nach den konkreten finanziellen Verhältnissen der ersten Familie (über die man nichts erfährt) führt die Berechnungsmethode, wie sie das Bundesgericht im Urteil vom 3. Januar 2011 gewählt hat, zu einem Resultat, das weit von der Gleichbehandlung der Kinder aus erster und zweiter Ehe entfernt ist. Nehmen wir an, das eigene Existenzminimum des Unterhaltsschuldners betrage 1800 Franken (Grundbetrag Fr. 850 + Anteil Wohnkosten Fr. 500⁴ + Krankenkasse Fr. 200 + betreibungsrechtliche Zuschläge Fr. 100 + Berufsauslagen Fr. 150). Werden diese Fr. 1800 vom Lohn von Fr. 3300 abgezogen, verbleiben Fr. 1500, welche unter die fünf Kinder aufzuteilen sind. Für sich und die beiden Kinder aus zweiter Ehe stehen dem Unterhaltsschuldner somit noch 2400 Franken zur Verfügung, 900 Franken Unterhalt geht an die erste Familie. Da die (zweite) Ehefrau die Kinder betreut und nicht erwerbstätig ist, ist auch deren Notbedarf ungedeckt. Es ist evident, dass mit diesen 2400 Franken (plus zwei Kinderzulagen) das Existenzminimum der vierköpfigen Familie deutlich unterschritten wird. Dies schlägt sich zwangsläufig auch auf die Lebenshaltung der Kinder nieder, da ja die Familie eine wirtschaftliche Einheit darstellt.

Entweder wird die Ehefrau trotz der kleinen Kinder eine Erwerbstätigkeit (mit einem beträchtlichem Pensum) aufnehmen müssen, was zusätzliche Betreuungskosten verursachen wird, oder aber der Unterhaltsschuldner und seine Ehefrau müssen Sozialhilfe in Anspruch nehmen. Gemäss den SKOS-Richtlinien werden jedoch Alimentenverpflichtungen nicht ins Unterstützungsbudget aufgenommen, da sie nicht der eigenen Existenzsicherung bzw. derjenigen des eigenen Haushaltes dienen (SKOS-Richtlinien F.3.1).

⁴ Eine Anmerkung zu den Wohnkosten: Das Bundesgericht äusserste sich nicht präzise darüber, was unter angemessenem Anteil zu verstehen ist. Ist dies die Hälfte oder gar eine Aufteilung nach Köpfen, so dass dem Unterhaltspflichtigen nur gerade ein Viertel (der Rest den beiden Kindern und der Ehefrau) angerechnet wird?

Die Sozialhilfe­problematik einmal ausgeklammert, ist dieses Resultat dann zu rechtfertigen, wenn eine ähnlich prekäre finanzielle Situation auch auf Seiten der ersten Ehefrau und der gemeinsamen Kinder aus erster Ehe vorliegt. Es ist indessen auch möglich, dass die frühere Ehefrau durchaus komfortabel lebt, entweder weil sie selbst ein gutes Einkommen erzielt (allenfalls schon im Zeitpunkt der Scheidung erzielt hat), oder weil sie in einer Partnerschaft lebt, und der neue Partner gut verdient. Diesfalls würde die Gleichbehandlung der Kinder, wie sie das Bundesgericht versteht, zu einer de facto sehr ungleichen Situation führen. Die Kinder aus der ersten Ehe könnten ein viel besseres Leben führen als die Kinder aus der zweiten Ehe. Das Bundesgericht lässt für diesen Fall eine Tür offen, wenn es ausführt, dass der Überschuss nach Massgabe der jeweiligen Bedürfnisse der Kinder und der *Leistungsfähigkeit des andern Elternteils* zu verteilen sei.⁵ Deutlicher noch war dies im Urteil vom 9. November 2010 formuliert worden: "Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist die Situation der Beschwerdegegnerin (vergleichsweise) zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer und seine neue Familie sollen sich nicht mehr einschränken müssen, als die rentenberechtigte Beschwerdegegnerin."⁶ Das Bundesgericht bezog sich in dieser Erwägung auf das zu leistende Arbeitspensum. Es fragt sich nun, ob dies gleichermassen auch für die Einschränkungen bei der Lebenshaltung gilt.

In BGE 134 III 337 hatte das Bundesgericht erwogen, dass eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des unterhaltsberechtigten Elternteils zwar grundsätzlich den Kindern in Form von besseren Lebensbedingungen zugute kommen müsse. Die Unterhaltslast soll jedoch für alle Beteiligten ausgewogen bleiben und insbesondere für den unterhaltspflichtigen Elternteil, der in bescheidenen Verhältnissen lebt, nicht übertrieben schwer werden. Das Bundesgericht fügte bei, dass man mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum auf Dauer keine angemessene Existenz führen könne.⁷ Bereits in BGE 79 II 137 hatte das Bundesgericht ausgeführt, dass eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge möglich sein müs-

⁵ 5A_272/210, Erw. 4.2.3

⁶ 5A_241/2010, Erw. 5.7.

⁷ Erw. 2.2.2

se, wenn der Pflichtige trotz aller ihm und seiner neuen Ehefrau zumutbaren Anstrengungen nicht mehr zahlen könne, ohne dass er oder seine neue Familie in Not geraten oder sich doch mehr einschränken müssten als der Rentenberechtigte.

Vertrauensschutz vs. Existenzsicherung aller Beteiligter

Es wird nichts darum herumführen, auf jeden Schematismus zu verzichten und Leistungsfähigkeit, Eigenversorgungskapazität und Bedarf von unterhaltsberechtigter und unterhaltsverpflichteter Partei im Einzelfall konkret zu prüfen und die verschiedenen, sich teilweise widersprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen:

- Das Gesetz gibt keine Rangfolge der Unterhaltsberechtigten vor. Mit Ausnahme der nachgehenden mündigen Kinder sind deshalb alle Unterhaltsberechtigten grundsätzlich gleich zu behandeln.
- Die neue Ehe darf nicht zu Lasten der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gehen (Grundsatz des Vertrauensschutzes). Dieser muss deshalb seine Leistungsfähigkeit in noch stärkerem Mass ausschöpfen, als dies ohne Eingehen der neuen Ehe der Fall gewesen wäre. Der neue Ehepartner muss auf Grund der stiefelterlichen und ehelichen Beistandspflicht ebenfalls dazu beitragen, dass der Unterhaltspflichtige seinen Verpflichtungen nachkommen kann.
- Der zweite Ehepartner heiratet in Kenntnis der Unterhaltsbelastung ihres Ehegatten. Die massgebliche Lebenshaltung dieser zweiten Ehe ist als Folge der Unterhaltsbelastung u.U. niedriger als in der ersten Ehe.⁸
- Eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des betreuenden Elternteils spielt für die Höhe des Unterhaltsbeitrags nur eine beschränkte Rolle, da sie in erster Linie den Kinder (aus erster Ehe) zu Gute kommen soll.⁹

⁸ Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, Rz. 08.26

⁹ Hausheer/Spycher, Rz. 08.10

- Ist die Lebenshaltung der Familie des Unterhaltspflichtigen höher, so ist diese auch für die Kinder aus erster Ehe massgebend, selbst wenn die erste Familie wirtschaftlich schlechter gestellt ist. Der Unterhaltspflichtige kann sich insofern nicht auf die Gleichbehandlung seiner und der weiteren Kinder der ersten Ehefrau berufen.¹⁰
- Die Gleichrangigkeit der Unterhaltsberechtigten ist immer in Relation zu ihren objektiven Bedürfnissen und nicht in absoluten Zahlen zu sehen.¹¹
- Der Schutz des Existenzminimums gilt nur für den persönlichen Unterhaltsbedarf, nicht für denjenigen der ganzen Familie.
- Die Einschränkungen bei der Lebenshaltung müssen jedoch für die unterhaltsberechtigten und die unterhaltsverpflichtete Partei gleichmässig sein.¹² Die Unterhaltsbelastung darf nicht "excessivement lourde"¹³ sein. Von einer solchen übermässigen Belastung muss jedoch u.U. gesprochen werden, wenn dem Unterhaltspflichtigen wie im Fall des Bundesgerichtsurteils vom 3. Januar 2011 nur das eigene Existenzminimum unter Ausklammerung des Bedarfs der Familie belassen wird. Je besser die wirtschaftliche Stellung der ersten Familie ist, desto eher muss auf ein Übermass der Belastung bei der zweiten Familie erkannt werden.
- Die Regel, wonach eine Erwerbstätigkeit erst zumutbar ist, wenn die Kinder dem Kleinkindalter entwachsen sind, gilt nicht für die zweite Ehefrau. Zu fragen ist aber, ob es allenfalls der ersten Ehefrau zuzumuten ist, ihr Einkommen zu steigern. Dem Umstand, dass diese allenfalls auch noch Kinder aus einer späteren Ehe betreut, kann keine vorrangige Bedeutung zukommen, wenn die eheliche Beistandspflicht der zweiten Ehefrau des Unterhaltspflichtigen in Anspruch genommen wird.
- Wenn die zweite Ehefrau keine Kinder zu betreuen hat, aber aus anderen Gründen nicht oder nur eingeschränkt leistungsfähig ist, darf die-

¹⁰ vgl. BGE 116 II 110; Hausheer/Spycher, Rz. 08.33

¹¹ BGE 126 III 353, 359

¹² Hausheer/Spycher, Rz. 08.23

¹³ BGE 134 III 337, 340

ser Umstand nicht zu Lasten der Unterhaltsbeiträge an die erste Familie gehen.¹⁴

Zu unterscheiden ist stets, ob genügende Mittel für beide Familien vorhanden sind, oder ob eine Mangellage besteht (allenfalls erst hervorgerufen durch die Gründung einer zweiten Familie). Die aufgeführten Kriterien können aber in beiden Fällen herangezogen werden, um eine Herabsetzungsklage zu beurteilen.

Unterschiedlicher Massstab für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit?

Mit BGE 109 II 286 führte das Bundesgericht die Regel ein, dass die geschiedene Frau mindestens bis zum 16. Altersjahr des jüngsten Kindes Anspruch auf Unterhalt hat. Es begründete dies mit dem Argument, dass Unterhalt auf jeden Fall solange geschuldet sei, als die Kinder eine umfassende Fürsorge und Pflege benötigen *dürften* (sic!). In BGE 115 II 7 ergänzte das Bundesgericht dies mit der weiteren Regel, dass dem betreuenden Elternteil "die Aufnahme einer gewissen Teilzeitarbeit" schon zugemutet werden könne, wenn das jüngste Kind mit zehn Jahren dem Kleinkindalter entwachsen sei.¹⁵ Später kam die Relativierung hinzu, dass eine bereits vor der Trennung geleistete Teilzeiterwerbstätigkeit i.d.R. auch nach der Trennung zumutbar sei, jedenfalls wenn genügende andere Betreuungsmöglichkeiten vorhanden sind. Die "gewisse Teilzeitarbeit" wurde als 50%-Pensum konkretisiert. Kantonale Gerichte setzen die Alterslimite, wann ein Kind dem Kleinkindalter entwachsen ist, manchmal tiefer an, nämlich beim Eintritt in die Schulpflicht oder beim Übertritt in die Mittelstufe, meistens in Abhängigkeit von der finanziellen Leistungskraft der Eltern.

In einem Urteil vom 13. Mai 2004¹⁶ bekräftigte das Bundesgericht, dass diese Richtlinien auch bei den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen ihre Gültigkeit behielten, weil nach wie vor die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege vor allem kleiner und im obligatorischen Schulalter

¹⁴ Hausheer/Spycher, Rz. 08.26a

¹⁵ Erw. 3c

¹⁶ 5C.70/2004

stehender Kinder deren Interesse dienen und im übrigen auch einen wesentlichen Gesichtspunkt für die Zuteilung der elterlichen Sorge bildeten. Dies sei jedoch keine starre Regel, wenn auch immerhin auf die durchschnittlichen Verhältnisse zugeschnitten. Sie müsse einer Einzelfallbetrachtung standhalten. Eine darüber hinausgehende Erwerbstätigkeit sei zumutbar, wenn sie bereits während des ehelichen Zusammenlebens ausgeübt worden ist, oder das Kind fremdplatziert ist und deshalb den Inhaber der elterlichen Sorge bzw. der Obhut nicht an einer Erwerbsarbeit hindere. Umgekehrt könne eine Erwerbstätigkeit auch länger unzumutbar bleiben, etwa bei einem behinderten Kind oder wenn zahlreiche Kinder zu betreuen sind.¹⁷

Das Bundesgericht beruft sich im Urteil vom 9. November 2010 auf den der zweiten Ehefrau nicht zuzubilligenden Schutz des Vertrauens, wenn es die eben erwähnten Regeln für nicht anwendbar erklärt. Die Regel 10/16 wurde jedoch unter Hinweis auf das Kindeswohl entwickelt und stand nie im Zusammenhang mit der Frage, ob ein berechtigtes Vertrauen zu schützen sei. Erfordert nun das Kindeswohl bei der ersten Familie eine persönliche Betreuung, bei der zweiten Familie jedoch nicht? Offensichtlich kann eine solche Unterscheidung nicht getroffen werden. Das aber bedeutet, dass auch für das Bundesgericht die persönliche Betreuung zwar wünschenswert, aber nicht unbedingt vom Kindeswohl geboten ist. Diese Relativierung müsste dann aber konsequenterweise auch bei der Zuteilung der elterlichen Sorge und beim Entscheid, ab wann eine Aufnahme bzw. Ausweitung der Erwerbstätigkeit zumutbar ist, berücksichtigt werden. Vielleicht wäre es an der Zeit, die Regel 10/16 grundsätzlich zu überdenken und die (ausschliesslich) persönliche Betreuung mehr als heute nur noch als einen unter mehreren Gesichtspunkten zu sehen. Die Schweiz ist eines der ganz wenigen Länder, wo der persönlichen Kinderbetreuung – zumindest in der Rechtsprechung – ein derartig hoher Stellenwert zugemessen wird. Will man diese Konsequenz nicht ziehen, würde der bundesgerichtlichen Rechtssprechung gemäss Urteil vom 9. November 2010 der Makel der Inkonsistenz anhaften.

Diese komplexen Fragen des Abwägens zwischen dem Schutz des Vertrauens in den Bestand eines Scheidungsurteils und dem Schutz der Be-

¹⁷ BGE vom 30. April 2009, 5A_6/2009, Erw. 2.2.

dürfnisse (auch) einer zweiten Familie können nicht auf das Gebot der Gleichbehandlung der Kinder reduziert werden. Immerhin existiert auch ein verfassungsmässiges Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV). Man kann sich mit Fug fragen, ob dieses Recht des Unterhaltspflichtigen im Urteil vom 3. Januar 2011 nicht verletzt ist. Letztlich läuft dieses nämlich auf das rechtlich kaum vertretbare Verdikt hinaus, dass wer es sich finanziell nicht leisten kann, keine zweite Familie gründen und schon gar nicht weitere Kinder zeugen soll. Womit nicht gesagt sein soll, dass dies nicht in manchen Fällen ein praktisch gesehen weises Handlungsgebot wäre.

Keine Garantie des Existenzminimums im Vollstreckungsverfahren

Zu unterscheiden ist die gerichtliche Festsetzung des Unterhaltsbeitrags von seiner Vollstreckung im Betreibungsverfahren. Im Vollstreckungsverfahren gilt der Schutz des Existenzminimums des Unterhaltsverpflichteten nicht mehr absolut, sondern nur, wenn der Notbedarf der Unterhaltsgläubigerin gedeckt ist, sowie zeitlich beschränkt auf ein Jahr vor Ausstellung des Zahlungsbefehls.¹⁸ Der Unterhaltsschuldner kann sich nicht auf den Schutz des Existenzminimums "für sich und seine Familie" (Art. 93 Abs. 1 SchKG) berufen, weil auch die Kinder aus erster Ehe zur Familie im Sinne dieser SchKG-Bestimmung gehören. Allerdings gilt der Schutz des Existenzminimums gegenüber der die Alimente bevorschussenden Behörde.

Thomas Gabathuler, Fachanwalt SAV Familienrecht

¹⁸ BGE 111 III 13, 123 III 332