

Neue Rechtsprechung zum nachehelichen Unterhalt:

Das Bundesgericht schneidet nicht alte Zöpfe ab, sondern verpasst geschiedenen Frauen einen Bürstenschnitt

Gertrud Baud, Rechtsanwältin / Gabriella Matefi, Rechtsanwältin, ehemalige Präsidentin des Appellationsgerichts Basel-Stadt

Das Bundesgericht hat in einer Medienmitteilung vom 9. März 2021 fünf Entscheide als für die Berechnung des nachehelichen Unterhaltsanspruches massgebende neue Präjudizien bezeichnet¹. Diese Entscheide integrieren einen früheren Grundsatzentscheid aus dem Jahr 2018, mit welchem das Bundesgericht Richtlinien für den Umfang einer zumutbaren Erwerbstätigkeit nebst der Betreuung von minderjährigen Kindern festgelegt hat (sog. Schulstufenmodell). Einer der mitwirkenden Bundesrichter hat in einem Zeitungsinterview die gesellschaftspolitischen Überlegungen, die zu diesen Entscheiden geführt haben, erläutert².

Diese Leitentscheide wurden in den Medien grösstenteils als Modernisierung des Familienrechts begrüsst³. Eine kritische fachliche Analyse dieser Rechtsprechung gibt allerdings für Frauen keinen Anlass zu Jubel. Das Bundesgericht erklärt nachehelichen Unterhalt zum Ausnahmefall, der allenfalls so lange geschuldet ist, als kleine Kinder zu betreuen sind. Damit wird die heutige tatsächliche Gestaltung von Beziehung und Familie weitgehend übergangen.

Mit unserer Berufserfahrung als Anwältin und Richterin arbeiten wir im Folgenden die entscheidenden Elemente, welche das Bundesgericht für die Frage des nachehelichen Unterhalts neu definiert oder ausdrücklich bestätigt hat, heraus und erläutern sie kurz. Zunächst betrachten wir die Zusammensetzung des Bundesgerichts und danach die Vereinheitlichung der Berechnungsmethode, den Einfluss der Lebensprägung einer Ehe sowie den Stellenwert und die Berechnung der Eigenversorgung, für welches das Gericht hypothetische Einkommen und zumutbare Erwerbspensen definiert. Schliesslich skizzieren wir die Datenlage und Rechtsfolgenforschung, welche bei einer familienrechtlichen Rechtsprechung zu berücksichtigen wären.

Familienrechtliche Leitentscheide mit reiner Männerbesetzung

Das Bundesgericht hat die fünf von ihm selber als solche bezeichneten Leitentscheide zum Unterhaltsrecht in einer rein männlichen Besetzung getroffen, inklusive dem Gerichtsschreiber. Beim Urteil zum sog. «Schulstufenmodell» hat eine Bundesrichterin mitgewirkt.

Dieses Geschlechterverhältnis im richterlichen Gremium und im Besonderen im Familienrecht, wo das Geschlecht anerkanntermassen eine prägende Rolle spielt⁴, ist stossend und unverständlich. Zumal wenn bedacht wird, dass selbst im Verwaltungsrat von grösseren privatrechtlichen Aktiengesellschaften jedes Geschlecht mindestens mit 30% vertreten sein sollte (Art. 734f OR). Eine derart einseitige Zusammensetzung des Gerichts schmälert die Akzeptanz seiner Entscheide, da die Rechtsbetroffenen davon ausgehen müssen, dass das Gericht sich möglicherweise auf eine einseitige Lebenserfahrung stützt.

¹ https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/211.1_03_2021_yyyy_mm_dd_T_d_13_03_49.pdf

² Interview mit Bundesrichter Nicolas von Werdt, Basler Zeitung vom 07.04.21

³ Kathrin Alder, Die Ehe darf kein Monopol mehr sein, NZZ vom 16.04.21 S. 17

⁴ Benjamin Schindler, Das Parteibuch der Richterinnen und Richter: Fluch oder Segen? ZBl 122/2021 S. 1, 2

Daran ändert qualitativ wenig, dass offenbar informell intern eine Kollegin in die Entscheidungsfindung einbezogen wurde⁵. Schon 1991 forderte die Eidgenössische Frauensession in der Abschlussresolution eine «angemessene Vertretung der Frauen in allen entscheidenden Gremien unseres Landes.» Offensichtlich sind wir leider 30 Jahre später immer noch nicht soweit. Abhilfe würde vielleicht eine öffentliche Debatte über die Zusammensetzung der Gerichte bringen.

Berechnungsmethode

Die Berechnung des nachehelichen Unterhaltes wird vereinheitlicht und die zweistufige Methode (Festlegen des familienrechtlichen Existenzminimums plus Verteilung eines allfälligen Überschusses nach grossen und kleinen Köpfen) als Regelmethode sowohl für Kinder- wie für Ehegattinnenunterhalt definiert. Ein Vorgehen nach der einstufigen Methode (Nachweis des bisherigen ehelichen Verbrauchs) ist nur bei sehr guten finanziellen Verhältnissen möglich und ist zu begründen. Unterhaltsberechnungen anhand von Prozentsätzen des Einkommens des Unterhaltsschuldners sind nicht mehr zulässig.

Urteile 5A_311/2019 vom 11.11.2020, 5A_891/2018 vom 02.02.21; 5A_800/2019 vom 09.02.21

Eine schweizweite Vereinheitlichung der Berechnungsmethode von Unterhalt ist zu begrüßen. Die zweistufige Berechnungsmethode ist grundsätzlich ebenfalls als praktikabel zu begrüßen. Welche Bedarfsspositionen dabei Berücksichtigung finden werden, wird sich erst noch zeigen. Eine Position, die in der Praxis oft nicht berücksichtigt wird, obwohl sie in Art. 125 Abs.2 Ziff. 8 ZGB ausdrücklich genannt wird, sind die Kosten für die zusätzliche Altersvorsorge bei Teilzeitarbeit. Bei Teilzeitarbeit ist die für die Betreuungsarbeit aufgewendete Zeit nicht altersvorsorgeversichert, weshalb die fehlenden Arbeitnehmerin- und Arbeitgeberbeiträge von AHV und BVG als zusätzliche Kosten beim Bedarf zu berücksichtigen sind. Eigentlich sollte auch ein Karriereknick wegen der Ehe eingepreist werden. Dieser ist für das Bundesgericht leider kein Thema.

Lebensprägende Ehe

Die frühere bundesgerichtliche Definition der lebensprägenden Ehe (mindestens 10 Jahre Ehedauer und/oder gemeinsame Kinder) sowie die richterliche Vermutung, dass wer bis zum 45. Altersjahr vollständig ausserhalb des Erwerbslebens steht, nicht mehr ins Berufsleben zurückfindet, werden ersatzlos aufgegeben. Angesichts der zwischenzeitlich bei knapp 50 % liegenden Scheidungsquote könne aus der gesamtgesellschaftlichen Perspektive zwar nach wie vor, aber nicht mehr in gleicher Intensität, von einem schützenswerten Vertrauen in den Fortbestand der Ehe gesprochen werden.

Urteile 5A_907/2018 vom 03.11.2020; 5A_104/2018 vom 02.02.21; 144 III 481 E 4.8.2

Vorauszuschicken ist, dass die sog. «45-Jahre Vermutung» in der Praxis der erstinstanzlichen Gerichte bereits seit längerem kaum mehr Anwendung findet. Hingegen hat sich die Scheidungsrate der Schweiz entgegen der richterlichen Behauptung seit den letzten drei Jahrzehnten und somit seit einem Zeitpunkt vor der Scheidungsrechtsrevision nicht wesentlich verändert⁶. Das Bundesgericht wirft mit dieser unzutreffenden Begründung nicht nur die frühere Definition der Lebensprägung, sondern stillschweigend die Lebensprägung einer Ehe überhaupt als anspruchsbegründende Voraussetzung für eine finanzielle

⁵ Von Werdt, Fn 2

⁶ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungshaeufigkeit.html> besucht am 30.04.21

Kompensation über Bord, soweit nicht noch aktuell Kinderbetreuungsaufgaben wahrgenommen werden müssen. Dabei wird übergangen, dass vor allem für Frauen nach wie vor sehr wohl und sehr lange die Rollenteilung einer Ehe nach der Trennung wirtschaftlich negativ prägend ist⁷. Mit der Reduktion der Definition einer lebensprägenden Ehe auf das Aufziehen von Kindern und dem Negieren der Schutzwürdigkeit von Vertrauen in den Fortbestand der Ehe wird Art. 125 Abs. 2 ZGB die Umsetzung weitgehend verweigert.

Art. 125

¹ Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebühren-den Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten.

² Beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Aufgabenteilung während der Ehe;
2. die Dauer der Ehe;
3. die Lebensstellung während der Ehe;
4. das Alter und die Gesundheit der Ehegatten;
5. Einkommen und Vermögen der Ehegatten;
6. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder;
7. die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehe-gatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person;

Die Verantwortung für die Rollenteilung während der Ehe auferlegt das Gesetz beiden Eheparteien. Hinter jeder Ehefrau, die zugunsten der Familie auf ökonomische Ressourcen, d.h. Geld und Karriere verzichtet, steht auch ein Ehemann. Nach wie vor ist es bei der Geburt eines Kindes die Regel, dass es die Mutter ist, die ihre beruflichen Möglichkeiten und Ziele dem Familienzuwachs anpasst. Sei dies mit Reduktion des Pensums, was praktisch immer mit einer Qualifikationseinbusse verbunden ist, mit einem Verzicht auf Weiterqualifikation oder mit einem Erwerbsunterbruch. Ebenso ist es die Regel, dass ein Paar, und erst recht eine Familie, sich nach dem beruflichen Fortkommen des besserverdienenden Mannes ausrichtet, was den Ort des Lebensmittelpunktes betrifft. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass Verzicht auf eigenen Erwerb nicht nur der Haushaltsführung im Sinne von Einkaufen, Kochen, Waschen und Betreuen von gemeinsamen Kindern dient. Durch die vermehrte Präsenz zu Hause werden stillschweigend und zumeist nach und nach weitere Aufgaben und Dienstleistungen im Interesse der ganzen Familie übernommen, wie Organisation der externen Kinderbetreuung, Begleitung und Pflege eigener und der Angehörigen des Partners, Ermöglichen eines attraktiven Lebensumfeldes, Pflege von Freundschaften der ganzen Familie und karrierefördernder Beziehungen des Partners usw.

Das gegenwärtig am weitesten verbreitete Familienmodell zeigt eine meist unter 60%-ige Teilzeiterwerbstätigkeit der Frau und eine Vollzeiterwerbstätigkeit des Mannes. Sogar in der Idealvorstellung von Frauen arbeitet der Mann 80% und die Frau 50%.⁸

Spiegelbildlich zu diesen Befunden zur Erwerbsarbeit zeigen die neuesten Erkenntnisse der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung des Bundesamtes für Statistik (BfS), dass im Jahr 2020 die Frauen in der Schweiz rund 10 Stunden mehr Haus- und Familienarbeit pro Woche leisten als die Männer. Geht es um Paare mit Kindern unter 15 Jahren, ist der Unterschied noch deutlicher: Mütter übernehmen im Schnitt 50 Prozent mehr von der Familienarbeit als die Väter.⁹

⁷ [annajetzt – Frauen in der Schweiz, Die grosse Frauenbefragung von Sotomo und annabelle, Februar 2021 S. 33 ff.](#)

⁸ Annajetzt Fn 7 S. 36 ff.

⁹ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/unbezahlte-arbeit/haus-familienarbeit.assetdetail.17124476.html>

Primat der Eigenversorgung

Das Primat der finanziellen Eigenversorgung ab dem Zeitpunkt der Trennung auch bei lebensprägender Ehe wird vom Bundesgericht bestätigt und verabsolutiert. Mit dem Wegfall des Naturalunterhaltes (Betreuung, Haushalt, Dienstleistungen) entfällt der Anspruch auf Partizipation am Einkommen des/r Ehepartner-s/in. Aus dem Grundsatz der ehelichen Solidarität könnten für den beruflichen Wiedereinstieg allenfalls Übergangsfristen, auch längere, für Weiterbildungen oder Zusatzausbildungen gewährt werden, wenn dadurch die Eigenversorgung verbessert werde.

Urteile 5A_907/2018 vom 03.11.2020; 5A_104/2018 vom 02.02.21

Ein gewichtiger Grund für die nach wie vor bestehenden erklärbaren und auch unerklärbaren Unterschiede zwischen Frauen- und Männerlöhnen liegt nebst der Arbeitsmarktsegregation in gut bezahlte typische Männerberufe und schlecht bezahlte typische Frauenberufe in der Teilzeiterwerbstätigkeit bzw. den Erwerbspausen von Frauen¹⁰. Teilzeitpensen generieren nicht nur prozentual weniger Lohn, sondern sind in der heutigen Arbeitswelt mit Führungsverantwortung und beruflichem Fortkommen meistens schlecht vereinbar. Viele Teilzeiterwerbstätige können zudem ihr Pensum nicht erhöhen, auch wenn sie wollten. Typische Frauenberufe z.B. in der Pflege, im Gesundheits- und Dienstleistungsbereich (Spitex, Hauswirtschaft, Physiotherapie, Dentalhygiene, Kosmetik, Coiffeuse etc.) oder auch im Unterrichtswesen werden selten in Vollzeitpensen ausgeübt, weil sie schlicht zu anstrengend sind. Dies trifft insbesondere auch auf den Beruf der Hilfspflegerin zu, welche das Bundesgericht für jede geschiedene Frau als zumutbar anzusehen scheint¹¹.

Teilzeiterwerbstätigkeit hat auch unschöne Auswirkungen im Alter. Eine Studie der Swisslife vom Dezember 2019 über den «Pension Gap» zeigt, dass ein Drittel der geschiedenen Rentnerinnen Ergänzungsleistungen bezieht¹². Generell erhalten Altersrentnerinnen heute über alle drei Säulen ein Drittel weniger Rente als Männer. Wegen dem seit 2000 geltenden Splitting der Pensionskassenguthaben wird sich dieser Unterschied zwar in Zukunft verringern. Die Swisslife-Studie geht aber trotzdem davon aus, dass dieser Gap noch die nächsten Dekaden (!) bestehen bleiben wird – vor allem wegen der Teilzeitarbeit der Frauen.

Eine wenig erforschte, aber lebenspraktische Erfahrung ist zudem, dass Frauen, die den Hauptfokus ihres Lebens auf die Familie ausgerichtet und allenfalls bloss «dazuverdient» haben, nach einer Trennung zuerst eine eigentliche neue berufliche Identität finden müssen. Das braucht Zeit und Kraft, zwei Ressourcen, die besonders in einer Trennungssituation Mangelware sind. Für den Berufseinstieg oder das Erreichen eines bedarfsdeckenden Einkommens braucht es häufig Weiterbildung oder Zusatzausbildung. Zwar gesteht das Bundesgericht grundsätzlich Übergangsfristen für Weiterbildung oder Zusatzausbildung zu, allerdings mit grösster Zurückhaltung. So bestätigte es, dass für eine geschiedene Mutter von drei Kindern, welche vor der Ehe ein IT-Studium absolviert und im Informatikbereich gearbeitet hat, eine Weiter- oder Zusatzausbildung im angestammten Beruf zu aufwändig und folglich zu verweigern ist. Es sei für sie zumutbar eine 4-monatige SRK-Ausbildung zu absolvieren und als Pflegehilfskraft mit einem Nettolohn von CHF 4'300.— in einem 100%-Pensum zu arbeiten¹³. Die Nachteile der von den Parteien ausgehandelten ehelichen

¹⁰ Annjetzt Fn 7 S. 38

¹¹ Urteile 5A_104/2018 vom 02.02.21; 5A_800/2010 vom 09.02.21

¹² <https://www.swisslife.ch/de/private/blog/studie-gender-pension-gap.html>

¹³ Urteil 5A_104/2018 vom 02.02.21; 5A_549/2019 vom 18.03.21 E 4.3

Arbeitsteilung werden so – unter Verletzung von Art. 125 Abs. 2 ZGB - nur der Frau aufgebürdet.

Zudem wird durch die wiederholte Zuweisung des Berufs der Hilfspflegerin durch das Bundesgericht verkannt, dass es sich bei der Pflege um eine psychisch wie physisch anspruchsvolle Tätigkeit handelt, die bei weitem nicht jedem Menschen und auch nicht jeder Frau liegt. Mit der Zuweisung wird einerseits den Gepflegten zugemutet, sich durch beliebige Personen betreuen zu lassen, und damit andererseits das Berufsbild der Pflegerin einmal mehr herabgesetzt. Dahinter steht offensichtlich die Vorstellung, dass jede Frau, die für die körperliche Hygiene der eigenen Kinder gesorgt hat, dies auch für pflegebedürftige Erwachsene tun könne.

Die Frauen können schliesslich ihre Eigenversorgungskapazität nur ausbauen und Weiterbildungen besuchen, wenn genügend bezahlbare Angebote für Drittbetreuung vorhanden sind. Daran fehlt es bekanntlich noch an vielen Orten.

Wie die Untersuchung im Rahmen einer Nationalfondsstudie zeigt, ist das Primat der Eigenversorgung über weite Strecken in der Lebenswirklichkeit eine reine Fiktion. Geschiedene Frauen konnten seit der Einführung des neuen Scheidungsrechts, welches in den unteren Gerichten vielerorts als «clean-break»-Prinzip praktiziert wird, die wegfallenden Unterhaltsbeiträge nicht mit eigenem Einkommen kompensieren¹⁴. Dasselbe ergibt sich aus einer Studie zur Reform von 2008 in Deutschland. Reduzierte Unterhaltsansprüche hatten keinen positiven Effekt auf den Umfang der Erwerbstätigkeit von Frauen¹⁵. Auch die aktuellste schweizerische Befragung zeigt, dass nicht einmal die Hälfte der Frauen in der deutschsprachigen Schweiz mit dem eigenen Einkommen ihren Lebensunterhalt allein bestreiten kann. Einen grossen Anteil machen dabei die Frauen aus, die Kinder grossziehen oder grossgezogen haben. Und zwar unabhängig vom Alter der Kinder, d.h. auch die Mütter grosser oder erwachsener Kinder sind nicht Vollzeit erwerbstätig. Auch im 2021 waren immer noch 27 % der Frauen Vollzeit-Familienfrauen und nur 12 % Vollzeit erwerbstätig; 23 % der Frauen arbeiteten Teilzeit zwischen 50 % – 79 % und 27 % arbeiteten weniger als 50 %. Das heisst, 50 % der erwerbstätigen Frauen arbeiteten Teilzeit.¹⁶

Hypothetisches Einkommen

Sowohl dem Unterhaltsschuldner, als auch der Unterhaltsgläubigerin wird ein hypothetisches Einkommen angerechnet, wenn er bzw. sie sich nicht um (Erwerbs-)einkommen im zumutbaren bzw. erwarteten Umfang bemüht bzw. im Zeitpunkt der Unterhaltsberechnung kein solches erzielt.

Beispielhaft im Urteil 5A_907/2018 vom 03.11.20 E 3.4.4., 3.4.5, 7

Eine Anrechnung von hypothetischem Einkommen sowohl für den Unterhaltsschuldner als auch für die Unterhaltsempfängerin erscheint auf den ersten Blick gleichberechtigt. Der faktische Unterschied ist aber riesig. Dem Unterhaltsschuldner wird in der Zwangsvollstreckung in jedem Fall das betriebsrechtliche Existenzminimum belassen, da in dieses zwangsweise nicht eingegriffen werden darf, wie hoch auch immer ein zumutbarer

¹⁴ Dorian Kessler, Economic Gender Equality and the Decline of Alimony in Switzerland, Journal of empirical legal studies, Volume 17, Issue 3, 493–518, September 2020 S. 510

¹⁵ Bredtmann, J. und C. Vonnahme (2019), Less money after divorce – how the 2008 alimony reform in Germany affected spouses' labor supply, leisure and marital stability. Review of Economics of the Household 17 (4): 1191-1223. DOI: 10.1007/s11150-019-09448-z

¹⁶ annajetzt Fn 7 S. 33 ff.

Erwerb wäre. Demgegenüber bleibt einer Unterhaltsgläubigerin, die aufgrund unrealistischer Erwerbsfiktionen eines Gerichtsentscheides das angerechnete Einkommen nicht erzielen kann, nur der Gang zur Sozialhilfe. Zudem sieht das Gesetz nur die Möglichkeit einer Herabsetzung einer einmal festgelegt Rente vor, nicht aber einer Erhöhung, selbst wenn z.B. das hypothetische Einkommen nicht erzielt werden kann.

Damit, dass das Bundesgericht in zwei der Leitentscheide der Ehefrau unbesehen ihrer beruflichen Vorqualifikation aufgrund des bekannten Pflegenotstandes eine 4-monatige SRK-Ausbildung und die Erwerbstätigkeit als Pflegehilfskraft im Umfang von 100 % zumutet, setzt es faktisch auf Jahre hinaus das entsprechende Nettoeinkommen von CHF 4'300.—als erzielbar und somit nicht mehr zu überprüfen in die Welt.

Schulstufenmodell – zumutbares Erwerbspensum

Einer Person, die minderjährige Kinder betreut, wird ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres ein Vollzeiterwerb zugemutet. BGE 144 III 481

Den Grundstein für eine hypothetische Eigenversorgungskapazität von Müttern legte das Bundesgericht mit seinem Schulstufenmodell in BGE 144 III 481. Dieses Modell wäre allenfalls realistisch, wenn beide Elternteile gemäss diesem Modell reduziert erwerbstätig und die restliche Zeit für die Kinder da wären. Wie gezeigt, ist dies leider nicht der Fall.

Abgesehen von den faktischen Schwierigkeiten in Berufen, welche für kleine Pensen geeignet sind, das Pensum beliebig aufzustocken, werden mit dem Modell diverse Realitäten ausser Acht gelassen. In den meisten Kantonen beginnt die obligatorische Einschulung schon mit dem Kindergarten, d.h. mit 4 Jahren. Kindergartenpensen decken aber keine 50%-ige Erwerbstätigkeit inklusive Arbeitsweg ab, und nicht alle Kinder in diesem Alter sind schon selbständig genug, um ergänzende Strukturen zu besuchen – sofern diese überhaupt existieren.

Verkannt wird mit dieser Rechtsprechung auch, dass pubertierende Kinder und Kinder beim Übertritt in die Sekundarstufe I häufig wieder mehr Aufmerksamkeit und Unterstützung durch ihre Eltern benötigen, als Kinder im Primarschulalter. Schulisch werden in dieser Lebensphase, in welcher die Kinder wenig stressresistent sind, wichtige Weichen gestellt. Pubertätsbedingte Turbulenzen wirken sich zudem gut und gerne bis zum 17. oder 18. Lebensjahr aus. Die Art der Betreuung ändert sich zwar, ist aber weniger einfach zu strukturieren. Sie muss dann gewährt werden, wenn sie benötigt wird, und nicht wenn es das Arbeitspensum der Eltern zulässt. Gerade während Trennungszeiten und bei der Neugestaltung der Familienverhältnisse stehen zudem nicht nur die Eltern, sondern auch die Kinder unter höherem Druck und verlangen mehr Aufmerksamkeit, als Gleichaltrige.

Einzelfallbetrachtung - Ermessensentscheide

Im Interesse des Kindeswohls und zur Erreichung ausreichender Eigenversorgungskapazität werden allenfalls Übergangsfristen festgesetzt. Entlastungsmöglichkeiten durch freiwillige (vor-)schulische oder ausser schulische Drittbetreuung, das Vorhandensein und der konkreten Greifbarkeit von Drittbetreuungsangeboten (sog. umgebungsbezogene Gründe) werden soweit vorhanden berücksichtigt. Im konkreten Einzelfall werden bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zudem die tatsächliche Erwerbsmöglichkeit anhand von Kriterien wie Gesundheit, Ausbildung, Arbeitsmarktlage etc. geprüft.

Urteil 5A_104/2018 vom 02.02.21; BGE 144 III 481 E 4.7.8

Der richterliche Grundsatz, wonach immer der konkrete Einzelfall zu betrachten sei, ist tröstlich, aber auch geeignet, schlussendlich jegliche Kritik abprallen zu lassen. Natürlich wird in der Praxis auch – so hoffen wir jedenfalls – konkret im Einzelfall geschaut, ob tatsächlich Kitas und schulergänzende Betreuungsstrukturen existieren und ob Weiterbildungs- oder Zusatzausbildungen hilfreich sind. Auch Einwände gegen tatsächliche Erwerbsmöglichkeiten werden geprüft. Aber: die Last für den Nachweis solcher Tatsachen und Elemente, die im Einzelfall ein Abweichen von den strengen Regeln der Eigenversorgung ermöglichen würden, liegt bei den Unterhaltsberechtigten. Im Bereich des nahehelichen Unterhaltes herrscht die volle Dispositionsmaxime. Es ist somit die anspruchsberechtigte Person d.h. regelmässig die Frau, die beweisen muss, dass sie zu Gunsten der Familie auf berufliche Tätigkeit oder Karriere verzichtet, dass ein Kind besondere Bedürfnisse hat, dass keine bezahlbare Fremdbetreuung existiert, dass sie das Pensum nicht aufstocken kann oder dass keine zumutbare Erwerbstätigkeit für sie besteht. Sie hat alle Beweise zu benennen und vorzulegen¹⁷. In der Praxis ist dies eine enorme Hürde.

Scheidungsurteile ergehen praxisgemäss in 90 % der Fälle gestützt auf eine Konvention. Das heisst, dass die beraterische Tätigkeit im Scheidungsrecht einen sehr grossen Stellenwert hat und die Verhandlungsmacht der Parteien bedeutend ist. Erfahrungsgemäss muss eine Konvention krass willkürlich sein, dass das Gericht sie als solche nicht akzeptiert. Nicht als krass zu bezeichnender und vorurteilsgeprägter Willkür stehen die Türen unter diesen Umständen weit offen. Vage Gesetzestexte und eine Rechtsprechung, die grosse Interpretationsräume offen lässt, führen deshalb regelmässig zu einer Benachteiligung der unterhaltsberechtigten Person.¹⁸

Stand der Forschung

Das Bundesgericht fällt seine neue Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht ohne Kenntnisnahme der aktuellen soziologischen und Rechtsfolgenforschung.

Der Schweizerische Nationalfonds (SNF) hat zwischen 2014 und 2018 ein Forschungsprojekt mit dem Titel «Scheidung als soziales Risiko: Institutionelle Rahmenbedingungen, Abhängigkeit von Sozialleistungen und geschlechtsspezifische Ungleichheiten» finanziert¹⁹. Anfang Dezember 2020 erschien in der Zeitschrift «Horizonte» des SNF ein Hinweis auf eine Studie, die belegt, dass Frauen, die unter dem neuen Scheidungsrecht von 2000 geschieden worden sind, finanziell schlechter dastehen, als jene mit Scheidung in den 1990-er Jahren²⁰. Das Ergebnis dieser Studie wird durch die sehr aktuelle Befragung von Frauen zu ihren Lebensbedingungen von «Annajetzt» bestätigt und untermauert²¹.

Datenlage

Dass es nur wenig Forschung zur konkreten Umsetzung des Scheidungsrechts und die persönlichen und wirtschaftlichen Folgen einer Scheidung gibt, ist nicht nur auf fehlendes Interesse, sondern auf eine praktisch inexistente Datenlage zurückzuführen. Bis 2008 mussten die Gerichte lediglich angeben, wie viele Scheidungen sie durchgeführt haben und in wie vielen dieser Scheidungen sowie für wie lange ein Unterhalt zugesprochen worden ist. Seither werden auch diese rudimentären Scheidungsdaten nicht mehr erhoben, sondern nur noch aus den

¹⁷ s. beispielhaft Urteil 5A_311/2019 vom 11.11.2020 E 4

¹⁸ Schwenzer, FamKomm Art. 125 ZGB I.-II. N 2

¹⁹ <http://p3.snf.ch/Project-149594>

²⁰ <https://www.horizonte-magazin.ch/2020/12/03/scheidung-jetzt-haerter-fuer-frauen/>

²¹ Annajetzt Fn 7

informatisierten Zivilstandsregistern die Anzahl der Scheidungen erfasst «um die Gerichte zu entlasten»²².

Ein weiteres Problem der fehlenden Rechtsfolgenforschung im Unterhaltsrecht ergibt sich bei der üblichen gerichtlichen Berechnung der Eigenversorgungskapazität der Unterhaltsempfängerinnen. Dabei werden Lohnstrukturerhebungsdaten verwendet. Damit werden aber nur Durchschnittswerte berücksichtigt, unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten des zu beurteilenden Falls (z.B. Care-Verpflichtungen, Berufserfahrung, Gesundheit etc.). Die Gefahr besteht, dass die Eigenversorgungskapazität zu hoch eingeschätzt wird, ähnlich wie bei Beurteilungen der Erwerbstätigkeit von IV-Antragstellenden²³.

Zu fordern ist folglich der Aufbau einer detaillierten nationalen Statistik zu Unterhaltsvereinbarungen und deren Verknüpfung mit anderen einkommensrelevanten Daten²⁴. Nur so können die Vorgaben des Gesetzes für eine realitätsgerechte Unterhaltsberechnung eingehalten werden.

Basel, 02.07.2021

²² Kessler, Fn 8, Fn 14; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungshaeufigkeit.html>

²³ Vgl. https://www.buerobass.ch/fileadmin/Files/2021/CoopRechtsschutz_2021_IV-LSE_GutachtenBASS.pdf

²⁴ LSE/Schweizerische Arbeitskräfteerhebung/Strukturerhebung verknüpft mit AHV-IK-Daten