

Heft 3/3

2022

56. Jahrgang

# Blätter für Agrarrecht Communications de droit agraire

Referate an der Weiterbildungsveranstaltung 2022 der SGAR:

Sandro Spiess  
Unterhaltsrecht unter besonderer Berücksichtigung  
der Verhältnisse in der Landwirtschaft 165

Hansjörg Minder  
Die güterrechtliche Auseinandersetzung in der bäuerlichen  
Ehescheidung 187

Nadine Feuerstein  
Nachlassplanung im bäuerlichen Umfeld – Ausgewählte Aspekte  
aus der Sicht der Urkundsperson 201

Aufsatz/Article:  
Thierry Largey  
L'acquisition d'immeubles agricoles par des non-exploitants  
à titre personnel 213

Das Urteil – kommentiert/L'arrêt – commenté:  
Andreas Wasserfallen  
Urteil des Bundesgerichts 2C\_601/2021 vom 11.10.2022 245



Stämpfli Verlag

## Unterhaltsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Landwirtschaft aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts

RA Sandro Spiess<sup>1</sup>

**Abstract** Das Unterhaltsrecht hat in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts eine erhebliche Modifizierung erfahren. Dieser Beitrag befasst sich mit den wichtigsten aktuellen Urteilen des Bundesgerichts, um einen Überblick zu den Modalitäten der Unterhaltsberechnung zu erhalten. Im Speziellen wird auf die besonderen unterhaltsrechtlichen Kniffe im Zusammenhang mit Landwirtinnen und Landwirten, was Gültigkeit für sämtliche Selbständigerwerbenden hat, hingewiesen.

### Inhalt

I. Einleitung .....	166
II. Prozessuale Aspekte für unverheiratete Eltern .....	167
III. Obhutszuteilung als Grundvoraussetzung .....	168
1. Vorbemerkung .....	168
2. Elterliche Sorge .....	168
3. Obhut .....	169
a) Alleinige Obhut und persönlicher Verkehr .....	169
b) Alternierende Obhut und Betreuungsanteile .....	170
IV. Unterhaltsrecht .....	173
1. Allgemeine Grundsätze .....	173
2. Grundsätze zum Kindesunterhalt .....	174
a) Kindesunterhalt .....	174
b) Volljährigenunterhalt .....	176
3. Grundsätze zum ehelichen Unterhalt .....	177
4. Grundsätze zum nachehelichen Unterhalt .....	178
5. Zweistufige Methode mit Überschussverteilung .....	180
a) Ermittlung der Leistungsfähigkeit .....	180
b) Ermittlung der Existenzminima .....	182
c) Überschussverteilung und Sparquote .....	184

<sup>1</sup> Sandro Spiess ist Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Familien- und Landwirtschaftsrecht bei der Wolf Advokatur und Notariat AG in Sursee ([www.wolf-recht.ch](http://www.wolf-recht.ch)).

## I. Einleitung

Laut den offiziellen Erhebungen des Bundesamtes für Statistik wurden in der Schweiz im Kalenderjahr 2021 insgesamt 17 159 Ehen geschieden. Aus diesen geschiedenen Ehen sind insgesamt 13 809 minderjährige Kinder hervorgegangen.<sup>2</sup> Für diese minderjährigen Kinder mussten die familiären und finanziellen Verhältnisse sämtlicher Familienmitglieder von Amtes wegen (Untersuchungs- und Officialgrundsatz, Art. 296 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008<sup>3</sup> i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO sowie Art. 58 Abs. 2 ZPO gerichtlich festgestellt und beurteilt werden, um über eine allfällige Verpflichtung eines Elternteils zur Bezahlung von Kindesunterhaltsbeiträgen (Art. 276 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907<sup>4</sup>) zu entscheiden. Ebenfalls wird für einen Teil dieser geschiedenen Ehegatten gerichtlich zu entscheiden gewesen sein, ob einem Ehegatten im Sinne von Art. 125 ZGB ein nahehehlicher Unterhaltsbeitrag zugesprochen werden muss. Von Ehescheidungen ihrer Eltern sind oftmals auch volljährige Kinder betroffen, welche unter den gegebenen Voraussetzungen von Art. 277 Abs. 2 ZGB ebenfalls Anspruch auf sog. Ausbildungs- oder Volljährigenunterhalt haben. Im Gegensatz zu minderjährigen Kindern, bei welchen ein Elternteil die Interessen des Kindes im Prozess wahrnehmen kann, können volljährige Kinder unter Umständen dazu gezwungen sein, gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide Elternteile einen selbständigen Unterhaltsprozess einzuleiten (Art. 295 ff. ZPO).

Zudem werden sich die Zivilgerichte in den Ehescheidungsverfahren vorgelagerten Verfahren (Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Art. 271 lit. a ZPO i.V.m. Art. 172 ff. ZGB; vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens (Art. 276 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO i.V.m. Art. 172 ff. ZGB) in einem Teil der später geschiedenen Ehen bereits mit der Beurteilung von Kindesunterhalts und persönlichen ehelichen Unterhaltsbeiträgen eines Ehegatten (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) befasst haben. Nicht zu vergessen sind sämtliche unehelichen Kinder, welche den ehelichen Kindern unterhaltsrechtlich gleichgestellt sind, da der Zivilstand der Eltern für das Recht des Kindes auf entsprechende Unterhaltsleistungen keine Rolle spielen darf.

<sup>2</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/heiraten-eingetragene-partnerschaften-scheidungen/scheidungshaeufigkeit.html>; Hinweis: Das Bundesamt für Statistik spricht noch immer von sog. «unmündigen» Kindern. Der Begriff der «Mündigkeit» wurde jedoch im Schweizerischen Zivilgesetzbuch bereits mit Änderung, in Kraft seit dem 1. Januar 2013 (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001), durch den Begriff der «Volljährigkeit» (Art. 14 ZGB) ersetzt.

<sup>3</sup> SR 272.

<sup>4</sup> SR 210.

## II. Prozessuale Aspekte für unverheiratete Eltern

Können sich unverheiratete Eltern betreffend Kindesunterhalt nicht einigen, haben diese ebenfalls das Gericht zu bemühen (Art. 298b Abs. 3 ZGB), obschon zur Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile grundsätzlich die Kindesschutzbehörde zuständig ist (Art. 298b ZGB). Im Gegensatz zu verheirateten Eltern, welche entsprechende Gesuche und Klagen direkt dem zuständigen Zivilgericht einreichen können, haben sich unverheiratete Eltern in einem ersten Schritt an die zuständige Schlichtungsbehörde (Art. 197 ZPO) zu wenden. Aufgrund der grossen Komplexität der Unterhaltsberechnungen bezweifelt der Autor jedoch, dass ein solcher Schlichtungsversuch vor einer «normalen» Schlichtungsbehörde erfolgreich sein könnte. Beim Grossteil der Friedensrichter handelt es sich um juristische Laienrichter, welche nicht über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen dürften. Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte selbst der überwiegende Teil der juristisch ausgebildeten Friedensrichterinnen und -richter aufgrund der Komplexität und der immerwährenden Änderung der Rechtsprechung Mühe mit entsprechenden Unterhaltsberechnungen bekunden, weshalb die gesetzgeberische Konzeption des Ganges vor die Schlichtungsbehörde für unverheiratete Eltern zu kritisieren ist. Dasselbe gilt für selbständige Unterhaltsprozesse volljähriger Kinder gegen mindestens einen ihrer Elternteile, welche ebenfalls zuerst die zuständige Schlichtungsbehörde zu bemühen haben. Immerhin hat der Gesetzgeber mit seiner Regelung in Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO festgehalten, dass dann kein vorgängiger Schlichtungsversuch durchzuführen ist, wenn ein Elternteil vor der Klage bereits die Kindesschutzbehörde angerufen hat (Art. 298b ZGB und Art. 298d ZGB), eine Einigung jedoch scheiterte. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass es der gesetzgeberische Gedanke war, Leerläufe in diesen Fällen zu verhindern, da die Kindesschutzbehörde bereits erfolglos versuchte eine Einigung zu erzielen.<sup>5</sup> Unverheirateten Eltern wird daher empfohlen, sich in einem ersten Schritt an die Kindesschutzbehörde zu wenden.

Bereits aus den einleitenden Ausführungen ist ersichtlich, dass die prozessualen Unterschiede in verschiedenen Familienkonstellationen enorm sind. Jedoch ist festzuhalten, dass für die Frage der Obhutszuteilung und die Berechnung der (Kindes-) Unterhaltsbeiträge in sämtlichen Familienkonstellationen einheitliche Regelungen bestehen, weshalb die nachfolgenden Ausführungen für sämtliche Familienmodelle Anwendung finden.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_459/2019 vom 26. November 2019, E. 3.2. m.w.H.

### III. Obhutszuteilung als Grundvoraussetzung

#### 1. Vorbemerkung

Art. 133 Abs. 1 ZGB regelt die Elternrechte und Elternpflichten. Hierbei wird zwischen den Begrifflichkeiten der elterlichen Sorge (Ziff. 2), der Obhut (Ziff. 3) sowie des persönlichen Verkehrs und den Betreuungsanteilen (Ziff. 4) unterschieden. Diese Begriffe werden nachfolgend erläutert und gegeneinander abgegrenzt.

#### 2. Elterliche Sorge

Bei der elterlichen Sorge handelt es sich um das Recht und die Pflicht (sog. Pflichtrecht) beider oder eines Elternteils, für das Kind zu entscheiden, solange es noch minderjährig ist (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 296 Abs. 2 ZGB). Wer die elterliche Sorge wahrnimmt, hat die Pflege und Erziehung des Kindes zu leiten und sämtliche notwendigen Entscheidungen zu treffen (Art. 301 Abs. 1 ZGB). So kann bspw. über den Aufenthaltsort, die Schul- und Berufswahl und medizinische Eingriffe des minderjährigen Kindes entschieden sowie das Kindesvermögen verwaltet werden (Art. 318 Abs. 1 ZGB).

Grundsätzlich steht die elterliche Sorge den miteinander verheirateten Elternteilen gemeinsam zu (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Leben die beiden sorgerechtsberechtigten Elternteile nicht in einem gemeinsamen Haushalt, kann der alleinbetreuende Elternteil in alltäglichen oder dringlichen Angelegenheiten oder wenn der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand erreichbar ist, allein entscheiden. Darunter zu subsumieren sind insbesondere die Befugnis zur täglichen Betreuung sowie Entscheidungen im Zusammenhang mit der Pflege des Kindes und der laufenden Erziehung.<sup>6</sup>

Die alleinige elterliche Sorge wird einem Elternteil nur dann übertragen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine alleinige elterliche Sorge eines Elternteils eine eng begrenzte Ausnahme zu bleiben hat. Eine solche Ausnahme fällt insbesondere dann in Betracht, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden und chronischen Dauerkonflikt stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind. Das Kindeswohl muss dadurch konkret beeinträchtigt werden.<sup>7</sup>

Insgesamt kann der Autor aus seiner Erfahrung festhalten, dass Sorgerechtsstreitigkeiten, im Gegensatz zu Obhutsstreitigkeiten, eher selten sind. Wie ausgeführt wurde, sind die Hürden für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an einen Elternteil hoch und haben als ultima ratio die Ausnahme zu bleiben. Als mildere Massnahmen kann das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemein-

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_609/2016 vom 13. Februar 2017, E. 4.1.

<sup>7</sup> BGE 142 III 197, E. 3.5, S. 199; BGE 142 III 1, E. 3.3, S. 5 f.

schaft zuständige Zivilgericht auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen treffen (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Hierfür kommen insbesondere begleitende Kindesschutzmassnahmen, wie eine gerichtlich angeordnete Beratung oder Pflichtmediation, eine punktuelle Übertragung der Alleinentscheidungsbefugnis oder die Einsetzung eines Beistandes (Art. 308 Abs. 1 ZGB) in Frage.

#### 3. Obhut

##### a) Alleinige Obhut und persönlicher Verkehr

Von der elterlichen Sorge zu unterscheiden ist die Obhut. Das Obhutsrecht regelt, welcher Elternteil die «faktische Obhut» über das Kind innehat, d.h. welcher Elternteil das Kind konkret betreut. Die Obhut kann einem Elternteil allein zugesprochen werden. Diesfalls verfügen das Kind und der andere, nicht obhutsberechtigte Elternteil über einen gegenseitigen Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Es handelt sich hierbei um das sog. Besuchs- und Ferienrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils. Was «angemessen» ist, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, weshalb Besuchs- und Ferienrechtsentscheide Ermessensentscheide sind (Art. 273 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 4 ZGB). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, hat die Ausgestaltung des Besuchsrechts während der letzten Jahre eine erhebliche Entwicklung erfahren.<sup>8</sup> Ebenso bemerkenswert sind die weiteren Feststellungen des Bundesgerichts, wonach der persönliche Verkehr zwar eine zunehmende Ausdehnung erfahren hat, innerschweizerisch jedoch nach wie vor ein Gefälle von Osten gegen Westen vorliegt, wobei die Westschweiz eine grosszügigere Handhabung des Besuchsrechts pflegt.<sup>9</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist eine grosszügigere Handhabung des Besuchs- und Ferienrechts erstrebenswert. Insbesondere unter Berücksichtigung der jüngeren Generationen, welche auf eine ausgeglichene Work-Life-Balance achten, werden ausgedehnte Besuchs- und Ferienrechte immer mehr zum Thema. Insbesondere hat auch der obhutsberechtigte Elternteil zu bedenken, dass der andere Elternteil die Kinder ohne Abzug an den Kindesunterhaltsbeiträgen zu sich nimmt, wodurch der obhutsberechtigte Elternteil zeitlich und auch finanziell entlastet wird.

Obschon Art. 329a Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Titel: Obligationenrecht) vom 30. März 2011<sup>10</sup> für über 20-jährige eine Feriendauer von wenigstens vier Wochen vorsieht, verfügten die Vollzeitangestellten im Alter zwischen 20 und 49 Jahren gemäss Erhebun-

<sup>8</sup> BGE 139 I 315, E. 2.3, S. 319.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_450/2015 vom 11. März 2016, E. 3.3 (nicht publiziert in BGE 142 III 481).

<sup>10</sup> SR 220.

gen des Bundesamtes für Statistik durchschnittlich bereits über 5 Wochen Ferien, während die 50- bis 64-jährigen in den Genuss von durchschnittlich 5,6 Ferienwochen kamen,<sup>11</sup> wobei mit zunehmendem Alter der Ehegatten weniger Regelungen für den persönlichen Verkehr mit den Kindern zu treffen sind. Da die Schulferien der Kinder je nach Kanton zwischen 13 und 14 Wochen betragen, sollte es möglich sein, dem nicht obhutsberechtigten Elternteil ein Ferienrecht mindestens im Umfang seines arbeitsvertraglich vereinbarten Ferienumfangs zu gewähren. Die Prüfung im Einzelfall bleibt selbstredend vorbehalten.

Gleich verhält es sich mit dem Besuchsrecht. Die Teilzeiterwerbstätigkeit hat in der Vergangenheit stark zugenommen und dürfte auch in Zukunft weiter zunehmen.<sup>12</sup> Aus diesem Grund werden auch zukünftig vermehrt ausgedehnte Besuchsrechte gefordert sein. Das Bundesgericht hat es sodann auch verworfen, pauschal auf grob standardisierte Praxen zu verweisen.<sup>13</sup> Vielmehr hat der Entscheid im jeweiligen Einzelfall nach richterlichem Ermessen zu ergehen, weshalb dieser Wertewandel mitzuberücksichtigen ist. Bei ausgedehnten Besuchsrechten ist jedoch betreffend Grenzziehung zur alternierenden Obhut Vorsicht geboten.

#### b) Alternierende Obhut und Betreuungsanteile

Das Bundesgericht hat selbst festgehalten, dass keine exakte Definition der alternierenden Obhut besteht.<sup>14</sup> Es führte jedoch verschiedentlich aus, dass eine ungefähr (mehr oder weniger) hälftige Betreuungssituation beider Elternteile vorliegen müsse<sup>15</sup> und keine strikt hälftige Betreuung vorausgesetzt werde<sup>16</sup>. Dies gelte im Besonderen, sofern ein Elternteil sein Kind nebst dem Besuchswochenende auch unter der Woche betreuen möchte.<sup>17</sup> Bei welchem Anteil die alleinige Obhut endet und die alternierende Obhut beginnt, ist nicht geklärt. Jedenfalls rügte das Bundesgericht in einem seiner neueren Entscheide das Obergericht des Kantons Zürich, welches bereits ab einem Betreuungsanteil von 20 % eine alternierende Obhut in Betracht zog.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/arbeitszeit/ferien.html>.

<sup>12</sup> <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/merkmale-arbeitskraefte/vollzeit-teilzeit.html>.

<sup>13</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_79/2014 vom 5. März 2015, E. 4.3.

<sup>14</sup> BGE 147 III 121, E. 3.2.3, S. 124.

<sup>15</sup> Unter vielen: Urteile des Bundesgerichts 5A\_67/2021 vom 31. August 2021, E. 3.1.2.; 5A\_557/2020 vom 2. Februar 2021, E. 3.1.; 5A\_991/2019 vom 19. Januar 2021, E. 5.1.1.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021, E. 3.1.2.

<sup>17</sup> Unter vielen: Urteile des Bundesgerichts 5A\_67/2021 vom 31. August 2021, E. 3.1.2.; 5A\_557/2020 vom 2. Februar 2021, E. 3.1.; 5A\_991/2019 vom 19. Januar 2021, E. 5.1.1.

<sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_534/2021 vom 5. September 2022, E. 3.3.2.1.

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 III 265 die Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Obhutsfrage geknüpft. Der obhutsberechtigte Elternteil leistet seinen Unterhaltsbeitrag durch Pflege und Erziehung (sog. Naturalunterhalt) bereits vollständig in natura. So hat, steht das Kind unter alleiniger Obhut eines Elternteils, der andere, nicht obhutsberechtigte Elternteil, den Barunterhalt vollständig allein zu tragen, da Natural- und Geldunterhalt als gleichwertig gelten. Liegt alternierende Obhut vor, ist der Barunterhalt bei ähnlicher Leistungsfähigkeit umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen auf die Elternteile zu verteilen. Bei Vorliegen eines Gefälles der Betreuungsanteile und der Leistungsfähigkeit beider Elternteile, sind die Unterhaltsbeiträge entsprechend der sich daraus ergebenden Matrix auf die Eltern zu verteilen.<sup>19</sup> Würde streng dieser Auffassung gefolgt, hätte dies zur Folge, dass jener Elternteil, der die Kinderbetreuung lediglich in einem geringen Umfang übernimmt und dadurch den hauptbetreuenden Elternteil zeitlich und finanziell entlastet, selbst keine finanzielle Entlastung erfahren würde und weiterhin den gesamten Barunterhalt zu tragen hätte. In seinem Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2021 vom 9. März 2022 wurde jedoch aufgezeigt, dass es nicht auf die Begrifflichkeiten der alleinigen und alternierenden Betreuung ankommt, um über die Aufteilung des Barunterhaltes zwischen den Elternteilen zu befinden (keine Kipp-schalterfunktion). Im erwähnten Fall wurde dem Beschwerdegegner ein Betreuungsanteil von 28,5 % eingeräumt. Beide Elternteile waren ungefähr gleich leistungsfähig, weshalb der Beschwerdegegner verpflichtet wurde, umgekehrt proportional 70 % des Barunterhaltes zu tragen.<sup>20</sup> Das Bundesgericht hielt fest, es sei nicht willkürlich, den Barunterhalt unter Berücksichtigung der Betreuungsanteile aufzuteilen.<sup>21</sup> Insbesondere verwies das Bundesgericht auf die in der Lehre vertretene Meinung, dass der Barunterhalt dann auf die Eltern aufzuteilen sei, wenn der nicht obhutsberechtigte Elternteil das Kind zusätzlich zu jedem zweiten Wochenende während einem ganzen Werktag oder zwei Halbtagen betreut.<sup>22</sup> Damit hat das Bundesgericht die Tragung des Barunterhaltes nicht an die Obhutsfrage, sondern an die tatsächliche Betreuung geknüpft. Dadurch spielt es jedoch keine Rolle, ob von alleiniger oder alternierender Obhut gesprochen wird. Auf der anderen Seite konnte das Bundesgericht auch dahingehend verstanden werden, dass die Betreuung an einem zusätzlichen Werktag ausreicht, um von alternierender Obhut zu sprechen.<sup>23</sup> Dies wäre konsistent. Da der Barunterhalt proportional unter den Eltern aufzuteilen ist, wenn die zusätzliche Betreuung an mindestens einem Werktag übernommen wird, wäre es sinnvoll, den Begriff der alternierenden Obhut mit diesem Umstand gleichzusetzen.

<sup>19</sup> BGE 147 III 265, E. 5.5, S. 273 m.w.H.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 3.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4.3.

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4.3. m.w.H.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021, E. 3.1.2.

Gemäss Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB ist die Möglichkeit einer alternierenden Obhut gerichtlich zu prüfen, sofern das Kind oder ein Elternteil dies verlangt. Entscheidend ist das Kindeswohl. Der Gesetzgeber will die alternierende Obhut vorsichtig fördern, weshalb das Bundesgericht die alternierende Obhut zum Regelfall erhoben hat.<sup>24</sup> Davon ist nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern dermassen feindselig ist, dass die alternierende Obhut das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einem solchen Mass aussetzen würde, dass es seinen Interessen offensichtlich zuwiderlaufen würde.<sup>25</sup> Zudem hat das Bundesgericht weitere Kriterien entwickelt, welche zur Beurteilung der alternierenden Obhut heranzuziehen sind:<sup>26</sup>

- Erziehungsfähigkeit beider Eltern als Grundvoraussetzung, wobei als Teilaspekt die sog. Bindungstoleranz (Förderung einer guten Beziehung zum anderen Elternteil) wichtig ist;<sup>27</sup>
- Wunsch des Kindes;
- Kommunikationsfähigkeit betreffend Kinderbelange und Kooperationsfähigkeit hinsichtlich notwendiger organisatorischer Vorkehrungen (insb. bei schulpflichtigen Kindern oder weiter Entfernung zwischen den Wohnorten);
- geografische Situation (Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern sowie jene zur Schule oder Kindergarten);
- Stabilität in der Weiterführung der bisherigen Obhutsregelung (insb. bei Säuglingen und Kleinkindern);
- Beziehung zu Geschwistern, Stief- und Halbgeschwistern;
- Einbettung des Kindes in sein weiteres soziales Umfeld (insb. bei Jugendlichen);
- Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen insbesondere dann, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes dies notwendig erscheinen lassen, oder wenn ein Elternteil in den Randzeiten (morgens, abends, Wochenenden) nicht oder kaum zur Verfügung steht. Ansonsten ist von Gleichwertigkeit betreffend Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen.

Bei schulpflichtigen Kindern kann der Betreuungsanteil beider Elternteile durch eine Dreiteilung des Tages (Morgen, Schulbeginn bis Schulschluss, Abend) über 14 Tage (insgesamt 42 Perioden) berechnet werden.<sup>28</sup> Im Einzelfall muss es jedoch möglich sein, die Tage in zusätzliche Einheiten zu unterteilen, um den konkret ge-

<sup>24</sup> MARTIN WIDRIG, «Das Bundesgericht erhebt die alternierende Obhut zur Regel», *sui generis* 2021, S. 197 ff., Rz. 68 f.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_345/2020 vom 30. April 2021, E. 5.2.

<sup>26</sup> Unter vielen: Urteil des Bundesgerichts 5A\_629/2019 vom 13. November 2020, E. 4.2. m.w.H.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_616/2020 vom 23. November 2020, E. 2.1.1.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2021 vom 3. April 2022, E. 4.4; Urteil des Bundesge-

lebten Betreuungsverhältnissen besser Rechnung zu tragen. Zudem sind weitere Fragen ungeklärt. Namentlich, wie die Betreuungsanteile von nicht Säuglingen und Kleinkindern zu bestimmen sind, inwiefern Fremdbetreuungen (bspw. Betreuung durch Grosseltern, Tagesmutter, Kinderkrippe oder Kindergarten- und Schulzeiten) dem jeweilig für die Betreuung verantwortlichen Elternteil als Betreuungsanteile anrechenbar sind und wie die Betreuungsanteile von Kindern nach Vollendung des 16. Altersjahres zu bestimmen sind.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Tage für die Berechnung der Betreuungsanteile für Säuglinge und Kleinkinder ebenfalls in mehrere Einheiten zu unterteilen, wobei dem konkreten Einzelfall Rechnung zu tragen ist. Insbesondere wird bei Säuglingen und Kleinkindern eine intensivere Betreuung auch in der Nacht stattfinden, weshalb sich dieser Effort in den Betreuungsanteilen widerzuspiegeln hat. Betreffend Fremdbetreuungen wird die Ansicht vertreten, dass die Betreuungsverantwortung des für die Betreuung verantwortlichen Elternteils in erheblichem Masse eingeschränkt wird, weil er während dieser Zeit keinen Naturalunterhalt leistet. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass allfällige Fremdbetreuungskosten im betreuungsrechtlichen Existenzminimum des jeweiligen Kindes zu berücksichtigen sind.<sup>29</sup> Es erscheint daher stossend, dem betreuungsverantwortlichen Elternteil die Zeit, während dem das Kind fremdbetreut wird, als volle Einheit anzurechnen, umso mehr, wenn Kosten für die Fremdbetreuung entstehen. So hat auch das Bundesgericht zur Begründung des sog. «Schulstufenmodells» argumentiert, wonach der obhutsberechtigte Elternteil während dieser Fremdbetreuungszeit von der persönlichen Betreuung in verbindlicher Weise befreit wird.<sup>30</sup> Sodann hat das Bundesgericht betreffend zumutbarer Erwerbsquote festgehalten, dass dem hauptbetreuenden Elternteil für den Normalfall, sobald das Kind sein 16. Altersjahr vollendet hat, eine Vollzeitberufstätigkeit zuzumuten ist.<sup>31</sup> Da die persönliche Betreuungsverantwortung zu diesem Zeitpunkt durch die ausbildnerische Betreuung soweit reduziert wurde, werden sich die Betreuungsanteile nur noch auf die Randzeiten (Morgen, Abend, Wochenende) beziehen können.

## IV. Unterhaltsrecht

### 1. Allgemeine Grundsätze

In den letzten Jahren hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht durch diverse Leitentscheide erheblich modifiziert. Die Unterhaltsberechnung wurde durch die verbindliche Vorgabe der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung schweizweit vereinheitlicht. Erstmals hat das Bundesgericht im Jahr 2018

<sup>29</sup> BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 281.

<sup>30</sup> BGE 144 III 481, E. 4.7.6 f., S. 497 f.

für den Betreuungsunterhalt die Lebenshaltungskostenmethode für verbindlich erklärt.<sup>32</sup> Die zweistufige Methode mit Überschussverteilung wurde sodann mit weiteren Bundesgerichtsurteilen angewandt für den Barunterhalt<sup>33</sup>, für den nahehelichen Unterhalt<sup>34</sup> sowie für den ehelichen Unterhalt.<sup>35</sup> Von dieser Regel kann nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse, insbesondere bei aussergewöhnlich günstigen finanziellen Verhältnissen, abgewichen und die einstufig-konkrete Methode angewandt werden, wobei die Abweichung im Entscheid zu begründen ist.<sup>36</sup> Wann solche aussergewöhnlich günstigen Verhältnisse vorliegen, hat das Bundesgericht bislang nicht definiert. Abzugrenzen sind solche aussergewöhnlich günstigen Verhältnisse von bloss weit überdurchschnittlich guten finanziellen Verhältnissen, da diesfalls lediglich der Überschussanteil des Kindes zu limitieren ist.<sup>37</sup> Auch diese Begrifflichkeit hat das Bundesgericht bislang nicht definiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nur in den seltensten Fällen vom Grundsatz der zweistufig-konkreten Methode abgewichen werden wird.

## 2. Grundsätze zum Kindesunterhalt

### a) Kindesunterhalt

Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB hat das Kind Anspruch auf den «gebührenden Unterhalt», weshalb jeder Elternteil nach seinen Kräften die Kosten für Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen zu tragen hat. Damit wird der Kindesunterhalt durch den obhutsberechtigten Elternteil einerseits durch Pflege und Erziehung bereits in natura erbracht (sog. Naturalunterhalt).<sup>38</sup> Mit dem Barunterhalt als Geldleistung wird der unmittelbare Lebensunterhalt des Kindes und seine spezifischen Bedürfnisse abgedeckt.<sup>39</sup> Bei alleiniger Obhut hat der nicht obhutsberechtigte Elternteil den Barunterhalt vollständig allein zu tragen. Von diesem Grundsatz «kann und muss» jedoch abgewichen werden, sofern der hauptbetreuende Elternteil über eine grössere Leistungsfähigkeit verfügt.<sup>40</sup> Liegt alternierende Obhut vor, ist der Barunterhalt bei ähnlicher Leistungsfähigkeit umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen auf die Elternteile zu verteilen. Bei Vorliegen eines Gefälles der Betreuungsanteile und der Leistungsfähigkeit beider Elternteile, sind die Unterhalts-

<sup>32</sup> BGE 144 III 377, E. 7, S. 379 ff.

<sup>33</sup> BGE 147 III 265, E. 6.6, S. 278 f.

<sup>34</sup> BGE 147 III 293, E. 4.5, S. 299 f.

<sup>35</sup> BGE 147 III 301, E. 4, S. 304 f.

<sup>36</sup> BGE 147 III 301, E. 4.3, S. 305; BGE 147 III 293, E. 4.5, S. 299; BGE 147 III 265, E. 6.6, S. 279.

<sup>37</sup> BGE 147 III 265, E. 7.3, S. 286.

<sup>38</sup> BGE 147 III 265, E. 5.5, S. 273.

<sup>39</sup> BGE 147 III 265, E. 5.3, S. 271.

beiträge entsprechend der sich daraus ergebenden Matrix unter Ausübung des pflichtgemässen Ermessens im Einzelfall auf die Eltern zu verteilen.<sup>41</sup>

Sodann verbleibt noch der Betreuungsunterhalt (Art. 285 Abs. 2 ZGB), mit welchem die zur persönlichen Betreuung notwendige physische Präsenz des obhutsberechtigten Elternteils sichergestellt wird.<sup>42</sup> Der Betreuungsunterhalt wird ermittelt, indem für den obhutsberechtigten Elternteil die Differenz zwischen seinem Nettoverdienst (u.U. unter Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens) und seinem Existenzbedarf (betriebsrechtliches Existenzminimum, sofern immer möglich: familienrechtliches Existenzminimum) ermittelt wird.<sup>43</sup> Selbstredend hat der nicht obhutsberechtigte Elternteil, der in seiner Erwerbstätigkeit aufgrund der Kindesbetreuung nicht eingeschränkt wird, den Betreuungsunterhalt zu tragen.

Betreffend Betreuungsunterhalt hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil die Frage beantwortet, inwiefern das Kind weiterhin Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus einer vorehelichen Beziehung hat, wenn der obhutsberechtigte Elternteil wieder heiratet und insofern der neue Ehegatte einer ehelichen Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) untersteht. Das Bundesgericht erwog, dass der Betreuungsunterhalt für gemeinsame Kinder bei Wiederverheiratung des hauptbetreuenden Ex-Ehegatten wegfällt, sofern der neue Ehegatte für die Lebenshaltungskosten aufkommt.<sup>44</sup> Dies gelte jedoch nicht für den Zeitraum vor der Heirat.<sup>45</sup> Somit fällt der Betreuungsunterhalt nur dann weg, wenn sich der hauptbetreuende Elternteil erneut verheiratet. Bei Eingehen eines Konkubinats bleibt der Betreuungsunterhalt hingegen bestehen.

Diese Erwägungen des Bundesgerichts können nicht geteilt werden. Mit der Revision des Unterhaltsrechts wurde beabsichtigt, den Betreuungsunterhalt als Anspruch des Kindes auszugestalten. In der Botschaft führte der Bundesrat aus, dass *«dadurch dem Kind der benötigte Beitrag weiterhin zusteht, auch wenn sich die persönliche Situation des betreuenden Elternteils verändert. Bei der Berücksichtigung einzig im nahehelichen Unterhalt besteht das Risiko, dass der Betreuungsunterhalt bei Wiederverheiratung der berechtigten Person entfällt (Art. 130 Abs. 2 ZGB). Der naheheliche Unterhalt kann zudem zufolge eines qualifizierten Konkubinats des betreuenden Elternteils herabgesetzt, aufgehoben oder sistiert werden (Art. 129 ZGB). Der Umstand, dass ein Elternteil wiederum eine feste Beziehung eingeht, bedeutet aber nicht, dass die Kinderbetreuung automatisch überflüssig geworden wäre.»*<sup>46</sup> Mit der Revision sollte demnach gerade das Gegenteil der bundesgerichtlichen

<sup>41</sup> BGE 147 III 265, E. 5.5, S. 273.m.w.H.

<sup>42</sup> BGE 147 III 265, E. 5.3, S. 271; BGE 144 III 481, E. 4.4, S. 489.

<sup>43</sup> BGE 147 III 265, E. 6.3, S. 276; BGE 144 III 377, E. 7.1.4, S. 386 f..

<sup>44</sup> Zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesgerichts 5A\_382/2021 vom 20. April 2022, E. 7.3.2.

<sup>45</sup> Zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesgerichts 5A\_382/2021 vom 20. April 2022, E. 7.3.3.

<sup>46</sup> Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt)

Rechtsprechung erreicht werden, indem der Betreuungsunterhalt zivilstandsunabhängig weiterhin geschuldet sein soll. Nach den allgemeinen Regeln zum Betreuungsunterhalt kann der Betreuungsunterhalt zivilstandsunabhängig erst dann wegfallen, wenn der hauptbetreuende Ehegatte sein betreibungs- oder familienrechtliches Existenzminimum infolge Wegfalls der Betreuungsverpflichtung betreffend das gemeinsame Kind selbst zu decken vermag. Selbstredend können weitere Kinder, welche aus der neu eingegangenen Ehe hervorgegangen sind, nicht zur Aufrechterhaltung des Betreuungsunterhaltes aus der vorangehenden Ehe herangezogen werden. Für diese Kinder hat der neue Ehegatte im Rahmen seiner ehelichen Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) aufzukommen. Daher ist unter Beizug des Schulstufenmodells gegebenenfalls hypothetisch zu bestimmen, wann das Existenzminimum infolge Wegfalls der Betreuungsverpflichtung des gemeinsamen Kindes mittels eigener Arbeitsanstrengungen gedeckt werden könnte.

### b) Volljährigenunterhalt

Gemäss Art. 277 Abs. 1 ZGB dauert die Unterhaltspflicht grundsätzlich bis zur Volljährigkeit des Kindes. Soweit das Kind bis dahin noch über keine angemessene Ausbildung verfügt, haben die Eltern, soweit es ihnen zugemutet werden kann, weiterhin für seinen Unterhalt aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Hierbei muss es sich um eine Erstausbildung handeln, die es dem Kind ermöglicht, selbst seinen Lebensunterhalt zu verdienen und wirtschaftlich selbständig zu sein.<sup>47</sup> Ob ein Masterstudium oder bereits ein Bachelorstudium eine angemessene Berufsausbildung darstellen, ist anhand der jeweiligen Studienrichtung im Einzelfall zu bestimmen. Die Maturität oder ein anderer allgemeinbildender Schulabschluss bilden keine abgeschlossene Berufsausbildung.<sup>48</sup> Hingegen fallen Zweitaus-, Weiter- und Zusatzausbildungen grundsätzlich nicht mehr unter Art. 277 Abs. 2 ZGB.<sup>49</sup> Das Bundesgericht hat festgehalten, dass auch ein Lehrabschluss nicht immer eine angemessene Ausbildung darstellt, insbesondere wenn zusätzliche Ausbildungen im Rahmen eines Ausbildungskonzepts erforderlich sind, welche das Kind nicht selbst finanzieren kann.<sup>50</sup> Das Ausbildungskonzept muss in seinen groben Zügen jedoch bereits vor Erreichen der Volljährigkeit bestanden haben, weshalb besondere Neigungen und Fähigkeiten, welche sich nach der Volljährigkeit entwickelt haben, nicht zum Anspruch auf Volljährigenunterhalt führen.<sup>51</sup> Dies ist kritisch zu würdigen. Insbesondere darf es nicht so weit führen, dass jenes Kind, welches sich früh für eine akademische Laufbahn entscheidet, indem nach der Unterstufe der Übertritt ins Langzeitgymnasium bzw.

<sup>47</sup> BGE 115 II 123, E. 4b, S. 126.

<sup>48</sup> BGE 117 II 127, E. 3b, S. 129.

<sup>49</sup> BGE 118 II 97, E. 4a, S. 98.

<sup>50</sup> Urteil des Bundesgerichts 5C.249/2006 vom 8. Dezember 2006, E. 3.2.2.

nach der obligatorischen Beschulung der Übertritt ins Kurzzeitgymnasium erfolgt, bessergestellt wird als jenes Kind, welches sich in einem ersten Schritt für eine Berufslehre entscheidet.

Der Ausbildungsunterhalt ist grundsätzlich nach denselben Kriterien zu bestimmen wie der Kindesunterhalt. Jedoch ist dem Ausbildungsunterhalt eigen, dass den unterhaltspflichtigen Eltern nicht bloss das existenzrechtliche, sondern das familienrechtliche Existenzminimum zu belassen ist und das volljährige Kind keinen Anspruch auf Beteiligung am Überschuss verfügt.<sup>52</sup> Eine differenzierte Ansicht vertritt REGINA AEBI-MÜLLER, indem das bereits volljährige Kind mit seinen minderjährigen Geschwistern eine Gleichbehandlung erfahren soll, wenn das erst gerade volljährig gewordene Kind noch im selben Haushalt wohnt.<sup>53</sup> Zudem entfallen mit Eintritt der Volljährigkeit die elterlichen Betreuungsverpflichtungen, weshalb keine Betreuung mehr in natura erfolgt.<sup>54</sup> Aufgrund dessen haben beide Elternteile den Unterhalt im Verhältnis ihrer in jenem Zeitpunkt gegebenen Leistungsfähigkeit in gleicher Weise zu tragen.<sup>55</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein Elternteil oftmals einen Unterhaltsbestandteil in Form von «Kost und Logis» im Sinne einer Naturalleistung (Pflege und Erziehung im Sinne von Art. 276 Abs. 1 ZGB) bereits erbringt.<sup>56</sup>

### 3. Grundsätze zum ehelichen Unterhalt

In seinem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht mit dem ehelichen Unterhaltsanspruch auseinandergesetzt.<sup>57</sup> Wie bereits ausgeführt, wird der eheliche Unterhalt gemäss der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung ermittelt.<sup>58</sup> Das Bundesgericht hielt fest, dass Ausgangspunkt jeder Unterhaltsberechnung der gebührende Unterhalt bildet, der sich, gleich wie beim nahehelichen Unterhalt, anhand des zuletzt gemeinsam gelebten ehelichen Standards bemisst. Beide Ehegatten haben Anspruch auf Fortführung dieses ermittelten zuletzt gemeinsam gelebten ehelichen Standards. Zudem darf der eheliche Unterhalt, im Gegensatz zum nahehelichen

<sup>52</sup> BGE 147 III 265, E. 7.3, S. 284.

<sup>53</sup> REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter vom 1. März 2021, S. 8 f.

<sup>54</sup> BGE 147 III 265, E. 8.5, S. 291; Urteil des Bundesgerichts 5A\_1032/2019 vom 9. Juni 2020, E. 5.4.2.

<sup>55</sup> BGE 147 III 265, E. 8.5, S. 291 m.w.H.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_340/2021 vom 16. November 2021, E. 8.2.

<sup>57</sup> Zum Ganzen: zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 5A\_849/2020 vom 27. Juni 2022.

chen Unterhalt, zeitlich nicht limitiert werden. Betraglich wird der eheliche Unterhalt einzig in Form der zumutbaren (tatsächlichen oder hypothetischen) Eigenversorgung des unterhaltsberechtigten Ehegatten limitiert.<sup>59</sup>

#### 4. Grundsätze zum nahehelichen Unterhalt

Zielgrösse, zugleich aber auch Obergrenze, bildet der gebührende Unterhalt, der sich am zuletzt gemeinsam gelebten ehelichen Standard bemisst.<sup>60</sup> Grundvoraussetzung für die Festlegung des gebührenden, nahehelichen Unterhalts im Sinne von Art. 125 Abs. 1 ZGB ist, ob die Ehe lebensprägend war oder nicht. Das Bundesgericht folgte lange der Vermutung, dass nach zehn Ehejahren oder bei gemeinsamen Kindern eine Lebensprägung zu bejahen sei.<sup>61</sup> Mit seinem Urteil BGE 147 III 249 definierte das Bundesgericht den Begriff der Lebensprägung neu, weshalb der Lebensprägung keine Kippschalterfunktion zukommt und das Vorliegen der Lebensprägung im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist.<sup>62</sup> Nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist von einer Lebensprägung der Ehe auszugehen, «[...] wo der eine Ehegatte aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes sein Erwerbsleben und damit seine ökonomische Selbständigkeit zugunsten der Besorgung des Haushaltes und der Erziehung der Kinder aufgegeben hat und es ihm zufolge dieser gemeinsamen Entscheidung nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, welche ähnlichen ökonomischen Erfolg verspricht. Diesfalls lässt sich auch heute davon sprechen, dass die Ehe lebensprägend gewesen sei. Bei dieser Ausgangslage soll derjenige Ehegatte, der auf seine frühere wirtschaftliche Selbständigkeit verzichtet hat, um während vieler Ehejahre seine Unterhaltsleistungen an die Gemeinschaft im Sinn von Art. 163 ZGB in nicht pekuniärer Form zu erbringen, auch nach der Ehe in angemessener Weise die Solidarität des anderen in Anspruch nehmen dürfen, soweit er darauf angewiesen ist.»

Aufgrund der Änderung dieser Rechtsprechung führen gemeinsame Kinder nicht mehr zwingend zur Lebensprägung der Ehe. Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden insbesondere Ehen, in welchen eine klassische Rollenteilung («Hausgattenehe») gelebt wurde, geschützt und als lebensprägend qualifiziert.

Liegt keine lebensprägende Ehe vor, so ist an den vorehelichen Standard anzuknüpfen, und die Ehegatten sind so zu stellen, als hätte nie eine Ehe zwischen ihnen

bestanden.<sup>63</sup> Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass bei Kurzehen eine Art negative Interesse («Heiratsschaden») zu ersetzen ist.<sup>64</sup> Wie dieses negative Interesse zu ermitteln ist, wurde offengelassen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Unterhaltsbeitrag in den allermeisten Fällen vollständig entfallen dürfte oder wenn, dann nur für eine kurze Zeit zugesprochen werden kann, sofern besondere Umstände (bspw. Übergangsfrist zur Reintegration in den Arbeitsmarkt oder weit fortgeschrittenes Alter) vorliegen.

Auch wenn eine Lebensprägung der Ehe bejaht wird, gilt im Sinne von Art. 125 Abs. 1 ZGB der Primat der Eigenversorgung, weshalb sich der grundsätzlich anspruchsberechtigte Ehegatte mit allen zumutbaren Anstrengungen in den Arbeitsprozess zu (re-)integrieren oder seine bestehende, eingeschränkte Erwerbstätigkeit auszudehnen hat. Somit ist der Unterhaltsanspruch nur subsidiär, soweit der gebührende Unterhalt nicht oder nicht vollständig in eigener Person gedeckt werden kann.<sup>65</sup> Das Bundesgericht hat die sog. «45er-Regel» aufgegeben, weshalb die Erwerbsaussichten im konkreten Einzelfall (namentlich Alter, Gesundheit, sprachliche Kenntnisse, bisherige und künftige Aus- und Weiterbildungen, bisherige Tätigkeit, persönliche und geographische Flexibilität, Lage auf dem Arbeitsmarkt) zu prüfen sind.<sup>66</sup> Dieser Grundsatz ist insbesondere für die Ehescheidung anwendbar, kann jedoch auch bereits in der «Trennungsphase» Wirkung entfalten, wenn keine vernünftigen Aussichten auf die Wiederaufnahme des Ehelebens mehr bestehen.<sup>67</sup> Dies gilt verstärkt, wenn das Scheidungsverfahren bereits hängig ist und in dessen Rahmen vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens begehrt werden.<sup>68</sup> Die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kann einem Ehegatten jedoch namentlich dann nicht mehr zugemutet werden, wenn der unterhaltsberechtigende Ehegatte nahe am Pensionsalter steht oder die Aufnahme nicht «standesgemässer» Erwerbsarbeit nötig wäre, nachdem sich dieser Ehegatte jahrelang der Kinderbetreuung widmete und den Haushalt führte, um dem anderen Ehegatten während Jahrzehnten das berufliche Fortkommen zu ermöglichen.<sup>69</sup> In solchen Fällen ist es möglich, dass die naheheliche Solidarität zu längeren Unterhaltsansprüchen führt, welche bis zum Erreichen des AHV-Alters des Unterhaltsschuldners andauern können.<sup>70</sup>

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der naheheliche Unterhalt im Sinne von Art. 125 Abs. 2 ZGB «angemessen» zu sein hat, weshalb einerseits sämtliche in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien im Einzelfall sorgfältig abzuwägen sind

<sup>63</sup> BGE 141 III 465, E. 3.1, S. 469 m.w.H.

<sup>64</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.1, S. 255.

<sup>65</sup> BGE 147 III 308, E. 5.2, S. 314 m.w.H.

<sup>66</sup> BGE 147 III 308, E. 5.6, S. 321.

<sup>67</sup> BGE 147 III 308, E. 5.2, S. 314 m.w.H.

<sup>68</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_850/2020 vom 4. Juli 2022, E. 4.3 m.w.H.

<sup>69</sup> BGE 147 III 308, E. 5.6, S. 321.

<sup>59</sup> Zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 5A\_849/2020 vom 27. Juni 2022, E. 5.

<sup>60</sup> BGE 141 III 465, E. 3.1, S. 468.

<sup>61</sup> Siehe zum Ganzen: BGE 147 III 249, E. 3.4.1, S. 255 m.w.H.



und der naheheliche Unterhalt in der Regel zeitlich zu limitieren ist. Es besteht somit kein Anspruch auf lebenslängliche finanzielle Gleichstellung der Ehegatten.<sup>71</sup>

## 5. Zweistufige Methode mit Überschussverteilung

### a) Ermittlung der Leistungsfähigkeit

Grundsätzlich ist für die Unterhaltsberechnung vom tatsächlich erzielten Nettoeinkommen auszugehen.<sup>72</sup> Es sind sämtliche Erwerbseinkommen, Vermögenserträge und Vorsorgeleistungen massgebend.<sup>73</sup> Jedoch ist es aufgrund des bereits vorgängig geschilderten Primats der Eigenversorgung und aufgrund des Umstandes, dass insbesondere hinsichtlich minderjähriger Kinder nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besonders strenge Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft gelten, möglich, dass das tatsächlich erzielte Einkommen diesen Anforderungen nicht zu genügen vermag. Insbesondere bei Vorliegen enger wirtschaftlicher Verhältnisse müssen die Eltern ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen, weshalb persönliche oder berufliche Wünsche hintanzustehen haben.<sup>74</sup>

So ist betreffend zumutbarer Erwerbstätigkeit des hauptbetreuenden Elternteils insbesondere das Schulstufenmodell zu berücksichtigen, welches das Bundesgericht entwickelt hat.<sup>75</sup> So ist dem hauptbetreuenden Elternteil grundsätzlich zumutbar, ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes (in den meisten Kantonen: Kindergartenentrtritt, in vereinzelt Kantonen: eigentlicher Schuleintritt) einer Erwerbstätigkeit von 50 %, ab dem Eintritt des jüngsten Kindes in die Oberstufe (Sekundarstufe I) einer Erwerbstätigkeit von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Altersjahres einer Vollzeitwerbstätigkeit nachzugehen.<sup>76</sup> Hierbei handelt es sich um eine Richtlinie, von welcher im Einzelfall abgewichen werden kann. So ist es namentlich möglich, dass weitere Entlastungsmöglichkeiten durch freiwillige Drittbetreuungsangebote gegeben sind, weshalb die Erwerbstätigkeit früher wieder aufgenommen oder ausgedehnt werden kann.<sup>77</sup> Auf der anderen Seite kann namentlich berücksichtigt werden, dass bei vier Kindern die ausserschulische Betreuungslast wesentlich grösser ist als bei nur einem Kind, weshalb die vorerwähnten Stellenprozente unter Umständen nicht zumutbar sind. Ebenso dagegen spricht die erhöhte Betreuungsverantwortung für ein Kind mit einer Beeinträchtigung.<sup>78</sup>

<sup>71</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.5, S. 259 f. m.w.H.

<sup>72</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_850/2020 vom 4. Juli 2022, E. 4.3.

<sup>73</sup> BGE 147 III 265, E. 7.1, S. 280.

<sup>74</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_899/2019 vom 17. Juni 2020, E. 2.2.2.

<sup>75</sup> Vgl. zum Ganzen: BGE 144 III 481.

<sup>76</sup> BGE 144 III 481, E. 4.7.6, S. 497.

<sup>77</sup> BGE 144 III 481, E. 4.7.8, S. 499.

Auf der anderen Seite ist einem Elternteil auch Rechnung zu tragen, wenn dieser mehr arbeitet, als ihm zugemutet werden kann. Diesfalls können sog. «überobligatorische Arbeitsanstrengungen» im Rahmen der Überschussverteilung berücksichtigt werden.<sup>79</sup>

### aa) Hypothetisches Einkommen

Einem Elternteil, welcher seine Erwerbskraft nicht nach den obenerwähnten Kriterien ausschöpft, kann ein sog. hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Ein hypothetisches Einkommen kann angerechnet werden, wenn die Wiederaufnahme oder Ausdehnung einer bestehenden Erwerbstätigkeit zumutbar und die Erzielung des hypothetisch anzurechnenden Erwerbseinkommens faktisch möglich ist.<sup>80</sup> Ein solches hypothetisches Einkommen ist grundsätzlich nur für die Zukunft anrechenbar.<sup>82</sup> Zudem sind angemessene Übergangsfristen zu gewähren, welche nach Möglichkeit, d.h. abhängig vom Grad der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit, vom finanziellen Spielraum der Eltern oder vom Umstand, durch eine Zusatzaus- oder Weiterbildung eine bessere Eigenversorgungskapazität zu erlangen, grosszügig zu bemessen sind.<sup>83</sup> Mit einer Übergangsfrist soll dem betroffenen Ehegatten hinreichend Zeit eingeräumt werden, um die rechtlichen Vorgaben in die Realität umzusetzen.<sup>84</sup> Nur ausnahmsweise und nur dann ist die Berücksichtigung eines nicht erzielbaren Einkommens dann zulässig, wenn auf ein Einkommen in Schädigungsabsicht verzichtet wurde, was jedoch nicht leichthin bejaht werden darf.

Ausnahmsweise kann auch rückwirkend ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern hierfür spezielle Gründe vorliegen. Solche liegen namentlich vor, wenn die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war.<sup>85</sup> Sodann hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass für die Übergangsfrist zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf jenen Zeitpunkt abgestellt werden kann, in welchem dem betroffenen Ehegatten klar werden musste, dass die definitive Trennung eingetreten ist.<sup>86</sup> Da schwierig zu eruieren ist, wann dieses Bewusstsein eintreten musste, ist auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Ehescheidungsverfahrens

<sup>79</sup> BGE 147 III 265, E. 7.3, S. 285.

<sup>80</sup> BGE 137 III 118, E. 2.3, S. 121 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_850/2020 vom 4. Juli 2022, E. 4.3.

<sup>81</sup> BGE 143 III 233, E. 3.4, S. 236 f.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4.

<sup>83</sup> BGE 144 III 481, E. 4.6, S. 491 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_104/2018 vom 2. Februar 2021, E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 5A\_850/2020 vom 4. Juli 2022, E. 4.3.

<sup>84</sup> BGE 129 III 417, E. 4.2, S. 421 m.w.H.

<sup>85</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4.

abzustellen. Ab diesem Zeitpunkt muss sich der betreffende Ehegatte bewusst sein, dass die Trennung definitiv ist.<sup>87</sup>

*bb) Einkommensberechnung bei selbständiger Erwerbstätigkeit*

Bei Selbständigerwerbenden gilt der Reingewinn als massgebendes Einkommen. Dieser bestimmt sich anhand einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung oder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und des vergangenen Geschäftsjahres). Um den Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, ist in der Regel auf ein Durchschnittsnettoeinkommen der letzten drei Geschäftsjahre abzustellen.<sup>88</sup> Liegen erhebliche Schwankungen vor, ist auf eine längere Periode abzustellen, um ein zuverlässiges Ergebnis zu erhalten.<sup>89</sup> Dabei haben besonders gute oder besonders schlechte Geschäftsabschlüsse ausser Betracht zu bleiben. Sind die Erträge stetig sinkend oder steigend, gilt der Gewinn des letzten Geschäftsjahres als massgeblich für die Unterhaltsberechnung. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmen gross ist und sich der Gewinnausweis leicht beeinflussen lässt. Aufgrund dessen ist jeweils zu prüfen, ob allenfalls ausserordentliche Abschreibungen, unbegründete Rückstellungen oder verdeckte Privatbezüge und Gewinnausschüttungen getätigt wurden. Ist dies der Fall, ist das ermittelte Nettoeinkommen entsprechend zu korrigieren.<sup>90</sup> Jedoch ist es nicht zulässig, einzelne Aufwand- oder Ertragspositionen zu korrigieren. Der Reingewinn setzt sich vielmehr aus dem tatsächlichen Ertrag und dem tatsächlich angefallenen Aufwand zusammen. Würden einzelne Ertragspositionen korrigiert, hätte dies zur Folge, dass dem betreffenden Ehegatten für die Vergangenheit hypothetische Erträge angerechnet würden, die effektiv nicht angefallen sind.<sup>91</sup>

**b) Ermittlung der Existenzminima**

*aa) Betriebsrechtliches Existenzminimum und Mankofall*

Für die Ermittlung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ist grundsätzlich auf die Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums abzustellen. Bei Selbständigerwerbenden ist aufgrund der Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmen besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob allfällige Bedarfspositionen des betriebsrechtlichen oder familienrechtlichen Exis-

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_112/2020 vom 28. März 2022, E. 5.5.

<sup>88</sup> BGE 143 III 617, E. 5.1, S. 620.

<sup>89</sup> Urteil 5A\_621/2021 vom 20. April 2022, E. 3.2.4.2. m.w.H

<sup>90</sup> BGE 143 III 617, E. 5.1, S. 620.

tenzminimums bereits erfolgsrelevant in der Erfolgsrechnung verbucht wurden. Diesfalls rechtfertigt es sich nicht, die erfolgsrelevant erfassten Beträge in doppelter Hinsicht auch als Bedarfspositionen im Existenzminimum zu berücksichtigen.

Zusätzlich ist für jedes Kind ein sich am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientierender Wohnkostenanteil einzusetzen, der bei den Wohnkosten des obhutsberechtigten Elternteils abzuziehen ist.<sup>92</sup> Wie dieser Wohnkostenanteil berechnet wird, ist im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der Anzahl Kinder und der Höhe des Mietzinses zu bestimmen. Betreffend Patchworkfamilie hielt das Bundesgericht fest, dass es nicht willkürlich sei, von den gesamten Wohnkosten in einem ersten Schritt die Wohnkostenanteile der Kinder abzuziehen und in einem zweiten Schritt die nach Abzug verbleibenden Wohnkosten je zur Hälfte auf die beiden Konkubinatspartner aufzuteilen.<sup>93</sup> Ebenfalls sind allfällige Fremdbetreuungskosten zu berücksichtigen. Zum Grundbetrag sind sodann lediglich noch die in den Richtlinien genannten Zuschläge (für das Kind: Krankenkassenprämien, Prämienverbilligungen, Schulkosten und besondere Gesundheitskosten) hinzuzurechnen. Damit hat es für den Bar- und Betreuungsunterhalt sein Bewenden, sofern knappe finanzielle Verhältnisse vorliegen.<sup>94</sup>

Ein Fehlbetrag (sog. Mankofall) im Sinne von Art. 287a lit. c ZGB in Verbindung mit Art. 301a lit. c ZPO kann damit nur entstehen, wenn dieses betriebsrechtliche Existenzminimum für den Bar- und/oder Betreuungsunterhalt nicht gedeckt werden kann.<sup>95</sup>

*bb) Familienrechtliches Existenzminimum*

Sofern das betriebsrechtliche Existenzminimum gedeckt werden kann, besteht Anspruch darauf, den gebührenden Unterhalt zwingend auf das familienrechtliche Existenzminimum zu erweitern. Bei den Eltern gehören hierzu die sich an den finanziellen Verhältnissen statt am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientierenden Wohnkosten, Steuern, eine Kommunikations- und Versicherungspauschale, unumgängliche Weiterbildungskosten, Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts und allenfalls angemessene Schuldentilgungen.<sup>96</sup> Betreffend Schuldentilgungen hat das Bundesgericht präzisiert, dass nur regelmässig abbezahlte Schulden im Bedarf berücksichtigt werden können, welche die Ehegatten bereits während des Zusammenlebens für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben oder dafür soli-

<sup>92</sup> BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 281.

<sup>93</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1065/2020 vom 2. Dezember 2021, E. 4.2.3 f.

<sup>94</sup> BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 281.

<sup>95</sup> BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 281.

darisch haften. Nicht zum Existenzminimum gehören hingegen persönliche Schulden, welche nur einen Ehegatten betreffen.<sup>97</sup> Dieser Umstand ist auch bei Selbständigerwerbenden zu berücksichtigen. Sind Schulden auf das Getrenntleben zurückzuführen und dienen sie der Lebenshaltung, können die Schuldentilgungen im Existenzminimum des schuldentilgenden Ehegatten berücksichtigt werden. Sind die Schulden hingegen geschäftlich bedingt, kann der Abbau von Schulden als Aufwandsposition nicht im Existenzminimum berücksichtigt werden.<sup>98</sup> Ebenso können Schuldentilgungen nicht als Abzug vom Reingewinn zugelassen werden, da sich dieser Umstand als erfolgsneutraler Vorgang lediglich in der Bilanz niederschlägt.<sup>99</sup>

Bei gehobeneren Verhältnisse können namentlich über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien und private Vorsorgeaufwendungen von Selbständigerwerbenden berücksichtigt werden. Zum familienrechtlichen Existenzminimum des Kindes gehören ebenfalls ein den konkreten finanziellen Verhältnissen entsprechender Wohnkostenanteil, die Ausscheidung eines Steueranteils<sup>100</sup> und über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien. Nicht zulässig ist es, beispielsweise den Grundbetrag zu erhöhen oder weitere Zusatzpositionen wie Reisen oder Hobbys zu berücksichtigen.<sup>101</sup>

### c) Überschussverteilung und Sparquote

Besteht nach Deckung der familienrechtlichen Existenzminima sämtlicher Familienmitglieder ein sog. Überschuss, kann der Bedarf des Kindes, welcher durch den Barunterhalt abgedeckt wird, durch Zuweisung eines Überschussanteils weiter erhöht werden.<sup>102</sup> Der Überschuss ist als Richtlinie nach sog. «grossen und kleinen Köpfen» (Eltern und minderjährige Kinder) auf jede beteiligte Person aufzuteilen. Es sind sämtliche Besonderheiten wie Betreuungsverhältnisse, allfällige überobligatorische Arbeitsanstrengungen oder spezielle Bedarfspositionen zu berücksichtigen. Aufgrund dessen kann bzw. muss sogar bei Vorliegen besonderer Konstellationen von der Grundregel der Überschussverteilung nach grossen und kleinen Köpfen aus mannigfaltigen Gründen abgewichen werden.<sup>103</sup> Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Überschussanteil des Kindes bei weit überdurchschnittlich guten finanziellen Verhältnissen aus erzieherischen und aus Gründen des konkreten Bedarfs zu limitieren ist.<sup>104</sup> Das Bundesgericht hat sich bislang nicht dazu geäußert, wann

<sup>97</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_621/2021 vom 20. April 2021, E. 4.3.

<sup>98</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_463/2014 vom 8. Dezember 2014, E. 9.3.

<sup>99</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_463/2014 vom 8. Dezember 2014, E. 7.4.

<sup>100</sup> Zur Berechnung des Steueranteils des Kindes: vgl. BGE 147 III 457, E. 4, S. 459.

<sup>101</sup> Zum Ganzen BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 281 f. m.w.H.

<sup>102</sup> BGE 147 III 265, E. 7.2, S. 282.

<sup>103</sup> BGE 147 III 265, E. 7.3, S. 285 f.

solche weit überdurchschnittlich guten finanziellen Verhältnisse vorliegen. Jedenfalls hat es in einem Urteil festgehalten, dass ein massgebendes Einkommen der Eltern von monatlich rund Fr. 11'000.00 nicht ausreicht, um von weit überdurchschnittlich guten finanziellen Verhältnissen ausgehen zu können.<sup>105</sup>

Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass die Eltern sparsamer leben können, als es die Verhältnisse zulassen würden. Diesfalls ist eine nachgewiesene Sparquote vorab vom Überschuss in Abzug zu bringen.<sup>106</sup> Allerdings ist zu prüfen, ob die Sparquote während des Zusammenlebens der Eltern auch noch aufrechterhalten werden kann, wenn nach erfolgter Trennung zwei Haushalte zu bezahlen sind. Oftmals wird die Sparquote durch die trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht, weshalb diese in einem solchen Fall nicht mehr berücksichtigt werden kann.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_52/2021 vom 25. Oktober 2021, E. 7.3.1.

<sup>106</sup> BGE 147 III 265, E. 7.3, S. 285.