

# Bachelorarbeit

---

Der Untergang des Scheidungsschadens:

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem nahehelichen Unterhalt und dessen Entwicklung

Alfano Loredana Tosca

Dr. Kilde Gisela

ZHAW School of Management and Law (ZHAW-SML)

Abgabe: 30. Mai 2023

## Management Summary

Die Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 bewirkte den Untergang des verschuldensabhängigen Unterhaltsrechts und zog die Einführung der neuen verschuldensunabhängigen gesetzlichen Grundlage nach sich. Art. 125 ZGB stellt somit de lege lata die Anspruchgrundlage der Ehegatten für nachehelichen Unterhalt dar. Dem Wortlaut des Gesetzestextes ist unmissverständlich das Primat der Eigenversorgung zu entnehmen, wonach Unterhalt nur gesprochen wird, wenn der unterhaltsansprechende Ehegatte nicht selbst dafür aufkommen kann. Hingegen nicht so eindeutig kann dem nachehelichen Unterhaltsanspruch dessen Rechtfertigungsgrund entnommen werden. Der Ausgleich von ehebedingten Nachteilen und die nacheheliche Solidarität stellen mögliche Grundlagen dar, wobei der Ausgleich von ehebedingten Nachteilen entgegen der Auffassung des Bundesgerichts die primäre Grundlage verkörpert.

Aufgrund der generalklauselartigen Formulierung der Norm kommt den Gerichten ein grosser Ermessenspielraum bei der Festsetzung von nachehelichem Unterhalt zu. Dies zeigt sich besonders in den vom Bundesgericht eingeführten Einzelfallbeurteilungen, welche die bis dahin geltenden Vermutungen ablösten. Die in Art. 125 Abs. 2 ZGB normierten Kriterien werden für die Beurteilung des Vorhandenseins, der Höhe und der Dauer des Anspruches nach wie vor herangezogen.

Die Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren unter anderem mit den Leitentscheiden BGE 144 III 481 (Einführung Schulstufenmodell), BGE 147 III 308 (Hinfälligkeit 45er-Regel) und BGE 148 III 161 (Konkretisierung Lebensprägung) den nachehelichen Unterhaltsanspruch stark geprägt. Diese Leitentscheide gilt es zu analysieren und die Entwicklung des nachehelichen Unterhaltsrechtes in den letzten Jahren zu erfassen. Ein Scheidungsschaden wird von den Gerichten aufgrund der Konkretisierung der Lebensprägung kaum noch anerkannt.

Anhand der definierten Ehetypen (Hausgattenehe, Zuverdienerhe und Doppelverdienerhe) wird die Auswirkung der Rechtsprechung untersucht und die Betroffenheit der einzelnen Typen herausgearbeitet. Es wird erstellt, dass insbesondere die Ehegatten, die dem Ehetyp der Zuverdienerhe angehören, in einem besonderen Ausmass von der Rechtsprechung betroffen sind. Dieser Ehetyp repräsentiert gleichzeitig das am häufigsten gelebte Ehemodell.

Ein möglicher Lösungsansatz, der durch das Bundesgericht geschaffenen Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken, bietet die Mediation sowie die damit verbundene Möglichkeit der Regelung des nachehelichen Unterhalts mittels einer Ehescheidungskonvention. Die sich daraus ergebenden Chancen und Risiken gilt es gegeneinander abzuwägen.

Es wird festgestellt, dass der nacheheliche Unterhalt aufgrund der Revision des Kindesunterhaltsrechts im Jahr 2017 bereits an Bedeutung verloren hat. Die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts in den vergangenen Jahren hat die Anspruchsgrundlage Art. 125 ZGB weiter geschwächt.

# Inhaltsverzeichnis

Management Summary.....	I
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	VI
Materialienverzeichnis.....	VIII
Literaturverzeichnis .....	IX
1 Einleitung .....	1
1.1 Aktualität und Ausgangslage .....	1
1.2 Ziel der Bachelorarbeit .....	1
1.3 Aufbau der Bachelorarbeit.....	2
2 Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 .....	3
2.1 Rechtslage vor der Scheidungsrechtsrevision.....	3
2.1.1 Altrechtliche gesetzliche Grundlage (Art. 151 und 152 ZGB a.F.).....	4
2.1.2 Grundsatz der nachehelichen Solidarität (vR).....	5
2.1.3 Verschuldensprinzip .....	6
2.2 Rechtslage nach der Scheidungsrechtsrevision .....	6
2.2.1 Einführung neue gesetzliche Grundlage (Art. 125 ZGB).....	7
2.2.2 Primat der Eigenversorgung .....	7
2.2.3 Grundsatz der nachehelichen Solidarität (nR).....	9
2.2.4 Vertrauensschutz .....	10
2.2.5 Ausgleich ehebedingter Nachteile .....	11
2.3 Zwischenfazit.....	11
3 Nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB .....	13
3.1 Voraussetzung für nachehelichen Unterhalt nach Art. 125 Abs. 1 ZGB.....	13
3.2 Kriterienkatalog Art. 125 Abs. 2 ZGB .....	14
3.2.1 Aufgabenteilung während der Ehe (Ziff. 1.) .....	15
3.2.1.1 Hausgattenehe .....	16

3.2.1.2	Zuverdienererehe .....	16
3.2.1.3	Doppelverdienererehe .....	16
3.2.2	Dauer der Ehe (Ziff. 2.) .....	17
3.2.3	Alter und Gesundheit der Ehegatten (Ziff. 4.).....	18
3.2.4	Umfang und Dauer noch zu leistender Kinderbetreuung (Ziff. 6.) .....	18
3.2.5	Berufliche Ausbildung und Erwerbsaussichten (Ziff. 7.).....	19
3.3	Unterhaltsausschluss nach Art. 125 Abs. 3 ZGB.....	19
3.4	Zwischenfazit.....	20
4	Neuerungen in der Rechtsprechung.....	21
4.1	Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit.....	21
4.1.1	Entwicklung.....	22
4.1.2	Einführung Schulstufenmodell (BGE 144 III 481) .....	22
4.1.3	Betreuungsunterhalt.....	23
4.1.4	Kritik.....	25
4.1.5	Auswirkungen Einführung Schulstufenmodell .....	26
4.2	Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit .....	26
4.2.1	Entwicklung.....	27
4.2.2	Hinfälligkeit 45er-Regel (BGE 147 III 308) .....	27
4.2.3	Kritik.....	28
4.3	Lebensprägung.....	29
4.3.1	Entwicklung.....	30
4.3.2	Konkretisierung der Lebensprägung (BGE 148 III 161).....	31
4.3.3	Kritik.....	34
4.3.4	Auswirkungen Konkretisierung der Lebensprägung.....	35
4.3.5	Heiratsschaden oder Scheidungsschaden .....	35
4.4	Zwischenfazit.....	36
5	Auswirkung der neuen Rechtsprechung auf verschiedene Ehetypen.....	37
5.1	Kinderlose Hausgattenehe .....	37

5.2	Hausgattenehe mit gemeinsamen Kindern.....	39
5.3	Kinderlose Zuverdienererehe.....	40
5.4	Zuverdienererehe mit gemeinsamen Kindern.....	41
5.5	Kinderlose Doppelverdienererehe.....	42
5.6	Doppelverdienererehe mit gemeinsamen Kindern.....	43
5.7	Zwischenfazit.....	43
6	Lösungsansatz Regelung nachehelicher Unterhalt.....	44
7	Fazit.....	46
7.1	Zur gesetzlichen Grundlage Art. 125 ZGB i.e.S.....	46
7.2	Zur richterlichen Fortbildung von Art. 125 ZGB.....	47

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	andere Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB1	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik ( <a href="http://www.bfs.admin.ch">www.bfs.admin.ch</a> )
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bzw.	beziehungsweise
CC	code civil (vgl. ZGB)
E.	Erwägung
f.	und folgende Seite
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
ff.	und fortfolgende Seiten
FN	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

nR	nach der Revision
Nr.	Nummer
nZGB	neue Fassung Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (noch nicht in Kraft), SR 210
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
publ.	publiziert
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
vR	vor der Revision
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 23. Januar 2023), SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert



## **Materialienverzeichnis**

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1995 I (zit. Botschaft Änderung ZGB).

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2013 529 ff. (zit. Botschaft Kindesunterhalt).

## Literaturverzeichnis

BINKERT MONIKA, Die Stellung der Frau in der Scheidungsrechtsrevision, AJP 2 (1993) 1357-1363.

BINKERT MONIKA/WYSS KURT, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht, Eine empirische Untersuchung an sechs erstinstanzlichen Gerichten, Basel/Frankfurt am Main 1997.

BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 16 (2015) 1-40.

BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Kommentar zu Art. 125 ZGB, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm, Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band 1: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022.

BURRI MARGA, Der Betreuungsunterhalt, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zürich/Basel/Genf 2018.

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE/WERRO FRANZ, Le mariage et le divorce, La formation et la dissolution du lien conjugal, 4. Aufl., Bern 1995.

DIEZI DOMINIK, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft, Diss. Basel, Bern 2014.

EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Zürich 1914.

FANKHAUSER ROLAND, Der Betreuungsunterhalt, Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 793-806 (zit. Betreuungsunterhalt).

FANKHAUSER ROLAND, Steht das Ende der 45-Jahr-Regel bevor?, FamPra.ch 15 (2014) 150-158 (zit. 45er-Regel).

FOLLPRACHT-WIETLISBACH STÉPHANIE, Das neue Unterhaltsrecht, Anwaltsrevue 24 (2021) 469-472.

GEISER THOMAS, Die Ehe als Lebensversicherung, AJP 31 (2022) 689-695 (zit. Lebensversicherung).

GEISER THOMAS, Gedanken zu Entwicklungen im Unterhaltsrecht, AJP 30 (2021) 714-719 (zit. Entwicklung Unterhaltsrecht).

GEISER THOMAS, Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und Art. 152 ZGB?, ZBJV 129 (1993) 339-365 (zit. Renten).

GEISER THOMAS/CAN SUZAN, Urteilsbesprechung, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_907/2018 vom 3. November 2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., Nebenfolgen der Scheidung, AJP 30 (2021) 401-406.

GLOOR URS/SPYCHER ANNETTE, Kommentar zu Art. 125 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

GMÜNDER EVELYNE, Kommentar zu Art. 285 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, Droit des familles, 6. Aufl., Basel 2022.

HAEFELI FULVIO, Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell, SJZ 112 (2016) 417-423.

HAUSHEER HEINZ, Der Konkretisierungsbedarf bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und/bzw. Generalklauseln des Privatrechts, AJP 22 (2013) 336-348 (zit. Generalklausel).

HAUSHEER HEINZ, Der «ehebedingte Nachteil» als massgebendes Konzept des nachehelichen Unterhalts?, Eine Rückfrage, in: Hofer Sibylle/Klippel Diethelm/Walter Ute (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, S. 1369-1383 (zit. ehebedingter Nachteil).

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinats, 7. Aufl., Bern 2022.

HAUSHEER HEINZ/SPYCHER ANNETTE, Kapitel 5: Unterhalt zwischen geschiedenen Ehegatten, in: Hausheer Heinz/Spycher Annette (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, S. 225-365.

HINDERLING HANS/STECK DANIEL, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Expertenentwurfs der Scheidungsrechtsrevision, 4. Aufl., Zürich 1995.

HURNI NORA, Ehelicher Standard als absolute Obergrenze?, FamPra.ch 21 (2020) 119-125.

KEHL DIETER, Ehe wohin: Die Evolution der Rechtsprechung zu Art. 151 ZGB, SJZ 89 (1993) 9-12.

LIATOWITSCH PETER/SCHWENZER INGEBORG/FREIVOGEL ELISABETH/VETTERLI ROLF/BRUDERMÜLLER GERD/SCHÖBI FELIX, Unterhaltsrecht quo vadis?, Podiumsdiskussion, FamPra.ch 11 (2010) 362-385.

LÖTSCHER CORDULA/DUMMERMUTH RAPHAEL, Kinder sind vermutlich lebensprägend, Urteilsbesprechung 5A\_568/2021, FamPra.ch 24 (2023) 1-25.

MENNE MARTIN, Brennpunkte des Unterhaltsrechts – aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht vor dem Hintergrund der in der Schweiz anstehenden Revision des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 15 (2014) 525-557.

MICHELI JACQUES/NORDMANN PHILIPPE/JACCOTTET TISSOT CATHERINE/CRETIAZ JOËL/THONNEY THIERRY/RIVA ERICA, Le nouveau droit du divorce, Lausanne 1999.

MORDASINI CLAUDIA/STOLL DIEGO, Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand, FamPra.ch 22 (2021) 527-568.

PICHONNAZ PASCAL, Kommentar zu Art. 125 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Basel 2010.

RASELLI NICCOLÒ/MÖCKLI URS PETER, Aktuelle Fragen des nahehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB), in: Schwenzler Ingeborg/Büchler Andrea (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrechtstage, Band 5, Bern 2006, S. 3-25.

SCHWANDER IVO, Nachehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 ff. nZGB, AJP 8 (1999) 1627-1632.

SCHWENZER INGEBORG, Das clean break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht, FamPra.ch 21 (2000) 609-627 (zit. clean break).

SCHWENZER INGEBORG, Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts, AJP 8 (1999) 167-177 (zit. Revision).

SCHWENZER INGEBORG/BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Vorbem. Art. 125 ZGB, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm, Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band 1: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022.

SIMEONI MANON, Kommentar zu Art. 125 ZGB, in: Bohnet François/Guillod Olivier (Hrsg.), Commentaire Pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure, Basel 2016.

SPYCHER ANNETTE, Betreuungs- und Vorsorgeunterhalt – Stand der Diskussion und Ausblick, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 69-97 (zit. Vorsorgeunterhalt).

SPYCHER ANNETTE, Betreuungsunterhalt, FamPra.ch 18 (2017) 198-235 (zit. Betreuungsunterhalt).

SPYCHER ANNETTE, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, FamPra.ch 17 (2016) 1-34 (zit. Kindesunterhalt).

STECK DANIEL, Jüngste Entwicklungen beim «Scheidungsunterhalt», insbesondere gestützt auf Art. 151 ZGB, ZBJV 133 (1997) 181-209.

STÖCKLI JULIA, Auslegung des Begriffs der lebensprägenden Ehe, ius.focus 14 (2022), Nr. 136.

STOLL DIEGO, Nachehelicher Unterhalt bei nicht lebensprägenden Ehen – oder: Wie lässt sich das negative Interesse bestimmen?, FamPra.ch 24 (2023) 26-43 (zit. negatives Interesse).

STOLL DIEGO, Sind die Tage des nachehelichen Unterhalts gezählt?, recht 40 (2022) 213-218 (zit. nachehelicher Unterhalt).

STOLL DIEGO/FANKHAUSER ROLAND, Urteilsbesprechung 5A\_384/2018 vom 21.9.2018, FamPra.ch 19 (2018) 1068-1091.

STOUDMANN PATRICK, Le divorce en pratique, Entretien du conjoint et des enfants, Partage de la prévoyance professionnelle, Lausanne 2021.

SUTTER THOMAS/FREIBURGHaus DIETER, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999.

VETTERLI ROLF, Schuldig oder unschuldig geschieden?, AJP 4 (1995) 1531-1540.

VETTERLI ROLF/CANTIENI LINUS, Kommentar zu Art. 125 ZGB, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018.

WIDMER CARMEN LADINA, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 145 (2009) 419-458.

# 1 Einleitung

## 1.1 Aktualität und Ausgangslage

Auch im heutigen Gesellschaftskonstrukt kommt der Ehe als vorherrschende Beziehungsform grosse Bedeutung zu.<sup>1</sup> Insbesondere, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, ist die Ehe als Beziehungsmodell vorherrschend.<sup>2</sup> Auch wenn die Anzahl Scheidungen im Jahr 2022 im Vergleich zum Vorjahr etwas gesunken ist, so werden doch viele der geschlossenen Ehen im Verlauf der Jahre wieder aufgelöst.<sup>3</sup> Ändert sich das Scheidungsverhalten in den nächsten Jahren nicht, so kann statistisch davon ausgegangen werden, dass zwei von fünf Ehen früher oder später in einer Scheidung münden.<sup>4</sup> Dies widerspiegelt die Bedeutung des Scheidungsrechts in der heutigen Zeit und damit einhergehend die Rolle, die dem Gesetzgeber sowie den Gerichten bei der finanziellen Auseinandersetzung der Ehegatten zukommt. Besonders in der Rechtsprechung zum nachehelichen Unterhalt<sup>5</sup> nach Art. 125 ZGB hat sich seit dem Jahr 2018 bei gleichbleibender gesetzlicher Grundlage viel getan und das Bundesgericht hat den Versuch unternommen, den aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen gerecht zu werden.

Wird eine Ehe geschieden, so zieht dies unter anderem Konsequenzen finanzieller Natur nach sich. In dieser Bachelorarbeit steht der potenzielle Anspruch auf nachehelichen Unterhalt nach Art. 125 ZGB im Fokus, wobei die Berechnung dieses Unterhalts nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. Auch die weiteren Unterhaltsarten werden in dieser Arbeit ausgeklammert.<sup>6</sup> Es wird weder auf die güterrechtliche Auseinandersetzung der Eheleute noch auf weitere scheidungsrechtliche Folgen eingegangen.

## 1.2 Ziel der Bachelorarbeit

Vorliegende Arbeit verfolgt somit den Zweck, den nachehelichen Unterhalt, normiert in Art. 125 ZGB, rechtlich zu erfassen. Die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung soll

---

<sup>1</sup> Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht 2021, BFS, S. 14.

<sup>2</sup> Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht 2021, BFS, S. 14 und S. 17.

<sup>3</sup> BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistiken finden/Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen), besucht am: 26.4.2023.

<sup>4</sup> BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistiken finden/Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen), besucht am: 26.4.2023.

<sup>5</sup> Teilweise in der Lehre auch Scheidungsunterhalt genannt.

<sup>6</sup> Einzig auf den Betreuungsunterhalt wird in Kapitel 4.1.3 kurz eingegangen.

analysiert, deren Auswirkungen in der Praxis abgehandelt und wo angebracht, kritisch hinterfragt werden.

Weiter setzt sich diese Arbeit zum Ziel, auf Schwierigkeiten in der Praxis aufmerksam zu machen sowie einen möglichen Lösungsansatz vorzustellen, um die rechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt bestmöglich bewältigen zu können.

### 1.3 Aufbau der Bachelorarbeit

In einem ersten Teil wird auf die altrechtliche Gesetzesgrundlage des nachehelichen Unterhalts Bezug genommen und diese samt den inhärenten Prinzipien abgehandelt. Dies verfolgt insbesondere den Zweck, die nach aktuellem Recht angewendete Gesetzesgrundlage und deren Grundsätze besser erfassen sowie die Entwicklung nachvollziehen zu können. Bereits in diesem Kapitel wird weiter die mit der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 eingeführte Grundlage Art. 125 ZGB und die neuen Grundsätze bzw. Prinzipien vorgestellt.

Im nachfolgenden Kapitel werden die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 125 ZGB vorgestellt. Besonderes Augenmerk liegt auf dem ausführlichen Kriterienkatalog gemäss Art. 125 Abs. 2 ZGB, aus welchem einzelne Kriterien speziell hervorgehoben und abgehandelt werden.

Nach Darlegung der Grundlagen in den obigen Kapiteln widmet sich der nächste Teil der Arbeit der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum nachehelichen Unterhalt samt deren Entwicklung und Bedeutung in der Juristerei. Von den drei Leading Cases, welche im Rahmen dieser Arbeit abgehandelt werden, wird BGE 148 III 161 betreffend die Konkretisierung der Lebensprägung etwas stärker gewichtet. Dies, da der Fakt, ob eine Ehe als lebensprägend eingestuft wird oder nicht, besonders entscheidend für den nachehelichen Unterhalt ist. Gestützt auf diese Ausführungen wird im darauffolgenden Kapitel analysiert, welche Ehetypen von der Rechtsprechung besonders berührt sind und in welcher Form sich diese Betroffenheit äussert.

Weiter wird im 6. Kapitel dieser Arbeit ein Lösungsansatz vorgestellt, um den aktuellen Schwierigkeiten im nachehelichen Unterhaltsrecht begegnen zu können. Nebst den Chancen dieses Ansatzes werden auch die möglichen Risiken aufgezeigt.



Zum Schluss wird ein Fazit gezogen. Im Besonderen werden zur Gesetzesgrundlage und der richterlichen Fortbildung die wichtigsten Erkenntnisse abschliessend festgehalten.

## 2 Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000

Im Zentrum dieses Kapitels steht der rechtliche Wandel, der mit der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 umgesetzt wurde.<sup>7</sup> Insbesondere wird die gesetzliche Grundlage des nachehelichen Unterhalts und deren Entwicklung thematisiert. Auf die damit verbundenen Grundsätze vor und nach der ZGB-Revision und deren Stellenwert wird ebenfalls Bezug genommen.

Die altrechtliche gesetzliche Grundlage und die darin verankerten Prinzipien werden in diesem Abschnitt der Arbeit abgehandelt. Dies hat zum Zweck, den Ausgangspunkt des mit der Revision neu eingeführten Scheidungsrechts darzustellen und ist unter anderem ausschlaggebend für die Nachvollziehbarkeit der Überlegungen des Gesetzgebers sowie der Rechtsprechung.<sup>8</sup> Weiter wird im Rahmen dieses Kapitels auf die möglichen Rechtfertigungsgründe des nachehelichen Unterhaltsanspruches de lege lata Bezug genommen.

### 2.1 Rechtslage vor der Scheidungsrechtsrevision

Im Fokus des ursprünglichen Scheidungsrechts, normiert im ZGB aus dem Jahr 1907, standen die Scheidungsvoraussetzungen. Die Scheidungsfolgen wie beispielsweise der nacheheliche Unterhalt hatten lediglich zweitrangigen Charakter. Dies widerspiegelte sich auch darin, dass die Scheidungsfolgen durch den Gesetzgeber in sehr offen formulierten Gesetzestexten abgefasst wurden, welche besonders auslegungsbedürftig waren.<sup>9</sup> Die Gesetzesbestimmungen über die Nebenfolgen der Scheidung haben seit deren Einführung im Jahr 1907 bis zur Revision im Jahr 2000 kaum Änderungen erfahren.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Die Revisionsgeschichte sowie die Scheidungsvoraussetzungen nach altem Recht werden in vorliegender Arbeit mangels Bezugs nicht abgehandelt.

<sup>8</sup> Vgl. auch HAUSHEER, Generalklausel, S. 342.

<sup>9</sup> BINKERT/WYSS, S. 24, vgl. auch S. 20 f.

<sup>10</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 17; vgl. auch DIEZI, Rz. 425.

Nachstehend werden Art. 151<sup>11</sup> und 152<sup>12</sup> ZGB a.F. als gesetzliche Grundlage sowie die inhärenten Grundsätze dargelegt.

### 2.1.1 Altrechtliche gesetzliche Grundlage (Art. 151 und 152 ZGB a.F.)

Die gesetzliche Grundlage für die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen nach der Scheidung bildeten Art. 151 Abs. 1 und 152 ZGB a.F.<sup>13</sup>

Nachehelicher Unterhalt und somit Art. 151 Abs. 1 ZGB a.F. sollte den vermögensrechtlich erlittenen Schaden bei der Scheidung ausgleichen. Dieser Gesetzesartikel gewährte somit eine Art Schadenersatzanspruch.<sup>14</sup> Der Ehegatte, der an der Scheidung keine Schuld trug, hatte gestützt auf Art. 151 Abs. 1 ZGB a.F. einen Unterhaltsanspruch zugute, sofern dem Unterhaltspflichtigen die Schuldhaftigkeit zugeschrieben werden konnte. Eine Schuldlosigkeit des Unterhaltsempfangenden war somit nicht allein ausreichend. Das Verschulden wurde beim Unterhaltsverpflichtenden zusätzlich vorausgesetzt. Weiter musste das Verschulden kausal für den beim unterhaltsberechtigten Ehegatten eingetretenen Schaden sein.<sup>15</sup>

Für die Berechnung des Unterhaltsanspruches wurde an die ehelichen finanziellen Verhältnisse angeknüpft.<sup>16</sup> Mit dem nachehelichen Unterhalt wurde somit der sogenannte Scheidungsschaden ersetzt.<sup>17</sup> Die direkte Obliegenheit, für den eigenen Unterhalt selbst zu sorgen (analog dem Primat der Eigenversorgung in Art. 125 ZGB des herrschenden Rechts), kann dem altrechtlichen Gesetzestext nicht ausdrücklich entnommen werden. Allerdings musste sich der unterhaltsansprechende Ehegatte eine Erwerbstätigkeit an

---

<sup>11</sup> Art. 151 ZGB a.F.:

1) Werden durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt, so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten.  
2) Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen.

<sup>12</sup> Art. 152 ZGB a.F.:

1) Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.

<sup>13</sup> BINKERT/WYSS, S. 24; Botschaft Änderung ZGB, S. 21.

<sup>14</sup> BGE 117 II 519, E. 4c; BGE 115 II 6, E. 3; vgl. auch HINDERLING/STECK, S. 273 f.; EGGER, Art. 151 ZGB a.F., S. 114 f.; KEHL, S. 9; STECK, S. 181; GEISER, Renten, S. 339 f.; Botschaft Änderung ZGB, S. 23; a.M. DIEZI, Rz. 428 ff.

<sup>15</sup> HINDERLING/STECK, S. 273 f.; a.M. DIEZI, Rz. 428 ff.

<sup>16</sup> HINDERLING/STECK, S. 275.

<sup>17</sup> Vgl. zu Scheidungsschaden Ausführungen in Kapitel 4.3.5.

seinen Unterhalt anrechnen lassen, was die Subsidiarität des Unterhaltsanspruches gegenüber der eigenen Leistungsfähigkeit zur Folge hatte.<sup>18</sup>

Die Regel war somit eine zeitlich unbefristete Unterhaltszahlung an den wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten, um den ehelichen Unterhalt zu ersetzen. Eine sogenannte Übergangsrente war nur in seltenen Ausnahmen und bei Vorliegen von triftigen Gründen<sup>19</sup> gerechtfertigt.<sup>20</sup>

Art. 151 Abs. 2 ZGB kam dann zur Anwendung, wenn der schuldlose Ehegatte eine gravierende Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse hinnehmen musste. Diese Verletzung musste sich aus den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, ergeben und nicht rein aufgrund der Scheidung.<sup>21</sup> Diese Entschädigung, im Sinne einer Genugtuung, konnte zusätzlich zur Entschädigung aus Art. 151 Abs. 1 ZGB a.F. geschuldet sein.<sup>22</sup>

Der Unterhaltsanspruch aus Art. 152 ZGB a.F. war hingegen nicht an ein Verschulden des Unterhaltsverpflichtenden geknüpft und hatte zum Zweck, die Bedürftigkeit des Ehegatten zu verhindern.<sup>23</sup> Diese Bedürftigkeitsrente war subsidiärer Natur und der Anspruch aus Art. 151 ZGB a.F. hatte Vorrang.<sup>24</sup>

### 2.1.2 Grundsatz der nachehelichen Solidarität (vR)

Der Grundsatz der nachehelichen Solidarität widerspiegelte sich in Art. 152 ZGB a.F., zumal im Gegensatz zu Art. 151 ZGB a.F. das Verschuldensprinzip nicht im Vordergrund stand. Die nacheheliche Solidarität war dem Unterhaltsrecht somit bereits vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 ein Begriff.<sup>25</sup> Das Bundesgericht hebt den sozialen Gedanken, der Art. 152 ZGB a.F. zugrunde lag, explizit heraus<sup>26</sup>, jedoch wurde die

---

<sup>18</sup> GEISER, Renten, S. 348; HINDERLING/STECK, S. 275 f. m.w.H.; vgl. auch STECK, S. 182.

<sup>19</sup> Als triftige Gründe wurden z.B. eine kinderlose Ehe oder das junge Alter der Ehefrau angesehen; vgl. dazu HINDERLING/STECK, S. 275 f.

<sup>20</sup> HINDERLING/STECK, S. 285 f. m.w.H.

<sup>21</sup> EGGER, Art. 151 ZGB a.F., S. 116; vgl. auch Wortlaut Gesetzestext Art. 151 Abs. 2 ZGB a.F.

<sup>22</sup> BINKERT/WYSS, S. 19; vgl. auch EGGER, Art. 151 ZGB a.F., S. 116 f.

<sup>23</sup> BGE 89 II 65, 66 f.; GEISER, Renten, S. 355; SUTTER/FREIBURGHHAUS, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 3 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; GUILLOD/BURGAT, Rz. 749; betreffend Schuldlosigkeit der unterhaltsempfangenden Partei vgl. GEISER, Renten, S. 341; SUTTER/FREIBURGHHAUS, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; BGE 89 II 65, 66 f.; a.M. VETTERLI, S. 1536.

<sup>24</sup> BGE 117 II 359, 362; vgl. auch VETTERLI, S. 1536.

<sup>25</sup> SUTTER/FREIBURGHHAUS, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; VETTERLI, S. 1536; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, Rz. 755; SCHWENZER, clean break, S. 610; DIEZI, Rz. 450; HAUSHEER, ehebedingter Nachteil, Rz. 12.

<sup>26</sup> BGE 89 II 65, 66 f.

nacheheliche Solidarität als Grundlage für Unterhaltsanspruch im alten Recht nur zurückhaltend herangezogen.<sup>27</sup>

### 2.1.3 Verschuldensprinzip

Charakteristisch für die Gesetzesgrundlage vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 war das darin verankerte Verschuldensprinzip.<sup>28</sup> Dieses hatte zur Folge, dass der schuldige Ehegatte den durch die Scheidung herbeigeführten Schaden dem schuldlosen ersetzen musste.<sup>29</sup>

Bereits vor der Scheidungsrechtsrevision hatte das Bundesgericht das Kriterium des Verschuldens eines Ehegattens relativiert.<sup>30</sup> Nichtsdestotrotz stellte sich bei der Gewährung und Bemessung des Unterhaltsanspruches durch die Gerichte stets die Frage des Verschuldens.<sup>31</sup> Mit der Revision sollte dem Verschuldensprinzip endgültig der Rücken zugekehrt und die Grundlage für ein verschuldensunabhängiges Unterhaltsrecht geschaffen werden.<sup>32</sup>

Die Aufhebung von Art. 151 und 152 ZGB a.F. mit der Scheidungsrechtsrevision im Jahre 2000 zog somit ebenfalls die Bedeutungslosigkeit des Verschuldensprinzips nach sich.

## 2.2 Rechtslage nach der Scheidungsrechtsrevision

Mit der Aufhebung der damaligen gesetzlichen Grundlage für nachehelichen Unterhalt (Art. 151 Abs. 1 und Art. 152 ZGB a.F.) und damit einhergehend dem Verschuldensprinzip, musste eine neue Anspruchsgrundlage geschaffen werden. Art. 125 ZGB verkörpert diese neue gesetzliche Grundlage und hat aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit nicht mehr Schadenersatz zum Zweck, sondern soll unter anderem ehebedingte Nachteile ausgleichen und beruht auf einer gewissen nachehelichen Solidarität.<sup>33</sup> Auch wenn sich Art. 125 ZGB auf den ersten Blick markant von der altrechtlichen Gesetzesgrundlage

---

<sup>27</sup> DIEZI, Rz. 458.

<sup>28</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 27.

<sup>29</sup> VETTERLI, S. 1535; STECK, S. 191.

<sup>30</sup> SCHWENZER, Revision, S. 168; STECK, S. 186; BINKERT/WYSS, S. 23 f.; SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 4 zu Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB; SUTTER/FREIBURGHAUS, Rz. 78 zu Allgemeine Einleitung; GEISER, Renten, S. 341.

<sup>31</sup> STECK, S. 191.

<sup>32</sup> SCHWENZER, Revision, S. 168; VETTERLI, S. 1534; STECK, S. 192; vgl. auch BINKERT, S. 1360; GUILLOD/BURGAT, Rz. 749.

<sup>33</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 45; vgl. auch SUTTER/FREIBURGHAUS, Rz. 2 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch SCHWENZER, Revision, S. 168.

unterscheidet, so legt das alte Recht dennoch wichtige Grundzüge für dessen Anwendung fest.<sup>34</sup>

### 2.2.1 Einführung neue gesetzliche Grundlage (Art. 125 ZGB)

Der Gesetzgeber entschied sich für eine offen formulierte Unterhaltsnorm, die genügend Raum für Einzelfallbeurteilungen lässt und die damalige Gerichtspraxis, insbesondere im Kriterienkatalog Art. 125 Abs. 2 ZGB, widerspiegelte.<sup>35</sup> Der neu eingeführte Art. 125 ZGB kann somit als Generalklausel verstanden werden, die den betrauten Gerichten ein hohes Mass an Entscheidungsermessen einräumt.<sup>36</sup> In Anbetracht der stetigen gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklung und der unterschiedlichsten Lebensverhältnisse, die eine Pauschalisierung kaum möglich machen, wurde laut dem Gesetzgeber auf zu spezifische Voraussetzungen verzichtet.<sup>37</sup> Das Konstrukt des nahehelichen Unterhalts zeichnet sich sodann durch seinen Überfluss an unbestimmten Rechtsbegriffen aus.<sup>38</sup>

In der Lehre wurden Stimmen laut, dass sich der Gesetzgeber zu wenig vertieft mit der Grundlage und auch der Rechtfertigung des nahehelichen Unterhaltsanspruches nach Abschaffung des Verschuldensprinzips auseinandergesetzt habe.<sup>39</sup> Diese Aussagen werden insbesondere durch eine hohe Formulierungsvielfalt des Bundesgerichts sowie durch die Vielzahl von Prinzipien und möglichen Grundlagen unterstrichen.<sup>40</sup> Nachfolgend wird eine Übersicht über die Grundlagen des Anspruchs für nahehelichen Unterhalt gegeben und die Prinzipien gesondert thematisiert.

### 2.2.2 Primat der Eigenversorgung

Eingeführt mit dem neuen Scheidungsrecht kann dem Gesetzestext von Art. 125 Abs. 1 ZGB das clean break-Prinzip bzw. das Primat der Eigenversorgung unmissverständlich

---

<sup>34</sup> HAUSHEER, Generalklausel, S. 342.

<sup>35</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 31, vgl. auch S. 115 f.; SCHWENZER, Revision, S. 168; SUTTER/FREIBURGHANUS, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB.

<sup>36</sup> SCHWENZER, Revision, S. 169; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; PICHONNAZ, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB.

<sup>37</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 115 f.; zustimmend SCHWANDER, S. 1628; kritisch SCHWENZER, Revision, S. 169; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 2 zu Art. 125 ZGB.

<sup>38</sup> HAUSHEER, Generalklausel, S. 342 f.; SCHWANDER, S. 1628 f.

<sup>39</sup> Kritisch SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 3 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SCHWENZER, Revision, S. 168; vgl. auch SUTTER/FREIBURGHANUS, Rz. 5 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 6 f.; STOLL, nahehelicher Unterhalt, S. 217; VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 363.

<sup>40</sup> Prägnant DIEZI, Rz. 468 m.w.H.

entnommen werden.<sup>41</sup> Das clean break-Prinzip soll, wie der Name schon sagt, die Eheverhältnisse und insbesondere die wirtschaftliche Gemeinschaft mit einem «sauberen Bruch» beenden<sup>42</sup>, in der Praxis ist dies allerdings nicht ganz so einfach umzusetzen.<sup>43</sup> Aus dem clean break-Prinzip leitet sich der Grundsatz der Eigenversorgung ab, auf welchen sich das Bundesgericht vorwiegend stützt.<sup>44</sup>

Dieser Grundsatz kommt ab dem Scheidungszeitpunkt zum Tragen; allerdings besteht bereits bei der Trennung die entsprechende Pflicht zur Eigenversorgung, sofern kein objektiver Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe mehr gegeben ist.<sup>45</sup> Die Tatfrage stellt regelmässig den ersten Schritt in der Ermittlung der Eigenversorgungskapazität dar. Hier stehen die effektiven Möglichkeiten einer Aufnahme der Erwerbstätigkeit anhand der dargelegten Verhältnisse im Vordergrund. In einem nächsten Schritt kommt das richterliche Ermessen ins Spiel. Hier wird die Rechtsfrage der Zumutbarkeit der Arbeitstätigkeit ins Auge gefasst. Das Bundesgericht hält allerdings auch ausdrücklich fest, dass es je nach Fall als sinnvoll erachtet werden kann, die Rechtsfrage vor der Tatfrage zu klären.<sup>46</sup> Es ist allerdings von Bedeutung, die Rechtsfrage klar von der Tatfrage abzugrenzen.<sup>47</sup> Der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ist somit subsidiär und tritt hinter das Primat der Eigenversorgung zurück.<sup>48</sup>

Der Eigenversorgungsgrundsatz wird von der Rechtsprechung durch das Schulstufenmodell relativiert, auf welches in Kapitel 4.1 weiter eingegangen wird. Noch vor der Praxisänderung des Bundesgerichts, als die 45er-Regel noch Geltung hatte, rückte auch diese das Primat der Eigenversorgung in die Schranken.<sup>49</sup> Auf die Aufhebung der 45er-Regel wird in Kapitel 4.2 Bezug genommen.

---

<sup>41</sup> Statt vieler BGE 147 III 308, E. 5.3; vgl. auch Botschaft Änderung ZGB, S. 31; GLOOR/SPYCHER, Rz. 4 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SCHWENZER, clean break, S. 615 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 19; vgl. zu Eigenversorgung unter altem Recht GEISER, Renten, S. 348; HINDERLING/STECK, S. 275 f. m.w.H.; vgl. auch STECK, S. 182.

<sup>42</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 45 und S. 117; SCHWENZER, clean break, S. 610 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 3 und S. 19 f.

<sup>43</sup> HURNI, S. 119 f.; zum Ganzen SCHWENZER, clean break.

<sup>44</sup> SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 3 f. und insb. S. 20; DIEZI, Rz. 494.

<sup>45</sup> BGE 147 III 308, E. 5.2.

<sup>46</sup> BGE 147 III 308, E. 4.

<sup>47</sup> STAUDMANN, S. 50.

<sup>48</sup> Statt vieler BGE 147 III 308, E. 5.2 m.w.H.; vgl. auch STOLL, nahehelicher Unterhalt, S. 214; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 561; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, S. 470; HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.04; a.M. SCHWANDER, S. 1629.

<sup>49</sup> BGE 147 III 308, E. 5.2; vgl. auch STOLL, nahehelicher Unterhalt, S. 214; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 21.

### 2.2.3 Grundsatz der nahehelichen Solidarität (nR)

Der Grundsatz der nahehelichen Solidarität findet auch im revidierten Scheidungsrecht seinen Platz, jedoch in einer ausgeprägteren Form als noch in der alten Rechtsfassung. Nach Einführung der neuen gesetzlichen Grundlage und des nicht klar durch den Gesetzgeber konkretisierten Rechtfertigungsgrunds, war das erste höchstrichterliche Urteil nach der Einführung des neuen Scheidungsrechtes, welches die naheheliche Solidarität ins Zentrum stellte, diesbezüglich wegweisend und von grosser Bedeutung.<sup>50</sup> Das Bundesgericht begründet den Unterhaltsanspruch auch in der aktuellen Rechtsprechung überwiegend mit der nahehelichen Solidarität, was in der Lehre nicht auf ungeteilte Zustimmung stösst.<sup>51</sup>

Durch die Rechtsprechung bis dato nicht abschliessend geklärt ist, wie weit dieser Grundsatz im Allgemeinen gehen soll.<sup>52</sup> DIEZI geht sogar so weit zu sagen, dass naheheliche Solidarität generell nicht als Grundlage für nahehelichen Unterhalt in Frage kommt, sondern die Rechtfertigung rein auf Vertrauensschutzüberlegungen basiere.<sup>53</sup>

Anwendungsfälle, bei denen von einer echten nahehelichen Solidarität ausgegangen werden kann und sich der naheheliche Unterhaltsanspruch darauf – anstatt auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile – stützt, sind beispielsweise das Vorhandensein einer ehebedingten Krankheit, ein gewisses Alter der Ehegatten (auch Altersehe genannt) sowie die Gewährung von sogenannten Übergangsfristen, innert welcher sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte in die neue Lebenssituation einfinden kann.<sup>54</sup> Diese echte naheheliche Solidarität darf allerdings nicht überstrapaziert werden<sup>55</sup> und wird weiter vom Vorhandensein der Lebensprägung abhängig gemacht.<sup>56</sup>

Die naheheliche Solidarität tritt nach geltendem Recht sowie höchstrichterlicher Praxis hinter das Prinzip des clean breaks bzw. des Primats der Eigenversorgung zurück und hat

---

<sup>50</sup> BGE 127 II 65, E. 2b.

<sup>51</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.1 m.w.H.; DIEZI, Rz. 468 und Rz. 469 (vgl. auch FN 1752); a.M. BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 46 zu Art. 125 ZGB «wenn der Unterhaltsanspruch ausnahmsweise auf nahehelicher Solidarität gründet.».

<sup>52</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4; kritisch zum Ganzen DIEZI, Rz. 469 f.

<sup>53</sup> Für vertiefte Ausführungen vgl. DIEZI, Rz. 470; vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4 f.

<sup>54</sup> SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; vgl. auch betreffend «echte» naheheliche Solidarität SCHWENZER und VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 368 f. und S. 380.

<sup>55</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4 f.

<sup>56</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4 f.; vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 553; treffendes Beispiel betreffend Erfordernis Lebensprägung bei (echter) nahehelicher Solidarität BGer 5A\_1036/2021 vom 23.9.2022.

somit nur subsidiäre Geltung.<sup>57</sup> Diese beiden Prinzipien stehen in einem gegenseitigen Spannungsverhältnis.<sup>58</sup>

#### 2.2.4 Vertrauensschutz

Vollständigkeitshalber wird unter diesem Abschnitt auf den Vertrauensschutz als Grundlage für nachehelichen Unterhalt eingegangen. Der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe kann ebenfalls als gesonderte Grundlage für nachehelichen Unterhalt herangezogen werden.<sup>59</sup> Dieser positive Vertrauensschutz besteht insbesondere bei Ehen, die eine sogenannte Lebensprägung aufweisen.<sup>60</sup> DIEZI sieht den positiven Vertrauensschutz als primäre Grundlage des nachehelichen Unterhalts, auch wenn dies nicht explizit vom Bundesgericht so ausgeführt wird.<sup>61</sup> Wie bereits im vorangehenden Kapitel angeschnitten, verkennt unter anderem DIEZI das Vorhandensein der Grundlage von nachehelicher Solidarität gänzlich. Dies, da laut seiner Argumentation der nachehelichen Solidarität eigentlich reine Vertrauensschutzüberlegungen zugrunde liegen.<sup>62</sup> Er kritisiert das Bundesgericht für dessen «ungelenke Formulierung» die nacheheliche Solidarität betreffend, bezeichnet die nacheheliche Solidarität als «Leerformel» und stellt das Bundesgericht für deren Anwendung in Frage.<sup>63</sup>

In vorliegender Arbeit wird allerdings die Auffassung vertreten, dass der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe in erster Linie massgebend für die Festsetzung des gebührenden Unterhalts ist<sup>64</sup> und demnach nicht als gesonderte Rechtfertigungsgrundlage des eigentlichen Anspruches herangezogen werden kann. Diese Argumentation beruht unter anderem auf der bundesgerichtlichen Weiterentwicklung der Kriterien betreffend Bestehen eines positiven Vertrauensschutzes in den Fortbestand der Ehe bzw. die Lebensprägung.<sup>65</sup>

---

<sup>57</sup> MORDASINI/STOLL, S. 542 f.; vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, S. 6; RASELLI/MÖCKLI, S. 6; a.M. SCHWANDER, S. 1629.

<sup>58</sup> RASELLI/MÖCKLI, S. 7, bezeichnen sie sogar als Antagonisten; vgl. auch SCHWANDER, S. 1628; DIEZI, Rz. 29.

<sup>59</sup> Vgl. zum Ganzen DIEZI, Rz. 471 ff.

<sup>60</sup> DIEZI, Rz. 471 f.; spezifisch zur Lebensprägung Kapitel 4.3.

<sup>61</sup> DIEZI, Rz. 487 f.

<sup>62</sup> DIEZI, Rz. 470; vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4 f.

<sup>63</sup> DIEZI, Rz. 470; an dieser Stelle anzumerken ist, dass bereits der Gesetzgeber auf den Rechtfertigungsgrund der nachehelichen Solidarität bei Einführung der geltenden Gesetzesgrundlage abstützte, vgl. Botschaft Änderung ZGB, S. 45.

<sup>64</sup> Vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 10 zu Art. 125 ZGB; PICHONNAZ, Rz. 85 zur Art. 125 ZGB; HURNI, S. 121; Ausführungen in Kapitel 4.3.

<sup>65</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 4.3.



### 2.2.5 Ausgleich ehebedingter Nachteile

Bereits in der Botschaft zum neuen Scheidungsrecht wurde der Begriff «ehebedingte Nachteile» verwendet und unter anderem als Rechtfertigungsgrund für nachehelichen Unterhalt angeführt.<sup>66</sup> Ehebedingte Nachteile beziehen sich insbesondere auf eine eingeschränkte Eigenversorgungskapazität bei Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Es gilt somit, die durch diese Ehe entstandenen (wirtschaftlichen) Nachteile auszugleichen.<sup>67</sup> Dieser Ausgleich findet indessen nur statt, sofern der unterhaltsberechtigter Ehegatte nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen kann (Vorrang Primat Eigenversorgung).<sup>68</sup> Weiter wird dieser Ausgleich nicht von der Lebensprägung einer Ehe abhängig gemacht, ganz im Gegensatz zur Unterhaltsleistung gestützt auf die nacheheliche Solidarität.<sup>69</sup>

Die Lehre wie auch die Rechtsprechung tritt in Bezug auf den Rechtfertigungsgrund den nachehelichen Unterhaltsanspruch betreffend nicht gänzlich geschlossen auf. In vorliegender Arbeit wird dem Teil der Lehre gefolgt, der den nachehelichen Unterhalt primär auf den Ausgleich der ehebedingten Nachteile stützt und eben gerade nicht auf den nachehelichen Solidaritätsgedanken.<sup>70</sup> Sind somit ehebedingte Nachteile auszugleichen, kommt die nacheheliche Solidarität gar nicht erst zum Tragen.<sup>71</sup>

### 2.3 Zwischenfazit

Dieses Kapitel zeigte die bereits vor der Revision überfällige Abkehr vom Verschuldensprinzip auf, was mit der neuen gesetzlichen Grundlage erreicht werden konnte.<sup>72</sup> Allerdings wurde eine auslegungsbedürftige Generalklausel mit einer wiederum ebenfalls stark vom Ermessen der Gerichte abhängigen Generealklausel ersetzt.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber

---

<sup>66</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 45.

<sup>67</sup> Vgl. auch STOLL, nachehelicher Unterhalt, S. 217; SCHWENZER in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 369; auf Ausführungen zur Unterscheidung zwischen ehebedingte und scheidungsbedingte Nachteile gemäss DIEZI, Rz. 74, wird verzichtet.

<sup>68</sup> Kritisch zu diesem Umstand FREIVOGEL in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 366 f.

<sup>69</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 553; vgl. auch i.w.S. HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.13; a.M. STOLL/FANKHAUSER, S. 1090.

<sup>70</sup> MORDASINI/STOLL, S. 563; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 46 zu Art. 125 ZGB «wenn der Unterhaltsanspruch ausnahmsweise auf nachehelicher Solidarität gründet.»; SCHWENZER in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 379; vgl. auch HURNI, S. 120; kritisch HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.05 ff.; HAEFELI, S. 419 und S. 422.

<sup>71</sup> SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; MORDASINI/STOLL, S. 563; vgl. auch i.w.S. HURNI, S. 120.

<sup>72</sup> SCHWENZER, Revision, S. 168; VETTERLI, S. 1534; STECK, S. 192; vgl. auch BINKERT, S. 1360; GUILLOD/BURGAT, Rz. 749.

<sup>73</sup> Botschaft Änderung ZGB, S. 31; vgl. auch Botschaft Änderung ZGB, S. 115 f.; SCHWENZER, Revision, S. 168; SUTTER/FREIBURGHAN, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB.

konnte somit mit Einführung der neuen Norm keine Klarheit bzw. Rechtsicherheit betreffend den nachehelichen Unterhaltsanspruch schaffen. Dies wurde auch zu Recht in der Lehre stark kritisiert.<sup>74</sup>

Eine grosse Neuheit im Gegensatz zur altrechtlichen Anspruchsgrundlage lag in der Einführung des Eigenversorgungsgrundsatzes, der Art. 125 Abs. 1 ZGB unmissverständlich entnommen werden kann.<sup>75</sup> Dieser hatte unter anderem Auswirkungen darauf, dass die primär unbefristete Unterhaltsleistung nach altem Recht nun nur noch in Ausnahmefällen gesprochen wird und in den meisten Fällen die Ansprüche befristet gewährt werden.<sup>76</sup> Dies trägt der hier vertretenen Auffassung nach der gesellschaftlichen Entwicklung angesichts der hohen Scheidungswahrscheinlichkeit Rechnung.<sup>77</sup>

In der Praxis wird die Grundlage des nachehelichen Unterhalts nicht immer korrekt herangezogen bzw. erläutert. Dies erschwert eine Nachvollziehbarkeit des nachehelichen Unterhaltsanspruches erheblich.<sup>78</sup>

Das Prinzip der nachehelichen Solidarität, welches unter altem Recht eine zurückhaltende Rolle in Art. 152 ZGB a.F. einnahm, wurde neu zum Hauptrechtfertigungsgrund für nachehelichen Unterhalt nach geltendem Recht.<sup>79</sup>

In dieser Arbeit wird hingegen die Auffassung vertreten, dass der Ausgleich ehebedingter Nachteile die primäre Grundlage des nachehelichen Unterhaltsanspruches darstellt. Zumal diese – sofern vorhanden – unabhängig von der Lebensprägung einer Ehe zu entschädigen sind.<sup>80</sup> Sollten keine solchen Nachteile zu entschädigen sein, kann subsidiär die nacheheliche Solidarität als Grundlage herangezogen werden. Allerdings wird es als wichtig erachtet, nur die «echten» Fälle der nachehelichen Solidarität unter diesen

---

<sup>74</sup> Kritisch SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 3 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SCHWENZER, Revision, S. 168; vgl. auch SUTTER/FREIBURGHaus, Rz. 5 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 6 f.; STOLL, nachehelicher Unterhalt, S. 217; VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 363.

<sup>75</sup> Statt vieler BGE 147 III 308, E. 5.3; vgl. auch Botschaft Änderung ZGB, S. 31; GLOOR/SPYCHER, Rz. 4 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SCHWENZER, clean break, S. 615 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 19.

<sup>76</sup> Vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 49 zu Art. 125 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 604.

<sup>77</sup> BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistiken finden/Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen), besucht am: 26.4.2023.

<sup>78</sup> Vgl. insb. DIEZI, Rz. 468 m.w.H; vgl. auch FREIVOGEL in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 367 und S. 368.

<sup>79</sup> BGE 127 II 65, E. 2b; BGE 147 III 249, E. 3.4.1 m.w.H; DIEZI, Rz. 468 und Rz. 469 (vgl. auch FN 1752); a.M. BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 46 zu Art. 125 ZGB «wenn der Unterhaltsanspruch ausnahmsweise auf nachehelicher Solidarität gründet.».

<sup>80</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 553; vgl. auch i.w.S. HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.13; a.M. STOLL/FANKHAUSER, S. 1090.

Rechtfertigungsgrund zu subsumieren, zumal die Lebensprägung einer Ehe vorausgesetzt wird. Ein weiteres Argument, das für diese Priorisierung der Rechtfertigungsgründe spricht, ist der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe an sich. Ob in der heutigen Zeit, in der die Ehe nicht mehr eine untrennbare Verbindung zwischen zwei Parteien darstellt, noch grundsätzlich vom Vertrauen in den Fortbestand der Ehe ausgegangen werden kann, wird in Frage gestellt.<sup>81</sup> Weiter hat der finanzielle Ausgleich im Rahmen des nachehelichen Unterhalts wenig mit einem Solidaritätsgedanken zu tun, wenn er nur zum Tragen kommt, sofern sich die Ehe als lebensprägend herausstellt und sich die unterhaltsschwächere Partei nicht selbst versorgen kann. Der Begriff der Solidarität zeichnet sich sodann gerade durch das Element der Bedingungslosigkeit aus. Der Rechtfertigungsgrund des Ausgleichs der ehebedingten Nachteile birgt der hier vertretenen Auffassung nach weniger Widersprüche.

Diese Unterscheidung betreffend den Rechtfertigungsgrund wird als wichtig erachtet, damit die Nachvollziehbarkeit der Grundlage des Unterhaltsanspruches gegeben ist. Dies ist besonders für den unterhaltsansprechenden Ehegatten von Bedeutung, denn ihn trifft die Begründungs- und Beweispflicht im Verfahren. Ein schlüssiger Rechtfertigungsgrund betreffend den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt kann weiter auch zur Akzeptanz der nachehelichen Unterhaltsleistung durch den Verpflichteten beitragen.<sup>82</sup>

### 3 Nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB

Art. 125 ZGB stellt de lege lata die Anspruchsgrundlage für nachehelichen Unterhalt dar. Mit dem nachehelichen Unterhalt sollen die wirtschaftlichen Nachteile, die mit einer Scheidung einhergehen, gerecht auf beide Ehegatten verteilt werden.<sup>83</sup>

Sowohl die Voraussetzungen wie auch die einzelnen Kriterien für den nachehelichen Unterhaltsanspruch werden in diesem Kapitel abgehandelt. Der Unterhaltsausschluss gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB wird der Vollständigkeit halber ebenfalls angeschnitten.

#### 3.1 Voraussetzung für nachehelichen Unterhalt nach Art. 125 Abs. 1 ZGB

Art. 125 Abs. 1 ZGB kodifiziert die Voraussetzung des nachehelichen Unterhaltsanspruches. Der Gesetzgeber bringt mittels Wortlautes des Gesetzestextes klar zum Ausdruck,

---

<sup>81</sup> Vgl. hierzu auch BGE 144 III 481, E. 4.8.2.

<sup>82</sup> Vgl. auch DIEZI, Rz. 36 m.w.H.

<sup>83</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB.

dass nahehelicher Unterhalt nur geschuldet ist, wenn der ansprechende Ehegatte nicht selbst dafür aufkommen kann. Diese Formulierung spricht das Primat der Eigenversorgung an.<sup>84</sup> Der gebührende Unterhalt einschliesslich einer angemessenen Altersvorsorge steht dem Unterhaltsberechtigten ausschliesslich zu, wenn es ihm nicht zugemutet werden kann, selbst dafür aufzukommen.<sup>85</sup> Die Berechnung des gebührenden Unterhalts ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung, weshalb auf diese nicht vertieft eingegangen wird. Vielmehr ist für diese Arbeit entscheidend, unter welchen effektiven Umständen der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten besteht, ohne auf die Höhe des Anspruches einzugehen, weshalb im nachstehenden Kapitel auf diese Kriterien vertieft eingegangen wird.

Das Bundesgericht wendet ein drei-stufiges Prüfungsschema betreffend den nahehelichen Unterhaltsanspruch an, welches sich wie folgt gestaltet: Als erstes wird erstellt, ob eine lebensprägende Ehe vorliegt und demnach, ob an den während der Ehe gelebten oder an den vorehelichen Standard angeknüpft wird. Dies dient der Feststellung des gebührenden Unterhalts. Im Anschluss wird die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten festgestellt und in einem letzten Schritt wird die Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehepartners ermittelt.<sup>86</sup>

### 3.2 Kriterienkatalog Art. 125 Abs. 2 ZGB

In diesem Abschnitt sollen die Kriterien, gestützt auf welche nahehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 Abs. 1 ZGB gesprochen wird, näher durchleuchtet werden. Einige Kriterien haben eine Doppelfunktion inne und sind nicht nur massgebend, ob ein Unterhaltsanspruch besteht, sondern nehmen auch Einfluss auf Höhe und Dauer des Anspruches.<sup>87</sup> Art. 125 Abs. 2 ZGB enthält einen ausführlichen Kriterienkatalog, welcher allerdings nicht abschliessend zu verstehen ist.<sup>88</sup> Die gesetzlich normierten Kriterien widerspiegeln

---

<sup>84</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 2.2.2.

<sup>85</sup> HAUSHEER/SPYCHER, Rz. 05.01; GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 6 zu Art. 125 ZGB.

<sup>86</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 8 f.; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 8 zu Art. 125 ZGB; FANKHAUSER, 45er-Regel, S. 150; vgl. auch MORDASINI/STOLL, S. 565.

<sup>87</sup> SUTTER/FREIBURGHaus, Rz. 75 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch RASELLI/MÖCKLI, S. 7; GUILLOD/BURGAT, Rz. 752.

<sup>88</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 55 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SUTTER/FREIBURGHaus, Rz. 76 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch MICHELI/NORDMANN/JACOTTET TISSOT/CRETTAZ/THONNEY/RIVA, Rz. 444; SIMEONI, Rz. 83 zu Art. 125 ZGB.

weitestgehend die entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000.<sup>89</sup>

Nachfolgend wird nicht auf jedes einzelne in Art. 125 Abs. 2 ZGB verankerte Kriterium spezifisch eingegangen. Es wird eine Auswahl getroffen, welche sich insbesondere mit der Aktualität in der Rechtsprechung sowie Praxis deckt und für weitere Ausführungen in dieser Arbeit von Wichtigkeit ist. Namentlich wird auf die Lebensstellung während der Ehe (Ziff. 3.), welche auf die soziale Stellung der Ehegatten vor der Ehe und die mögliche Prägung derer während der Ehe abzielt,<sup>90</sup> nicht näher eingegangen. Auch das Kriterium des Einkommens und Vermögens der Ehegatten (Ziff. 5.), welches besonders bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse ausschlaggebend ist,<sup>91</sup> wird nicht weiter aufgegriffen. Obschon der Vorsorgeunterhalt an sich ein wichtiger Teil des nachehelichen Unterhalts ist, kommt ihm im Rahmen dieser Arbeit keine gesonderte Stellung zu, weshalb die Vorsorgeanwartschaften (Ziff. 8.) nicht spezifisch abgehandelt werden.

### 3.2.1 Aufgabenteilung während der Ehe (Ziff. 1.)

Art. 163 ZGB normiert die gemeinsame Aufgabenteilung während der Ehe.<sup>92</sup> Ein Recht, diese Rollenteilung auch nach der Scheidung fortzusetzen, besteht nicht.<sup>93</sup> Die gelebten Verhältnisse haben aber dennoch direkten Einfluss auf die Eigenversorgungskapazität der Ehegatten.<sup>94</sup> Obschon das Primat der Eigenversorgung Vorrang hat, sind Nachteile, welche sich aus der Aufgabenteilung während der Ehe ergeben, zum Ausgleich zu bringen.<sup>95</sup>

In Bezug auf die Aufgabenteilung während der Ehe wird nachfolgen auf drei Ehetypen, welche im Verlauf dieser Arbeit weiter aufgegriffen werden, genauer Bezug genommen.<sup>96</sup> Diese Bildung der Fallgruppen in verschiedene Kategorien dient vorwiegend der Vereinfachung und es kommt ihr vor allem eine theoretische und veranschaulichende Bedeutung zu.

---

<sup>89</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 56 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch Botenschaft Änderung ZGB, S. 31 und S. 115 f.; SCHWENZER, Revision, S. 168; SUTTER/FREIBURGHaus, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB; RASELLI/MÖCKLI, S. 7; PICHONNAZ, Rz. 83 zu Art. 125 ZGB.

<sup>90</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 68 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 26 zu Art. 125 ZGB.

<sup>91</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 74 f. zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 29 zu Art. 125 ZGB.

<sup>92</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 57 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 24 zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 85 zu Art. 125 ZGB.

<sup>93</sup> MICHELI/NORDMANN/JACCOTTET TISSOT/CRETETAZ/THONNEY/RIVA, Rz. 445.

<sup>94</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 24 zu Art. 125 ZGB.

<sup>95</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 57 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 24 zu Art. 125 ZGB.

<sup>96</sup> Vgl. für summarische Ausführung VETTERLI/CANTIENI, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB.

### 3.2.1.1 Hausgattenehe

Bei der Hausgattenehe ist die Aufgabenteilung zwischen Führung des Haushaltes samt Kinderbetreuung und der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit auf je einen Ehegatten aufgeteilt. Dieses Modell bildet die sogenannte klassische Rollenverteilung.<sup>97</sup> Es ist indessen aber nicht ausschlaggebend, dass nur ein Ehegatte einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, sondern dass der andere Ehepartner in dieser Zeit die Kinderbetreuung wahrnimmt und/oder den gemeinsamen Haushalt führt.<sup>98</sup> Dieser nicht erwerbstätige Ehegatte bringt somit Naturalleistungen in die Ehe ein, die dem familiären Unterhalt anzurechnen sind.<sup>99</sup>

Fraglich bleibt indessen, ob diese Situation heutzutage noch als «klassisch» angesehen werden kann, zumal in den vergangenen Jahren der Anteil der erwerbstätigen Mütter gestiegen ist, insbesondere bei den Müttern, die in einem hohen Teilzeitpensum angestellt sind.<sup>100</sup> Es scheint allerdings nicht von grosser praktischer Bedeutung zu sein, welches Modell durch das Bundesgericht als klassisch angesehen wird. Es zeigt einzig auf, dass in diesem Punkt die gesellschaftlichen Entwicklungen möglicherweise nicht vollumfänglich widerspiegelt werden.

### 3.2.1.2 Zuverdienerehe

Die Zuverdienerehe (auch Zuverdienstehe genannt) zeichnet sich dadurch aus, dass ein Ehegatte vollumfänglich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während der andere Ehegatte meist in einem tiefen Pensum ebenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. In der Praxis stellt die Zuverdienerehe ein häufig gelebtes Ehemodell dar.<sup>101</sup> Die allfällige Kinderbetreuung und/oder die Führung des Haushaltes werden somit meist von dem Ehegatten wahrgenommen, der nicht in einem Vollzeitpensum seiner Arbeitstätigkeit nachgeht.

### 3.2.1.3 Doppelverdienerehe

Wenn beide Ehegatten ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen und somit zwei Einkommen generieren, wird von einer Doppelverdienerehe (auch Doppelverdienstehe

---

<sup>97</sup> BGE 147 III 249, E. 3.5.1; BGer 5A\_510/2021 vom 14.6.2022: «le modèle traditionnel»; vgl. auch SIMEONI, Rz. 85 zu Art. 125 ZGB; HURNI, S. 120.

<sup>98</sup> Vgl. auch BGE 147 III 249, E. 3.5.1.

<sup>99</sup> BGE 147 III 249, E. 3.5.1.

<sup>100</sup> Vgl. BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistik finden/Bevölkerung/Migration und Integration/Integrationsindikatoren/Erwerbssituation der Mütter und Väter/Zeitliche Entwicklung), besucht am: 14.4.2023; GEISER, Entwicklung Unterhaltsrecht, S. 714.

<sup>101</sup> BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistik finden/Bevölkerung/Migration und Integration/Integrationsindikatoren/Erwerbssituation der Mütter und Väter/Zeitliche Entwicklung), besucht am: 14.4.2023; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 24 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 58 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 27; HURNI, S. 120.

genannt) gesprochen. Beide Ehegatten decken somit ihren eigenen Unterhalt. Fällt in diesem Modell Kinderbetreuung an, ist nicht unbeachtlich, wer nebst der Tätigkeit am Arbeitsmarkt auch die Kinderbetreuung sicherstellt sowie den Haushalt führt und somit zusätzlich nicht pekuniäre Leistungen in die Ehe einbringt.<sup>102</sup> Bei der Doppelverdiener Ehe sind häufig keine ehebedingten Nachteile durch den nahehelichen Unterhalt auszugleichen.<sup>103</sup> Ein allfälliger Anspruch würde sich somit eher auf Fälle der echten nahehelichen Solidarität stützen.

### 3.2.2 Dauer der Ehe (Ziff. 2.)

Auch wenn einzelnen Kriterien, unbesehen ihrer Rangfolge im Gesetz, keine grössere Gewichtung als anderen zukommt, so ist das Kriterium der Dauer der Ehe doch ein ausschlaggebendes.<sup>104</sup> Die Ehedauer nimmt unter anderem Einfluss darauf, ob eine Lebensprägung bejaht oder verneint wird, auch wenn es keine Vermutung mehr auszulösen vermag.<sup>105</sup> Tendenziell wurde bei einer langen Ehedauer eher von einer Lebensprägung ausgegangen, als wenn die Ehe nur von kurzer Dauer war.<sup>106</sup> Wann eine Ehe als sogenannte Kurzehe gilt oder doch von einer langen Ehedauer ausgegangen werden kann, ist nicht eindeutig bestimmbar, zumal besonders auch die Auswirkung der Ehe in dieser Zeit von Bedeutung ist. Doch geht die Rechtsprechung bei einer Ehedauer von weniger als fünf Jahren von einer kurzen und bei einer Ehe von über zehn Jahren von einer langen Dauer aus.<sup>107</sup>

Wichtig ist aber, dass die Beurteilung der Lebensprägung jeweils im konkreten Einzelfall erfolgt.<sup>108</sup> Die Ehedauer stellt einzig ein Indiz dar und reicht nicht (mehr) aus, um die Vermutung der Lebensprägung zu bestätigen oder zu verneinen.<sup>109</sup>

---

<sup>102</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 60 zu Art. 125 ZGB.

<sup>103</sup> Vgl. auch SCHWENZER in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 368; HAUSHEER, ehebedingter Nachteil, Rz. 20.

<sup>104</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 55 i.V.m. Rz. 63 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 25 zu Art. 125 ZGB.

<sup>105</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 63 zu Art. 125 ZGB.

<sup>106</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 25 zu Art. 125 ZGB; vgl. aber Ausführungen in Kapitel 4.3.

<sup>107</sup> BGE 115 II 6, E. 6; BGE 109 II 184, E. 5; BGE 135 II 59, E. 4.1; vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 64 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 25 zu Art. 125 ZGB; GUILLOD/BURGAT, Rz. 754.

<sup>108</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 4.3.

<sup>109</sup> Weitere Ausführungen in Kapitel 4.3; vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 64 zu Art. 125 ZGB.

### 3.2.3 Alter und Gesundheit der Ehegatten (Ziff. 4.)

Das Kriterium des Alters und der Gesundheit der Ehegatten kommt insbesondere bei der Beurteilung der Eigenversorgungskapazität zum Tragen.<sup>110</sup> Die vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 richterlich entwickelte 45er-Regel, welche sich in dem Kriterium in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4. ZGB widerspiegelt, besagte, dass einem Ehegatten nach dem 45. Lebensjahr eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zugemutet werden konnte. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung umgestossen, worauf in Kapitel 4.2 näher eingegangen wird.<sup>111</sup>

Bei der Gesundheit der Ehegatten ist zu differenzieren, ob der schlechte Gesundheitszustand in Zusammenhang mit ehebedingten Nachteilen auftritt; diesfalls ist dieser beim Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zu berücksichtigen. Trat eine mögliche Krankheit bereits vor der Ehe auf oder hat diese keinen Einfluss auf die gelebte Aufgabenteilung, so würde sich ein nachehelicher Unterhaltsanspruch einzig auf den Grundsatz der nachehelichen Solidarität stützen und nicht auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile.<sup>112</sup>

### 3.2.4 Umfang und Dauer noch zu leistender Kinderbetreuung (Ziff. 6.)

Dieses Kriterium hat seit der Kindesrechtsrevision im Jahr 2017 und der damit einhergehenden Auslagerung des Betreuungsunterhalts an Bedeutung eingebüsst.<sup>113</sup> Das Kriterium der Kinderbetreuung nach der Scheidung, kodifiziert in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6. ZGB, wurde dennoch bei der Kindesrechtsrevision unberührt gelassen, zumal weiterhin nützliche Indizien daraus hervorgehen. Beispielhaft dafür sind verpasste Karrierechancen oder die Schlechterstellung im Aufbau der Altersvorsorge aufgrund wahrgenommener Kinderbetreuung.<sup>114</sup>

Die Betreuung nicht gemeinsamer Kinder wird von Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6. ZGB nicht grundsätzlich ausgenommen.<sup>115</sup> Bei komplexen familiären Verhältnissen ist somit auf die gesamte wirtschaftliche Situation (analog dem Kriterium in Ziff. 5.) abzustellen. Die

---

<sup>110</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 27 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 69 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch VETTERLI/CANTIENI, Rz. 5 zu Art. 125 ZGB.

<sup>111</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 28 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 70 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch MICHELI/NORDMANN/JACCOTTET TISSOT/CRETETAZ/THONNEY/RIVA, Rz. 448.

<sup>112</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 73 zu Art. 125 ZGB.

<sup>113</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 76 zu Art. 125 ZGB; weitere Ausführungen zum Betreuungsunterhalt in Kapitel 4.1.3.

<sup>114</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 76 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB.

<sup>115</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 84 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 31 zu Art. 125 ZGB.



höher anfallende Betreuungszeit hat ein Ehegatte allerdings allein zu tragen, wenn ein nicht vom Ehepartner stammendes Kind nach der definitiven Trennung geboren wird.<sup>116</sup>

### 3.2.5 Berufliche Ausbildung und Erwerbsaussichten (Ziff. 7.)

Dieses Kriterium nimmt Einfluss auf die zumutbare Erwerbssituation der Ehegatten und stellt damit einen ausschlaggebenden Faktor dar.<sup>117</sup> Zwecks Beurteilung der effektiven Möglichkeiten spielen neben Alter und Gesundheit auch Sprachkenntnisse, Aus- und Weiterbildungen sowie die bisherigen Erwerbserfahrungen eine zentrale Rolle.<sup>118</sup>

Kann die Eigenversorgung eines Ehepartners, ganz im Sinne des Primats der Eigenversorgung, durch Aus- oder Fortbildung verbessert werden, so muss ihm diese Möglichkeit gewährt werden.<sup>119</sup> Das Prinzip der nahehelichen Solidarität schimmert hingegen bei der Situation durch, wo eine Ausbildung, die gemäss dem Lebensplan der Ehegatten in Angriff genommen wurde, nicht abgebrochen werden muss, um zu einer früheren Erwerbstätigkeit zurückzukehren.<sup>120</sup>

### 3.3 Unterhaltsausschluss nach Art. 125 Abs. 3 ZGB

Unbegründet war die Angst, dass mit dieser Norm das Verschuldensprinzip des alten Rechts ins revidierte ZGB eingeschleust wird. Dies, zumal die Anforderungen an die Anwendung von Art. 125 Abs. 3 ZGB hoch sind und die Norm durch das Bundesgericht nur sehr zögerlich angewandt wird, auch wenn die normierten Tatbestände nicht abschliessend aufgelistet sind.<sup>121</sup>

Der Unterhaltsausschluss nach Art. 125 Abs. 3 ZGB soll den unterhaltspflichtigen Ehegatten vor Missbrauch schützen und verkörpert demnach eine Billigkeitsklausel.<sup>122</sup> Wird ein genannter Tatbestand oder einer, welcher in Intensität und Schwere gleichzusetzen

---

<sup>116</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 84 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 31 zu Art. 125 ZGB.

<sup>117</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 32 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 86 zu Art. 125 ZGB.

<sup>118</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 32 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 86 zu Art. 125 ZGB.

<sup>119</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 87 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 32 zu Art. 125 ZGB.

<sup>120</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 87 zu Art. 125 ZGB.

<sup>121</sup> BGE 127 III 65, E. 2; DIEZI, Rz. 507; vgl. auch SCHWENZER, Revision, S. 172 f.; GLOOR/SPYCHER, Rz. 37 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 109 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch SIMEONI, Rz. 130 zu Art. 125 ZGB.

<sup>122</sup> SUTTER/FREIBURGHAN, Rz. 78 zu Allgemeine Einleitung; GLOOR/SPYCHER, Rz. 37 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 109 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch MICHELI/NORDMANN/JACOTTET TISSOT/CRETIAZ/THONNEY/RIVA, Rz. 436.

ist, bejaht, so führt dies zur Kürzung oder gar gänzlichen Versagung des Unterhaltsanspruches.<sup>123</sup>

Vor der Kindesrechtsrevision war somit bei einem Unterhaltsausschluss nach Art. 125 Abs. 3 ZGB ein Kind bzw. die finanzielle Sicherstellung der Betreuung faktisch betroffen. Dies, da es zu diesem Zeitpunkt das Institut des Betreuungsunterhalts noch nicht gab und der «Betreuungsunterhalt» als Teil des nahehelichen Unterhalts verstanden und demnach aufgrund von Art. 125 Abs. 3 ZGB gekürzt werden konnte. Dieser Aspekt scheint grundsätzlich seit der Ausgliederung des Betreuungsunterhalts aus dem nahehelichen Unterhalt unproblematisch.<sup>124</sup>

Kritisch gegenüber dem Unterhaltsausschluss muss gesehen werden, dass dieser praktisch nur die Ehefrau, als meist wirtschaftlich schwächere Partei, trifft. Ein potenzielles Fehlverhalten des Ehemannes bleibt in aller Regel, sofern er selbst keinen Anspruch auf Unterhalt hat, ohne weitere finanzielle Konsequenzen.<sup>125</sup>

#### 3.4 Zwischenfazit

Dieses Kapitel hält die Voraussetzung der Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität betreffend den Anspruch des nahehelichen Unterhalts fest und geht anschliessend vertieft auf den Kriterienkatalog gemäss Art. 125 Abs. 2 ZGB ein.

Besonders das Kriterium der Ehedauer (Ziff. 2.), welches unter anderem Aufschluss darüber gab, ob eine lebensprägende Ehe geführt wurde oder nicht, erfuhr aufgrund der Hinfälligkeit der 45er-Regel in Verbindung mit der bundesgerichtlichen Konkretisierung der Lebensprägung<sup>126</sup> der hier vertretenen Auffassung nach einen grossen Bedeutungsverlust. Auch das Indiz der Kinderbetreuung in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6. ZGB hat aufgrund der Kindesrechtsrevision im Jahr 2017 an Relevanz verloren.

Die Kriterien in Art. 125 Abs. 2 ZGB vermögen keine Vermutungen auszulösen und zeigen einzig auf, was die Gerichte bei der Festsetzung von nahehelichem Unterhalt berücksichtigen können, aber nicht müssen.

---

<sup>123</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 42 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 126 und Rz. 129 zu Art. 125 ZGB.

<sup>124</sup> Vgl. auch SCHWENZER in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 370.

<sup>125</sup> SCHWENZER, Revision, S. 173 f.; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 137 zu Art. 125 ZGB.

<sup>126</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 4.2 und 4.3.

## 4 Neuerungen in der Rechtsprechung

Aufgrund der offenen und wenig konkreten Formulierung von Art. 125 ZGB werden den Gerichten grosse Ermessensspielräume bei der Gewährung von Unterhaltsansprüchen eingeräumt.<sup>127</sup> Dem Bundesgericht ist es noch nicht gänzlich gelungen, die gegenständliche Norm mit seiner Rechtsprechung auszufüllen.<sup>128</sup> Die geltenden Grundsätze kollidieren teilweise mit anderen Prinzipien, die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gestützt werden, was zu einer Rechtsunsicherheit führt.<sup>129</sup>

In diesem Kapitel wird auf höchstrichterliche Entscheide, welche lang angewandte (teilweise bereits vor der Revision erarbeitete) Grundsätze umgestossen haben, Bezug genommen. Namentlich sind es die Einführung des Schulstufenmodells in BGE 144 III 481, welches die 10/16-Regel ablöste, die 45er-Regel, welche durch das Bundesgericht mit Entscheid BGE 147 III 308 aufgehoben wurde und letztlich die Konkretisierung des Begriffes der Lebensprägung verankert im Leitentscheid BGE 148 III 161, welche nicht nur in Juristenkreisen hohe Wellen schlug.<sup>130</sup>

### 4.1 Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit

Als Kriterium zur Ermittlung der Zumutbarkeit einer Arbeitstätigkeit der Ehegatten nebst der parallel wahrzunehmenden Kinderbetreuung wurde lange Zeit die 10/16-Regel angewandt. Diese stellte die Vermutung auf, dass erst ab dem 10. Lebensjahr des jüngsten Kindes eine Teilzeitarbeit und eine Vollzeitarbeit wiederum erst ab dem 16. Lebensjahr als zumutbar erachtet wurde.<sup>131</sup> Diese Vermutung wurde im Jahr 2018 durch das Bundesgericht mit der Einführung des Schulstufenmodells abgelöst.

Es wird im ersten Abschnitt darauf Bezug genommen, wann bzw. unter welchen geltenden Gesetzesbestimmungen die 10/16-Regel entwickelt wurde. Weiter wird auf den

---

<sup>127</sup> SCHWENZER, Revision, S. 169; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch RASELLI/MÖCKLI, S. 7.

<sup>128</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 6 f.; vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 2 zu Art. 125 ZGB; RASELLI/MÖCKLI, S. 7; SCHWENZER in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 368.

<sup>129</sup> Vgl. auch SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; STOLL, nachehelicher Unterhalt, S. 215 und S. 217.

<sup>130</sup> Vgl. diverse Medienberichte beispielhaft aufgeführt: GUGGISBERG RAHEL, Was bei der Scheidung geregelt werden muss, Der Bund, publ. am 16.8.2022; WEBER BETTINA, die klassische Rollenverteilung ist heute ein Risiko, Der Bund, publ. am 24.4.2022; WEBER BETTINA, Für Hausfrauen wird es ungemütlich, der Bund, publ. am 23.4.2022; STÜHFF ALEXANDRA, Ehe, Scheidung und keinen automatischen Anspruch auf Unterhalt mehr – was die jüngsten Bundesgerichtsentscheide für Paare bedeuten, NZZ, publ. am 17.5.2022; SEVERIN CHRISTIN, Scheidung: Ein Karriereknick lässt sich kaum aufholen – was die neue Rechtspraxis für Betroffene bedeutet, NZZ, publ. am 28.11.2022.

<sup>131</sup> Vgl. BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 80 zu Art. 125 ZGB.

Leitentscheid des Bundesgerichts BGE 144 III 481 eingegangen, mit welchem das Schulstufenmodell eingeführt wurde. Im darauffolgenden Abschnitt wird sodann eine Abgrenzung zu weiteren Unterhaltsarten vorgenommen. Aufgrund seiner Bedeutung und seiner Beziehung zum nahehelichen Unterhalt wird der Betreuungsunterhalt näher thematisiert.<sup>132</sup> Abschliessend wird die Reaktion in der Lehre sowie die Auswirkungen des gegenständlichen Leitentscheides abgehandelt.

#### 4.1.1 Entwicklung

Das Bundesgericht entwickelte die 10/16-Regel noch auf Grundlage des Scheidungsrechts vor der Revision im Jahr 2000 und sie basierte auf dem positiven Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe.<sup>133</sup>

Die 10/16-Regel wurde durch das Bundesgericht nach und nach immer wieder relativiert, neue Ausnahmen definiert und diente vorwiegend als Ausgangspunkt und nicht als starr anzuwendende Regel.<sup>134</sup> Die Einführung des Betreuungsunterhalts im Jahr 2017 gab Anlass, die Aktualität der 10/16-Regel neu zu überdenken und daraufhin im Jahr 2018 höchstrichterlich aufzuheben.<sup>135</sup> Diese Aufhebung vollzog das Bundesgericht mit dem Leitentscheid BGE 144 III 481, womit es gleichzeitig das Schulstufenmodell einführte. In der Folge bestätigte das Bundesgericht das Schulstufenmodell in weiteren Urteilen, ohne es allerdings weiterzuentwickeln.<sup>136</sup>

#### 4.1.2 Einführung Schulstufenmodell (BGE 144 III 481)

Mit dem höchstrichterlichen Urteil 5A\_348/2018 vom 21. September 2018 (publ. BGE 144 III 481) hat das Bundesgericht die 10/16-Regel aufgegeben und an derer statt das Schulstufenmodell eingeführt.<sup>137</sup>

Der betreuende Elternteil wird mit der obligatorischen Einschulung im Umfang der nun durch den Staat wahrgenommenen Betreuungszeit frei. Diese Zeit kann besagter Ehegatte der Auffassung des Bundesgerichts nach nutzen, um einer wirtschaftlichen Tätigkeit

---

<sup>132</sup> Die Rangfolge der Unterhaltsansprüche unter sich ist nicht Gegenstand dieses Kapitels bzw. dieser Arbeit.

<sup>133</sup> BGE 144 III 481, E. 4.6.2 und E. 4.8.1; vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 80 zu Art. 125 ZGB; a.M. STOLL/FANKHAUSER, S. 1090.

<sup>134</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 29.

<sup>135</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 83 zu Art. 125 ZGB; BGE 114 III 481.

<sup>136</sup> Vgl. BGE 147 III 301, E. 6.1; BGE 147 III 308, E. 5.4; BGer 5A\_839/2018 vom 1.12.2021, E. 5; BGer 5A\_581/2020 vom 1.4.2021, E. 4.3; BGer 5A\_347/2021 vom 30.3.2022, E. 3.3.2.

<sup>137</sup> Zum ganzen BGE 114 III 481.

nachzugehen.<sup>138</sup> Das Bundesgericht führt in Erwägung 4.7.6 des Leitentscheides gestützt darauf aus, dass die obligatorische Einschulung somit den Ausgangspunkt der Richtlinienbildung darstellen soll. Allerdings sei «eine schrittweise feine Abstufung der jeweils zumutbaren Erwerbsquote» in der Praxis kaum umsetzbar, weshalb lediglich drei Stufen eingeführt werden. Namentlich wird von einem zumutbaren Arbeitspensum von 50% ab obligatorischer Einschulung des jüngsten Kindes, ab Eintritt in die Sekundarstufe I von einer Arbeitstätigkeit im Umfang von 80% und mit der Vollendung des 16. Lebensjahres von einem Vollzeitpensum ausgegangen.<sup>139</sup> Das Bundesgericht betont klar, dass diese Anknüpfung an die obligatorische Schulpflicht der Ausgangspunkt der Regelbildung darstellt und diese somit als Richtlinie zu funktionieren hat, zumal die Kinderbetreuung auch durch zusätzliche Fremdbetreuung relativiert werden kann.<sup>140</sup> Ein weiterer Relativierungsgrund bzw. ein Grund für eine erhöhte Betreuungslast, welche die Anwendung des Schulstufenmodells nicht rechtfertigt, kann eine Beeinträchtigung des Kindes darstellen.<sup>141</sup>

Der Entscheid betreffend die Einführung des Schulstufenmodells ergeht in erster Linie gestützt auf den Betreuungsunterhalt. Das Bundesgericht hält aber in seinen Erwägungen fest, dass keine weitere Verkomplizierung der Unterhaltsberechnung in der Praxis in Kauf genommen werden könne. Somit werde es als sinnvoll erachtet, die Richtlinie betreffend Kinderbetreuung sowohl für den Betreuungsunterhalt als auch für den nahehelichen Unterhalt anzuwenden.<sup>142</sup>

#### 4.1.3 Betreuungsunterhalt

Familienrechtlicher Unterhalt lässt sich in zwei Kategorien, den Ehegatten- und den Kindesunterhalt, einteilen. Der naheheliche Unterhalt, geregelt in Art. 125 ZGB, wie auch der eheliche Unterhalt gehören dem Ehegattenunterhalt an. Einzig der naheheliche Unterhalt ist Gegenstand dieser Abhandlung, allerdings zwecks Verständnisses und Zusammenhang wird insbesondere auf die Einführung und Auswirkung des Betreuungsunterhalts, welcher nebst dem Natural- und Barunterhalt Bestandteil des Kindesunterhalts ist, eingegangen.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> BGE 144 II 481, E. 4.7.6.

<sup>139</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 144 II 481, E. 4.7.6.

<sup>140</sup> Vgl. BGE 144 II 481, E. 4.7.7, E. 4.7.8 und E. 4.7.9.

<sup>141</sup> BGE 114 III 481, E. 4.7.9; vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 83c zu Art. 125 ZGB.

<sup>142</sup> BGE 114 III 481, E. 4.8.2.

<sup>143</sup> Vgl. zu Kindesunterhalt SPYCHER ANNETTE, Betreuungsunterhalt, S. 199; vgl. auch GMÜNDER, Rz. 1 zu Art. 285 ZGB.

Mit der Revision des Kindesunterhaltsrechts, welche am 1. Januar 2017 in Kraft trat, wurde der Betreuungsunterhalt vom nachehelichen Unterhalt nach Art. 125 ZGB abgespalten und unter Art. 285 ZGB normiert.<sup>144</sup> Dies verfolgte insbesondere den Zweck der Gleichbehandlung von Kindern von verheirateten und unverheirateten Elternteilen.<sup>145</sup>

Der Betreuungsunterhalt deckt die sogenannten indirekten Kosten, die beim betreuenden Elternteil entstehen. Diese indirekten Kosten ergeben sich aus der fehlenden Möglichkeit, während der persönlichen Betreuung des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, um den eigenen Lebensunterhalt sicherzustellen.<sup>146</sup> Damit Betreuungsunterhalt geschuldet ist, muss somit ein Elternteil die (Haupt-)Betreuung des gemeinsamen Kindes bzw. der gemeinsamen Kinder wahrnehmen. Bei einer 50/50-Betreuung durch beide Elternteile kommt es folgelogisch nicht zum Austausch einer Leistung unter den Elternteilen und es gäbe somit nichts auszugleichen.

Kritisch am Betreuungsunterhalt kann zu Recht gesehen werden, dass der Betreuungsanspruch zwar dem Kind zusteht und er auch das Bedürfnis des Kindes an Betreuung deckt, allerdings aber die finanzielle Einbusse des betreuenden Elternteils für die ausbleibende oder reduzierte Erwerbstätigkeit ausgleicht. Dies bedeutet, dass die wirtschaftlich berechnete Partei (Elternteil) und die rechtlich berechnete Partei (Kind) nicht übereinstimmen, was Konfliktpotenzial bieten kann.<sup>147</sup>

Die Einführung des Betreuungsunterhalts hat direkte Auswirkungen auf den nachehelichen Unterhalt.<sup>148</sup> Der Gesetzgeber hatte mit der Einführung des Betreuungsunterhalts klar zum Ziel, dass der geschiedene Ehegatte nach der Revision des Kindesunterhalts nicht schlechter gestellt wird, zumal der Betreuungsunterhalt zusammengerechnet mit dem nachehelichen Unterhalt, dem nachehelichen Unterhalt vor der Revision entsprechen soll.<sup>149</sup> Im Ergebnis bedeutet es aber dennoch, dass der nacheheliche Unterhalt nach der Revision geringer ausfallen kann.<sup>150</sup>

---

<sup>144</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 76 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB.

<sup>145</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 76 zu Art. 125 ZGB; SPYCHER, Kindesunterhalt, S. 2; GLOOR/SPYCHER, Rz. 6 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; FANKHAUSER, Betreuungsunterhalt, S. 801; a.M. VETTERLI/CANTIENI, Rz. 11 zu Art. 125 ZGB.

<sup>146</sup> Vgl. auch FOLLPRACHT-WIETLISBACH, S. 472; GMÜNDER, Rz. 8 zu Art. 285 ZGB.

<sup>147</sup> GEISER, Entwicklung Unterhaltsrecht, S. 715 f.; LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 6; vgl. auch MENNE, S. 540, «vielfältige praktische Schwierigkeiten».

<sup>148</sup> Vgl. auch SPYCHER, Kindesunterhalt, S. 2; LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 6.

<sup>149</sup> Botschaft Kindesunterhalt, S. 556; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 23 zu Art. 125 ZGB.

<sup>150</sup> BGE 144 III 481 m.w.H.; BURRI, S. 84; SPYCHER, Vorsorgeunterhalt, S. 93.

#### 4.1.4 Kritik

An dieser Stelle sei nochmals angeführt, dass es sich beim Schulstufenmodell sowie auch bei der vorangehenden 10/16-Regel um eine Richtlinie handelt, von welcher unter gewissen Umständen abgewichen werden kann und somit nicht um ein starres Modell, welches auf jeden Fall Geltung hat.<sup>151</sup> In der Lehre wird das eingeführte Schulstufenmodell trotzdem als ziemlich rigide wahrgenommen und es werden insbesondere Schwierigkeiten bei dessen Umsetzung gesehen.<sup>152</sup> Allerdings wird im gleichen Zuge argumentiert, dass das Bundesgericht nicht vor einer hohen Komplexität bei der Durchsetzung eines berechtigten Anspruches zurückschrecken dürfe. Daher greife die Argumentation der höchstrichterlichen Behörde, wonach einfachheitshalber das Schulstufenmodell «einzig» drei Stufen unterscheidet, ins Leere.<sup>153</sup>

Das Schulstufenmodell, insbesondere aufgrund seines Richtliniencharakters, trifft der hier vertretenen Auffassung nach den Nerv der Zeit besser als es noch die 10/16-Regel getan hat. Dies, da nicht nur die Betreuungsangebote durch Dritte in den vergangenen Jahren stetig ausgebaut wurden, sondern auch, da das Teilzeitarbeitsmodell im heutigen Arbeitsmarkt stärker vertreten ist als es noch bei Einführung der 10/16-Regel der Fall war. Die grobe Abstufung in drei Schritte wird nicht als nachteilig erachtet, da einerseits eine feinere Abstufung zu einer unverhältnismässigen Verkomplizierung in der Anwendung geführt hätte, andererseits aber auch, da mit dem Schulstufenmodell einzig eine Vermutung aufgestellt wird, welche unter Berücksichtigung der effektiven Umstände umgestossen werden kann.

Dass sich die höchstrichterliche Behörde für die Einführung einer Richtlinie entschieden hat und die zumutbare Betreuung nicht zur Einzelfallbeurteilung erklärt hat, wird vorliegend begrüsst. So wird in diesem Punkt eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen und der Unterhaltsberechtigte kann sein Verhalten bzw. seine Lebensplanung danach richten.

Durchaus schlüssig scheint es weiter, dass das eingeführte Schulstufenmodell nicht nur bei der Bemessung des Betreuungsunterhalts, sondern auch beim nahehelichen Unterhaltsrecht zum Tragen kommt, zumal es um dieselbe Betreuungsarbeit geht.

---

<sup>151</sup> BGE 144 II 481, E. 4.7.6 f.; vgl. auch BGer 5A\_839/2018 vom 1.2.2021, E. 4.

<sup>152</sup> STOLL/FANKHAUSER, S. 1088; vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; MORDASINI/STOLL, S. 551 f.; SPYCHER, Kindesunterhalt, S. 23 f.

<sup>153</sup> STOLL/FANKHAUSER, S. 1090.

#### 4.1.5 Auswirkungen Einführung Schulstufenmodell

Der gegenständliche Leading Case BGE 144 III 481 hat mit Blick auf den nahehelichen Unterhalt folgelogisch einzig Auswirkungen auf Ehen, aus welchen Kinder hervorgegangen sind. Dem hauptbetreuenden Elternteil wird durch die neue höchstrichterliche Praxis ein Arbeitsplan vorgelegt, der das zumutbare Erwerbsum neben der Kinderbetreuung vorgibt. Dieses neu zumutbare Pensum fällt höher aus als noch unter der alten Rechtsprechung. Mit dem höheren Erwerbsum kann eine höhere Eigenversorgungskapazität des unterhaltsansprechenden Ehegatten erreicht werden, was wiederum faktisch zu einer Verringerung des nahehelichen Unterhalts führt.

Besonders komplex ist nicht das sehr gradlinige Konzept des Schulstufenmodells, sondern vor allem das mit Einführung des Betreuungsunterhalts geschaffene Verhältnis zwischen den beiden Unterhaltsarten.<sup>154</sup> Die Einführung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhalts wirkt sich auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch aus<sup>155</sup> und verringert diesen aufgrund der Ausgliederung.<sup>156</sup>

#### 4.2 Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit

Unter der Anwendung von Art. 151 ZGB a.F. stellte ein befristeter Unterhaltsanspruch die Ausnahme dar. Diese Ausnahme wurde unter anderem mit der 45er-Regel begründet. Gerade umgekehrt dient dieser Grundsatz unter geltendem Recht zur Begründung einer unbefristeten Unterhaltszahlung.<sup>157</sup> Das Kriterium des Alters (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB), und somit die 45er-Regel, kam nach der Revision insbesondere bei der Ermittlung der Eigenversorgungskapazität eines Ehegatten zum Tragen und schränkte das Primat der Eigenversorgung ein.<sup>158</sup> Ob und in welchem Ausmass eine Tätigkeit am Arbeitsmarkt zumutbar ist, stellt eine Rechtsfrage dar und wird demnach – bis anhin mit Hilfe der 45er-Regel – vom zuständigen Gericht beantwortet. Eine Tatfrage liegt jedoch bei der effektiven Möglichkeit der Erzielung des Einkommens vor.<sup>159</sup>

Nachfolgend wird als erstes herausgearbeitet, worin die 45er-Regel ihren Ursprung hat. Weiter wird explizit auf den Leading Case des Bundesgerichts Bezug genommen.

---

<sup>154</sup> Besonders kritisch LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 18 f. und S. 24; vgl. auch HAUSHEER, Generalklausel, S. 348.

<sup>155</sup> Vgl. auch SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 8 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB.

<sup>156</sup> Vgl. auch BGE 144 III 481 m.w.H.; BURRI, S. 84; SPYCHER, Vorsorgeunterhalt, S. 93.

<sup>157</sup> BGE 147 III 308, E. 5.3.

<sup>158</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 21; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 69 f. zu Art. 125 ZGB.

<sup>159</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 21; FOLLPRACHT-WIETLIBACH, S. 470; MORDASINI/STOLL, S. 552.



Abschliessend werden die Auswirkungen der Hinfälligkeit der 45er-Regel erläutert und auf allfällige Meinungen in der herrschenden Lehre eingegangen.

#### 4.2.1 Entwicklung

Der Grundsatz, wonach einem Ehegatten, meist der Ehefrau, eine Erwerbstätigkeit nach dem 45. Lebensjahr nicht mehr zugemutet werden konnte, wurde bereits vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 vom Bundesgericht entwickelt und angewandt.<sup>160</sup> Es spielten allerdings noch andere Umstände wie die Gesundheit des Unterhaltsberechtigten oder die effektiven Chancen der beruflichen Wiedereingliederung eine Rolle und so wurde die 45er-Regel bereits damals durch das Bundesgericht nicht stur angewandt, sondern derer Richtlinienfunktion Rechnung getragen.<sup>161</sup> Dieser Richtlinienfunktion wurde durch die höchstrichterliche Behörde auch nach der Scheidungsrechtsrevision nach wie vor Bedeutung zugemessen.<sup>162</sup> Nichtsdestotrotz machte die 45er-Regel seit Einführung des neuen Scheidungsrechts eine Entwicklung durch.<sup>163</sup>

Das Bundesgericht verschob nach und nach die Altersgrenze, bis wann eine Erwerbstätigkeit als zumutbar angesehen wurde, von 45 auf 50 Jahre.<sup>164</sup> Die 45er-Regel erfuhr nicht nur in der Erhöhung der Altersgrenze eine Relativierung, es spielte zunehmend auch eine Rolle, ob der Ehegatte gänzlich wieder in eine Erwerbstätigkeit einsteigen musste oder ob es sich einzig um die Erhöhung des Arbeitspensums handelte.<sup>165</sup>

#### 4.2.2 Hinfälligkeit 45er-Regel (BGE 147 III 308)

Das bundesgerichtliche Urteil 5A\_104/2018 vom 2. Februar 2021 (publ. BGE 147 III 308) führte zur endgültigen Hinfälligkeit der 45er-Regel.<sup>166</sup> In Erwägung 5.4 argumentiert das Bundesgericht, dass die 45er-Regel weder eine vom Gesetzgeber aufgestellte oder angedeutete Vermutung darstellt noch eindeutig aus dem Kriterienkatalog in Art. 125 Abs. 2 ZGB herausgelesen werden kann. Das Bundesgericht hält somit fest, dass dieser

---

<sup>160</sup> Statt vieler BGE 115 II 6, E. 5a.

<sup>161</sup> BGE 114 II 9, E. 7b.

<sup>162</sup> BGE 137 III 102, E. 4.2.2.2 m.w.H.

<sup>163</sup> BGE 147 III 308, E. 5.3.

<sup>164</sup> BGE 137 II 102, E. 4.2.2.2; vgl. auch BGer 5A\_340/2011 vom 7.9.2011, E. 5.2.1; BGer 5A\_21/2012 vom 3.5.2012, E. 2.2; BGer 5A\_71/2013 vom 28.3.2013, E. 1.3.

<sup>165</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 70 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 24; FANKHAUSER, S. 153; BGE 147 III 308, E. 5.2 m.w.H.

<sup>166</sup> BGE 147 III 308, E. 5.5.

Grundsatz einzig auf Rechtsprechung beruht, welche sich in den vergangenen Jahren (vgl. auch obige Ausführungen) weiterentwickelt hat.<sup>167</sup>

Das Primat der Eigenversorgung und somit die Obliegenheit der Ehegatten, für ihren Unterhalt selbst aufzukommen, ist dem Scheidungsrecht *de lege lata* inhärent. Der durch die Scheidung oder sogar bereits durch die Trennung herbeigeführte Wegfall von Naturalleistungen an die Ehegemeinschaft, in dessen Umfang der dafür besorgte Ehegatte frei wird, kann und soll für die Verwirklichung der wirtschaftlichen Arbeitstätigkeit genutzt werden.<sup>168</sup>

Die bundesgerichtliche Einführung des Schulstufenmodells mit BGE 144 III 481 stellte weiter die Aktualität der 45er-Regel in Frage.<sup>169</sup> So hält das Bundesgericht in seinem Leitentscheid betreffend die 45er-Regel in seinen Erwägungen fest: «Wird im Rahmen des Schulstufenmodells nach einer bestimmten Übergangsfrist die Wiederaufnahme einer Erwerbsarbeit [...] zugemutet, ist wenig einsichtig, wieso eine bestimmte Altersschwelle eine generelle [...] Unzumutbarkeit begründen soll.»<sup>170</sup>

In Erwägung 5.5 führt das Bundesgericht weiter aus, dass eine blosser Anhebung der Altersschwelle wenig zielführend sei, zumal sie als generelle Vermutung dem Einzelfall nicht gerecht werden könne. Das Bundesgericht gibt somit in dieser Erwägung die 45er-Regel formell auf.

Die Hinfälligkeit der 45er-Regel führt somit dazu, dass bei der Rechtsfrage der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit keine Vermutung des Alters mehr greift, sondern dies jeweils einzelfallbezogen durch das Gericht geprüft werden muss.<sup>171</sup>

#### 4.2.3 Kritik

In der Lehre stösst der Entscheid des Bundesgerichts, die 45er-Regel fallen zu lassen, grösstenteils auf Zustimmung, da bereits im Vorfeld Zweifel an dieser geäussert wurden.<sup>172</sup> Besonders kritisch steht hingegen FANKHAUSER der Auflösung der 45er-Regel gegenüber.<sup>173</sup> Er führt aus, das Bundesgericht könne seine Rechtsprechung nicht mittels

---

<sup>167</sup> BGE 147 III 308, E. 5.4.

<sup>168</sup> BGE 147 III 308, E. 5.4.

<sup>169</sup> BGE 147 III 308, E. 5.4.

<sup>170</sup> BGE 147 III 308, E. 5.4.

<sup>171</sup> Vgl. auch STOLL, *nachehelicher Unterhalt*, S. 215.

<sup>172</sup> DIEZI, Rz. 780; vgl. auch VETTERLI/CANTIENI, Rz. 6 zu Art. 125 ZGB; HAEFELI, S. 420; eher kritisch MORDASINI/STOLL, S. 559.

<sup>173</sup> Vgl. zum Ganzen FANKHAUSER, 45er-Regel.

überzeugenden Argumenten rechtfertigen und es würden die nötigen soziologischen sowie volkswirtschaftlichen Erkenntnisse fehlen, die zur Veränderung der Sachlage seit Einführung der 45er-Regel durch das Bundesgericht geführt haben.<sup>174</sup> Dass dem Ermessen der Gerichte eine noch bedeutendere Gewichtung zukommt und es sich um eine grosse Anzahl von Kriterien handelt, die ihren Einfluss auf die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit als Rechtsfrage nehmen, fördert die Rechtsunsicherheit für die anspruchsberechtigte Person.<sup>175</sup>

Der hier vertretenen Auffassung nach hat das Bundesgericht grundsätzlich gut daran getan, die 45er-Regel aufzuheben und nicht mehr anzuwenden. Fraglich bleibt indessen, ob das Bundesgericht nicht besser die Altersgrenze hätte anheben sollen, anstatt die Vermutung gänzlich durch eine (weitere) Einzelfallbeurteilung zu ersetzen. Ob die Aufnahme einer Vollzeitberufstätigkeit und der Anschluss an den Arbeitsmarkt nach Erreichen des beispielsweise 60. Altersjahres effektiv noch möglich ist (Tatfrage), wird hier in Frage gestellt.

Zumal das Bundesgericht selbst bereits mehrmals betont hat, dass Vermutungen eine Richtlinienfunktion aufweisen und nicht starr durchgesetzt werden, wird nicht erkannt, weshalb eine solche Vermutung dem unterhaltsverpflichteten Ehegatten geschadet hätte. Dass die Aufhebung einer weiteren Richtlinie, welche generelle Vermutungen aufstellte, eine Gefährdung der Rechtssicherheit darstellt, ist hingegen erstellt. Mit der Aufgabe von Vermutungen und Richtlinien kann dem Einzelfall grundsätzlich Rechnung getragen werden, allerdings stellt es die unterhaltsklagende Person vor erhebliche Begründungs- und Beweisprobleme und diese wird demnach faktisch benachteiligt.<sup>176</sup>

### 4.3 Lebensprägung

Der Faktor der Lebensprägung<sup>177</sup> bildet den Ausgangspunkt für die Festlegung des gebührenden Unterhalts.<sup>178</sup> Wird die Lebensprägung verneint, so stellen die vorehelichen Verhältnisse die Obergrenze des möglichen nachehelichen Unterhalts dar. Bei einer

---

<sup>174</sup> FANKHAUSER, 45er-Regel, S. 157.

<sup>175</sup> Vgl. auch GEISER, Entwicklung Unterhaltsrecht, S. 717.

<sup>176</sup> Vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, S. 38 f. (in Bezug auf die Eigenversorgungskapazität); vgl. auch MORDASINI/STOLL, S. 559 f.; i.w.S. STOLL, nachehelicher Unterhalt, S. 217.

<sup>177</sup> In der Westschweiz wird übersetzt nicht von der «Lebensprägung» einer Ehe gesprochen, sondern schlicht umschrieben, ob die Ehe die finanzielle Situation der Ehegatten beeinflusst hat: SIMEONI, Rz. 10 zu Art. 125 ZGB, «concrètement influencé la situation des époux»; oder vgl. auch PICHONNAZ, Rz. 85 zu Art. 125 ZGB, «impact décisif sur la situation financière des conjoints».

<sup>178</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; SIMEONI, Rz. 10 zu Art. 125 ZGB; PICHONNAZ, Rz. 85 zu Art. 125 ZGB; HURNI, S. 121.

vorhandenen Lebensprägung des unterhaltsfordernden Ehegatten aufgrund des objektiven Vertrauensschutzes in den Fortbestand der Ehe wird hingegen an die finanziellen Verhältnisse während der Ehedauer angeknüpft.<sup>179</sup>

Wie die richterliche Behörde eine Lebensprägung während der Ehe feststellt bzw. welche Vermutungen lange Zeit galten, wird im nachfolgenden Kapitel dargelegt. In einem weiteren Abschnitt wird das prominente bundesgerichtliche Urteil BGer 5A\_568/2021 vom 25. März 2022 (publ. BGE 148 III 161) zusammengefasst und die Erwägungen des Bundesgerichts analysiert. Die Resonanz in der Lehre sowie die Auswirkungen der Rechtsprechung in der Praxis bilden ebenfalls Bestandteil dieses Kapitels. Abschliessend wird noch auf die Begrifflichkeiten des Heirats- bzw. des Scheidungsschadens eingegangen.

#### 4.3.1 Entwicklung

Der Begriff der Lebensprägung einer Ehe kann dem Gesetzestext vor der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000 nicht wörtlich entnommen werden, doch geht dieses Konzept, insbesondere, dass an den in der Ehe gelebten Standards festgehalten wird, auf die sogenannte altrechtliche «Versorgerehe» zurück.<sup>180</sup> Nicht zu vergessen ist an dieser Stelle, dass der Kriterienkatalog in Art. 125 Abs. 2 ZGB, welcher auch Aufschluss über die Lebensprägung einer Ehe geben soll, auch durch die alte Rechtsprechung beeinflusst und mitgeformt wurde.<sup>181</sup>

Die höchstrichterliche Rechtsprechung stellte die Vermutung auf, dass die Lebensprägung einer Ehe gegeben ist, sobald die Ehe eine Dauer von zehn Jahren erreichte und/oder aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgingen.<sup>182</sup> Diese Vermutung insbesondere betreffend die Dauer der Ehe wurde erstmals mit dem bundesgerichtlichen Urteil 5A\_907/2018 vom 3. November 2020 (publ. BGE 147 III 249) stark relativiert.

Diesem Urteil lag der Sachverhalt einer kinderlosen rund achtjährigen Ehe zugrunde, in welcher die Ehefrau keiner Erwerbstätigkeit nachging und ihren Unterhalt nicht selbst finanzierte. Diese Ehe wurde – zu Recht – vom Bundesgericht nicht als sogenannte

---

<sup>179</sup> BGE 135 III 59, E. 4.1; BGer 5A\_568/2021 vom 25.3.2022, E. 4.1.

<sup>180</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.3.

<sup>181</sup> Vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 56 zu Art. 125 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; Botschaft Änderung ZGB, S. 31; vgl. auch Botschaft Änderung ZGB, S. 115 f.; SCHWENZER, Revision, S. 168; SUTTER/FREIBURGHAUS, Rz. 3 zu Art. 125 ZGB; RASELLI/MÖCKLI, S. 7.

<sup>182</sup> BGE 135 III 59, E. 4.1; teilweise vermochte die Entwurzelung aus einem Kulturkreis eine Lebensprägung zu begründen, worauf allerdings in dieser Arbeit nicht näher eingegangen wird, vgl. dazu GLOOR/SPYCHER, Rz. 25 zu Art. 125 ZGB; PICHONNAZ, Rz. 18 zu Art. 125 ZGB; exemplarisch BGer 5A\_384/2008 vom 21.10.2008, E. 3.2.

Hausgattenehe qualifiziert, da die Ehegatten in verschiedenen Ländern eigene Haushalte führten und somit die Ehefrau keine Naturalleistungen in Form der Führung des Haushaltes in die Ehe einbrachte.<sup>183</sup> In diesem höchstrichterlichen Urteil anerkannte das Bundesgericht in Erwägung 3.4.2 die «Triagefunktion» im Hinblick auf die Lebensprägung einer Ehe und hält fest, dass dies «in dieser absoluten Form nie die Meinung des Bundesgerichtes» gewesen sei.<sup>184</sup> Das Bundesgericht kam im BGE 147 III 249 somit unter anderem gestützt auf das Gleichbehandlungs- und Differenzierungsgebot zum Schluss, dass der Kategorisierung in lebensprägende und nicht lebensprägende Ehen keine Kippschalterfunktion zukommen darf. Ob eine Ehe lebensprägend war oder nicht, soll jeweils anhand einer Einzelfallbeurteilung erfolgen.<sup>185</sup>

Mit dem im Jahr 2022 ergangenen Urteil des Bundesgerichts (BGE 148 III 161) wurde auch die Vermutung der richterlichen Behörden betreffend die Lebensprägung einer Ehe aufgrund aus der Ehe hervorgegangener gemeinsamer Kinder endgültig umgestossen und das ergangene Urteil BGE 147 III 249 infolgedessen bestätigt. Im Urteil aus dem Jahr 2022 präsentierte sich der Sachverhalt anders als im Vorgängerentscheid. Im Fokus stand besonders das aus der Ehe hervorgegangene Kind und die wirtschaftliche Abhängigkeit der Ehefrau gegenüber dem Ehemann. Auf diesen Entscheid wird im nachfolgenden Kapitel detailliert eingegangen.

#### 4.3.2 Konkretisierung der Lebensprägung (BGE 148 III 161)

Der Bundesgerichtsentscheid 5A\_568/2021 vom 25. März 2022 (publ. BGE 148 III 161) führt trotz seiner überschaubaren Länge eine der wegweisendsten Rechtsprechungen im Unterhaltsrecht in den letzten Jahren, namentlich BGE 147 III 249, weiter. Nachfolgend wird in prägnanter Weise der Sachverhalt geschildert und anschliessend auf die Erwägungen des Bundesgerichts und der damit verbundenen Neuerung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Bezug genommen.

Die Ehegatten schlossen im Jahr 2009 den Bund der Ehe, aus welchem im Jahr 2011 ihre Tochter hervorging. Der gemeinsame Haushalt wurde im Juni 2012 aufgehoben und im Oktober desselben Jahres klagte der Ehemann auf Scheidung. Die Ehe wurde im Jahr

---

<sup>183</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 147 III 249.

<sup>184</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.2.

<sup>185</sup> BGE 147 III 249, E. 3.4.2.

2018 durch das Bundesgericht geschieden, ohne dass die Nebenfolgen der Scheidung geregelt wurden.

In Erwägung 3 widmet sich das Bundesgericht der Frage des Umfangs der Unterhaltspflicht des Ex-Ehemannes (nachfolgend Beschwerdeführer) gegenüber der Ex-Ehefrau (nachfolgend Beschwerdegegnerin) und der damit verbundenen Lebensprägung der Ehe.<sup>186</sup>

Der Beschwerdeführer argumentiere, dass eine Ehe nur noch in Ausnahmefällen als lebensprägend anzusehen sei und dies sei bei der sogenannten klassischen Hausgattenehe der Fall, welche vorliegend durch die Ehegatten nicht gelebt und auch nicht geplant worden sei. Der Beschwerdeführer ist nicht damit einverstanden, dass aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Beschwerdegegnerin ihm gegenüber eine Lebensprägung abgeleitet werden kann. Er hält einerseits fest, dass die Beschwerdegegnerin dank ihrer guten Ausbildung als Ökonomin einer Arbeitstätigkeit im Angestelltenverhältnis hätte nachgehen können und andererseits das Vertrauen in den Fortbestand der Ehe bereits nach einem vorübergehenden Auszug des Beschwerdeführers aus dem gemeinsamen Haushalt im Jahr 2011 gebröckelt hätte.<sup>187</sup>

Hingegen sieht die Beschwerdegegnerin, wie auch die Vorinstanz, die gelebte Ehe als lebensprägend an. Die Beschwerdegegnerin hält entgegen der Sachverhaltsfeststellung des Obergerichts fest, dass sie nach der Geburt einzig in einem sehr beschränkten Umfang erwerbstätig war und das Kind ohne weitere Unterstützung betreut hätte. Die Rollenverteilung sei nur kurz gelebt worden, aber entgegen der Aussage des Beschwerdeführers hätte sie auf einer gemeinsamen Planung beruht. Ihr war es aufgrund der Betreuungspflichten, der Abwesenheit auf dem Arbeitsmarkt sowie der fehlenden Infrastruktur für die Ausübung ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht möglich gewesen, selbst für ihren Unterhalt aufzukommen.<sup>188</sup>

Das Bundesgericht hält in Erwägung 4 fest, dass für die Festsetzung des gebührenden Unterhalts die Lebensprägung, welche sich im objektiven Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe widerspiegelt, den Ausgangspunkt darstellt.<sup>189</sup> Dem Faktor der Lebensprägung kommt allerdings keine «Kippschalterfunktion» zu, sondern ist an den in

---

<sup>186</sup> BGE 148 III 161, E. 3.1.

<sup>187</sup> BGE 148 III 161, E. 3.2.1.

<sup>188</sup> BGE 148 III 161, E. 3.2.2.

<sup>189</sup> BGE 148 III 161, E. 4.1.

Art. 125 Abs. 2 ZGB normierten Kriterien zu messen. Die Vermutung, dass das Vorhandensein von gemeinsamen Kindern eine Ehe als lebensprägend kategorisiert, gilt es zu relativieren und hat so keine absolute Geltung. Das Bundesgericht definiert die Lebensprägung einer Ehe in Erwägung 4.2: «[...] wenn ein Ehegatte aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes seine ökonomische Selbstständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben hat und es ihm nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, welche ähnlichen ökonomischen Erfolg verspricht, während der andere Ehegatte sich angesichts der ehelichen Aufgabenstellung auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte.»<sup>190</sup>

In Bezug auf den vorliegenden Fall zieht das Bundesgericht in Erwägung, dass gemeinsame aus der Ehe hervorgebrachte Kinder in der Regel eine Ehe lebensprägend gemacht haben. Primär sind allerdings die Nachteile, die dem Ehegatten aus der nahehelichen Kindesbetreuung entstehen, seit der Revision des Kindesunterhaltsrechts durch den Betreuungsunterhalt und nicht (mehr) durch den nahehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB abzugelten. Das Bundesgericht stellt sich nun die Frage, inwieweit ein Kind nun noch ausschlaggebend für den Faktor der Lebensprägung sein kann. Es hält somit fest, dass die Geburt der Tochter nicht alleiniges Kriterium für den Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe sein konnte.<sup>191</sup>

Interessant ist das Argument der wirtschaftlichen Abhängigkeit, welches vom Obergericht sowie auch von der Beschwerdegegnerin als ausschlaggebend für die Lebensprägung erachtet wird. Das Bundesgericht argumentiert, dass die unternehmerische Abhängigkeit zwischen den Parteien nicht als ehebedingt angesehen wird. Dies, zumal sich die Situation eher so deuten lasse, als dass nebst einer persönlichen auch eine enge wirtschaftliche Beziehung eingegangen worden ist. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit wird somit nicht als direkte oder notwendige Folge der Ehe gewertet. Das Bundesgericht kann daraus, anders als die Vorinstanz, keine Lebensprägung ableiten.<sup>192</sup>

Abschliessend kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass keine lebensprägende Ehe vorliegt und mit dem Urteil der Vorinstanz Art. 125 ZGB verletzt wurde. Die Beschwerde

---

<sup>190</sup> BGE 148 III 161, E. 4.2.

<sup>191</sup> BGE 148 III 161, E. 4.3.1.

<sup>192</sup> BGE 148 III 161, E. 4.3.3.

wird somit teilweise gutgeheissen und betreffend die Festsetzung des nahehelichen Unterhalts zur Neu Beurteilung ans Obergericht zurückgewiesen.<sup>193</sup>

#### 4.3.3 Kritik

Die Lehre nimmt zur Kenntnis, dass das Bundesgericht nunmehr den Begriff der lebensprägenden Ehe sehr eng fasst.<sup>194</sup> GEISER spricht von einem «massiven Abbau des Sozial-schutzes» seit der Scheidungsrechtsrevision im Jahr 2000, welchen dieser Entscheid nochmals mehr vorantreibt.<sup>195</sup> Besonders kritisch begegnen LÖTSCHER und DUMMERMUTH dem bundesgerichtlichen Leitentscheid BGE 148 III 161. Es wird besonders die Frage aufgeworfen, ob die Abschaffung der Vermutung der Lebensprägung bei Vorhandensein von gemeinsamen Kindern nicht gerade den betreuenden und unterhaltsansprechenden Ehegatten, der aufgrund seiner Erwerbstätigkeit seinen Unterhalt selbst zu decken vermag, benachteiligt. BGE 148 III 161 würde somit bedeuten, dass die Ehe nur noch lebensprägend sein kann, wenn sich ein Ehegatte vollständig in die wirtschaftliche Abhängigkeit des anderen Ehepartners begeben würde.<sup>196</sup> LÖTSCHER und DUMMERMUTH bemängeln – zu Recht –, dass das Bundesgericht die Ehe nicht im zeitgemässen Gewand der «Eigenverantwortlichkeit, Unabhängigkeit und Gleichberechtigung» sähe, wenn es eine vollständige wirtschaftliche Abhängigkeit für nahehelichen Unterhalt voraussetzt. Zuwider läuft dies auch dem Gedanken des Bundesgerichts, dass die Ehe eben gerade zu keiner so ausgeprägten gegenseitigen Abhängigkeit führen soll.<sup>197</sup> Weiter wird auch der Gedanke thematisiert, wonach die Anknüpfung an den vorehelichen Lebensstandard, was die Verneinung der Lebensprägung zur Folge hat, ab dem Zeitpunkt der Geburt des gemeinsamen ehelichen Kindes faktisch gar nicht mehr möglich ist.<sup>198</sup>

Zusammenfassend wird durch LÖTSCHER und DUMMERMUTH die Meinung vertreten, dass das Bundesgericht gut daran getan hätte, die Vermutung der Lebensprägung bei gemeinsamen Kindern aufrechtzuerhalten, ungeachtet der Ehedauer.<sup>199</sup>

Die Argumente insbesondere von den Autoren LÖTSCHER und DUMMERMUTH überzeugen. Das Bundesgericht hat mit diesem Leitentscheid einen erneuten, möglicherweise nicht gerade auf den ersten Blick erkennbaren, Widerspruch geschaffen. Die jüngste

---

<sup>193</sup> BGE 148 III 161, E. 4.3.4 ff.

<sup>194</sup> STÖCKLI, S. 2; GEISER, Lebensversicherung, S. 693; GEISER/CAN, S. 404.

<sup>195</sup> GEISER, Lebensversicherung, S. 693 und S. 695.

<sup>196</sup> LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 11.

<sup>197</sup> LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 11.

<sup>198</sup> LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 18.

<sup>199</sup> LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 17.



Rechtsprechung appelliert immer wieder an die Eigenversorgung der Ehegatten und entfernt sich immer mehr von der Ehe als Versorgungsinstitut, doch zieht die Bemühung des (haupt-)betreuenden Elternteils, am Arbeitsmarkt zu bleiben, ein finanzielles Risiko im Scheidungsfalle mit sich. Die Rechtsunsicherheit und die Begründungsnot des unterhaltsanrufenden Ehegatten steigen mit diesem Leitentscheid erneut.

#### 4.3.4 Auswirkungen Konkretisierung der Lebensprägung

Das Bundesgericht bestätigt auch in seiner aktuellen Rechtsprechung die beiden Leitentscheide BGE 147 III 249 und 148 III 161.<sup>200</sup> Die Relativierung des Begriffes der Lebensprägung durch die höchstrichterliche Behörde erschwert die Vorhersehbarkeit des Unterhaltsanspruches sowie dessen Berechnung.<sup>201</sup> Weiter kann aufgrund der Einschränkung des Begriffes der Lebensprägung durch das Umstossen der Vermutungen betreffend Ehedauer und gemeinsamen ehelichen Kindern nur noch in wenigen Fällen von einer lebensprägenden Ehe ausgegangen werden. Die Beweislast für den unterhaltsansprechenden Ehegatten hat somit aufgrund dieser Rechtsprechung zugenommen.<sup>202</sup> Dies zieht somit automatisch nach sich, dass wenn nahehelicher Unterhalt gesprochen wird, dieser an den vorehelichen Verhältnissen anknüpft.<sup>203</sup>

Die Leitentscheide haben möglicherweise auch eine Auswirkung auf die Karriereentscheidung eines hauptbetreuenden Elternteils. Wenn das Bundesgericht nur noch einen objektiven Vertrauensschutz in den Fortbestand der Ehe sieht, sofern keine Teilzeitbeschäftigung wahrgenommen wird, damit das Kriterium der «vollständigen Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit» erfüllt wird, werden bereits mit Blick auf das Schulstufenmodell und das Primat der Eigenversorgung falsche bzw. widersprüchliche Signale gesendet.<sup>204</sup>

#### 4.3.5 Heiratsschaden oder Scheidungsschaden

Wird die Ehe als nicht lebensprägend eingestuft, so ist ein Heiratsschaden entstanden und das negative Vertragsinteresse wird entschädigt. Die Ehegatten sind demnach so zu

---

<sup>200</sup> BGer 5A\_1036/2021 vom 23.9.2022, E. 3.2.2; BGer 5A\_611/2022 vom 21.12.2022, E. 3.1.2; BGer 5A\_320/2022 vom 30.1.2023, E. 9.4; in all diesen Entscheiden wurde die Lebensprägung der Ehe und somit der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt verneint, obschon eine lange Ehedauer, gemeinsame Kinder oder beide Umstände gegeben waren.

<sup>201</sup> GEISER/CAN, S. 406.

<sup>202</sup> LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 19.

<sup>203</sup> Vgl. zum Ganzen STOLL, negatives Interesse.

<sup>204</sup> Vgl. auch LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 13.

stellen, als wären sie die Ehe nie eingegangen.<sup>205</sup> Dies führt dazu, dass an die vorehelichen Verhältnisse angeknüpft wird und diese gleichzeitig die Obergrenze des gebührenden Unterhalts darstellen.<sup>206</sup>

Das Bejahen einer lebensprägenden Ehe ist wie bereits erstellt ausschlaggebend für die Festlegung des gebührenden Unterhalts. Namentlich wird beim Erfüllen des Kriteriums der Lebensprägung mit dem gebührenden Unterhalt der Scheidungsschaden ausgeglichen. Die Ehegatten sind so zu stellen, als wäre die Ehe fortgesetzt worden. Beim Scheidungsschaden wird der eheliche Standard als Obergrenze für den Unterhaltsanspruch genommen und das positive Vertragsinteresse vergütet.<sup>207</sup>

Durch die höchstrichterliche Konkretisierung des Begriffes der Lebensprägung werden in der Praxis aufgrund der nun hohen Beweishürden weniger Ehen als lebensprägend angesehen.<sup>208</sup> Dies führt dazu, dass wenn nachehelicher Unterhalt geschuldet ist, praktisch nur noch der Heiratsschaden und nicht mehr der Scheidungsschaden entschädigt wird.<sup>209</sup> Der Scheidungsschaden hat somit unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung signifikant an Bedeutung verloren.<sup>210</sup>

#### 4.4 Zwischenfazit

Die umgestossene Rechtsprechung beruhte vorwiegend auf Grundsätzen und Praktiken des alten Rechts, welche sich unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklung grundsätzlich berechtigterweise weiterentwickelt haben.

Die Haltung des Bundesgerichts gegenüber dem nachehelichen Unterhaltsanspruch scheint immer restriktiver; dies einerseits aufgrund der stetig wachsenden Zumutbarkeit der Eigenversorgungskapazität des unterhaltsansprechenden Ehegatten und andererseits aufgrund der hohen Anforderungen an die Lebensprägung einer Ehe.

Das Bundesgericht ersetzt sowohl die Vermutung der Zumutbarkeit eines Wiedereinstieges in die Berufswelt als auch das Vorhandensein einer Lebensprägung mit Einzelfallbeurteilungen. Die Lehre sieht die vom Bundesgericht in einem hohen Masse hochgehaltene

---

<sup>205</sup> VETTERLI/CANTIENI, Rz. 4 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch DIEZI, Rz. 460.

<sup>206</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 4 zu Art. 125 ZGB.

<sup>207</sup> GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 4 zu Art. 125 ZGB; vgl. auch DIEZI, Rz. 460.

<sup>208</sup> Vgl. auch LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 19; MORDASINI/STOLL, S. 546; STOLL, negatives Interesse, S. 42.

<sup>209</sup> Vgl. dazu STOLL, negatives Interesse, S. 42.

<sup>210</sup> Vgl. auch STOLL, negatives Interesse, S. 42 f.

Einzelfallbeurteilung zu Recht als signifikantes Risiko betreffend Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.<sup>211</sup> DIEZI geht sogar so weit zu sagen, dass die «Balance zwischen den Idealen der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit in der heutigen Unterhaltungspraxis nachhaltig gestört» sei.<sup>212</sup>

## 5 Auswirkung der neuen Rechtsprechung auf verschiedene Ehetypen

In diesem Kapitel wird untersucht, in welchem Ausmass die neuste bundesgerichtliche Praxis die drei in Kapitel 3.2.1 vorgestellten Ehetypen in Bezug auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch prägt.<sup>213</sup> Es wird eine weitere Unterteilung in kinderlose Ehen und Ehen mit gemeinsamen Kindern vorgenommen, da dieser Umstand meistens bedeutsame Auswirkungen auf die Aufgabenteilung während der Ehe hat.

Das mit dem Leitentscheid BGE 144 III 481 eingeführte Schulstufenmodell wirkt sich ausschliesslich auf Ehen mit gemeinsamen Kindern aus, weshalb es in der Konstellation der kinderlosen Ehe nicht zum Tragen kommt. Somit wird nur im jeweiligen Abschnitt, wo der Ehetyt mit Kind analysiert wird, auf das Schulstufenmodell Bezug genommen. Die Hinfälligkeit der 45er-Regel (Leitentscheid BGE 147 III 308) sowie die Lebensprägung (Leitentscheid BGE 148 III 161) sind nicht vom alleinigen Umstand, ob Kinder vorhanden sind oder nicht, abhängig und werden somit in beiden Untergruppen – einmal kinderlose Ehen und einmal Ehen mit gemeinsamen Kindern – abgehandelt.

### 5.1 Kinderlose Hausgattenehe

Dass das Bundesgericht die 45er-Regel im Leitentscheid BGE 147 III 308<sup>214</sup> für hinfällig erklärt hat, betrifft allen voran die gelebte Hausgattenehe.<sup>215</sup> Dies, da bei der klassischen Hausgattenehe<sup>216</sup> ein Ehegatte einer Erwerbstätigkeit nachgeht, währenddessen bei einer kinderlosen Ehe der andere Ehegatte die Führung des Haushaltes übernimmt. Wird diese Rollenteilung eine lange Zeit gelebt, so distanziert sich der Ehegatte, welcher die Naturalleistung in die Ehe einbringt, immer mehr vom Arbeitsmarkt. Ein Wiedereinstieg in

---

<sup>211</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 38 f. (in Bezug auf die Eigenversorgungskapazität); besonders kritisch DIEZI, Rz. 31 ff.; vgl. auch MORDASINI/STOLL, S. 559 f.; i.w.S. STOLL, nahehelicher Unterhalt, S. 217; a.M. GEISER/CAN, S. 403; zu Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit DIEZI, Rz. 28.

<sup>212</sup> DIEZI, Rz. 31.

<sup>213</sup> Auf Ausführungen betreffend Stieffamilien wird verzichtet, da diese nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind.

<sup>214</sup> Dem Entscheid liegt der Sachverhalt einer Hausgattenehe mit gemeinsamen Kindern zugrunde.

<sup>215</sup> Vgl. auch MORDASINI/STOLL, S. 559.

<sup>216</sup> Vgl. zum Begriff «klassische» Hausgattenehe Ausführungen in Kapitel 3.2.1.1.

das Berufsleben gestaltet sich zunehmend schwerer, besonders wenn an die voreheliche berufliche Stellung angeknüpft werden soll. Die Hinfälligkeit der 45er-Regel bewirkt, dass der Ehegatte, welcher den Haushalt führt und im Scheidungszeitpunkt über 45 Jahre alt ist, nicht mehr «automatisch» zu nahehelichem Unterhalt berechtigt ist, sondern den Beweis zu erbringen hat, dass er seine ökonomische Selbstständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung aufgegeben hat und es ihm deshalb nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen, während der andere Ehegatte sich angesichts der ehelichen Aufgabenteilung auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte.<sup>217</sup> Dies hat zur Folge, dass auch bei einer Hausgattenehe den Ehegatten unbesehen ihres Alters grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit zugemutet wird, was wiederum aufgrund des Primats der Eigenversorgung direkten Einfluss auf den gebührenden nahehelichen Unterhalt hat und diesen faktisch reduziert oder sogar ausschliesst.

Die bundesgerichtliche Konkretisierung der Lebensprägung, besonders im Hinblick auf die Dauer der Ehegemeinschaft, wirkt sich direkt auf das Modell der Hausgattenehe aus. Denn eine lang gelebte Hausgattenehe wird nach aktueller Rechtsprechung nicht mehr gestützt auf diese Vermutung als lebensprägend angesehen.<sup>218</sup>

Fraglich ist sogar, ob die bundesgerichtliche Definition der Lebensprägung eine Hausgattenehe ohne Kinder immer noch einschliesst, da das Bundesgericht das Kriterium der Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit mit den Worten «zugunsten der Haushaltsbesorgung *und* Kinderbetreuung»<sup>219</sup> ausgedrückt hat. Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass auch die kinderlose Hausgattenehe beim Erfüllen der restlichen durch das Bundesgericht definierten Kriterien als lebensprägend angesehen werden kann. Es wird davon ausgegangen, dass das Bundesgericht mit der Formulierung «zugunsten der Haushaltsbesorgung *und* der Kinderbetreuung»<sup>220</sup> nicht aussagen wollte, dass der Hausgatte beide Aufgaben kumulativ erfüllen muss, sondern dass entscheidend ist, ob er zugunsten einer oder beider Aufgaben die ökonomische Selbstständigkeit aufgegeben hat. So kann auch bei der kinderlosen Hausgattenehe nach wie vor eine Lebensprägung angenommen werden und auch diese ist insofern von der neuen Rechtsprechung betroffen. Die Beweishürden haben für den unterhaltsansprechenden Ehegatten aufgrund des Wegfalls der nahehelichen Unterhaltsvermutung bei einer langen Ehedauer zugenommen.

---

<sup>217</sup> Zum Ganzen BGE 147 III 308, E. 5.6 und Ausführungen in Kapitel 4.2.

<sup>218</sup> Vgl. BGE 147 III 249.

<sup>219</sup> BGE 148 III 161, E. 4.2 (*Kursivstellung* durch Autorin).

<sup>220</sup> BGE 148 III 161, E. 4.2 (*Kursivstellung* durch Autorin).

## 5.2 Hausgattenehe mit gemeinsamen Kindern

Gehen aus einer Hausgattenehe gemeinsame Kinder hervor, so kommt betreffend die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit des hauptbetreuenden Elternteils im Scheidungsfalle nach aktueller Rechtsprechung das Schulstufenmodell zur Anwendung. Diese Praxisänderung hat grossen Einfluss auf die Hausgattenehe mit gemeinsamen Kindern, da sich die Rechtsfrage der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit neu nach dem Schulstufenmodell statt nach der 10/16-Regel, die ein geringeres Erwerbsspensum neben der Kinderbetreuung vorgesehen hat, bemisst. Dies hat wiederum aufgrund des Primats der Eigenversorgung direkte Auswirkung auf den gebührenden nachehelichen Unterhalt und lässt diesen faktisch geringer ausfallen.

Betreffend die Hinfälligkeit der 45er-Regel ist die Situation gleich wie bei der Hausgattenehe ohne Kinder. Die Aufgabe der 45er-Regel wirkt sich auch bei Hausgattenehen mit gemeinsamen Kindern stark auf die Rechtsfrage der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit aus.

Die Hausgattenehe, aus welcher Kinder hervorgegangen sind, wird unter Berücksichtigung der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung weder gestützt auf den alleinigen Umstand von gemeinsamen Kindern noch aufgrund der Dauer der Ehe vermutungshalber als lebensprägend angesehen. Allerdings trifft die neue bundesgerichtliche Definition der Lebensprägung<sup>221</sup> am ehesten auf die Hausgattenehen mit gemeinsamen Kindern zu, da bei diesen meistens die ökonomische Selbständigkeit aufgrund der gemeinsamen Lebensplanung aufgegeben wurde und der Wiedereinstieg in das Erwerbsleben, besonders verglichen mit den anderen Ehetypen, mit hohen Hürden verbunden ist. Bei einer Hausgattenehe von kurzer Dauer wird hingegen eine Lebensprägung auch bei Vorhandensein von gemeinsamen Kindern nicht mehr «automatisch» geschützt, was einschneidend sein kann.

Es kann somit festgehalten werden, dass die Hausgattenehe (mit und ohne Kinder) in einem bedeutenden Ausmass von der neusten Rechtsprechung zum Schulstufenmodell

---

<sup>221</sup> BGE 148 III 161, E. 4.2: «wenn ein Ehegatte aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes seine ökonomische Selbständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben hat und es ihm nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seine frühere berufliche Stellung anzuknüpfen oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, [...] während der andere Ehegatte sich [...] auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte.».

und der Aufgabe der 45er-Regel betroffen ist, besonders was das Primat der Eigenversorgung bzw. die zumutbare Erwerbstätigkeit betrifft.

Die Einschränkung des Begriffs der Lebensprägung hingegen trifft die kinderlose Hausgattenehe sowie die Hausgattenehe mit gemeinsamen Kindern. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass die Erbringung des Beweises der Aufgabe der ökonomischen Selbständigkeit aufgrund der gemeinsamen Lebensplanung möglich ist und so nach wie vor – auch wenn nicht vermutungshalber – die Lebensprägung angenommen werden kann.<sup>222</sup> Generell wird aber dennoch die Beweisführung für den unterhaltsfordernden Ehegatten deutlich erschwert, da weder bei gemeinsamen Kinder noch bei längerer Ehedauer eine naheheliche Unterhaltsvermutung greift.

### 5.3 Kinderlose Zuverdienerhe

Bei der Zuverdienerhe ohne gemeinsame Kinder hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Hinfälligkeit der 45er-Regel keine Auswirkung auf die Beurteilung des nahehelichen Unterhaltsanspruches. Dies, da die Frage der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit bejaht wird, wenn sich beide Ehegatten auf dem Arbeitsmarkt befinden. Dies war bereits vor der Praxisänderung des Bundesgerichts der Fall.<sup>223</sup>

Die Auswirkung der bundesrichterlichen Konkretisierung des Begriffs der Lebensprägung hingegen ist bei der kinderlosen Zuverdienerhe komplexer. Ein Ehegatte bringt die Naturalleistung der Führung des gemeinsamen Haushaltes in die Ehe ein und geht einer Teilzeiterwerbstätigkeit nach. Die Ehedauer vermag nach neuster Rechtsprechung keine Vermutung der Lebensprägung mehr zu begründen.<sup>224</sup> So kann eine kinderlose Zuverdienerhe praktisch nicht mehr den Status einer lebensprägenden Ehe erhalten, da die ökonomische Selbstständigkeit nicht aufgegeben wurde und es (einfacher) möglich ist, an die frühere berufliche Stellung anzuknüpfen bzw. einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Wird die Lebensprägung verneint, so bemisst sich der Unterhalt des berechtigten Ehegatten an den vorehelichen Verhältnissen und knüpft nicht an dem finanziellen Stand während der Ehe an, was den Unterhaltsanspruch in der Praxis geringer ausfallen lässt, als wenn die

---

<sup>222</sup> Vgl. auch GEISER/CAN, S. 406.

<sup>223</sup> BGE 147 III 308, E. 5.2: «[...] einem *vollständig ausserhalb des Erwerbslebens* stehenden Ehegatten nach Erreichen des 45. Altersjahres eine (Wieder-)Eingliederung ins Berufsleben nicht mehr zumutbar sei [...]» (*Kursivstellung* durch Autorin); vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 70 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 24; FANKHAUSER, S. 153; STAUDMANN, S. 52.

<sup>224</sup> Vgl. BGE 147 III 249.

Ehe als lebensprägend angesehen wird.<sup>225</sup> Dies selbstredend immer unter dem Vorbehalt, dass die Ehegatten nicht selbst für ihren (gebührenden) Unterhalt aufkommen können.

#### 5.4 Zuverdienerehe mit gemeinsamen Kindern

Gehen aus einer Zuverdienerehe Kinder hervor, so diktiert das Schulstufenmodell das Arbeitspensum des kinderbetreuenden Ehegatten.<sup>226</sup> Der hauptbetreuende Ehegatte, der im Modell der Zuverdienerehe lebte, ist von der Ablösung der 10/16-Regel und Einführung des Schulstufenmodells somit dahingehend betroffen, dass eine Aufstockung des Arbeitspensums neben der Kinderbetreuung als zumutbar erachtet werden kann. Dies kann in der Praxis einige Eltern vor Herausforderungen stellen und wirkt sich aufgrund des Primats der Eigenversorgung auf den Umfang des nahehelichen Unterhalts aus.

Die Aufhebung der 45er-Regel hat wie bereits bei der kinderlosen Zuverdienerehe keine prägnanten Auswirkungen auf den Anspruch des nahehelichen Unterhalts, da beide Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung bereits Zugang zum Arbeitsmarkt haben und die Erwerbstätigkeit somit bereits aus diesem Grund von richterlichen Behörden als zumutbar erachtet werden kann.<sup>227</sup>

Hingegen bei der Einschränkung des Begriffes der Lebensprägung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung sind die Auswirkungen auf die Zuverdienerehen mit Kind(ern) nicht zu unterschätzen. Es vermag weder der Umstand, dass die Ehe gemeinsame Kinder hervorgebracht hat, noch die Dauer der Ehe nach neuster Rechtsprechung «automatisch» eine Lebensprägung zu begründen.<sup>228</sup> Dies hat zur Folge, dass eine lebensprägende Ehe bei Zuverdienenden mit gemeinsamen Kindern wohl weniger häufig bejaht wird. Weil die Nachteile, die einem Elternteil aus der (nahehelichen) Betreuung eines während der Ehe geborenen gemeinsamen Kindes erwachsen, neu vorrangig durch den Betreuungsunterhalt abgegolten werden, ist bei den nicht lebensprägenden Zuverdienerehen häufig kein Platz mehr für nahehelichen Unterhalt.<sup>229</sup> Der gebührende Unterhalt wird in vielen Fällen von den Ehegatten aufgrund ihrer Stellung am Arbeitsmarkt und ihrer

---

<sup>225</sup> Vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 4 zu Art. 125 ZGB; vgl. Ausführungen in Kapitel 4.3.5.

<sup>226</sup> Vgl. BGE 144 III 481.

<sup>227</sup> BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 70 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 24; FANKHAUSER, S. 153; BGE 147 III 308, E. 5.2 m.w.H.

<sup>228</sup> Vgl. BGE 147 III 249 und BGE 148 III 161.

<sup>229</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 4.1.3.

Erwerbstätigkeit selbst gedeckt werden können, da aufgrund der fehlenden Lebensprägung an voreheliche Verhältnisse angeknüpft und so höchstens der Heiratsschaden ersetzt würde.<sup>230</sup>

Somit kann die Aussage getroffen werden, dass die Zuverdienererehe zwar nicht von der Aufhebung der 45er-Regel, aber bei Vorhandensein von gemeinsamen Kindern von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Schulstufenmodell und besonders stark zur Konkretisierung der Lebensprägung betroffen ist. Bei einer Zuverdienererehe wird aufgrund der Konkretisierung der Lebensprägung gestützt auf die lange Zeit gegoltenen Vermutungen kein nachehelicher Unterhalt mehr gesprochen. An dieser Stelle ist nicht zu vergessen, dass die Zuverdienererehe das am häufigsten gelebte Ehemodell ist und somit die genannte Rechtsprechung besonders viele Ehen bzw. Scheidungen betrifft.<sup>231</sup>

### 5.5 Kinderlose Doppelverdienererehe

Die kinderlose Doppelverdienererehe ist vom Umstand, dass die 45er-Regel aufgehoben wurde, nicht betroffen. Dies zumal bei der Doppelverdienererehe beide Ehegatten ohnehin bereits einer Vollzeiterwerbstätigkeit nachgehen.

Von der Einschränkung des Begriffes der Lebensprägung sind kinderlose Ehegatten in einer Doppelverdienererehe insofern betroffen, als dass ihre Ehe unter faktisch keinem Umstand mehr als lebensprägend angesehen wird, da die Ehedauer keine Auswirkung mehr auf den Faktor der Lebensprägung hat und die finanzielle Abhängigkeit nicht gegeben ist.<sup>232</sup> Sollte somit beispielsweise ein hohes Lohngefälle zwischen den Ehegatten bestehen, so würde aufgrund der fehlenden Lebensprägung an den vorehelichen finanziellen Standard angeknüpft und ein nachehelicher Unterhalt wäre nahezu ausgeschlossen, was bis vor der bundesrechtlichen Konkretisierung der Lebensprägung gestützt auf die nacheheliche Solidarität in einem gewissen Umfang grundsätzlich noch denkbar gewesen wäre.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> Vgl. zu Heiratsschaden GLOOR/SPYCHER, Rz. 3a zu Art. 125 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 4 zu Art. 125 ZGB.

<sup>231</sup> Vgl. auch GLOOR/SPYCHER, Rz. 24 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 58 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 27; vgl. BFS, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) (Statistik finden/Bevölkerung/Migration und Integration/Integrationsindikatoren/Erwerbssituation der Mütter und Väter/Zeitliche Entwicklung), besucht am: 14.4.2023.

<sup>232</sup> Vgl. BGE 147 III 249.

<sup>233</sup> Vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 61 zu Art. 125 ZGB.



## 5.6 Doppelverdiener Ehe mit gemeinsamen Kindern

Sind beide Ehegatten Vollzeitbeschäftigt und sind gemeinsame Kinder zu betreuen, so verändert sich die Situation zur kinderlosen Doppelverdiener Ehe praktisch nicht. Die beiden Leitentscheide über die Aufhebung der 45er-Regel sowie die Einführung des Schulstufenmodells verändern aufgrund der gelebten Situation mit der bereits bestehenden Erwerbstätigkeit nichts. Betreffend die Konkretisierung der Lebensprägung wird die Ehe auch bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder nicht mehr vermutungsweise als lebensprägend angesehen.<sup>234</sup> Da auch eine lange Dauer der Ehegemeinschaft keine Vermutung mehr zu begründen vermag und die finanzielle Abhängigkeit bei der Doppelverdiener Ehe ohnehin nicht gegeben ist, wird es quasi unmöglich, dass eine solche Ehe als lebensprägend angesehen wird.

Faktisch hat die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Doppelverdiener Ehe sowohl mit als auch ohne gemeinsame Kinder kaum Betroffenheit ausgelöst. Dies, da bei einer hohen finanziellen Unabhängigkeit und zwei Erwerbseinkommen der eigene (gebührende) Unterhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch jeden Ehegatten selbst gedeckt werden kann und somit das Primat der Eigenversorgung vollumfänglich zum Tragen kommt. Bei der Doppelverdiener Ehe würden somit ohnehin einzig Fälle der echten nahehelichen Solidarität einen allfälligen nahehelichen Unterhaltsanspruch zu rechtfertigen vermögen.<sup>235</sup> Wird die Lebensprägung allerdings verneint, so kommt auch die naheheliche Solidarität nicht zum Tragen.<sup>236</sup>

## 5.7 Zwischenfazit

Auf den ersten Blick liegt die Vermutung nahe, dass die Hausgattenehe von der aktuellen Gerichtspraxis am meisten betroffen ist. Dies trifft jedoch nur bedingt zu. Die Rechtsprechung betreffend die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit (Hinfälligkeit 45er-Regel und Einführung Schulstufenmodell) hat zwar unverkennbare Auswirkungen auf die in einer Hausgattenehe lebenden Personen, so ist aber besonders von der Einführung des Schulstufenmodells die Zuverdiener Ehe genauso betroffen, wenn nicht sogar in einem stärkeren Ausmass. Dies, da es dem Ehegatten, der bereits in einem Teilzeitpensum einer

---

<sup>234</sup> Vgl. BGE 148 III 161.

<sup>235</sup> Vgl. auch BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 61 zu Art. 125 ZGB.

<sup>236</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 4 f.; vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 551.

Erwerbstätigkeit nachgeht, eventuell nicht ohne weiteres möglich ist, das Arbeitspensum auszudehnen und dieser daher unter Umständen eine neue Stelle suchen muss.

Besonders den Faktor der Lebensprägung betreffend ist ein in einer Zuverdienerehe lebender Ehegatte bedeutend schlechter gestellt als in einer Hausgattenehe. Nach neuer Definition des Bundesgerichts ist es einem Ehegatten, der während der Ehe in einem Teilzeitpensum einer Erwerbstätigkeit nachging, faktisch unmöglich die Lebensprägung der Ehe zu beweisen, da weder Dauer der Ehe noch das Vorhandensein von gemeinsamen Kindern diese Vermutung auszulösen vermögen und er seine ökonomische Selbstständigkeit nicht gänzlich aufgegeben hat. Der Konkretisierung des Bundesgerichts kann somit im Ergebnis nur noch die Hausgattenehe Stand halten.<sup>237</sup> Ob dies dem Fairness- und Gleichberechtigungsgedanken entspricht, wird hiermit in Frage gestellt.

Die Doppelverdienerehe ist wie bereits erläutert von der Rechtsprechung wenig berührt; dies aufgrund der mit grosser Wahrscheinlichkeit ohnehin hohen Eigenversorgungskapazität.

## 6 Lösungsansatz Regelung nahehelicher Unterhalt

Die vorangehenden Kapitel zeigen die hohe Komplexität der sich teilweise widersprechenden und parallel geltenden Prinzipien im nahehelichen Unterhaltsrecht auf. Besonders mit der vom Bundesgericht praktizierten und zunehmenden Einzelfallbeurteilung kann kaum noch eine verlässliche Aussage betreffend den nahehelichen Unterhalt getroffen werden. Dies stellt Ehegatten und auch deren Rechtsvertretende vor eine grosse Unsicherheit, insbesondere betreffend den Prozessrisiken.<sup>238</sup>

In diesem Abschnitt der Arbeit wird unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse ein Lösungsansatz vorgestellt, damit die herrschende Rechtsunsicherheit den Anspruch des nahehelichen Unterhalts betreffend eingedämmt werden kann. Selbstredend gibt es noch weitere Möglichkeiten, diese Problematik zu entflechten.<sup>239</sup> Dieses Kapitel konzentriert sich allerdings einzig auf die ausgewählte Methode, da diese der vertretenen Auffassung nach eine vergleichsweise einfach umsetzbare Lösung darstellt. Es wird auch auf das Risiko bzw. die nachteiligen Aspekte dieser Lösung Bezug genommen.

---

<sup>237</sup> Vgl. auch GEISER/CAN, S. 406.

<sup>238</sup> Vgl. auch VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 364.

<sup>239</sup> Vgl. hierzu z.B. HAEFELI, S. 423, der eine neue Fassung von Art. 125 ZGB vorschlägt.

Ein Lösungsansatz, wie dieser Problematik entgegengewirkt werden kann, präsentiert sich in der einvernehmlichen Regelung betreffend den nachehelichen Unterhalt.<sup>240</sup> Dies kann sich auf zwei verschiedene Arten gestalten; entweder vor und während der Ehe durch den Abschluss eines Ehevertrages bzw. einer sogenannten «antizipierten Scheidungsvereinbarung»<sup>241</sup> oder nach der Trennung mittels einer Scheidungskonvention. In der Lehre war lange Zeit die Zulässigkeit der Regelung von Scheidungsfolgen mittels Eheverträgen umstritten.<sup>242</sup> Das Bundesgericht klärte diese Rechtsunsicherheit mit dem Leitentscheid BGE 145 III 474, wonach eine derartige Vertragsabrede zwischen Ehegatten grundsätzlich bei einer allfälligen Scheidung, unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Scheidungsgericht, Gültigkeit hat.<sup>243</sup>

Die Scheidungskonvention, wie sie vorliegend verstanden wird, regelt die Nebenfolgen der Scheidung zwischen zwei scheidungswilligen Ehegatten.<sup>244</sup> Die Ausarbeitung einer Ehescheidungskonvention kann unter Mithilfe einer Mediationsperson vorgenommen werden, was einerseits den Vorteil bringt, dass weniger harte Fronten entstehen und gemeinsam eine Lösung erarbeitet wird und andererseits kann es auch einen finanziellen Anreiz haben, denn es werden nicht zwei Anwaltshonorare fällig, sondern lediglich ein Mediationshonorar. Bei der Ausarbeitung der Ehescheidungskonvention bzw. bei Beizug einer Mediationsperson verlieren die Ehegatten die Kontrolle nicht und es muss kein Ermessensspielraum der Gerichte in Kauf genommen werden. Auch VETTERLI erkennt die Chance, die sich Ehegatten durch die Beratung einer Mediationsperson bietet. Er appelliert an die Verantwortung der Eheleute, die sie selbst wahrnehmen und nicht an die Justiz delegieren sollen.<sup>245</sup>

Eine der Schwierigkeiten bei der aussergerichtlichen Einigung stellt das Mitwirken beider Ehepartner dar. Besteht keine Verhandlungs- bzw. Gesprächsbereitschaft, kann auch eine Mediationsperson keinen gemeinsamen Nenner erzwingen und die Unterzeichnung einer Ehescheidungskonvention ist ausgeschlossen und der Weg zum Gericht unumgänglich.

---

<sup>240</sup> Befürwortend DIEZI, Rz. 34; VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 364.

<sup>241</sup> Vgl. betreffend Begrifflichkeit BGE 145 III 474, E. 5.5.

<sup>242</sup> Vgl. Ausführungen betreffend Zulässigkeit von sog. antizipierten Scheidungsvereinbarungen aus dem Jahre 2009 WIDMER.

<sup>243</sup> BGE 145 III 474, E. 5.5; vgl. auch LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 25 (insb. FN 93) m.w.H.

<sup>244</sup> Auf die Formvorschrift sowie die Genehmigung durch die zuständigen Gerichte wird nicht eingegangen, da diese nicht Teil dieser Arbeit sind.

<sup>245</sup> VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 364; vgl. auch HAEFELI, S. 422, der sich für die Einräumung von mehr Spielraum bei individuellen Vereinbarungen zwischen Ehepartnern ausspricht.

Besonders BÜCHLER und RAVEANE erkennen das Risiko, dass sich für die unterhaltsansprechende Person ergibt, wonach sich die wirtschaftlich stärkere Partei in den Verhandlungen besser positionieren und demnach durchsetzen kann.<sup>246</sup>

## 7 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Prognose zum nahehelichen Unterhalt, sei es im Bestehen wie auch im Umfang des Anspruches, unter der aktuellen Rechtslage kaum möglich erscheint. Der unterhaltsberechtigte Ehegatte ist dem Ermessen der Gerichte förmlich ausgeliefert und muss die Folgen und Bürden der Begründung des nahehelichen Unterhalts tragen.

Der Scheidungsschaden wird mittels des nahehelichen Unterhalts kaum noch gedeckt und es wird – wenn überhaupt – der Heiratsschaden entschädigt. Dies zum einen, da die bundesgerichtliche Konkretisierung des Begriffs der Lebensprägung dazu führt, dass kaum noch eine Ehe als lebensprägend angesehen wird bzw. am ehesten noch die Hausgattenehe.<sup>247</sup> Zum anderen, da das Modell der Zuverdiener Ehe heutzutage weitaus verbreiteter ist als die Hausgattenehe.<sup>248</sup>

In diesem letzten Abschnitt der Arbeit wird nochmals prägnant zur gesetzlichen Grundlage im engeren Sinne sowie dem Rechtfertigungsgrund und zur bundesgerichtlichen Praxis Stellung bezogen.

### 7.1 Zur gesetzlichen Grundlage Art. 125 ZGB i.e.S.

Wie in vorliegender Arbeit aufgezeigt, stellen die in der Gesetzesnorm verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ein Risiko für die Rechtssicherheit dar. Die gesetzliche Grundlage lässt weiter den Rechtfertigungsgrund für nahehelichen Unterhalt offen, was wiederum zu Unsicherheiten in der Anwendung bzw. Begründung des Unterhaltsanspruches führt und dies zu Lasten des unterhaltsansprechenden Ehegattens.

Es wird somit ebenfalls die durch den Gesetzgeber als Generealklausel ausgestaltete Unterhaltsnorm bedauert.<sup>249</sup> Möglicherweise hätten eindeutige Aussagen in der Botschaft

---

<sup>246</sup> SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 16 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB.

<sup>247</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 5.

<sup>248</sup> Vgl. Ausführungen in Kapitel 3.2.1.

<sup>249</sup> Vgl. SCHWENZER/BÜCHLER/RAVEANE, Rz. 7 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; GLOOR/SPYCHER, Rz. 3 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; SCHWENZER, Revision, S. 168; vgl. auch SUTTER/FREIBURGHaus, Rz. 5 zu Vorbem. Art. 125-132 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, Rz. 1 zu Art. 125 ZGB; BÜCHLER/CLAUSEN, S. 6 f.;

zur Einführung von Art. 125 ZGB besonders den Rechtfertigungsgrund des Unterhaltsanspruches betreffend bereits zur nötigen Klarheit beitragen können.

Die Einführung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhalts im Jahr 2017 hat zum Bedeutungsverlust von Art. 125 ZGB beigetragen und hätte eigentlich Anlass geben können, grundlegende Diskussionen über das Institut des nahehelichen Unterhalts zu führen. Zusammen mit der restriktiven Sprechung von nahehelichem Unterhalt durch die Gerichte wird Art. 125 ZGB somit immer mehr zum «toten Buchstaben».

## 7.2 Zur richterlichen Fortbildung von Art. 125 ZGB

Ob es dem Bundesgericht mit der richterlichen Weiterentwicklung von Art. 125 ZGB gelungen ist, das Versäumnis des Gesetzgebers mittels Konkretisierung der Unterhaltsnorm nachzuholen und der gesellschaftlichen Entwicklung gerecht zu werden, wird vorliegend in Frage gestellt. VETTERLI geht in seiner Kritik dem Bundesgericht gegenüber sogar so weit zu sagen, dass das Bundesgericht ein «überholtes Familienideal» pflegt.<sup>250</sup>

Die herrschende Rechtsunsicherheit im nahehelichen Unterhaltsrecht stellt eine grosse Problematik dar, welche sich nicht so einfach beseitigen lässt.<sup>251</sup> Über die ganze Arbeit wurde aufgezeigt, dass es dem Bundesgericht bedauerlicherweise nicht gelungen ist, einem roten Faden im Unterhaltsrecht zu folgen. Die herrschende Unsicherheit betreffend den Rechtfertigungsgrund erstaunt und wird als problematisch betrachtet. Auch die vom Bundesgericht umgestossenen Vermutungen, welche durch Einzelfallbeurteilungen ersetzt wurden, wirken sich besonders auf den unterhaltsansprechenden Ehegatten negativ aus.<sup>252</sup>

Insbesondere die Weiterentwicklung bzw. Konkretisierung des Begriffes der lebensprägenden Ehe in BGE 148 III 161 und die damit durch das Bundesgericht signalisierte Zurückhaltung gegenüber dem nahehelichen Unterhalt wird mit Befremden zur Kenntnis genommen. Völlig zu Recht hat sich die Unterhaltspraxis weg von der Ehe als

---

STOLL, nahehelicher Unterhalt, S. 217; VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 363.

<sup>250</sup> VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 364.

<sup>251</sup> MORDASINI/STOLL, S. 564 f., zweifeln sogar daran, dass eine einheitliche Rechtsanwendung im Unterhaltsrecht je erreicht werden könne; vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, S. 7.

<sup>252</sup> BÜCHLER/CLAUSEN, S. 38 f. (in Bezug auf die Eigenversorgungskapazität); vgl. auch MORDASINI/STOLL, S. 559 f.; DIEZI, Rz. 35; GLOOR/SPYCHER, Rz. 8 zu Vorbem. Art. 125-130 ZGB; LÖTSCHER/DUMMERMUTH, S. 19.

Versorgerinstitut entwickelt, jedoch dieser wirtschaftlichen Gemeinschaft praktisch keine Bedeutung mehr zukommen zu lassen, erstaunt.

Ein Verfahren betreffend nachehelichen Unterhalt wird somit unter anderem aufgrund der Rechtsprechung immer risikoreicher. Um schlussendlich nicht vollständig den Gerichten ausgeliefert zu sein, empfiehlt sich – wo möglich – eine aussergerichtliche Einigung zwischen den Parteien.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> Vgl. auch VETTERLI in: LIATOWITSCH/SCHWENZER/FREIVOGEL/VETTERLI/BRUDERMÜLLER/SCHÖBI, S. 364.

## Eidesstattliche Erklärung

Hiermit erkläre ich, Alfano Loredana Tosca, an Eides statt, dass die vorliegende Arbeit selbständig, ohne fremde Hilfe und ohne Benutzung anderer als die angegebenen Hilfsmittel angefertigt wurde. Die aus fremden Quellen (einschliesslich elektronischer Quellen) direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind ausnahmslos als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit ist in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht vorgelegt worden.

Ort, Datum:

Bern, 30. Mai 2023

Unterschrift:

A large black rectangular redaction box covers the signature area. Below the box, there are some faint, illegible handwritten marks.