



Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick

MICHAEL AFFOLTER*

Bei der Beurteilung familienrechtlicher Unterhaltsansprüche sind verschiedene Interessen gegeneinander abzuwägen. Dazu gehört die Frage, ob jemandem ein höheres Einkommen möglich und zumutbar ist. Deren Beantwortung unterscheidet sich in der Praxis je nach gesetzlicher Grundlage, Perspektive und Wertung. Der vorliegende Aufsatz soll einen zusammenfassenden Überblick über die Rechtsprechung geben und damit auch eine einheitlichere Betrachtungsweise des hypothetischen Einkommens ermöglichen. Dabei zeigt sich, dass die Gewichtung der Interessen anhand der persönlichen Eigenschaften des (hypothetisch) Erwerbstätigen, des Verhältnisses der Beteiligten zueinander, der konkreten Erwerbstätigkeit sowie der wirtschaftlichen Verhältnisse vorzunehmen ist. Zu berücksichtigen bleiben einerseits vorbestehende Aufgabenteilungen und andererseits der Grundsatz der Eigenverantwortung.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le droit à des contributions d'entretien selon le droit de la famille, il convient de peser divers intérêts. Il s'agit notamment de savoir si un revenu plus élevé est possible et raisonnablement imputable à une personne. En pratique, la réponse varie en fonction de la base légale, de l'angle d'approche et de l'appréciation. Le présent article entend offrir un aperçu sommaire de la jurisprudence et ainsi permettre une approche plus cohérente du revenu hypothétique. Il en ressort que les intérêts doivent être pondérés en tenant compte des capacités personnelles du travailleur (hypothétique), des liens entre les personnes concernées, de l'activité lucrative concrète et des circonstances économiques. Il faut également tenir compte de la répartition des tâches telle qu'elle était pratiquée et du principe de la responsabilité personnelle.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das hypothetische Einkommen
 - A. Allgemeines
 - B. Einkommen
 1. Unselbständigerwerbende
 2. Selbständigerwerbende
 3. Vermögensertrag
 4. Freiwillige Leistungen Dritter
 - C. Zumutbarkeit
 1. Allgemeines
 2. Kindesunterhalt
 3. Ehegattenunterhalt
 4. Nachehelicher Unterhalt
 5. Verhältnis von Kindesunterhalt zu (nach-)ehelichem Unterhalt
 6. Zusammenfassung
 - D. Möglichkeit
 1. Rechtsfrage – Tatfrage
 2. Beweis
 3. Rechtsmissbrauch
 - E. Zeitpunkt
 - F. Abänderung
- III. Kritik

I. Einleitung

Grundlage familienrechtlicher Unterhaltspflichten sind die Bedürftigkeit des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten.¹ Beides errechnet sich aus der Differenz von Einkommen und Bedarf. In der Regel wird bei der Bestimmung des Einkommens von tatsächlich Vorhandenem ausgegangen. Es gibt aber Situationen, bei welchen die Berücksichtigung des realen Einkommens nicht zu befriedigen vermag. Hierzu hat die höchstgerichtliche Praxis das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens begründet.²

Eine Hypothese – griech.-lat. *hypóthesis* (ὑπόθεσις): «Voraussetzung, Annahme, Unterstellung», griech. *hypothēnai* (ὑποτιθέναι): «daruntersetzen, -stellen, -legen» – bezeichnet in der Logik einen widerspruchsfreien, jedoch unbewiesenen Satz, der in einer Folgerung vorausgesetzt wird. In Anlehnung daran kann das hypothetische Einkommen definiert werden als vermutetes, vom tatsächlichen abweichendes und für den Unterhalt vorausgesetztes Einkommen einer Person. Davon zu unterscheiden sind die meist impliziten Prognosen über das tatsächliche Ein-

* MICHAEL AFFOLTER, MLaw, Rechtsanwalt, Partner bei HERZER Rechtsanwälte, Zürich, und nebenamtlicher Ersatzrichter am Bezirksgericht Bülach ZH. Anstoss zum vorliegenden Aufsatz gab ein Referat meines Büropartners Kurt Zollinger an der St. Galler Eherechtstagung vom 29. November 2019, dem ich herzlich für seine Anregungen danke.

¹ DOMINIK DIEZI, *Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft*, Bern 2014, N 73.

² Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit wird insofern durch die Unterhaltspflicht beschränkt (BGE 114 IV 124 E. 3b/aa), obschon die tatsächliche Ausübung der Erwerbstätigkeit freilich nicht erzwungen werden kann.

kommen, welche hinsichtlich aller künftigen Unterhaltspflichten zu treffen sind; das hypothetische Einkommen soll, das tatsächliche Einkommen wird erzielt werden.

Nachfolgend ist aufzuzeigen, wie das hypothetische Einkommen in der Praxis begründet wird. Es bildet integrales Element bei der Beurteilung aller Unterhaltspflichten. Entsprechend zahlreich und wertungsabhängig sind die damit zusammenhängenden Fragestellungen. In dem Thema widerspiegelt sich die diverse, teilweise widersprüchliche, aber auch dynamische Rechtsprechung zum familienrechtlichen Unterhalt. Vorliegend soll ein Überblick zu den wichtigsten Prinzipien verschafft werden.

II. Das hypothetische Einkommen

A. Allgemeines

Der gebührende Unterhalt hat den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten zu entsprechen. Wie erwähnt, ergeben sich die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und die Eigenversorgungskapazität des Berechtigten jeweils aus der Gegenüberstellung von Bedarf und (Netto-)Einkommen, wobei grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen ist. Reicht dieses Einkommen allerdings nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, darf das Gericht bei der Festsetzung des Unterhalts von den realen Einkünften des Unterhaltsberechtigten wie auch des Unterhaltsverpflichteten abweichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist.³ Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder in höherem Umfang angerechnet werden kann als das tatsächlich erzielte, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen.⁴ Umgekehrt muss nicht immer auch als zumutbar angesehen werden, was tatsächlich möglich ist.⁵

Tatsächlich erzieltes Einkommen, welches unter dem Blickwinkel eines hypothetischen Einkommens nicht zumutbar wäre, ist hingegen jedenfalls insoweit zu berücksichtigen, als (ansonsten) die finanziellen Verhältnisse

nicht zur Deckung des Lebensbedarfs ausreichen würden.⁶

Verzichtet jemand auf ein höheres, zumutbares Einkommen, so ist der betreffende Grund im Prinzip unerheblich.⁷ Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Unterlässt es die Person aus Nachlässigkeit oder verzichtet sie freiwillig darauf, einen für den Familienunterhalt ausreichenden Verdienst zu erzielen, kann auf das Einkommen abgestellt werden, das sie in guten Treuen⁸ beziehungsweise bei gutem Willen verdienen könnte.⁹ Diese Grundsätze hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten,¹⁰ wobei ausserhalb eherechtlicher Verfahren dasselbe gelten muss.¹¹

Das Gericht hat letztlich zu entscheiden, ob, in welcher Höhe und ab wann ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Dies ist eine ausgesprochene Wertungsfrage, die nach pflichtgemäßem Ermessen und damit nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu beantworten ist.¹² Es empfiehlt sich, entsprechend dieser Zielvorgabe die Behauptungen respektive Erwägungen aufzubauen und zu strukturieren. Nach der bundesgerichtlichen Methode ist vorab der gebührende Unterhalt zu bestimmen, wofür die massgebenden Lebensverhältnisse der Parteien festzustellen sind. Sodann muss geprüft werden, inwiefern dieser durch die Eigenversorgung gedeckt wird respektive zu decken ist. Bleibt eine Unterdeckung, wird die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ermittelt und ein an-

³ BGE 128 III 4 E. 4a.

⁴ BGE 137 III 118 E. 2.3.

⁵ BGer, 5C.139/2005, 28.7.2005, E. 1.2.

⁶ BGer, 5A_816/2014, 3.3.2015, E. 2.3. Wenn überhaupt, sollte überobligatorisches Einkommen m.E. nur dann anzurechnen sein, wenn für dessen Wegfall eine automatische Anpassung des Unterhalts vorgesehen wird (so in BGer, 5A_37/2011, 1.9.2011, E. 2.1). Andernfalls läge eine widerrechtliche Verpflichtung zu unzumutbarer Erwerbstätigkeit vor. Es wäre denn auch stossend, jemanden zu benachteiligen, weil er über seine Pflichten hinausgehende Leistungen erbringt.

⁷ Zur Frage des Rechtsmissbrauchs unten II.D.3.

⁸ BGer, 5A_686/2010, 6.12.2010, E. 2.3.

⁹ BGE 128 III 4 E. 4a.

¹⁰ BGer, 5A_592/2018, 13.2.2019, E. 3.1.

¹¹ Typische Anwendungsbereiche des hypothetischen Einkommens sind etwa die freiwillige Kündigung durch den Arbeitnehmer, der Stellenwechsel, die Reduktion des Arbeitspensums oder von Überstunden, die Aufnahme einer Hobby-Tätigkeit, die vorzeitige Pensionierung, der Beginn einer selbständigen Erwerbstätigkeit, die Aufgabe einer Nebentätigkeit, nicht bewiesene Arbeitsunfähigkeit, die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit nach Reduktion der Kinderbetreuung, der Vermögensertrag oder der Verzicht auf Erwerbersatzeinkommen. Nicht zu berücksichtigen ist ein hypothetisches Einkommen dagegen – unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch – hinsichtlich eines Prozesskostenvorschusses/-beitrages oder der unentgeltlichen Rechtspflege (BGE 143 III 233 E. 3.4; BGer, 5A_590/2009, 6.1.2010, E. 3.1.1).

¹² BGer, 5C.139/2005, 28.7.2005, E. 1.

gemessener Unterhaltsbeitrag festgesetzt.¹³ In Bezug auf das hypothetische Einkommen ist demgemäss ein solches vorab beim Berechtigten und anschliessend – sofern notwendig – beim Pflichtigen zu prüfen. Zu berücksichtigen bleibt, dass Wechselwirkungen zwischen den genannten Variablen bestehen, weshalb es stets einer Gesamtwürdigung bedarf.

B. Einkommen

1. Unselbständigerwerbende

Zum Nettoeinkommen gehören nicht nur der feste Lohnbestandteil, sondern auch effektiv bezahlte Provisionen, Gratifikationen beziehungsweise Boni, Verwaltungsrats- oder Delegiertenhonorare, Trinkgelder, aber auch Spesenentschädigungen, soweit diesen keine tatsächlichen Auslagen gegenüberstehen.¹⁴ Werden Einkommensbestandteile unregelmässig respektive in unregelmässiger Höhe (z.B. Provisionen, Trinkgelder¹⁵, Akkordlohn) oder nur einmalig (z.B. der 13. Monatslohn) ausbezahlt, ist von einem schwankenden Einkommen auszugehen, dem gemäss Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen ist, dass auf den Durchschnittswert einer als massgebend erachteten Zeitspanne abgestellt wird. Ein solches Vorgehen bedeutet nicht nur eine Annäherung an die tatsächlichen Verhältnisse über einen längeren Zeitraum, sondern auch eine unter Verfassungsgesichtspunkten zulässige Vereinfachung.¹⁶ Jedoch sind bei Durchschnittsbetrachtungen Liquiditätsprobleme zu vermeiden, etwa durch gestaffelte Fälligkeiten von Unterhaltsbeiträgen.

Freiwillige Sozialabzüge sind nicht zum Nettoeinkommen aufzurechnen, sofern sie mit der Arbeitgeberin vertraglich vereinbart und folglich vom Arbeitgeber nicht selbständig aufgegeben werden können. Kann der Arbeitnehmer frei über die Abzüge bestimmen, darf der Abzug verweigert werden oder aber über den Bedarf Berücksichtigung finden.¹⁷

¹³ Vgl. zum nachehelichen Unterhalt BGE 134 III 145 E. 4.

¹⁴ Keine Einkommensquelle stellt die private Nutzung eines Geschäftswagens dar, welche stattdessen im Bedarf zu berücksichtigen ist (BGer, 5A_422/2018, 26.9.2019, E. 3.4.4).

¹⁵ Die Ausrichtung von Trinkgeld ist gemäss dem Bundesgericht keine Frage der allgemeinen Lebenserfahrung und entsprechend nicht notorisch, sondern muss für den konkreten Einzelfall beziehungsweise das konkrete Arbeitsgebiet (Stadt oder Land, Gross- oder Kleinbetrieb und so weiter) durch ein Beweisverfahren geklärt werden (BGer, 5A_226/2010, 14.7.2010, E. 7.1; BGer, 5A_719/2018, 12.4.2019, E. 3.2.2).

¹⁶ BGer, 5A_686/2010, 6.12.2010, E. 2.3.

¹⁷ THOMAS GEISER, Unterhaltsrecht: Die Tücken des hypothetischen Einkommens, Plädoyer 4/2018, 42 ff., 43.

Zum Einkommen zählen auch sämtliche Ersatzeinkünfte wie Taggelder oder Renten (nicht aber Gelder der Sozialhilfe oder staatliche Ergänzungsleistungen). Ein hypothetisches Einkommen ist demnach etwa bei (freiwilligem) Verzicht auf Erwerbersatzeinkommen wie die Arbeitslosenentschädigung anzunehmen.¹⁸

2. Selbständigerwerbende

Bei selbständiger Erwerbstätigkeit wird als Einkommen der Reingewinn angenommen, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Zu beachten sind ferner die Sozialversicherungsbeiträge. Da sich die Bestimmung der Leistungskraft Selbständigerwerbender mitunter als schwierig erweisen kann, wird auf das Durchschnittseinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt. Auffällige, das heisst besonders gute oder besonders schlechte Geschäftsjahre können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Allerdings hat das Bundesgericht diese Praxis durch einen Vorbehalt ergänzt: Bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen kann der Gewinn des letzten Jahres allein als massgebendes Einkommen betrachtet werden, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen.¹⁹

3. Vermögensertrag

Ein hypothetisches Einkommen wird in der Regel durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder eines Nebenerwerbes²⁰, eine Erhöhung des Arbeitspensums oder einen Wechsel der Arbeitsstelle angenommen. Unter das Einkommen fallen aber nicht nur die Erwerbseinkünfte, sondern auch die Vermögenserträge. Falls (noch vorhandenes) Vermögen überhaupt nicht oder mit einer ungenügenden Rendite angelegt worden ist, obwohl die Erzielung eines angemessenen Ertrages möglich wäre, kann das Gericht unter diesem Titel ebenfalls ein hypothetisches Einkommen berücksichtigen.²¹ Entäussert sich eine Person – sei es auch verschuldetermassen – ihres

¹⁸ INGEBORG SCHWENZER/ANDREA BÜCHLER, in: Ingeborg Schwenzler/Roland Fankhauser (Hrsg.), Scheidung, Band I: ZGB, FamKomm, 3. A., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Verfasser), Art. 125 ZGB N 24.

¹⁹ BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer, 5A_684/2011, 31.5.2012, E. 2.2.

²⁰ Siehe zum Nebenerwerb BGer, 5P.35/2002, 6.6.2002, E. 2.2.3.

²¹ BGer, 5A_1005/2017, 23.8.2018, E. 3.1.2.

Vermögens und kann dieser Vermögensschwund nicht rückgängig gemacht werden, so muss der Richter allerdings auf die verbleibende effektive Leistungsfähigkeit abstellen.²² Dies kann m.E. jedoch nicht gelten, wenn die Vermögensentäusserung in Schädigungsabsicht erfolgte.²³

Die hypothetische Rendite von liquidem Kapital beruht gemäss Bundesgericht naturgemäss auf einer blossen Schätzung und wurde für längere Anlagehorizonte im Bereich von 2,5–3,5 % als nicht unangemessen erachtet.²⁴ In kurzfristigen Beurteilungen respektive Anlagehorizonten wie im Eheschutzverfahren und angesichts der Marktlage sowie des Tiefzinsumfeldes ist der hypothetische Vermögensertrag in letzter Zeit auch schon deutlich tiefer festgesetzt oder ganz verneint worden.²⁵ Wesentlich ist nebst der voraussichtlichen Anlagedauer insbesondere die Höhe des Vermögens, mit welchem ein Ertrag erzielt werden soll. In der aktuellen Lage dürften hypothetische Erträge nur auf längere Sicht und bei substantiellen Vermögenswerten realistisch sein.

Nichts anderes kann im Prinzip für Grundeigentum gelten. Bewohnt jedoch eine Partei eine in ihrem Eigentum stehende Liegenschaft, so ist ihr m.E. jedenfalls bis zu jenem Betrag kein Nutzungswert anzurechnen, um welchen sich deren Bedarf bei einem Auszug infolge angemessener Mietkosten erhöhen würde. Die Differenz zwischen diesen hypothetischen Wohnkosten und den erzielbaren höheren Einnahmen durch Vermietung der Liegenschaft bildet den möglichen hypothetischen Vermögensertrag. Ob und in welchem Umfang ein solcher einer Partei anzurechnen ist, beurteilt sich nach denselben Grundsätzen wie beim übrigen hypothetischen Einkommen.²⁶

²² BGer, 5A_671/2014, 5.6.2015, E. 4.2; BGE 117 II 16.

²³ Unten II.D.3. und II.F.

²⁴ 2,5 %: BGer, 5A_310/2010, 5A_327/2010, 19.11.2010; 3 %: BGer, 5A_662/2008, 6.2.2009; 3,5 %: BGer, 5A_671/2014, 5.6.2015.

²⁵ Siehe OGer ZH, I. Zivilkammer, LE160014, 4.11.2016, E. III.2.6.5.

²⁶ Bei sehr guten finanziellen Verhältnissen hat es das Bundesgericht bspw. als unzumutbar erachtet, ein Ferienhaus in Griechenland zu vermieten und deshalb auf den dortigen Urlaub verzichten zu müssen (BGer, 5A_57/2007, 16.8.2007, E. 3.2.1). Zur Vermietung von Grundeigentum siehe sodann BGer, 5A_744/2019, 7.4.2020, E. 3.3 ff. Siehe weiterführend BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125 N 9, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); CHRISTINE ARNDT/PAUL LANGNER, Arbeitskreis 3: Neuere Entwicklungen im Recht des nahehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen, in: Andrea Büchler/Ingeborg Schwenzler (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrecht§Tage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, 177 ff., 199; HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, in: Heinz Hausheer/Annette Spycher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, N 01.41.

4. Freiwillige Leistungen Dritter

Freiwillige Leistungen Dritter sind nicht dem Einkommen anzurechnen, ausser die Anrechnung entspräche dem Willen des Zuwendenden und/oder diesen träfe eine gesetzliche Unterstützungspflicht.²⁷

C. Zumutbarkeit

1. Allgemeines

Im Zusammenhang mit familienrechtlichen Unterhaltspflichten findet sich der Begriff der Zumutbarkeit an drei Stellen im Gesetz. Interessanterweise beziehen sich zwei davon auf die Eigenversorgungskapazität des Unterhaltsberechtigten (Art. 125 Abs. 1 ZGB betreffend den nahehelichen Unterhalt sowie Art. 276 Abs. 3 ZGB zum Kindesunterhalt) und eine auf die Pflicht zur Leistung von Volljährigenunterhalt (Art. 277 Abs. 2 ZGB). In der Rechtspraxis geht es dagegen meist um die Frage, ob dem Unterhaltspflichtigen ein höheres Einkommen anzurechnen ist. Richtigerweise sollten die Kriterien beidseits grundsätzlich gleichermaßen Anwendung finden. Dabei ist je nach Art des festzusetzenden Unterhalts an unterschiedliche Verhältnisse anzuknüpfen und ein anderer Massstab anzulegen.

2. Kindesunterhalt

Der Unterhalt eines Kindes wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Der Unterhaltsbeitrag ist demnach in natura (Naturalunterhalt) und/oder in geldwerten Leistungen (Bar- und Betreuungsunterhalt) zu erbringen.²⁸ Diese beiden Arten von Beiträgen an den Kindesunterhalt sind nach der Konzeption des Gesetzes gleichwertig.²⁹ Dasselbe gilt für die Eigen- und die Fremdbetreuung.³⁰

Die gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber Kindern hat im Allgemeinen zur Folge, dass der Pflichtige alles in seiner Macht Stehende unternimmt und – betreffend den Geldunterhalt – insbesondere seine wirtschaftliche

cher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, N 01.41.

²⁷ BGE 128 III 161 E. 2c; PHILIPP MAIER, Die konkrete Berechnung von Kinderunterhaltsbeiträgen, FamPra.ch 2020, 314 ff., 342; Fam-Komm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 18), Art. 285 ZGB N 132; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 2015, 1 ff., 35; a.A. GEISER (FN 17), 42.

²⁸ BGE 144 III 481 E. 4.3.

²⁹ BGE 135 III 66 E. 4; BGE 114 II 26 E. 5b.

³⁰ BGE 144 III 481 E. 4.6.3.

Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren.³¹ Eltern müssen sich in beruflicher und unter Umständen auch örtlicher³² Hinsicht so ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen können.³³ Dies gilt ebenfalls mit Bezug auf volljährige Kinder,³⁴ jedoch sind im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen. Erst recht trifft dies in Fällen zu, bei welchen wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen.³⁵

Den Eltern sind je nach ihren finanziellen Verhältnissen folglich auch Arbeiten zuzumuten, die nicht ihren Wunschvorstellungen entsprechen und allenfalls im Tieflohnbereich liegen.³⁶ Dies kann bedeuten, dass dem Pflichtigen ein hypothetisches Einkommen aufgrund eines Berufes angerechnet wird, welcher gemäss Sozialversicherungsrecht nicht zumutbar wäre.³⁷ Die Leistung von Überstunden wird ebenfalls als grundsätzlich zumutbar erachtet. Gegenteiliges gilt in der Regel – nebst arbeitsrechtlichen Hindernissen – für über ein Vollzeitpensum oder das AHV-Rentenalter hinausgehende Tätigkeiten, unter Vorbehalt von Ausnahmen im Einzelfall. Zu beachten ist, dass beide Eltern nach ihren jeweiligen Kräften gleichbehandelt werden sollten.³⁸

Hatten die Eltern vor der Trennung eine Rollen- beziehungsweise Lastenverteilung vereinbart, ist diese Aufgabenteilung beziehungsweise das gewählte Betreuungsmodell zumindest für eine gewisse Zeit weiterzuführen. Die Eltern sind mit anderen Worten auf das autonom festgelegte, das heisst gelebte oder zumindest vereinbarte Betreuungsmodell zu behaften. Dieses Kontinuitätsprinzip wirkt sich zivilstandsunabhängig und in beide Richtungen aus. Da aber mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen, welche zwangsläufig von denjenigen abweichen, unter denen sich die Eltern auf eine bestimmte Aufgabenteilung verständigt haben, kann die im gemein-

samen Haushalt gelebte Aufgabenteilung nicht auf unbestimmte Zeit perpetuiert werden.³⁹

Grundsätzlich⁴⁰ soll deshalb (allenfalls nach einer angemessenen Übergangsfrist) im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt das Schulstufenmodell Anwendung finden. Nach diesem ist dem hauptbetreuenden Elternteil im Normalfall ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes – diese erfolgt je nach Kanton mit dem Kindergarten- oder dem eigentlichen Schuleintritt – eine Erwerbstätigkeit von 50 %, ab dessen Übertritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab Vollendung von dessen 16. Lebensjahr eine solche von 100 % zuzumuten. Von dieser Richtlinie kann je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls unter pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung abgewichen werden. Insbesondere sind Entlastungsmöglichkeiten durch ausserschulische Drittbetreuungsmöglichkeiten zu berücksichtigen und es kann grösseren ausserschulischen Belastungen Rechnung getragen werden, etwa bei der Betreuung mehrerer oder kranker/behinderter Kinder.⁴¹

Dabei sind auch wirtschaftliche Überlegungen zulässig. Nach Ansicht des Bundesgerichts dürfte es nicht im Interesse des Kindes liegen, dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder jedenfalls am Rand des Existenzminimums aufzuwachsen, was selbst bei mittleren Verhältnissen droht, wenn mit einem einzigen Erwerbseinkommen zwei Haushalte finanziert werden müssen. Insofern liegt die beidseitige Ausschöpfung der elterlichen Eigenversorgungskapazität, wo dies aufgrund greifbarer Drittbetreuungsangebote zu bewerkstelligen ist und im Ergebnis zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen führt, im Kindeswohl.⁴² Dies muss umso mehr gelten, wo an keine gelebte Aufgabenteilung angeknüpft werden kann.

Ist ein (haupt-)betreuender Elternteil – wie es immer häufiger vorkommt – aufgrund einer vorbestehenden Aufgabenteilung in einem höheren Umfang erwerbstätig als im Schulstufenmodell vorgesehen, ist dieses Betreuungsmodell grundsätzlich fortzusetzen, sofern eine genügende Drittbetreuung weiterhin gewährleistet werden kann. Allgemein wird das Gericht nur im Ausnahmefall die Reduktion einer bereits vorhandenen Erwerbstätigkeit vorsehen, jedenfalls sofern daraus insgesamt keine unzumutbare Belastung resultiert.

Auf Seiten des Kindes sind gemäss Art. 285 ZGB bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages dessen Vermögen und Einkünfte zu berücksichtigen. Art. 285 ZGB ist im

³¹ BGer, 5D_183/2017, 13.6.2018, E. 4.1.

³² Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bedürfte allerdings ausserordentlicher Umstände. Nach dem Bundesgericht kann ein (an sich zulässiger) Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz möglich und zumutbar wäre, wohingegen bei gefestigten Lebensverhältnissen im Ausland Unzumutbarkeit angenommen wird (siehe BGer, 5A_90/2017, 24.8.2017, E. 5.3.1 ff.).

³³ BGer, 5A_340/2018, 15.1.2019, E. 4.

³⁴ BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 3.2.2.3.

³⁵ BGE 137 III 118 E. 3.1.

³⁶ MAIER (FN 27), 349 m.w.H.

³⁷ BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS (FN 26), Art. 285 N 18 m.w.H.

³⁸ BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS (FN 26), Art. 285 N 18; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER (FN 18), Art. 285 ZGB N 135 f.

³⁹ BGE 144 III 481 E. 4.5 f.

⁴⁰ Zur Bedeutung der SKOS-Richtlinien siehe MAIER (FN 27), 347 f.

⁴¹ BGE 144 III 481 E. 4.5 ff.

⁴² BGE 144 III 481 E. 4.7.7.

Kontext von Art. 276 Abs. 3 ZGB auszulegen: Demnach sind die Eltern in dem Mass von der Unterhaltspflicht befreit, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten. Soweit zumutbar (und damit insbesondere mit der Ausbildung vereinbar) hat das (volljährige) Kind somit ebenfalls alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um seinen Unterhalt selbst zu bestreiten und namentlich einem Erwerb nachzugehen. Allenfalls ist ihm ein hypothetisches Einkommen aufzurechnen. Die Zumutbarkeit, für den eigenen Unterhalt mit eigenem Arbeitserwerb oder andern Mitteln selbst aufzukommen, bestimmt sich einerseits aus dem Vergleich der Leistungsfähigkeit von Eltern und Kind und andererseits nach der Höhe der Leistungen der Eltern und dem Bedarf des Kindes. In wirtschaftlicher Hinsicht bedeutet Zumutbarkeit damit, dass ein gerechter Ausgleich gefunden werden muss zwischen dem Beitrag, der unter Berücksichtigung aller Umstände von den Eltern erwartet werden darf, und der Leistung, die dem Kind in dem Sinne zugemutet werden kann, dass es durch eigenen Arbeitserwerb oder andere Mittel zu seinem Unterhalt beiträgt. Der Umfang der Berücksichtigung des Kindeseinkommens hängt folglich von den Verhältnissen im Einzelfall ab.⁴³

3. Ehegattenunterhalt

Nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB setzt das Gericht die Geldbeträge fest, die der eine Ehegatte dem andern schuldet. Dabei geht es ausschliesslich um Verbrauchsunterhalt. Mann und Frau haben gleichermassen Anspruch auf Fortführung der bisherigen Lebenshaltung bzw. bei beschränkten finanziellen Mitteln auf eine gleichwertige Lebensführung.⁴⁴ Die Höhe des Unterhaltsbeitrages richtet sich demzufolge nach den Bedürfnissen der Ehegatten sowie nach den persönlichen Umständen, das heisst der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit. Auch der Anspruch auf Ehegattenunterhalt setzt voraus, dass der berechnete Ehegatte nicht in der Lage ist, seinen Bedarf aus eigenen Mitteln (im Regelfall aus Einkommen) zu decken.⁴⁵

An den gebührenden Unterhalt der Familie hat jeder Ehegatte nach seinen Kräften einen Beitrag zu leisten, wobei sich die Ehegatten über ihre Beiträge an den Unterhalt zu verständigen haben (Art. 163 ZGB). Ein Ehegatte darf folglich die eigene Lebensführung ohne das Einverständnis des Partners grundsätzlich nicht ändern,

wenn Letzterem dadurch ein höherer Beitrag an die Familie zugemutet wird. Indessen können die Interessen eines Ehegatten auch diesfalls eine Änderung rechtfertigen. Es ist somit – auch hier – eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Sanktion einer unzulässigen einseitigen Abänderung der eigenen Lebensführung kann unter anderem darin bestehen, dass bei der Unterhaltsregelung der Änderung nicht Rechnung getragen wird und von der bisherigen höheren Leistungskraft ausgegangen wird.⁴⁶

Das Gericht hat insofern zur Bestimmung des Unterhaltsbeitrages nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB von den bisherigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen auszugehen, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist zu berücksichtigen, dass der Zweck von Art. 163 Abs. 1 ZGB, nämlich der gebührende Unterhalt der Familie, jedem Ehegatten die Pflicht auferlegt, nach Massgabe seiner Kräfte und Fähigkeiten an die zusätzlichen Kosten des Getrenntlebens in Form zweier separater Haushalte beizutragen. Unter Umständen muss das Gericht demnach die hinsichtlich des Zusammenlebens geschlossenen Vereinbarungen der Ehegatten ändern, um sie an die neuen Tatsachen anzupassen.⁴⁷ Ein hypothetisches Einkommen ist grundsätzlich dann zu prüfen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, und wenn die vorhandenen finanziellen Mittel – allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen – trotz zumutbarer Einschränkungen nicht ausreichen.⁴⁸

Selbst wenn mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann – was in der Praxis den Regelfall darstellen dürfte –, bildet Art. 163 ZGB die Grundlage der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten.⁴⁹ Diesfalls gewinnt (neben der ehelichen Solidarität) jedoch das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung, weshalb beim Entscheid über den ehelichen Unterhalt und insbesondere die Aufnahme oder Erhöhung der Erwerbstätigkeit während der Dauer der Trennung auch die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen sind.⁵⁰ Das Gericht muss prüfen, ob und in-

⁴³ BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 2.1 und 9.3.

⁴⁴ BGE 140 III 337 E. 4.2.1.

⁴⁵ BGer, 5A_592/2018, 13.2.2019, E. 3.1.

⁴⁶ BGE 119 II 314 E. 4a.

⁴⁷ BGE 137 III 385 E. 3.1; siehe BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER (FN 26), Art. 173 N 8.

⁴⁸ BGE 130 III 537 E. 3.2; zur Ausnahme siehe HAUSHEER/SPYCHER (FN 26), N 04.60.

⁴⁹ BGE 140 III 337 E. 4.2.1.

⁵⁰ BGer, 5A_298/2015, 30.9.2015, E. 3.1.

wieweit angesichts der veränderten Tatsachen davon ausgegangen werden kann, dass der Ehegatte, der aufgrund des Getrenntlebens von der gemeinsamen Haushaltsführung entbunden ist, seine freigewordene Arbeitskraft anderweitig einsetzen und die Erwerbstätigkeit (wieder) aufnehmen oder ausweiten kann. Das gilt sowohl für das Eheschutzverfahren, sofern festgestellt worden ist, dass eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu erwarten ist, als auch für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens, wo dies vermutet wird.⁵¹ Da der Ehegattenunterhalt auf derselben materiellrechtlichen Grundlage fusst, erfolgt die Beurteilung im Eheschutz- und im vorsorglichen Massnahmeverfahren generell nach denselben Kriterien.⁵²

Demnach ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang einem Ehegatten im Lichte dieser Kriterien allenfalls schon während der Dauer der Eheschutzmassnahmen oder der vorsorglichen Massnahmen des Scheidungsprozesses eine Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit und damit die Erzielung eines (höheren) Erwerbseinkommens zuzumuten ist. Der betroffene Ehegatte soll in der Trennungszeit zwar einerseits den Schutz erhalten, den ihm die Ehe bietet. Andererseits trifft ihn aber auch die Pflicht, sich im Rahmen des Zumutbaren auf die absehbare Auflösung der Ehe vorzubereiten.⁵³

4. Nachehelicher Unterhalt

a. Allgemeines

Der Schutz des Vertrauens in die gemäss Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarte Aufgabenteilung sowie in den Fortbestand der Ehe steht grundsätzlich auch im Vordergrund bei der Begründung des nachehelichen Unterhalts bei lebensprägenden Ehen nach Art. 125 ZGB. Laut dem Bundesgericht soll bei solchen Ehen das Vertrauen des ansprechenden Ehegatten auf Fortführung derjenigen Lebenshaltung, welche die Ehegatten während ihres Zusammenlebens erreicht haben, durch den Unterhaltsanspruch geschützt werden.⁵⁴

Nach Art. 125 ZGB hat ein Ehegatte einen angemessenen Beitrag zu leisten, wenn es dem anderen nicht zuzumuten ist, für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufzukommen. Diese Bestimmung konkretisiert laut Bundesgericht zwei – in einem gegenseitigen Spannungsverhältnis stehende – Grundsätze: Einerseits soll jeder Ehegatte nach der Scheidung möglichst wirtschaftlich unabhängig sein und für seinen Unterhalt selbst aufkommen, was sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 125 Abs. 1 ZGB ergibt (Vorrang der Eigenversorgung). Andererseits sollen die Ehegatten nicht nur die Konsequenzen der während der Ehe gelebten Aufgabenteilung gemeinsam zu tragen haben, sondern auch die ehebedingten Nachteile, welche einen Ehegatten hindern, für den ihm gebührenden Unterhalt selbst aufzukommen (nacheheliche Solidarität). Entsprechend dem Prinzip der Eigenversorgung bedingt ein Unterhaltsanspruch die fehlende Eigenversorgungskapazität des Unterhalt ansprechenden Ehegatten: Nur wenn es diesem vorübergehend oder dauerhaft nicht möglich oder zumutbar ist, seinen Unterhalt selbst zu finanzieren, hat er Anspruch auf Unterhalt.⁵⁵

Ob und in welchem Umfang einem Ehegatten zuzumuten ist, zur Bestreitung seines Lebensunterhalts nach der Scheidung seiner Ehe einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, beurteilt sich aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung der in Art. 125 Abs. 2 ZGB nicht abschliessend aufgezählten Kriterien (Ziff. 1–8). Diese sind auch beim Entscheid zu berücksichtigen, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange. Namentlich sind das Alter, die Gesundheit, die Ausbildung und die persönlichen Fähigkeiten eines Ehegatten sowie die Arbeitsmarktlage zu beachten.⁵⁶

Die Kriterien, die für die Beurteilung der Zumutbarkeit eigener Erwerbstätigkeit massgebend sind, überschneiden sich sonach mit denjenigen für den Entscheid über die tatsächliche Möglichkeit eigener Erwerbstätigkeit. Das Alter eines Ehegatten (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) beispielsweise kann für die Zumutbarkeit wie auch für die tatsächliche Möglichkeit, auf dem Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden, ausschlaggebend sein.⁵⁷

In der Kasuistik stehen der Zumutbarkeit, nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen, hauptsächlich zwei der in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien entgegen: ein höheres Alter in Ver-

⁵¹ BGE 137 III 385 E. 3.1.

⁵² SAMUEL ZOGG, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 2018, 47 ff., 49; siehe auch BGer, 5A_14/2019, 9.4.2019, E. 3.6.

⁵³ Siehe zum Ganzen OGer ZH, I. Zivilkammer, LE150071, 10.2.2016, E. III.4, und HAUSHEER/SPYCHER (FN 26), N 04.05 und N 04.61 ff.

⁵⁴ Die dogmatische Begründung des nachehelichen Unterhalts in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist inhaltlich wie auch terminologisch uneinheitlich. Zum Ganzen eingehend DIEZI (FN 1), N 466 ff.

⁵⁵ BGer, 5A_711/2017, 26.3.2018, E. 2.

⁵⁶ BGer, 5A_201/2016, 22.3.2017, E. 8.1; BGer, 5C.139/2005, 28.7.2005, E. 1.2.

⁵⁷ BGer, 5C.139/2005, 28.7.2005, E. 1.2.

bindung mit einer lange dauernden Rollenteilung (Ziff. 1, 2 und 4) sowie Betreuungspflichten gegenüber minderjährigen Kindern (Ziff. 6).

b. Rollenteilung und Alter

Ist das obgenannte Vertrauen in den Weiterbestand der bisherigen, frei vereinbarten Aufgabenteilung berechtigt und damit schutzwürdig, kann es nach Ansicht des Bundesgerichts jedenfalls bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen als unzumutbar erscheinen, dass der Ehegatte, der während der Ehe nicht oder nur teilzeiterwerbstätig gewesen ist, im fortgeschrittenen Alter noch eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder (massiv) ausbauen muss.⁵⁸

Namentlich wird die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit einem Ehegatten, der während einer langjährigen Ehe mindestens vorübergehend nicht berufstätig war (hauptsächlich aufgrund der Kinderbetreuung) und im Zeitpunkt der Trennung das 45. Altersjahr erreicht hat, grundsätzlich nicht mehr zugemutet. Diese Alterslimite soll jedoch keine starre Regel, sondern eine Vermutung darstellen, die durch andere für die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit sprechende Anhaltspunkte umgestossen werden kann. Die Tendenz geht zudem dahin, die Alterslimite auf 50 Jahre anzuheben. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der definitiven Trennung, es sei denn, der Unterhalt fordernde Ehegatte dürfe nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass er sich (noch) nicht um ein eigenes Erwerbseinkommen bemühen müsse.⁵⁹

Bereits an dieser Stelle sei vermerkt, dass die bundesgerichtliche «45/50-Regel» von der gesellschaftlichen Realität längst überholt worden ist. Dass die Aufnahme einer (möglichen) Erwerbstätigkeit ab einem bestimmten, vor der Pensionierung liegenden Altersjahr grundsätzlich nicht mehr zumutbar wäre, ist weder dogmatisch fundiert noch mit den heutigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen in Einklang zu bringen.⁶⁰

Bis zur Abkehr von diesem Rudiment ist die Altersgrenze für die gerichtliche Beurteilung, ob – was immer seltener wird – einem länger nicht erwerbstätigen Ehegatten ein Neueinstieg in das Berufsleben zugemutet wird, wohl noch immer entscheidend. Soweit es bloss um den Ausbau beziehungsweise die Ausdehnung einer bestehenden Erwerbstätigkeit (Zuverdienstehe) geht, soll das Alter allerdings nicht oder nur in beschränktem Umfang Berücksichtigung finden.⁶¹ Davon geht die Rechtspre-

chung auch in jenen Fällen aus, in denen der Ehegatte, der Unterhalt fordert, im Rahmen von Eheschutzmassnahmen bereits zur Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit verpflichtet wurde.⁶²

Ein besonders gutes Einkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten stellt schliesslich für sich allein genommen kein Ausschlusskriterium dar, nach welchem dem unterhaltsberechtigten Ehegatten eine Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit nicht zuzumuten wäre.⁶³

5. Verhältnis von Kindesunterhalt zu (nach-)ehelichem Unterhalt⁶⁴

In Harmonisierung mit der Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt hat das Bundesgericht das Schulstufenmodell auch für den (nach-)ehelichen Unterhalt als anwendbar erklärt. Als Themata des Unterhalts der Ehegatten verbleiben somit die Nachteile, welche durch die Kinderbetreuung entstehen und quantitativ nicht durch den dem betreuenden Elternteil wirtschaftlich zugedachten Betreuungsunterhalt abgedeckt sind. Dazu gehört namentlich die Differenz zwischen dem für den Betreuungsunterhalt relevanten familienrechtlichen Existenzminimum und dem gebührenden Unterhalt. Bei Letzterem geht es um die Fortführung des bisherigen, höheren Lebensstandards und im Anwendungsbereich von Art. 125 ZGB um den Vorsorgeunterhalt zum Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge.⁶⁵ Die Lebenshaltungskosten, die bereits im Rahmen des Betreuungsunterhalts einbezogen werden, sind im (nach-)ehelichen Unterhalt daher selbstredend nicht mehr zu berücksichtigen. Im Ergebnis soll der Betreuungsunterhalt zusammen mit dem persönlichen Unterhalt zu einer Leistung in gleicher Höhe führen wie der altrechtliche Ehegatten- oder nacheheliche Unterhalt vor Einführung des Betreuungsunterhalts. Hinsichtlich der gewählten Aufgabenteilung werden deren Folgen demnach (nur) über den persönlichen Unterhalt entschädigt.⁶⁶

6. Zusammenfassung

Die Beurteilung der Zumutbarkeit hängt von verschiedenen, sich wechselseitig beeinflussenden Kriterien ab. Dem Gericht steht diesbezüglich ein weites Ermessen zu.

⁵⁸ BGer, 5C.139/2005, 28.7.2005, E. 2.3.

⁵⁹ BGer, 5A_201/2016, 22.3.2017, E. 8.1.

⁶⁰ Siehe auch unten III.

⁶¹ BGer, 5A_187/2016, 30.5.2017, E. 2.2.2; BGer, 5A_206/2010, 21.6.2010, E. 5.3.4.

⁶² BGer, 5A_201/2016, 22.3.2017, E. 8.1.

⁶³ BGer, 5A_474/2013, 10.12.2013, E. 4.3.2.

⁶⁴ Zur Beistandspflicht unter den Ehegatten in Bezug auf ausserhehliche Kinder siehe BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 4.3.1.

⁶⁵ BGE 144 III 481 E. 4.5 ff.

⁶⁶ Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529 ff., 555 f.

Dennoch lassen sich Richtschnüre feststellen, anhand derer die Zumutbarkeit verläuft. Sie betreffen die Person des (hypothetisch) Erwerbstätigen⁶⁷ und – sinnvollerweise entsprechend der Hierarchie der Unterhaltsansprüche⁶⁸ – dessen Beziehung zur anderen Partei, die Erwerbstätigkeit⁶⁹ sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse⁷⁰. Hinzu kommt die ursprüngliche Aufgabenteilung, deren Bedeutung mit fortschreitender Dauer respektive schwindender Verbindung zwischen den Parteien abnimmt, wobei sich der betreuende Elternteil grundsätzlich nach dem Schulstufenmodell zu richten hat. Insbesondere in Anbetracht seines grossen Ermessens sollte das Gericht eingehend begründen, wie es die konkreten Umstände berücksichtigt und gewichtet hat.

D. Möglichkeit

1. Rechtsfrage – Tatfrage

Ob ein hypothetisches Einkommen in der angenommenen Höhe zugemutet werden kann, ist eine Rechtsfrage. Ob dessen Erzielung auch als tatsächlich möglich erscheint, ist hingegen eine Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird; auch im letzteren Fall müssen aber jene Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen.⁷¹ Dazu gehören insbesondere die berufliche Qualifikation (Aus- und Weiterbildungen, Sprach- und Informatikkenntnisse, Berufserfahrung, Abwesenheit vom Berufsleben), das Alter und der Gesundheitszustand sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt⁷² (Branche/Berufsgruppe, Teilzeit/Vollzeit, Region/Ort).⁷³ Annahmen über das hypothetische Einkommen, die auf der Würdigung konkre-

ter Anhaltspunkte beruhen, sind für das Bundesgericht verbindlich. Vorbehalten bleiben Schlussfolgerungen, die sich ausschliesslich nach der allgemeinen Lebenserfahrung richten und somit nach einem Erfahrungssatz, der gleichsam die Funktion einer Norm hat.⁷⁴

Demgemäss ist, gerade im Hinblick auf Rechtsmittelverfahren, darauf zu achten, dass die Rechts- und Tatfragen in den Behauptungen respektive Erwägungen klar voneinander abgegrenzt werden.

2. Beweis

Die hypothetischen Einkünfte können wie gesehen einerseits ausgehend von einem konkret bestehenden Erwerbseinkommen festgelegt werden. Oftmals scheidet diese Möglichkeit aus, was den Nachweis eines hypothetischen Einkommens naturgemäss erschwert. Es ist daher andererseits im Sinne einer Beweiserleichterung zulässig, auf statistische Angaben⁷⁵ – etwa die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik oder allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge – zurückzugreifen und aufgrund einer tatsächlichen Vermutung daraus zu schliessen, der betreffende Lohn sei im Einzelfall erzielbar, sofern dem Vermutungsgegner auch wirklich entsprechend entlohnte Stellen offenstehen. Gelingt der Gegenbeweis, so greift die tatsächliche Vermutung nicht mehr und der Beweis

⁶⁷ Bspw. Gesundheit, Alter, Dauer der Erwerbslosigkeit.

⁶⁸ Eltern/minderjähriges Kind, ungetrennt lebende Ehegatten, getrennt lebende Ehegatten, geschiedene Ehegatten, Eltern/volljähriges Kind (siehe BGer, 5A_457/2018, 11.2.2020, E. 4.2.2.1 ff.).

⁶⁹ Bspw. Art der Tätigkeit, Ausdehnung einer bestehenden Erwerbstätigkeit, Aufnahme eines Nebenerwerbs, (Wieder-)Einstieg in die Erwerbstätigkeit, Stellenwechsel, Berufswechsel, Branchenwechsel, Aufgabe der selbständigen Tätigkeit, Änderung von Arbeitszeiten oder -orten, allenfalls verbunden mit einem Umzug oder Arbeit zu Randzeiten.

⁷⁰ Je enger die finanziellen Verhältnisse, desto eher müssen die Erwerbsmöglichkeiten ausgeschöpft werden.

⁷¹ BGE 128 III 4 E. 4c/bb.

⁷² BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 3.2.2.1.

⁷³ In BGer, 5A_90/2017, 24.8.2017, E. 5.3.1, werden unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit auch die Erziehungspflichten genannt. Wie gesehen, wird die Kinderbetreuung jedoch meist der Zumutbarkeit zugeordnet, so auch im Leitentscheid zum Schulstufenmodell. Siehe zudem HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/

REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. A., Bern 2018, N 10.83.

⁷⁴ BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 3.2.2.1.

⁷⁵ Als mögliche Quellen kommen in Betracht:

- Bundesamt für Statistik (BFS), Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2018 (LSE) (erscheint alle 2 Jahre);
- Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Lohnbuch Schweiz 2020, Zürich 2020;
- Kaufmännischer Verband Schweiz, Ratgeber Löhne 2020 (als Print- oder digitale Version erhältlich);
- Bundesamt für Statistik, Salarium – Statistischer Lohnrechner (siehe auch nationaler Lohnrechner des SECO), Internet: <http://www.salarium.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Gewerkschaft Unia, Internet: <http://www.gav-service.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB/USS, Internet: <https://www.lohnrechner.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Beobachter, Internet: <https://www.beobachter.ch/rechner/lohnvergleich> (Abruf 30.5.2020);
- Handelszeitung, Internet: <https://www.handelszeitung.ch/rechner/lohnvergleich> (Abruf 30.5.2020);
- Internet: <https://www.lohnanalyse.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Internet: <https://www.lohncheck.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Internet: <https://www.lohncomputer.ch/> (Abruf 30.5.2020);
- Internet: <https://www.jobchannel.ch/> (Abruf 30.5.2020) (mit Lohnangaben zu einzelnen Branchen);
- Auskünfte von Branchenverbänden/Personalvermittlern;
- Lohnsysteme der Kantone – Personalgesetze.

ist gescheitert. Es liegt Beweislosigkeit vor; deren Folgen treffen die beweisbelastete Partei.⁷⁶

Auch wenn man sich auf statistische Grundlagen stützt, ist substantiiert zu behaupten respektive ausdrücklich zu erwägen, welche Tätigkeiten beziehungsweise welche Stellen für die Person, der ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, effektiv möglich sind.⁷⁷ Die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls sind angemessen zu berücksichtigen. Bei nach Wirtschaftszweigen und Anforderungsniveau differenzierenden Lohnstatistiken sind entsprechend alle für die geltend gemachte Einreihung erforderlichen Tatsachengrundlagen zu behaupten respektive zu begründen. Dagegen sind die aus allgemein zugänglichen Quellen stammenden Lohndaten definitionsgemäss notorisch.⁷⁸ Auszugehen ist vom Medianlohn, welcher nach oben oder unten anzupassen ist, sofern der konkret zu beurteilende Fall Besonderheiten aufweist, welche bei den statistischen Grundlagen – etwa den Regressanalysen für den Lohnrechner – nicht berücksichtigt worden sind.⁷⁹

Hinsichtlich der Beweislast obliegt es nach Art. 8 ZGB grundsätzlich der fordernden Partei zu beweisen, wie gross die wirtschaftliche Leistungskraft der pflichtigen Partei ist; nur bei einer Abänderungsklage liegt die Beweislast zu den erheblich veränderten Tatsachen bei der klagenden Partei. Jedoch sind gewisse Informationen über das tatsächliche oder hypothetische Leistungsvermögen nur der unterhaltsverpflichteten Person zugänglich. Den (bei der erstmaligen Festsetzung) nicht beweisbelasteten Unterhaltsverpflichteten trifft daher eine Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit, wenn er bestreitet, das hypothetische Einkommen tatsächlich erzielen zu können.⁸⁰ Erfüllt er diese Substantiierungsanforderungen, muss das Gericht die tatsächliche Erzielbarkeit eines hypothetischen Einkommens feststellen. Je fortgeschrittener etwa das Lebensalter, desto genauer muss das Gericht begründen, wie es sich mit dem tatsächlichen Zugang zu Erwerbsgelegenheiten verhält.⁸¹ Dasselbe muss m.E. – mutatis mutandis – in Bezug auf das hypothetische Einkommen des Unterhaltsberechtigten zutreffen; mithin trägt hierzu der Unterhaltspflichtige die Beweislast, unter

der erwähnten Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten.⁸²

3. Rechtsmissbrauch

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist im Prinzip unerheblich, weshalb auf ein höheres Einkommen verzichtet wird. Demzufolge ist ebenso der Grund einer Einkommensverminderung irrelevant, sofern sie wieder rückgängig gemacht werden kann. Diesfalls ist die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens auch bei einer unverschuldeten Einkommensverminderung zulässig.⁸³ Umstritten war lange die Frage, was gelten soll, wenn eine rechtsmissbräuchliche Reduktion des Einkommens unumkehrbar ist.

In Abkehr seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht in seinen jüngsten Entscheiden das Erfordernis der effektiven Erzielbarkeit (Möglichkeit) eines hypothetischen Einkommens für Fälle von Rechtsmissbrauch ausgenommen: Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in Schädigungsabsicht, so ist eine Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann auszuschliessen, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁸⁴

Notwendig ist, dass die Person böswillig gehandelt hat und sich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vorwerfen lassen muss. Rechtsmissbrauch darf jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Vorausgesetzt ist eine Schädigungsabsicht in dem Sinne, dass die Einkommensreduktion gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess erfolgte, um den Zufluss der finanziellen Mittel zur anderen Partei zu unterbinden.⁸⁵

Dieser Grundsatz muss m.E. generell, mithin unabhängig des Verfahrens und des zugrunde liegenden Unterhaltsanspruches, sowie für den Berechtigten wie den Verpflichteten gleichermaßen gelten, da dasselbe Verhalten zu beurteilen ist. Hat demnach jemand seine Leistungsfähigkeit oder Eigenversorgungskapazität offensichtlich ungerechtfertigt und durch eigenmächtiges Verhalten verringert in der Absicht, den Unterhalt zum Nachteil anderer zu beeinflussen, liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, das nicht zu schützen ist. Stattdessen ist – allenfalls

⁷⁶ BGE 141 III 241 E. 3.2.2.; BGer, 5A_129/2019, 10.5.2019, E. 3.2.2.1.

⁷⁷ BGer, 5A_21/2012, 3.5.2012, E. 3.2.

⁷⁸ BÜCHLER/CLAUSEN (FN 27), 15; was jedoch nicht für Statistiken von Behörden ausländischer Staaten gilt (BGer, 5A_503/2017, 14.5.2018, E. 3.3).

⁷⁹ BGer, 5A_435/2019, 19.12.2019, E. 4.1.2 f.

⁸⁰ BGer, 5A_96/2016, 18.11.2016, E. 3.1.

⁸¹ BGer, 5A_129/2015, 22.6.2015, E. 5.4.2.

⁸² Differenzierend ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich/Basel/Genève 2018, Art. 8 ZGB N 564 und N 573.

⁸³ BGer, 5A_403/2019, 12.3.2020, E. 4.1.

⁸⁴ BGE 143 III 233 E. 3.4.

⁸⁵ BGer, 5A_403/2019, 12.3.2020, E. 4.2.

auch rückwirkend – ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.⁸⁶

Führt dies dazu, dass der Pflichtige Einkommen abgeben müsste, welches weder vorhanden noch in absehbarer Zukunft erzielbar ist, ergeben sich hinsichtlich der Vollstreckung verschiedene Probleme, die es sich zu vergegenwärtigen gilt.⁸⁷ Jedoch trifft das in Bezug auf das hypothetische Einkommen ganz allgemein zu. So ist etwa auch eine Abänderung grundsätzlich nur für die Zukunft möglich und setzt eine längere, erfolglose Stellensuche voraus.

E. Zeitpunkt

Einer Person, welche verpflichtet wurde, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen, und von der durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse verlangt wird, ist hinreichend Zeit zu lassen, um die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen.⁸⁸ Die Dauer beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere in Abhängigkeit vom Grad der Wiederaufnahme oder der Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit und vom finanziellen Spielraum. Unter Einbezug derselben Kriterien sollte m.E. der Inhalt einer Übergangsfrist bestimmt werden, etwa ob eine Aus- oder Weiterbildung absolviert werden kann. In der Regel wird die Übergangszeit für die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit auf drei bis sechs Monate festgelegt.⁸⁹

Die Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich nur für die Zukunft möglich. Ein vom Grundsatz abweichender Entscheid ist aber je nach den konkreten Gegebenheiten möglich, sofern spezielle Gründe vorliegen, welche im Entscheid näher zu begründen sind. Eine rückwirkende Anrechnung kann insbesondere erfolgen, wenn die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war oder bei (anderen) Fällen von Rechtsmissbrauch.⁹⁰

Eine Person, die schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und ihre vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat, bedarf in der Regel keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist. Diesfalls ist eine Umstellung der Lebensverhältnisse nicht notwendig. Die

betroffene Person muss vielmehr alles in ihrer Macht Stehende tun, um ihrer Unterhaltspflicht nachzukommen.⁹¹

Verliert eine Person ihre Stelle, hat sie folglich umgehend Erwerbsersatzeinkommen/Arbeitslosenentschädigung zu beantragen und ernsthafte Suchbemühungen⁹² zu unternehmen, ansonsten ihr ab dem Zeitpunkt der Unterlassung ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

Begnügt sich eine Person bei einem (auch unfreiwilligen) Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so muss sie sich das hypothetische Einkommen anrechnen lassen, was sie unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte. Wird keine Übergangs- oder Anpassungsfrist gewährt, so ist gegebenenfalls (sofern rückwirkend Unterhalt verlangt werden kann) von einem Zeitpunkt an, der – schon vom Datum der Einleitung des Verfahrens aus gesehen – in der Vergangenheit liegt, ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Einer rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens steht nicht entgegen, dass die Verminderung der Leistungsfähigkeit für eine bereits verstrichene Zeitspanne nicht rückgängig und die in der Vergangenheit unterbliebene Erzielung des zumutbaren Einkommens nicht ungeschehen gemacht werden kann.⁹³ Wurde in einem bestimmten Abschnitt der Vergangenheit nicht das Einkommen erzielt, welches bei gutem Willen zu erwirtschaften gewesen wäre, und lässt sich dieses Versäumnis für diese konkrete Zeitperiode auch nicht mit einer Anpassung an veränderte Lebensverhältnisse rechtfertigen, so ist es zumutbar, mit den künftig zu erzielenden Einkünften nachzuholen, was in der Vergangenheit zu erwirtschaften verpasst wurde.⁹⁴ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Unterhaltspflicht (für den Verpflichteten oder den Berechtigten) voraussehbar war.⁹⁵ Es handelt sich dabei um eine Variante des oben dargelegten Falls von Rechtsmissbrauch.⁹⁶

Naheliegenderweise ist ein hypothetisches Einkommen umso schwieriger abzuschätzen, je ferner es in der Zukunft liegt. Aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten zur Erhöhung von nachehelichen Unterhaltsrenten ist die Beurteilung von weit entfernten hypothetischen Einkommen in Bezug auf die Eigenversorgung eines Ehegatten besonders heikel. Erweisen sich die Annahmen in Bezug auf die berechnete Person als falsch, trägt sie die Lasten allein. Ein hypothetisches Einkommen, das erst

⁸⁶ Siehe Art. 279 Abs. 1 ZGB und Art. 173 Abs. 3 ZGB. Differenzierend: GEISER (FN 17), 49.

⁸⁷ Siehe zu den Rechtsfolgen GEISER (FN 17), 45 ff.

⁸⁸ BGer, 5A_224/2016, 13.6.2016, E. 3.3; siehe auch FamKomm Scheidung-SCHWENZER/BÜCHLER (FN 18), Art. 125 ZGB N 23.

⁸⁹ MAIER (FN 27), 351 m.w.H.

⁹⁰ BGer, 5A_549/2017, 11.9.2017, E. 4; oben II.D.3.

⁹¹ BGer, 5A_90/2017, 24.8.2017, E. 6.2.

⁹² Unten II.F.

⁹³ BGer, 5A_59/2016, 1.6.2016, E. 3.2 f.

⁹⁴ BGer, 5A_184/2015, 22.1.2016, E. 3.4.

⁹⁵ Vgl. BGer, 5A_184/2015, 22.1.2016, E. 4.2.

⁹⁶ Oben II.D.3.

mehrere Jahre nach dem Scheidungsurteil erzielt werden muss, soll daher gemäss dem Bundesgericht nur mit der gebotenen Vorsicht und Zurückhaltung angenommen werden.⁹⁷ Freilich müssen solche langfristigen Annahmen infolge des Schulstufenmodells aber regelmässig getroffen werden. Es gilt folglich, die möglichen Auswirkungen auf eine Abänderung zu bedenken.

F. Abänderung

Für die Abänderung von Familienunterhalt wird mindestens eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse vorausgesetzt.⁹⁸ Gegenstand eines Abänderungsprozesses können nur Tatsachen sein, die nicht im ursprünglichen Verfahren respektive in einer Revision hätten vorgebracht werden können.⁹⁹ Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorhandensein eines Aufhebungs- oder Abänderungsgrundes trifft den Abänderungskläger.¹⁰⁰

Der Abänderungsentscheid wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft, also ab Eintritt seiner formellen Rechtskraft. Aus Billigkeitsüberlegungen kann die Abänderung jedoch auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zurückbezogen werden, wenn wegen der Einreichung des Abänderungsbegehrens mit der Möglichkeit einer Abänderung gerechnet werden musste.¹⁰¹ Letzteres ist regelmässig der Fall, wenn die veränderten Tatsachen bei Einreichung der Klage bereits eingetreten sind – was ebenfalls meist erfüllt sein dürfte.¹⁰²

Wird einem Entscheid ein hypothetisches Einkommen einer Partei zugrunde gelegt, ohne dass die betreffende Person daraufhin eine entsprechend entlohnte Stelle findet, so kann sie eine Anpassung des Unterhaltsbeitrages erwirken, wenn sie konkrete, ernsthafte Suchbemühungen nachweist und anhand der gewonnenen Erfahrungswerte darlegt, dass und weshalb sich die Erwartungen des Gerichts nicht verwirklichen lassen. Die Nichtverwirklichung einer erwarteten Änderung der Verhältnisse ist einer erheblichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse gleichgestellt.¹⁰³ Es ist zu beweisen, dass trotz quantitativ und qualitativ genügender Bewerbungen über

einen längeren Zeitraum keine zumutbare Arbeitsstelle gefunden werden konnte, mit welcher das hypothetische Einkommen zu erzielen gewesen wäre. Im Vordergrund steht der Urkundenbeweis (Bewerbungsschreiben, Stellengesuche, Absagen).¹⁰⁴ Die Ausrichtung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung bedeutet im Übrigen nicht, dass ein angenommenes hypothetisches Einkommen ohne Weiteres nicht mehr anzurechnen wäre.¹⁰⁵

Eine Abänderungsklage kann jedoch nicht dazu dienen, ein allenfalls fehlerhaftes rechtskräftiges Urteil zu korrigieren. Ebenso wenig bilden absehbare Veränderungen der massgeblichen Verhältnisse, die bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages schon berücksichtigt worden sind, einen Grund zur Anpassung. Schliesslich ist eine Abänderung ausgeschlossen, wenn die neue Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten des Abänderungsklägers herbeigeführt worden ist.¹⁰⁶ Wer sein Einkommen in Schädigungsabsicht vermindert, kann wie oben ausgeführt selbst dann die Unterhaltsleistung nicht abändern, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.¹⁰⁷ Auch wenn ein unfreiwilliger Verlust der Arbeitsstelle anzunehmen ist, muss nach obigen Grundsätzen weiter geprüft werden, ob alles unternommen wurde, um eine einkommensmässig gleichwertige Arbeit zu finden.¹⁰⁸

Ebenfalls keine Anpassung kann verlangt werden bezüglich veränderter Tatsachen, welche vergleichsweise definiert wurden, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. *caput controversum*), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klar ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen. Im Bereich des *caput controversum* ist auch ein Irrtum ausgeschlossen; andernfalls würden gerade die Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen Regelung – geschlossen haben.¹⁰⁹

Soweit also ein hypothetisches Einkommen mittels Vergleich definiert wurde, bleibt für eine Abänderung regelmässig kein Raum. Dies bildet einerseits ein starkes Hemmnis für einvernehmliche Lösungen und kann ande-

⁹⁷ BGer, 5C_139/2005, 28.7.2005, E. 1.3.

⁹⁸ Art. 179 Abs. 1 ZGB und Art. 286 Abs. 2 ZGB.

⁹⁹ Siehe GEISER (FN 17), 48.

¹⁰⁰ BGer, 5A_893/2016, 30.6.2017, E. 2.3.1.

¹⁰¹ Vgl. PHILIPP MAIER, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamPra.ch 2014, 302 ff., 310; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER (FN 26), Art. 129 N 24.

¹⁰² BGer, 5A_685/2018, 15.5.2019, E. 5.3.4.1.

¹⁰³ BGer, 5D_130/2018, 19.12.2018, E. 2.3.

¹⁰⁴ OGer ZH, I. Zivilkammer, LZ170009, 31.1.2018, E. II.7e.

¹⁰⁵ BGer, 5A_35/2018, 31.5.2018, E. 3.3.

¹⁰⁶ BGer, 5A_893/2016, 30.6.2017, E. 2.3.1; BGE 141 III 376 E. 3.3.1.

¹⁰⁷ Oben II.D.3.

¹⁰⁸ BGE 143 III 617 E. 5.4.1.

¹⁰⁹ BGE 142 III 518 E. 2.6.1 f.

rerseits zu dauerhaften, nicht abänderbaren finanziellen Unterdeckungen – beim Unterhaltsberechtigten auch des betriebsrechtlichen Notbedarfes – führen.¹¹⁰ Beides erscheint wenig sachgerecht und überzeugt auch in dogmatischer Hinsicht nicht. Das hypothetische Einkommen ist per se mit einer Ungenauigkeit behaftet; jeder noch so gut begründete Betrag wird fast sicher verfehlt. Ist die Abweichung erheblich und entsteht dadurch ein Missverhältnis der Leistungen, stellt zum einen die Unabänderlichkeit eines solchen Dauerschuldverhältnisses eine übermässige Bindung dar. Zum anderen werden mittels Übereinkunft betreffend das hypothetische Einkommen im Gegensatz zu anderen Vergleichsinhalten eben nicht Ungewissheiten bezüglich der beurteilungsrelevanten Tatsachen oder deren rechtlicher Tragweite bereinigt. Vielmehr ist dem hypothetischen Einkommen die Ungewissheit inhärent. Das Gericht hat im Entscheidfall ebenfalls Annahmen zu treffen, die sich möglicherweise nicht verwirklichen (lassen). Es ist nicht einzusehen, dass die Zulässigkeit einer Abänderung davon abhängig sein sollte, ob das hypothetische Einkommen vom Gericht oder von den Parteien bestimmt wurde. In beiden Fällen sollte deshalb die Nichtverwirklichung der erwarteten Änderung der Verhältnisse einer erheblichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse gleichgestellt werden und eine Abänderung unter denselben Voraussetzungen möglich sein.

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt den Parteien aber bis auf Weiteres nur, entweder keinen solchen Vergleich abzuschliessen oder in diesem entsprechende Abänderungsmodalitäten festzuhalten, ansonsten das Risiko einer dauerhaften, unabänderlichen Mankosituation besteht.

III. Kritik

Wie einleitend angemerkt, ist das hypothetische Einkommen Teil der Gesamtbeurteilung aller Unterhaltsansprüche. Weil Letztere auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen beruhen, haben sich in der bundesgerichtlichen Praxis teilweise verschiedene Leitlinien ausdifferenziert. Dabei wäre – gerade wegen der heutigen Vielzahl an Lebenssachverhalten – eine möglichst einheitliche Rechtsprechung anzustreben. Es ist denn auch begrüssenswert, dass das Bundesgericht die Richtlinien für die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbsarbeit im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung harmonisiert hat.

Weitere Vorgaben hat es bereits in Aussicht gestellt.¹¹¹ Gefragt wäre in erster Linie noch immer eine dogmatische Fundierung des nahehelichen Unterhaltsanspruches.

Bezüglich des hypothetischen Einkommens ist eine einheitlichere Betrachtungsweise trotz variierender Unterhaltsansprüche durchaus möglich, bleiben die zugrunde liegenden Prinzipien doch dieselben.

Zunächst ist evident, dass nicht jede theoretisch mögliche Erwerbstätigkeit auch verlangt werden kann. Vielmehr muss unter dem Aspekt der Zumutbarkeit ein gerechter Interessenausgleich gefunden werden. Je nach Grundlage der familienrechtlichen Unterhaltspflicht sowie unter Berücksichtigung der konkreten Umstände sind diese Interessen und damit auch die Zumutbarkeit von Erwerbstätigkeiten verschieden zu gewichten. Dabei gilt es, gewisse Grundsätze zu beachten.

Unterhaltsleistungen sind gegenseitige Verpflichtungen, die im Rahmen einer Interessengemeinschaft erbracht werden, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen.¹¹² Dementsprechend sind Unterhaltsanspruch und -pflicht interdependent. Je höher die Eigenversorgungskapazität des Berechtigten, desto tiefer liegt die notwendige Leistungsfähigkeit des Pflichtigen. Aufgrund der aus dem Prinzip der Eigenverantwortung¹¹³ respektive Eigenversorgung fließenden Subsidiarität von Unterhaltsleistungen sind an den Berechtigten deshalb – unter Berücksichtigung seiner eigenen Kräfte und Mittel – grundsätzlich höhere, mindestens aber dieselben Anforderungen wie an den Pflichtigen zu stellen, zum gesamten Unterhalt beizutragen. Insofern ist bei jeder Prüfung von Unterhaltspflichten vorab auch die Steigerung der Eigenversorgungskapazität und damit ein hypothetisches Einkommen seitens des Unterhaltsberechtigten in Betracht zu ziehen.

Zu berücksichtigen sind des Weiteren allfällige Vereinbarungen der Beteiligten, insbesondere über die Aufgabenteilung. Solche können schützenswerte Vertrauenspositionen schaffen. Erfordern veränderte Verhältnisse (Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes/Scheidung) oder Drittinteressen (Kinder) eine gerichtliche Anpassung, ist im Sinne eines hypothetischen Parteiwillens von der bisherigen Aufgabenteilung auszugehen. Das betrifft vorwiegend bestehende Betreuungskonzepte, welche unter Berücksichtigung des Schulstufenmodells

¹¹¹ BGE 144 III 481 E. 4.1.

¹¹² DIEZI (FN 1), N 73.

¹¹³ Das Kind kann mit zunehmendem Alter Eigenverantwortung übernehmen, wobei es die Pflicht der Eltern ist, dieses aus dem Zustand der Hilflosigkeit in die Eigenverantwortung zu führen (siehe CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276–295 ZGB, 4. A., Bern 1997, Art. 276 ZGB N 21).

¹¹⁰ Zur Vollstreckungsproblematik GEISER (FN 17), 45 ff.

fortzusetzen sind, sofern nicht etwa die wirtschaftliche Situation eine erhöhte Erwerbstätigkeit gebietet. Den geänderten Lebensverhältnissen muss indes angemessen Rechnung getragen werden; anzustreben ist – jedenfalls hinsichtlich der Scheidung – eine möglichst weitgehende Selbständigkeit aller Beteiligten. Mittels eines nahehelichen Unterhalts sollen dem Unterhaltsberechtigten genügend Zeit zur Anpassung gewährt und allenfalls verbleibende, aus der Aufgabenteilung resultierende Nachteile ausgeglichen werden.

Die Aufgabe des Gerichts besteht demgemäss darin – je nachdem ausgehend von der zuletzt gewählten Aufgabenteilung und unter Berücksichtigung der materiellrechtlichen Grundlagen –, hinsichtlich des gebührenden Unterhalts die jeweiligen Kräfte und Mittel der Parteien festzulegen und in geeigneter Weise zu verteilen. Mit anderen Worten sind die erforderlichen Aufgaben zu bestimmen und nach der Zumutbarkeit zuzuordnen. Eine Aufgabenteilung bedeutet dabei die beidseitige Erfüllung von Aufgaben. Dies bedingt, dass wegfallende Aufgaben – etwa die Führung des gemeinsamen Haushalts oder Betreuungspflichten – durch anderweitige (Erwerbs-) Aufgaben zu ersetzen sind. Als Grundsatz soll es hierbei einer Person im erwerbsfähigen Alter zumutbar sein, ein Vollzeitpensum für die Aufgabenerfüllung durch Kinderbetreuung und/oder Erwerbstätigkeit einzusetzen, sofern ihr dies nicht aus besonderen (gesundheitlichen) Gründen verunmöglicht wird. Die bundesgerichtliche «45/50-Regel» ist insofern nicht zu stützen, ungeachtet dessen, ob ein nahehelicher Unterhalt allein aufgrund des Vertrauens in die Fortführung einer gewissen Lebenshaltung überhaupt gerechtfertigt sein soll.

Die Prüfung der Zumutbarkeit hat sich daher im Regelfall auf die Beurteilung zu beschränken, welche der möglichen Erwerbstätigkeiten ab wann auszuüben ist und wie eine allfällige Übergangsfrist gestaltet werden soll. Hierzu ist in Anwendung der obigen Prinzipien und unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls die erwähnte umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Als hypothetisches Einkommen ist das höchste, noch zumutbare aller möglichen Einkommen festzusetzen.

Es bleibt nach dem Gesagten abzuwarten, ob das Bundesgericht tatsächlich eine zunehmend einheitliche Methodik im Bereich des Unterhaltsrechts entwickelt und zusätzliche verbindliche Vorgaben liefert. Gerade im Bereich des hypothetischen Einkommens gäbe es hierzu weiteren Bedarf.