



Kindesunterhalt und Vorsorgeausgleich

Neurechtliche Bemessung in eherechtlichen Verfahren und Übergangsrecht

ANGELO SCHWIZER*

SALVATORE DELLA VALLE**



Ab 1. Januar 2017 gelten die revidierten Bestimmungen über den Kindesunterhalt und den Vorsorgeausgleich. Der vorliegende Beitrag untersucht unter Bezugnahme auf den klassischen Fall der Hausgattenehe, wie der Unterhalt im Rahmen von eherechtlichen Verfahren nach neuem Recht zu bemessen ist. Nach Auffassung der Autoren bleibt die etablierte Methode der Grundbedarfsrechnung mit Überschussteilung weiterhin anwendbar. Zudem richten sie den Fokus auf übergangsrechtliche Aspekte.

Les dispositions révisées sur l'entretien de l'enfant et le partage de la prévoyance entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2017. En se référant au cas classique du mariage où un conjoint reste à la maison, la présente contribution examine comment l'entretien serait calculé dans le cadre d'une procédure matrimoniale selon le nouveau droit. Les auteurs sont d'avis que la méthode reconnue du calcul fondé sur le minimum vital avec répartition de l'excédent restera applicable à l'avenir. Ils mettent par ailleurs l'accent sur les aspects de droit transitoire.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Neuerungen
 - A. Kindesunterhalt
 1. Rückblick: bisherige Rechtslage
 2. Rechtslage ab 1. Januar 2017
 - B. Vorsorgeunterhalt
 - C. Beispiel
 1. Sachverhalt
 2. Unterhaltsbemessung vor der Revision
 3. Unterhaltsbemessung nach der Revision
- III. Übergangsrecht
 - A. Kindesunterhalt
 1. Per 1. Januar 2017 pendente Verfahren
 2. Per 1. Januar 2017 abgeschlossene Verfahren
 - B. Vorsorgeunterhalt
 1. Per 1. Januar 2017 pendente Verfahren
 2. Per 1. Januar 2017 abgeschlossene Verfahren
 - C. Exkurs: Umwandlung bestehender Renten nach Art. 124 aZGB
- IV. Fazit

I. Einleitung

Der Gesetzgeber bleibt umtriebiger und auch im nächsten Jahr sind wiederum viele Rechtsgebiete von Änderungen betroffen. Nachdem das Familienrecht mit der Neuregelung der elterlichen Sorge jüngst eine vermeintlich grundlegende¹ Anpassung erfuhr, weckt nun die Revision des

Kindesunterhaltsrechts (insbesondere Art. 276 und 285 ZGB), vor allem der Begriff Betreuungsunterhalt, ähnliche Erwartungen bzw. Befürchtungen. Zudem gelten ab nächstem Jahr die revidierten Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich (Art. 122 ff. ZGB).

Der vorliegende Beitrag fokussiert auf die Auswirkungen beider Reformen auf die Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen von Eheschutz-, vorsorglichen Massnahmen- und Scheidungsverfahren.² Im Bewusstsein, dass vor Inkrafttreten neuer Bestimmungen naturgemäss keine Gesamtübersicht über die Fragestellungen, welche auf den Rechtsanwender in den kommenden Jahren (möglicherweise) zukommen werden, erfolgen kann, wird nachfolgend wenigstens versucht, grundlegende Aspekte aufzugreifen. Neben der zentralen Frage der Unterhaltsberechnung bzw. -bemessung nach neuem Recht

sche Ideal der gemeinsamen elterlichen Sorge mit BGE 141 III 472 eine erhebliche Einschränkung, indem das Bundesgericht festhielt, dass ein tiefer, nachhaltiger Streit unter getrennten Eltern genüge, um das Sorgerecht einem Elternteil alleine zuzusprechen. Damit ist das Bundesgericht der Lehre gefolgt (vgl. z.B. URS GLOOR/JONAS SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 1 ff., 6; WILHELM FELDER/HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER/ERICA DESCH, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, ZBJV 2014, 892 ff., 902, 914 f.; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, N 17.87 f., 17.168).

² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt ein Eheschutzverfahren der Sache nach ein vorsorgliches Massnahmenverfahren dar (BGE 137 III 475). Während vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens von Eheschutzverfahren gesprochen wird, ist anschließend von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren die Rede. Rechtshängig wird ein Scheidungsverfahren mit der Einreichung der Scheidungsklage oder des gemeinsamen Scheidungsbegehrens (Art. 62 und Art. 198 lit. c ZPO).

* ANGELO SCHWIZER, Dr. iur., Rechtsanwalt und öffentlicher Notar in Gossau (SG).

** SALVATORE DELLA VALLE, M.A. HSG, Behördenmitglied KESB Mönchwilten, Sirmach.

¹ Ob das neue Recht – wie teilweise kolportiert wird – tatsächlich derart revolutionär wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls hat das Bundesgericht im Familienrecht von grossen Sprüngen abgesehen und sich vielmehr konservativ gezeigt. Z.B. erfuhr das gesetzgeber-

gehört dazu insbesondere auch das Übergangsrecht, d.h. wie es sich mit den am 31. Dezember 2016 pendenten eherechtlichen Verfahren verhält bzw. inwiefern das neue Recht dannzumal bereits abgeschlossene Verfahren berührt.

II. Neuerungen

A. Kindesunterhalt

1. Rückblick: bisherige Rechtslage

Die Aufgabenteilung und damit auch den Beitrag jedes Ehegatten an den Familienunterhalt überlässt das Gesetz den übereinstimmenden Vorstellungen der Ehegatten (Art. 163 f. ZGB). Können sich die Parteien im Rahmen der Trennung bzw. Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht über den Ehegatten- und Kindesunterhalt einigen, setzt das Gericht auf Antrag hin die finanziellen Beiträge eines oder beider Ehegatten an den Unterhalt der Familie fest (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Art. 276 ff. ZGB). Dabei orientiert sich das Gericht grundsätzlich an der bisherigen Aufgabenteilung (Art. 163 f. ZGB), wobei die trennungsbedingten Mehrkosten einen Ehegatten zwingen können, bereits während der Trennungsdauer wieder eine bezahlte Tätigkeit aufzunehmen oder diese auszuweiten.³ Im Rahmen der Scheidung rücken Vertrauensschutzargumente in eine bisherige Aufgabenteilung bzw. einen früheren gemeinsamen Lebensplan hinter die Aspekte der Eigenverantwortlichkeit bzw. Eigenversorgung zurück, und nahehehlicher Unterhalt wird nur gewährt, insoweit es einem Ehegatten unzumutbar ist, dafür selbst aufzukommen (Art. 125

Abs. 1 ZGB).⁴ Höchstgrenze bildet in jedem Fall der gebührende Unterhalt.⁵ Die Unterhaltsregelung soll nicht eine Vermögensumverteilung bezwecken und kann auch nicht den gewohnten Lebensstandard garantieren.⁶ Zur Bestimmung des gebührenden Unterhalts ist bei lebensprägenden, insbesondere langen oder mit anhaltender Kinderbetreuung verbundenen Ehen auf den während der Ehe gelebten Lebensstil abzustellen. Im Falle von nicht lebensprägenden, insbesondere kurzen Ehen bis zu fünf Jahren ist stattdessen an die vorehelichen Lebensverhältnisse anzuknüpfen.⁷

Das Gesetz legt keine Methode zur Berechnung von Unterhaltsbeiträgen fest. Diesbezüglich genießt das Gericht vielmehr ein grosses Ermessen.⁸ In vielen Kantonen hat sich die Grundbedarfsrechnung mit Überschussteilung durchgesetzt.⁹ Dabei wird zunächst der Grundbedarf anhand der jeweiligen kantonalen Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums aller unterhaltsberechtigter Familienmitgliedern berechnet und gedeckt und in einem zweiten Schritt ein möglicher Überschuss unter den Eltern und Kindern (nach grossen und kleinen Köpfen) aufgeteilt. Die Unterhaltsansprüche werden somit für alle Beteiligten integral beurteilt.

Unserer Auffassung nach verdient diese Methode namentlich aus folgenden Gründen Zustimmung: Einerseits wird der Grundbedarf für alle Familienmitglieder schematisch und einheitlich festgelegt. Ein möglicher Überschuss, welcher den über das Existenzminimum hinausgehenden Lebensstandard der Familie (unter Berücksichtigung der trennungsbedingten Mehrkosten) ausdrückt, wird auf die Beteiligten gleichmässig verteilt. Damit werden alle Beteiligten gleich behandelt; diese Vorgehensweise führt am ehesten zu angemessenen Resultaten. Andererseits erweist sich diese Methode auch unter verfahrensökonomischen Überlegungen als sinnvoll, zumal ein Grossteil der zu berücksichtigenden Bedarfspositionen bereits vorgegeben ist und diese somit nicht

³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 1), N 09.25, 09.33 ff. Ist eine Trennung als definitiv zu betrachten, dann ist bei der Beurteilung von Trennungsunterhaltsansprüchen auf die Kriterien des nahehehlichen Unterhalts (Art. 125 ff. ZGB) abzustellen (BGE 128 III 65). Diesbezüglich geben sich die Gerichte regelmässig zu zurückhaltend. Dies führt namentlich bei langjährigen Scheidungsverfahren zu stossenden Ergebnissen, weil ursprüngliche, auf Basis von Art. 163 f. ZGB angeordnete Eheschutzmassnahmen nur schwer abänderbar sind und ein Ehegatte während des Scheidungsverfahrens weiterhin Unterhaltszahlungen leisten muss, obwohl sich diese im Lichte von Art. 125 ff. ZGB nicht mehr rechtfertigen lassen. Versucht ein Ehegatte ein Scheidungsverfahren in die Länge zu ziehen, um möglichst lange von einem für ihn günstigen Eheschutzentscheid zu profitieren, dann muss sich der unterhaltsverpflichtete Ehegatte im Gegenzug über ein Abänderungsverfahren (unten III.B.2.) entsprechend wehren können und der ursprüngliche Trennungsunterhalt muss unter dem Gesichtspunkt von Art. 125 ff. ZGB neu beurteilt werden.

⁴ BGE 127 III 136 E. 2a; BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, Art. 125 N 2, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

⁵ Vgl. z.B. BGE 134 III 145 E. 4, mit zahlreichen Hinweisen; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 1), N 09.36.

⁶ HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, N 5.173, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁷ Vgl. zum Ganzen z.B. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 1), N 10.61 ff.; HAUSHEER/SPYCHER (FN 6), N 5.01 ff.

⁸ Vgl. z.B. BGE 128 III 411; BGE 127 III 136.

⁹ Z.B. im Kanton St. Gallen, vgl. KGer SG, FO.2011.28, 3.9.2012, und FO.2014.36, 25.1.2016.

Nährboden für intensive Auseinandersetzungen bieten können. Wie unter II.C. aufgezeigt wird, kann diese Methode – unter Vornahme der vom neuen Recht hervorgegerufenen notwendigen Anpassungen – auch im neuen Jahr angewendet werden.

Im Übrigen war bis anhin verschiedentlich die Rede davon, dass die Methode der Grundbedarfsrechnung mit Überschussteilung lediglich solange anwendbar sei, als keine Sparquote ausgewiesen sei.¹⁰ Jedoch erweist sich diese Methode selbst bei ausgewiesener Sparquote als tauglich, indem eine mögliche Sparquote von der Überschussverteilung ausgenommen wird.¹¹ In diesem Zusammenhang ist anzufügen, dass sich die Sparquotenfragen nicht bloss in gehobenen Verhältnissen stellen: Praxisgemäss werden Unterhaltsberechnungen häufig phasenweise vorgenommen – meist hervorgerufen durch das Älterwerden der Kinder und die damit frei werdenden Erwerbskapazitäten des betreuenden Ehegatten. Oftmals wird dabei übersehen, dass ein Unterhaltsberechtigter höchstens Anspruch auf den gebührenden Unterhalt hat. Daher kann sich auch erst in einer späteren «Unterhaltsphase» eine zu berücksichtigende Sparquote ergeben, welche dann aber nicht zu teilen ist (unten II.C.2.).

2. Rechtslage ab 1. Januar 2017

Bisher schuldeten die Eltern Kindesunterhalt entweder in Form von Natural- oder Barunterhalt (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Mit der Revision tritt der Betreuungsunterhalt hinzu. Neuerdings setzt sich somit der Kindesunterhalt aus drei Bestandteilen zusammen (Art. 276 nZGB):

- *Naturalunterhalt*, also die Betreuung, die in natura erbracht wird;¹²
- *Barunterhalt* bzw. *direkte Kinderkosten*, die sich aus den Konsumkosten eines Haushalts für die darin lebenden Kinder (Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, etc.), den Aufwendungen im Interesse der Kinder (Krankenkassenprämien, Auslagen für die Schule und Freizeitbeschäftigung) und den Fremdbetreuungskosten ergeben;¹³

- *Betreuungsunterhalt* bzw. *indirekte Kinderkosten*, die für den Zeitaufwand stehen, der beim betreuenden Elternteil zu einem verminderten Beschäftigungsgrad führt.¹⁴

Dadurch, dass nach bisherigem Recht die Pflicht zur Kinderbetreuung bei Trennung und Scheidung ein Kriterium bei der Beurteilung der zumutbaren Eigenwerbstätigkeit eines Ehegatten bildete, waren die finanziellen Auswirkungen der Betreuung der Kinder im Ehegattenunterhalt abgebildet;¹⁵ das heisst, es hat eine Vermengung von Kindes- und Ehegattenunterhalt stattgefunden.¹⁶ Nach der sog. 10/16-Regel hat im Regelfall ein Elternteil, der ein Kind betreut, grundsätzlich Anspruch auf vollen Unterhalt, bis das jüngste Kind das 10. Altersjahr erreicht hat. Danach ist dem betreuenden Elternteil die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar. Spätestens ab dem 16. Altersjahr des jüngsten Kindes ist die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit auf 100% zumutbar.¹⁷ Mit der Revision wird nun dieser Bestandteil des Trennungs- bzw. nachehelichen Unterhalts in den Kindesunterhalt überführt,¹⁸ das heisst, dem Kind steht neu ein diesbezüglicher Direktanspruch zu. Im Ergebnis soll nach revidiertem Recht der Betreuungsunterhalt zusammen mit dem nachehelichen Unterhalt bzw. dem Trennungsunterhalt zu einer Leistung in gleicher Höhe führen wie der bisherige nacheheliche Unterhalt bzw. Trennungsunterhalt.¹⁹ Mithin wird die anvisierte Gleichbehandlung von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern sichergestellt.²⁰ Bis anhin musste bei Kindern unverheirateter Eltern der betreuende Elternteil für den eigenen Unterhalt selber aufkommen, da kein Betreuungsunterhalt bestand.²¹ Dasselbe galt in Bezug auf die Fremdbetreuungskosten, welche derjenige Elternteil

¹⁰ Vgl. z.B. KGer SG, FO.2014.36, 25.1.2016.

¹¹ DANIEL BÄHLER, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, FamPra.ch 2015, 271 ff., 283; HANS-MARTIN ALLEMANN, Betreuungsunterhalt – Grundlagen und Bemessung, Jusletter vom 11. Juli 2016, N 43.

¹² Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529 ff. (zit. Botschaft Kindesunterhalt), 571 f.

¹³ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 540, 551, 571 f.

¹⁴ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 540, 551.

¹⁵ Vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss, recht 2008, 27 ff., 29.

¹⁶ THOMAS GEISER, Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts, AJP 2016, 1279 ff., 1283.

¹⁷ BGE 115 II 6 E. 3c; ferner z.B. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2, in: Pra 2012, Nr. 27; ALEXANDRA RUMO-JUNGO (FN 15), 27 ff., 29 f.

¹⁸ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 555; ALLEMANN (FN 11), N 12.

¹⁹ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 556; ALLEMANN (FN 11), N 26. Fraglich ist, ob auf das – betriebsrechtliche oder familienrechtliche – Existenzminimum oder die konkrete Lebenshaltung abzustellen sein wird (GEISER [FN 16], 1281). Unserer Auffassung nach scheint es bei Trennung und Scheidung sachgerecht, sich am familienrechtlichen Existenzminimum zu orientieren (unten II.C.2.)

²⁰ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 540 f., 551 f.

²¹ ANDREA BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme in der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 2, Bern 2003, 59 ff., 82.

übernehmen musste, welcher mit dem Kind in Hausgemeinschaft lebte.²²

B. Vorsorgeunterhalt

Die Bestimmungen zum ehelichen und nachehelichen Unterhalt selber sind keinen Änderungen unterworfen. Allerdings wirft der neu gestaltete Vorsorgeausgleich (Art. 122 ff. ZGB)²³ beim Trennungsunterhalt die Frage einer Praxisänderung auf:

Ist kein Vorsorgefall eingetreten und die Teilung der Pensionskassenguthaben möglich, so waren bis anhin die während der Ehedauer, d.h. zwischen dem Tag der Eheschliessung und der formell rechtskräftigen Scheidung²⁴, erworbenen Austrittsleistungen beider Ehegatten grundsätzlich je hälftig zu teilen (Art. 122 f. aZGB i.V.m. Art. 22 Abs. 2 FZG). Andernfalls war eine angemessene Entschädigung geschuldet (Art. 124 aZGB). Der Vorsorgeausgleich unterschied sich damit vom Güterrecht, bei dem – sofern Gütertrennung nicht bereits vertraglich vereinbart oder vom Eheschutzrichter angeordnet worden ist (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) – die Auflösung des Güterstandes auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB) bezogen war.²⁵ Neu gibt der Gesetzgeber die zeitliche Diskrepanz zwischen Güterrecht und beruflicher Vorsorge auf, indem er den Zeitpunkt für die Berechnung der Austrittsleistung vom Tag der Rechtskraft des Scheidungsurteils auf den Tag der Einleitung des Scheidungsverfahrens vorverlegt (Art. 122 nZGB).²⁶ Mit anderen Worten werden beide Stichtage harmonisiert.

Unseres Erachtens zieht diese Änderung folgende unterhaltsrechtliche Konsequenz nach sich: Unter dem Titel Vorsorgeunterhalt anerkannte das Bundesgericht gestützt auf Art. 125 ZGB Nachteile im Zusammenhang mit der Möglichkeit zur Äufnung von Vorsorgeguthaben, welche ein Ehegatte wegen fortbestehender Kinderbetreuungspflichten erfährt, als Bedarfsposition des Unterhaltsberechtigten.²⁷ Bis zur Revision von Art. 122 ff. aZGB fand bei der Regelung des Getrenntlebens bzw. der Festsetzung von Trennungsunterhalt die Bedarfsposition Vorsorge richtigerweise keine Berücksichtigung, zumal die Ehegatten trotz Getrenntleben und möglicherweise bereits rechtshängigem Scheidungsverfahren weiterhin gegenseitig an der Äufnung der beruflichen Vorsorge partizipierten (Vorsorgeausgleich innerhalb der zweiten Säule). Erst bei der Beurteilung des nachehelichen Unterhalts wurde der Vorsorgeunterhalt Thema, soweit dieser Nachteil nach wie vor bestand (Vorsorgeausgleich ausserhalb der zweiten Säule).²⁸ Nach neuem Recht ist die Bedarfsposition Vorsorge bei gegebenen Voraussetzungen nicht erst beim nachehelichen Unterhalt, sondern bereits ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens beim Trennungsunterhalt zu berücksichtigen. Damit kann der Umstand, dass die während des Scheidungsverfahrens geäußerte Austrittsleistung nicht mehr hälftig geteilt wird, kompensiert werden. Abstützen lässt sich diese Folgerung auf Art. 164 Abs. 2 ZGB, welcher die Bedeutung der Vorsorge im Rahmen des ehelichen Unterhalts ausdrücklich festhält. Sind Trennungsunterhaltsansprüche nach Art. 125 ZGB (und nicht Art. 163 f. ZGB) zu beurteilen (oben II.A.1.), dann beruht der Vorsorgeunterhalt bis zur rechtskräftigen Scheidung direkt darauf.

C. Beispiel

1. Sachverhalt

Wie eingangs erwähnt, wird nachfolgend auf den nach wie vor vorherrschenden Fall der Hausgattenehe Bezug genommen, bei dem die Ehefrau während des gemeinsa-

²² Nach bisherigem Recht wurden bei unverheirateten Kindern die Fremdbetreuungskosten nicht dem Bedarf des Kindes zugerechnet (BGer, 5A_336/2015, 3.3.2016, E. 4.3). Neu werden sie bei Kindern von verheirateten und unverheirateten Eltern gleichermaßen als direkte Kinderkosten berücksichtigt (Art. 285 Abs. 2 nZGB; Botschaft Kindesunterhalt [FN 12], 576).

²³ Vgl. dazu z.B. THOMAS GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, AJP 2015, 1371 ff., 1386; THOMAS GEISER, Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, AJP 2014, 364 ff.

²⁴ BSK ZGB I-WALSER (FN 4), Art. 122 N 21.

²⁵ Vgl. auch BGer, 5C.201/2005, 5.3.2006, E. 2.2.

²⁶ Intention hierfür war zunächst, den Anreiz für die nicht selten praktizierte Verschleppung von Scheidungsverfahren einzudämmen. Alsdann spielten Praktikabilitätsüberlegungen eine Rolle, da weder Parteien noch Gericht die Rechtskraft des Scheidungsurteils zuverlässig bestimmen können und daher in der Praxis regelmässig ein früherer Stichtag gewählt wurde. Zu dessen Abhilfe schlug die Expertenkommission vor, dem Gericht und den Parteien zu erlauben, den Berechnungszeitpunkt auf maximal sechs Monate vor dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils festzulegen. Dieser Vorschlag wurde jedoch vom Bundesrat mit der Begründung, dass das Problem damit nicht wirklich gelöst werde, verworfen (vgl. Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Änderung des Schweizer-

schen Zivilgesetzbuches [Vorsorgeausgleich bei Scheidung], BBl 2013 4887 ff. [zit. Botschaft Vorsorgeausgleich], 4905 f.).

²⁷ BGE 135 III 158 E. 4.1–4.4.

²⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen THOMAS GEISER, Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge und Dauer des nachehelichen Unterhalts, FamPra.ch 2012, 353 ff.; zur Berechnung bzw. Bemessung des Vorsorgeunterhalts vgl. auch HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, Nachehelicher Unterhalt III – BGer 5A_210/2008 (zur Publikation bestimmt) zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts, ZBJV 2009, 131 ff.

	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Total
Einkommen					
Nettolohn	CHF 7'000.00				CHF 7'000.00
Kinderzulage			CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 400.00
Total Einkommen	CHF 7'000.00		CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 7'400.00
Grundbedarf					
Grundbetrag ²⁹	CHF 1'230.00	CHF 1'230.00	CHF 690.00	CHF 480.00	CHF 3'630.00
Wohnkosten	CHF 1'100.00	CHF 780.00	CHF 260.00	CHF 260.00	CHF 2'400.00
Krankenkasse	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 40.00	CHF 40.00	CHF 480.00
Versicherung	CHF 50.00	CHF 50.00			CHF 100.00
Berufsauslagen	CHF 100.00				CHF 100.00
Steuern	CHF 250.00	CHF 30.00	CHF 10.00	CHF 10.00	CHF 300.00
Total Grundbedarf	CHF 2'930.00	CHF 2'290.00	CHF 1'000.00	CHF 790.00	CHF 7'010.00
Überschuss/Manko	CHF 4'070.00	CHF -2'290.00	CHF -800.00	CHF -590.00	CHF 390.00
Unterhaltsberechnung					
Grundbedarf	CHF 2'930.00	CHF 2'290.00	CHF 1'000.00	CHF 790.00	CHF 7'010.00
- eigenes Einkommen	CHF 7'000.00		CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 7'400.00
+ Anteil Überschuss ³⁰	CHF 130.00	CHF 130.00	CHF 65.00	CHF 65.00	CHF 390.00
Unterhalt rechnerisch	CHF -3'940.00	CHF 2'420.00	CHF 865.00	CHF 655.00	CHF 0.00

Tabelle 1: Unterhaltsberechnung vor der Revision (ohne Vorsorgeunterhalt)

men Zusammenlebens für die Kinderbetreuung zuständig ist und der Ehemann einer Vollzeitberufstätigkeit nachgeht. Es wird angenommen, dass die Eheleute im Trennungzeitpunkt zwei gemeinsame Kinder (acht- und zehnjährig) haben sowie der Ehemann ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 7'000.00 erzielt. Bei der Ehefrau wird von der Möglichkeit eines monatlichen Nettoeinkommens von CHF 4'000.00 bei einem 100%-Arbeitspensum ausgegangen. Sodann wird unterstellt, dass die 10/16-Regel trotz entsprechenden Vorbehalten (unten IV.) weiterhin gilt und daher die Unterhaltsbeiträge phasenweise zu berechnen sind. Ferner wird angenommen, dass der Fall im Kanton St. Gallen spielt.

2. Unterhaltsbemessung vor der Revision

Bis anhin hätte das Eheschutzgericht bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich auf die Grundbedarfsrechnung mit Überschussteilung abgestellt (oben II.A.1.), wie sie in *Tabelle 1* dargestellt wird.³¹

Demnach würde das Gericht den Ehemann für die erste Phase der Trennungsdauer zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Grössenordnung von CHF 2'400.00 gegenüber der Ehefrau und von CHF 850.00 bzw. CHF 650.00

²⁹ Konstanter St. Galler Praxis nach werden die betriebsrechtlichen Kinderzuschläge um 20% erhöht (vgl. KGer SG, FS.2011.1, 26.4.2011; KGer SG, RF.2009.29, 22.8.2000, in: FamPra.ch 2001, 396 ff.).

³⁰ Verteilt nach grossen und kleinen Köpfen, d.h. ein Drittel für jeden Elternteil und die Kinder zusammen.

³¹ Ansätze gemäss Kreisschreiben über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs vom Dezember 2008 (Internet: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/weisungen_kreisschreiben/_jcr_content/Par/downloadlist_1/DownloadListPar/download.ocFile/Kreisschreiben%20betr_rechtl_Ex_minimum_Version08.pdf [Abruf 1.11.2016]), erweitert auf das familienrechtliche Existenzminimum.

gegenüber den Kindern verpflichten. Der Unterhaltsbeitrag an die Ehefrau von CHF 2'400.00 entspricht grundsätzlich ihrem gebührenden Unterhalt (oben II.A.1.). Spätestens im Rahmen eines Scheidungsurteils würde das Scheidungsgericht die Unterhaltsbeiträge stufenweise festlegen und der Ehefrau in einer zweiten Phase ein Erwerbseinkommen auf Basis einer 50%-Stelle beim Erreichen des zehnten Altersjahrs und in einer dritten Phase ein Erwerbseinkommen auf Basis einer 100%-Stelle beim Erreichen des sechzehnten Altersjahrs des jüngeren Kindes aufrechnen. Damit würde ihr nahehehlicher Unterhalt gegen Null streben.

3. Unterhaltsbemessung nach der Revision

Über die konkrete Vorgehensweise zur Berechnung von Unterhaltsbeiträgen nach neuem Recht wird derzeit viel spekuliert. Unter anderem sind aufwendige EDV-basierte Berechnungstools entwickelt worden, welche den Eindruck erwecken, dass bei der Beurteilung von Unterhaltsansprüchen kein Ermessensspielraum des Richters mehr besteht, sondern Unterhaltsbeiträge Ergebnis einer reinen Rechenoperation sind und hier neuerdings eine exakte Wissenschaft besteht. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber einen solchen Paradigmenwechsel beabsichtigt hat. Im Gegenteil: Der Bundesrat hebt in der Botschaft den diesbezüglichen Ermessensspielraum sogar hervor.³² Gewiss können solche Werkzeuge unterstützend wirken und entsprechende Anhaltspunkte liefern («Neuerprobe»). Jedoch kann es nicht sein, dass inskünftig Berechnungsprogramme die Arbeit des Gerichts übernehmen. Vielmehr obliegt es nach wie vor der Richterin oder dem Richter, im Einzelfall nach einer sachgerechten Lösung zu suchen bzw. die Unterhaltsbeiträge zu bemessen.³³

Anhand unseres Beispiels soll aufgezeigt werden, dass Unterhaltsbeiträge im Rahmen von eherechtlichen Verfahren auch unter Berücksichtigung des neuen Rechts anhand der herkömmlichen Methode der Grundbedarfsrechnung mit Überschussbeteiligung bestimmt werden können und sollen. Nicht die Methode an sich bedarf einer Änderung, sondern einzig die rechtliche Einordnung der einzelnen Komponenten der Berechnung, indem Teile des Unterhalts des betreuenden Ehegatten in den Kindesunterhalt verschoben werden.

Konkret sind unseres Erachtens die Unterhaltsbeiträge neu wie folgt zu bestimmen:³⁴

- Der *Barunterhalt* des Kindes besteht aus dem Grundbedarf und einem möglichen Überschussanteil. Davon in Abzug zu bringen sind mögliche Eigeneinkünfte des Kindes (insbesondere Kinderzulagen).
- Der *Betreuungsunterhalt* des Kindes entspricht betragsmässig dem Grundbedarf der Ehefrau abzüglich des neu ab der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zu berücksichtigenden Vorsorgeunterhalts sowie mögliche Berufskosten und Steuern auf dem Eigeneinkommen der Ehefrau. Dieser ist unter den Kindern nach Köpfen aufzuteilen. Abhängig vom zumutbaren Arbeitspensum der betreuenden Ehefrau reduziert sich dieser prozentual.
- Der *Frauenunterhalt* setzt sich aus Grundbedarf und Überschussanteil der Ehefrau abzüglich Betreuungsunterhalt zusammen. Davon in Abzug zu bringen sind die Eigeneinkünfte der Ehefrau.

Im Sinne der 10/16-Regel ist wiederum phasenweise vorzugehen. Nach bisheriger Rechtsprechung ist es der kinderbetreuenden Ehefrau in der *ersten Phase* grundsätzlich unzumutbar, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auf Basis dieser Berechnung wird das Gericht in der *ersten Phase* den Frauenunterhalt auf rund CHF 350.00 festsetzen (= Grundbedarf von CHF 2'590.00 + Überschussanteil von CHF 30.00 – Betreuungsunterhalt von CHF 2'290.00); ihr gebührender Unterhalt (einschliesslich Vorsorgeunterhalt) bewegt sich somit in der Grössenordnung von CHF 2'600.00 (= Grundbedarf von CHF 2'590.00 + Überschussanteil von CHF 30.00).

Der sich aus Barunterhalt von CHF 815.00 (= Grundbedarf von CHF 1'000.00 + Überschussanteil von CHF 15.00 – Kinderzulage von CHF 200.00) und Betreuungsunterhalt von CHF 1'145.00 (= CHF 2'290.00 / 2) zusammensetzende Unterhaltsbeitrag an das erste Kind beträgt rund CHF 2'000.00, derjenige des zweiten Kindes CHF 1'750.00 (= Barunterhalt von CHF 605.00 [= Grundbedarf von CHF 790.00 + Überschussanteil von CHF 15.00 – Kinderzulage von CHF 200.00] und Betreuungsunterhalt von CHF 1'145.00 [= CHF 2'290.00 / 2]).

³² Vgl. z.B. Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 553.

³³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch INGEBORG SCHWENZER, FamKomm Scheidung, Bd. I., 2. A., Bern 2011 (zit. FamKomm Scheidung-Verfasser), Art. 125 ZGB N 70.

³⁴ Art. 297–301a nZPO und Art. 287a nZGB legen fest, welche Angabe unterhaltsrechtliche Entscheide neuerdings in Bezug auf Einkommen, Vermögen usw. enthalten müssen (vgl. ALLEMANN [FN 11], N 20). SPYCHER und ALLEMANN plädieren zudem, dass darüber hinaus der Bedarf aller Beteiligten sowie der Kindesunterhalt in Bar- und Betreuungsunterhalt einzeln zu dokumentieren seien (ANNETTE SPYCHER, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, FamPra.ch 2016, 1 ff., 9; ALLEMANN [FN 11], N 22).

	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Total
Einkommen					
Nettolohn	CHF 7'000.00				CHF 7'000.00
Kinderzulage			CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 400.00
Total Einkommen	CHF 7'000.00		CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 7'400.00
Grundbedarf					
Grundbetrag	CHF 1'230.00	CHF 1'230.00	CHF 690.00	CHF 480.00	CHF 3'630.00
Wohnkosten	CHF 1'100.00	CHF 780.00	CHF 260.00	CHF 260.00	CHF 2'400.00
Krankenkasse	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 40.00	CHF 40.00	CHF 480.00
Versicherung	CHF 50.00	CHF 50.00			CHF 100.00
Berufsauslagen	CHF 100.00				CHF 100.00
Vorsorgeunterhalt		CHF 300.00			CHF 300.00
Steuern ³⁵	CHF 250.00	CHF 30.00	CHF 10.00	CHF 10.00	CHF 300.00
Total Grundbedarf	CHF 2'930.00	CHF 2'590.00	CHF 1'000.00	CHF 790.00	CHF 7'310.00
Betreuungsunterhalt		CHF -2'290.00	CHF 1'145.00	CHF 1'145.00	
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 2'930.00	CHF 300.00	CHF 2'145.00	CHF 1'935.00	
Überschuss/Manko	CHF 4'070.00	CHF -300.00	CHF -1'945.00	CHF -1'735.00	CHF 90.00
Unterhaltsberechnung					
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 2'930.00	CHF 300.00	CHF 2'145.00	CHF 1'935.00	CHF 7'310.00
- eigenes Einkommen	CHF 7'000.00		CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 7'400.00
+ Anteil Überschuss	CHF 30.00	CHF 30.00	CHF 15.00	CHF 15.00	CHF 90.00
Unterhalt rechnerisch	CHF -4'040.00	CHF 330.00	CHF 1'960.00	CHF 1'750.00	CHF 0.00

Tabelle 2: Unterhaltsberechnung nach der Revision (mit Vorsorgeunterhalt, Phase 1)

In der zweiten Phase sind nun die Kinder zehn- und zwölfjährig. Aufgrund des Alters des jüngsten Kindes ist

der Mutter grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit zu 50% zumutbar. Die Kinder betreut sie in der restlichen Zeit. Der

³⁵ Vorbehaltlich einer Mankosituation sind die laufenden Steuern der Beteiligten zu berücksichtigen (BGE 140 III 337 E. 4.2, 4.3 [mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung]). Dabei sind Steueranteile bei den Unterhaltsberechtigten nach billigem Ermessen

den entsprechenden Steuerfaktoren zuzuordnen (vgl. auch ALLEMANN [FN 11], N 59, 63). Konkret sind daher beim Frauen- bzw. Bar- und Betreuungsunterhalt (Kindesunterhalt) je anteilmässig Steuern zu berücksichtigen..

Betreuungsunterhalt reduziert sich infolgedessen um 50%.
Der Frauenunterhalt entfällt nun, da sie für den gebührenden Unterhalt (= ursprünglich rund CHF 2'600.00 + neu

anfallende Berufsauslagen von CHF 50.00 + Steuern auf dem Eigeneinkommen von CHF 50.00 – Betreuungsunterhalt von CHF 1'137.50) selbst aufzukommen vermag.

	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Total
Einkommen					
Nettolohn	CHF 7'000.00	CHF 2'000.00			CHF 9'000.00
Kinderzulage			CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 400.00
Total Einkommen	CHF 7'000.00	CHF 2'000.00	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 9'400.00
Grundbedarf					
Grundbetrag	CHF 1'230.00	CHF 1'230.00	CHF 690.00	CHF 690.00	CHF 3'840.00
Wohnkosten	CHF 1'100.00	CHF 780.00	CHF 260.00	CHF 260.00	CHF 2'400.00
Krankenkasse	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 40.00	CHF 40.00	CHF 480.00
Versicherung	CHF 50.00	CHF 50.00			CHF 100.00
Berufsauslagen	CHF 100.00	CHF 50.00			CHF 150.00
Vorsorgeunterhalt		CHF 200.00			CHF 200.00
Steuern	CHF 500.00	CHF 15.00	CHF 10.00	CHF 10.00	CHF 585.00
		CHF 50.00			
Total Grundbedarf	CHF 3'180.00	CHF 2'575.00	CHF 1'000.00	CHF 1'000.00	CHF 7'755.00
Betreuungsunterhalt		CHF -1'137.50	CHF 568.75	CHF 568.75	
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 3'180.00	CHF 1'437.50	CHF 1'568.75	CHF 1'568.75	
Überschuss/Manko	CHF 3'820.00	CHF 562.50	CHF -1'368.75	CHF -1'368.75	CHF 1'645.00
«Überschuss Standard»					CHF 90.00
Sparquote					CHF 1'555.00
Unterhaltsberechnung					
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 3'180.00	CHF 1'437.50	CHF 1'568.75	CHF 1'568.75	CHF 7'755.00
- eigenes Einkommen	CHF 7'000.00	CHF 2'000.00	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 9'400.00
+ Anteil Überschuss	CHF 30.00	CHF 30.00	CHF 15.00	CHF 15.00	CHF 90.00
+ Sparquote	CHF 1'022.50	CHF 532.50			CHF 1'555.00
Unterhalt rechnerisch	CHF -2'767.50	CHF 0.00	CHF 1'383.75	CHF 1'383.75	CHF 0.00

Tabelle 3: Unterhaltsberechnung nach der Revision (mit Vorsorgeunterhalt, Phase 2)

In der *dritten Phase* schliesslich sind die Kinder bereits sechzehn- und achtzehnjährig und bei der Mutter ist von einer vollen Erwerbstätigkeit auszugehen. Damit entfällt auch der nacheheliche Unterhalt. Beim Kindesunterhalt können je nach konkretem Einzelfall

Anpassungen notwendig sein, z.B. aufgrund eines anrechenbaren Lehrlingslohns und/oder zusätzliche Ausbildungskosten (z.B. Fahrtkosten für Besuch eines auswärtigen Gymnasiums).

	Ehemann	Ehefrau	Kind 1	Kind 2	Total
Einkommen					
Nettolohn	CHF 7'000.00	CHF 4'000.00			CHF 11'000.00
Kinderzulage			CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 400.00
Total Einkommen	CHF 7'000.00	CHF 4'000.00	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 11'400.00
Grundbedarf					
Grundbetrag	CHF 1'230.00	CHF 1'230.00	CHF 690.00	CHF 690.00	CHF 3'840.00
Wohnkosten	CHF 1'100.00	CHF 780.00	CHF 260.00	CHF 260.00	CHF 2'400.00
Krankenkasse	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 40.00	CHF 40.00	CHF 480.00
Versicherung	CHF 50.00	CHF 50.00			CHF 100.00
Berufsauslagen	CHF 100.00	CHF 100.00			CHF 200.00
Vorsorgeunterhalt		CHF 0.00			CHF 0.00
Steuern	CHF 800.00	CHF 180.00	CHF 10.00	CHF 10.00	CHF 1'000.00
Total Grundbedarf	CHF 3'480.00	CHF 2'540.00	CHF 1'000.00	CHF 1'000.00	CHF 8'020.00
Betreuungsunterhalt		CHF -0.00	CHF 0.00	CHF 0.00	
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 3'480.00	CHF 2'540.00	CHF 1'000.00	CHF 1'000.00	
Überschuss/Manko	CHF 3'520.00	CHF 1'460.00	CHF -800.00	CHF -800.00	CHF 3'380.00
«Überschuss Standard»					CHF 90.00
Sparquote					CHF 3'290.00
Unterhaltsberechnung					
Grundbedarf unter Berücksichtigung Betreuungsunterhalt	CHF 3'480.00	CHF 2'540.00	CHF 1'000.00	CHF 1'000.00	CHF 8'020.00
- eigenes Einkommen	CHF 7'000.00	CHF 4'000.00	CHF 200.00	CHF 200.00	CHF 11'400.00
+ Anteil Überschuss	CHF 30.00	CHF 30.00	CHF 15.00	CHF 15.00	CHF 90.00
+ Sparquote	CHF 1'860.00	CHF 1'430.00			CHF 3'290.00
Unterhalt rechnerisch	CHF -1'630.00	CHF 0.00	CHF 815.00	CHF 815.00	CHF 0.00

Tabelle 4: Unterhaltsberechnung nach der Revision (mit Vorsorgeunterhalt, Phase 3)

III. Übergangsrecht

A. Kindesunterhalt

1. Per 1. Januar 2017 pendente Verfahren

Bei über den Jahreswechsel hinaus laufenden erst- und zweitinstanzlichen Eheschutz-, vorsorglichen Massnahme- und Scheidungsverfahren gelangen die neuen Kindesunterhaltsbestimmungen zur Anwendung (Art. 13c^{bis} Abs. 1 SchlT nZGB, Art. 407b Abs. 1 nZPO). Das Bundesgericht entscheidet nach bisherigem Recht, wenn der angefochtene Entscheid vor dem 31. Dezember 2016 (und damit nach bisherigem Recht) ergangen ist; dies gilt auch im Falle einer Rückweisung an die kantonale Instanz (Art. 13c^{bis} Abs. 2 SchlT nZGB).³⁶

In prozessualer Hinsicht ist zudem festzuhalten, dass in hängigen Verfahren neue Rechtsbegehren, die durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, zulässig sind; nicht angefochtene Teile eines Entscheids bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss (Art. 407b nZPO).³⁷ Damit muss auch das Vorbringen von entsprechenden neuen Behauptungen und Beweismitteln zulässig sein, ansonsten wäre diese Bestimmung obsolet.³⁸

2. Per 1. Januar 2017 abgeschlossene Verfahren

Liegt Ende 2016 ein rechtskräftig genehmigter Unterhaltsvertrag oder ein entsprechender Entscheid vor, so sieht Art. 13c SchlT nZGB in Satz 1 die grundsätzlich uneingeschränkte Möglichkeit eines Kindes zur Klage auf Anpassung der nach geltendem Recht im Unterhaltstitel festgelegten Unterhaltsbeiträge vor. Im vorliegenden Kontext erfährt dieser Grundsatz jedoch in Satz 2 eine bedeutende Einschränkung: Sofern Kindesunterhaltsbeiträge gleichzeitig mit Unterhaltsbeiträgen an den Elternteil festgelegt worden sind, ist ihre Anpassung nur bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse zulässig.³⁹ Die

Botschaft verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 286 Abs. 2 ZGB.⁴⁰ Anders als bei Unterhaltsbeiträgen für aussereheliche Kinder ist hier im Falle von rechtskräftig entschiedenen eherechtlichen Verfahren somit nicht ohne weiteres eine Neuurteilung möglich.⁴¹ Insofern geht das neue System auch in intertemporalrechtlicher Hinsicht auf, zumal die Unterhaltsbeiträge bei verheirateten Eltern bloss eine neue rechtliche Einordnung erfahren, in der Summe jedoch gleich bleiben (oben II.A.2. und II.C.2.).

B. Vorsorgeunterhalt

1. Per 1. Januar 2017 pendente Verfahren

Die Übergangsbestimmungen zum revidierten Vorsorgeausgleich sind inhaltlich deckungsgleich mit denjenigen zum neuen Kindesunterhalt (siehe oben III.A.)⁴²: Gemäss Art. 7d SchlT nZGB gilt für die berufliche Vorsorge das neue Recht mit Inkrafttreten per 1. Januar 2017 (Abs. 1) auch bei bereits hängigen Prozessen (Abs. 2). Bei Verfahren vor Bundesgericht und bei Rückweisungen an die kantonale Instanz ist entscheidend, ob der angefochtene kantonale Entscheid vor oder nach dem 1. Januar 2017 gefällt worden ist oder nicht: Im ersten Fall beurteilt sich die Sache nach altem, im zweiten nach neuem Recht (Abs. 3).

Wie beim Kindesunterhalt sind in hängigen Verfahren neue Rechtsbegehren, die durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasst werden, zulässig;⁴³ nicht angefochtene Teile eines Entscheids bleiben verbindlich, sofern sie sachlich nicht derart eng mit noch zu beurteilenden Rechtsbegehren zusammenhängen, dass sinnvollerweise eine Gesamtbeurteilung stattfinden muss (Art. 407c nZPO).

Bis anhin war der Vorsorgeunterhalt richtigerweise bloss im Zusammenhang mit dem nahehelichen Unterhalt Thema (oben II.B.). Ist also am 31. Dezember 2016

³⁶ Der Wortlaut von Art. 13^{bis} SchlT nZGB entspricht im Wesentlichen Art. 7b SchlT ZGB (Botschaft Kindesunterhalt [FN 12], 590).

³⁷ Damit wird die Kohärenz sichergestellt und mitunter dem Umstand Rechnung getragen, dass Unterhaltsbeiträge integral berechnet werden (oben I.A.1.).

³⁸ So auch IVO SCHWANDER, Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen, AJP 2016, 1575 ff., 1585.

³⁹ Im Unterschied dazu genügen bei der Revision der elterlichen Sorge die neuen Bestimmungen für sich alleine zur Erwirkung einer Neuurteilung (vgl. Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB).

⁴⁰ Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 590. Zu den Voraussetzungen für eine Abänderung nach Art. 286 Abs. 2 ZGB vgl. z.B. BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 4), Art. 286 N 10 ff.

⁴¹ Vgl. Botschaft Kindesunterhalt (FN 12), 590. Hinzuweisen ist allerdings auf von KES-Behörden genehmigte Unterhaltsverträge, denen bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts bar einer Rechtsgrundlage Betreuungsunterhalt gegenüber war. Ob in solchen Fällen eine uneingeschränkte Anpassungsmöglichkeit an das neue Recht besteht, ist fraglich. Vielmehr drängt sich eine Subsumtion solcher Konstellationen unter Art. 13c Satz 2 SchlT nZGB auf.

⁴² Inhaltlich entsprechen diese Grundsätze denjenigen, welche bei der Einführung des neuen Scheidungsrechts vom 26. Juni 1998 galten (Art. 7a f. SchlT ZGB; Botschaft Vorsorgeausgleich bei Scheidung [FN 26], 4923).

⁴³ Wiederum muss damit auch das Vorbringen von entsprechenden neuen Tatsachen und Beweismitteln zulässig sein (oben III.A.1.; SCHWANDER [FN 38], 1587 f.).

ein erst- oder zweitinstanzlicher vorsorglicher Massnahmenentscheid⁴⁴ ausstehend, tritt ein Rechtswechsel ein und der anspruchsberechtigte Ehegatte muss einen angepassten Antrag betreffend Trennungsunterhalt stellen, welcher den Vorsorgeunterhalt einschliesst. Eheschutzverfahren und Scheidungshauptverfahren bleiben von der Revision des Vorsorgeausgleichs unter dem Aspekt Vorsorgeunterhalt unberührt.

2. Per 1. Januar 2017 abgeschlossene Verfahren

Über den Jahreswechsel 2016/2017 werden zahlreiche Scheidungsverfahren hängig sein, welche von einem rechtskräftig entschiedenen Eheschutz- bzw. vorsorglichen Massnahmenverfahren begleitet sind. Auf solche Scheidungsverfahren gelangen nach dem Gesagten die neuen Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich zur Anwendung (soeben III.B.1.). Demzufolge wird die Teilung der BVG-Guthaben neu auf das Datum der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zurückbezogen, was im Einzelfall für den betroffenen Ehegatten erhebliche finanzielle Auswirkungen haben kann. In Abweichung zum Gesetzeswortlaut schlägt GEISER⁴⁵ daher generell vor, dass bei den per Anfang 2017 hängigen Verfahren als Stichtag nicht jener der Einreichung des Scheidungsbegehrens bzw. der Scheidungsklage angenommen wird, sondern die Berechnung nur auf den Tag des Inkrafttretens des neuen Rechts zurückbezogen wird.

Aus unserer Sicht gilt es in diesem Zusammenhang zu differenzieren, wobei an den Tatbestandsvoraussetzungen des Vorsorgeunterhalts anzuknüpfen ist (oben II.B.):

- In Fällen, in denen Vorsorgeunterhalt mangels Kinderbetreuungsaufgaben zugunsten eines Ehegatten während der Trennungsdauer von vornherein nicht zur Diskussion stand, erweist sich diese Gesetzesänderung zwar als unliebsame Überraschung für denjenigen Ehegatten, welcher auf ein langes Scheidungsverfahren und mithin auf eine möglichst lange Partizipation an der Äufnung des Pensionskassenguthabens des anderen Ehegatten spekuliert hat. Allerdings ist nicht einsehbar, weshalb der Vorsorgeausgleich bei Parteien, deren Scheidungsverfahren vor, und solchen, deren

Scheidungsverfahren nach Jahreswechsel rechtshängig wurde, im neuen Jahr unterschiedlich vorgenommen werden sollte. Vielmehr ist stets das neue Recht entsprechend dem Gesetzeswortlaut ab 1. Januar 2017 anzuwenden.

- Anders sieht die Situation hingegen für Ehegatten aus, welche während der Trennungsdauer Kinderbetreuungsaufgaben wahrnehmen und daher kein oder nur beschränkt Erwerbseinkommen und mithin Ersparnisse in der zweiten Säule erzielen können: Nach bisherigem Recht hatten sie für die Trennungsdauer keinen Anspruch auf Vorsorgeunterhalt, da sie bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils am anwachsenden BVG-Guthaben des anderen Ehegatten partizipierten (Vorsorgeausgleich innerhalb der zweiten Säule); Vorsorgeunterhalt war erst dem nahehelichen Unterhalt gegenständlich (Vorsorgeausgleich ausserhalb der zweiten Säule). Mit Inkrafttreten des neuen Rechts wird ihnen der hälftige Anteil an den vom anderen Ehegatten während der Dauer des Scheidungsverfahrens geäuften Ersparnissen in der zweiten Säule über Nacht entzogen. Das Übergangsrecht schafft demnach eine offensichtliche Diskrepanz, indem es das bisherige kohärente Zusammenspiel von Vorsorgeausgleich innerhalb und Vorsorgeausgleich ausserhalb der zweiten Säule aufbricht.

Für solche Konstellationen erhebt sich daher die Frage, ob gegebenenfalls für die wirtschaftlich schwächere Partei eine Milderung dieses offensichtlichen Nachteils möglich ist. Zunächst naheliegend ist, die Abänderbarkeit des altrechtlichen Eheschutz- bzw. vorsorglichen Massnahmenentscheids zu prüfen, damit der bis anhin in solchen Entscheiden vernachlässigte Vorsorgeunterhalt neu mitberücksichtigt wird. Auf Gesuch hin kann der Scheidungsrichter solche Entscheide jederzeit abändern.⁴⁶ Eine Abänderung ist einerseits zulässig, wenn bei Anordnung der vorsorglichen Massnahmen die damaligen Umstände unzutreffend gewürdigt worden sind.⁴⁷ Eine Abänderung

⁴⁴ Unter diesem Gesichtspunkt von Interesse sind alleine Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, da bei Eheschutzverfahren definitionsgemäss das Scheidungsverfahren noch nicht eingeleitet ist (oben FN 2). Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeunterhalt im Rahmen des nahehelichen Unterhalts ergeben sich ohnehin keine Änderungen.

⁴⁵ GEISER (FN 23), 1386. G.L.M. SCHWANDER (FN 38), 1586 f., dessen Ansicht nach Art. 7d Abs. 1 SchlT nZGB keine Rückwirkung beinhaltet, welche weiter als zum 1. Januar 2017 zurückgeht.

⁴⁶ THOMAS GEISER, Ein Jahr neues Scheidungsrecht: Überblick über die Rechtsprechung, FamPra.ch 2001, 173 ff., 179 f. Bei Rechtshängigkeit der Scheidung ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig (vgl. BGE 129 III 60; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER (FN 4), Art. 179 N 16 ff.).

⁴⁷ BGE 141 III 376 E. 3.3.1; GEISER (FN 46), 180; THOMAS SUTTER-SOMM/FLORA STANISCHEWSKI, Art. 276 N 35, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016. Im Regelfall zeigen sich Gerichte diesbezüglich jedoch sehr zurückhaltend bzw. abänderungsfeindlich. Selbst bei offensichtlich unzutreffenden und/oder überholten (oben FN 3) vorsorglichen Massnahmen ist es regelmässig sehr schwierig, eine

ist selbst aus Gründen möglich, die der abänderungswillige Gesuchsteller schon früher hätte vorbringen können, wenn eine zweifellos unrichtige Verfügung ihn noch während einer längeren Prozessdauer erheblich belasten dürfte.⁴⁸ Andererseits besteht ein Abänderungsanspruch, wenn sich die Umstände seit Erlass der vorsorglichen Massnahme erheblich und dauernd verändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO).⁴⁹ Darunter fällt insbesondere auch eine Änderung der Rechtslage.⁵⁰

Im vorliegenden Kontext ist die Möglichkeit zur Abänderung eines altrechtlichen Massnahmenentscheids somit gegeben. Selbst ein für den betroffenen Ehegatten positiver Abänderungsentscheid bringt diesen jedoch nur beschränkt weiter, da ein Abänderungsentscheid betreffend Unterhaltsbeiträge frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, im Regelfall nur für die Zukunft, gilt. Eine früher getroffene Massnahme bleibt grundsätzlich bis zur Rechtskraft des Abänderungsentscheids bestehen.⁵¹ Die Vorschrift von Art. 173 Abs. 3 ZGB (Unterhaltsbeiträge auf ein Jahr zurück) findet im Übrigen auf Abänderungsverfahren keine Anwendung, auch wenn der bisherige Beitrag sich als zu hoch oder als zu tief erwiesen hat, da es bei Art. 179 ZGB um eine Abänderung für die Zukunft und nicht um den Gedanken der zeitlichen Begrenzung eines Anspruchs geht.⁵² Im Ergebnis lässt sich somit die durch den Rechtswechsel entstehende Vorsorgelücke bei kinderbetreuenden Elternteilen über den Weg eines Abänderungsverfahrens nur beschränkt füllen. Zu-

dem ist neben dem Scheidungshauptverfahren ein (neues) vorsorgliches Massnahmenverfahren notwendig, was naturgemäss Zusatzaufwand für alle Beteiligten mit sich bringt.

Beim Studium der Materialien zur Gesetzesrevision⁵³ stellt man fest, dass sich der Gesetzgeber mit dem Übergangsrecht nicht vertieft befasst hat. Vielmehr wurden die Übergangsbestimmungen zum neuen Scheidungsrecht (Art. 7 ff. SchlT ZGB) *telquel* übernommen und der Gesetzgeber war sich des Zusammenspiels zwischen Vorsorgeausgleich innerhalb und ausserhalb der zweiten Säule bei kinderbetreuenden Ehegatten nicht bewusst. Anhaltspunkte für eine gewollte Inkaufnahme der angesprochenen Diskrepanz bestehen keine. Nach unserem Dafürhalten ist deshalb von einer Ausnahmelücke («contra verba legis») auszugehen,⁵⁴ welche sich sachgerecht schliessen lässt, indem man in solchen Fällen entgegen dem Wortlaut von Art. 7d Abs. 2 SchlT nZGB die Teilung der Austrittsleistung weiterhin altrechtlich und damit auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils vornimmt. Eventualiter – bei Ablehnung dieser Auffassung und strikter Anwendung von Art. 7d Abs. 2 SchlT ZGB – liesse sich argumentieren, dass in solchen Fällen die neuen Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich unvollständig sind, weil sie besagter Konstellation ungenügend Rechnung tragen. Eine so begründete Lücke könnte durch analoge Anwendung von Art. 124b Abs. 3 nZGB⁵⁵ gefüllt werden, indem das Scheidungsgericht dem berechtigten Ehegatten mehr als die Hälfte der Austrittsleistung zuspricht, wenn er vor der Scheidung (konkret: zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung) Kinder betreut und der verpflichtete Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt.

C. Exkurs: Umwandlung bestehender Renten nach Art. 124 aZGB

Neben dem veränderten Stichtag für die Berechnung der Austrittsleistung kann sich aus der Revision von Art. 122 ff. ZGB in Sonderfällen noch eine weitere unterhaltsrechtliche Implikation ergeben: Nach Eintritt eines Vorsorgefalles oder bei Unmöglichkeit der Teilung

Anpassung an die effektiven bzw. neuen Verhältnisse herbeizuführen.

⁴⁸ GVP SG 1992 Nr. 23.

⁴⁹ BGE 141 III 376 E. 3.3.1.; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI (FN 47), Art. 276 N 34. Allerdings berechtigt eine veränderte Sachlage nicht zur Abänderung, wenn diese durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten selber herbeigeführt worden ist. Auch können Veränderungen, die bereits zum Zeitpunkt des zugrunde liegenden Urteils voraussehbar waren und im Voraus bei der Festsetzung des abzuändernden Unterhaltsbeitrages berücksichtigt worden sind, keinen Abänderungsgrund bilden (BGE 141 III 376 E. 3.3.1).

⁵⁰ HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, Bern 1999 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER), Art. 179 ZGB N 8; VERENA BRÄM/Franz HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, Bd. II/1c: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, Teilband, 3. A., Zürich 1999 (zit. ZK-BRÄM/HASENBÖHLER), Art. 179 ZGB N 8. Begründet wird dies damit, dass eheschutzrechtliche Entscheide bzw. vorsorgliche Massnahmen nicht materiell rechtskräftig werden (SUSANNE BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB, Diss. St. Gallen 1995, 228).

⁵¹ BGE 111 II 103 E. 4.

⁵² BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 50), Art. 179 ZGB N 14; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER (FN 4), Art. 179 N 8.

⁵³ Vgl. Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130049> (Abruf 29.10.2016)

⁵⁴ Vgl. dazu im Einzelnen ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 201 ff.

⁵⁵ Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht dem berechtigten Ehegatten mehr als die Hälfte der Austrittsleistung zusprechen, wenn er nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut und der verpflichtete Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt.

war bis anhin – anstatt der Teilung der während der Ehe-dauer erworbenen Austrittsleistung – eine angemessene Entschädigung zur Kompensation der während der Ehe geäußerten Ersparnisse in der beruflichen Vorsorge geschuldet (Art. 124 Abs. 1 aZGB). Nach Lehre⁵⁶ und Rechtsprechung⁵⁷ war dies in Kapital- oder Rentenform möglich. Bei solchen Renten handelt es sich um eine zivilrechtliche Rente gegenüber dem pflichtigen Ehegatten, indem dieser dem anderen regelmässig einen Teil seiner eigenen BVG-Rente abgibt. Art. 7e SchlT nZGB eröffnet nun in gewissen Fällen⁵⁸ für den geschiedenen Ehegatten innerhalb eines Jahres die Möglichkeit, auf Gesuch hin die ihm in der Vergangenheit gestützt auf Art. 124 aZGB zugesprochene Renten für die Zukunft an das neue Recht anzupassen. Die zivilrechtliche Rente mutiert damit in einen lebenslänglichen Rentenanspruch gegenüber der Vorsorgeeinrichtung des Ex-Ehegatten.⁵⁹

Die bisherige Rente als Form der Entschädigungsleistung nach Art. 124 aZGB rückte in die Nähe des nahehehlichen Unterhalts (Art. 125 ZGB)⁶⁰ – die Grenzen zwischen diesen beiden Artikeln waren fließend.⁶¹ Vor diesem Hintergrund wurden z.B. bei Scheidungen von teilsinvaliden Unterhaltsschuldnern auf Basis von Scheidungskonventionen nicht selten globale monatliche Renten zugunsten des unterhaltsberechtigten Ehegatten vereinbart und auf eine Ausscheidung zwischen nahehehlichem Unterhalt nach Art. 125 ZGB und Rentenleistung nach Art. 124 ZGB verzichtet. Soweit in diesen Fällen seitens des berechtigten Ehegatten ein Gesuch um Umwandlung gestützt auf Art. 7e SchlT nZGB folgt, wird es zu komplizierten Aufschlüsselungen und Berechnungen kommen. Der berechtigte Ehegatte dürfte jedenfalls versuchen, einen möglichst grossen Anteil seiner «Globalrente» unter Art. 124 ZGB zu subsumieren, zumal er

damit sein Risiko verringern kann, dass der Ex-Ehegatte vor Ablauf der im Scheidungsurteil festgelegten Leistungsdauer stirbt. Ferner führt dies für den Berechtigten im Falle eines notorisch säumigen Unterhaltsschuldners zu Erleichterungen.

IV. Fazit

Die Reform des Kindesunterhaltsrechts zeitigt bei ehelichen Kindern im Wesentlichen keine Auswirkungen: Namentlich in betragsmässiger Hinsicht ändert sich hier für den Unterhaltspflichtigen nichts, sondern es kommt lediglich zu Verschiebungen vom nahehehlichen Unterhalt in den Kindesunterhalt.⁶² Anders sieht die Situation bei ausserehlichen Kindern aus, da nunmehr Betreuungsunterhalt geschuldet ist. Dies führt beim Pflichtigen zu einer empfindlichen Zusatzbelastung, vor allem wenn die Betreuung hauptsächlich durch den anderen Elternteil erfolgt.

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage nach der Zukunft der 10/16-Regel: Mit der Revision wollte der Gesetzgeber eine Gleichbehandlung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern erzielen. Nun kann die 10/16-Regel nicht massgebend sein für die Beurteilung der zumutbaren Eigenversorgungskapazität für betreuende Eltern nicht ehelicher Kinder, zumal diese sich nicht auf ein schützenswertes Vertrauen in eine bisher gelebte Aufgabenteilung während der Ehe berufen können – teilweise haben solche Eltern gar nie zusammen gelebt. Sodann geht die 10/16-Regel auf eine Zeit zurück, in der staatlich geförderte Fremdbetreuungsplätze inexistent waren. Schliesslich stammt sie aus Zeiten des alten Scheidungsrechts, welches die Ehe noch als Versorgungsinstitut der Ehefrau angesehen hat, während das neue Scheidungsrecht voraussetzt, dass jeder Ehegatte primär selbst für seinen gebührenden Unterhalt zu sorgen hat.⁶³ Heute ist die Frage, ob es einem kinderbetreuenden Elternteil zumutbar ist, zusätzlich einer Erwerbsarbeit nachzugehen, grundsätzlich zu bejahen. Freilich gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob dies auch tatsächlich möglich ist.⁶⁴ Diese Umstände legitimieren die 10/16-Regel nicht mehr und rufen nach einer Aufhebung dieser antiquierten Regel.⁶⁵

⁵⁶ Vgl. z.B. FamKomm Scheidung-KATERINA BAUMANN/MARGARETA LAUTERBURG (FN 34), Art. 124 ZGB N 63 ff.; BSK ZGB I-WALSER (FN 4), Art. 124 N 14.

⁵⁷ Vgl. z.B. BGE 131 III 1 E. 4; KGer SG, BF.2002.35, 14.10.2002, in: FamPra.ch 2003, 412 ff.

⁵⁸ Voraussetzung dafür sind (1.) eine gemäss Scheidungsurteil zeitlich unlimitierte Rente («Rente . . ., die erst mit dem Tod des verpflichteten oder berechtigten Ehegatten erlischt»), (2.) die Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB aufgrund eines bereits eingetretenen Vorsorgefalls im Scheidungszeitpunkt und (3.) die ausgleichungsverpflichtete Person im Zeitpunkt, in dem die berechtigte Person das Begehren auf Umwandlung stellt, eine Invalidenrente nach dem reglementarischen Rentenalter oder eine Altersrente bezieht (vgl. Botschaft Vorsorgeausgleich [FN 26], 4923 f.).

⁵⁹ Botschaft Vorsorgeausgleich (FN 26), 4923.

⁶⁰ THOMAS GEISER, Der Vorsorgeausgleich im neuen Scheidungsrecht, ZSR 1996, 395 ff., 411.

⁶¹ KGer SG, BF.2002.35, 14.10.2002, in: FamPra.ch 2003, 412 ff., 415.

⁶² ALLEMANN (FN 11), N 16 f.

⁶³ Vgl. hierzu z.B. THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Vorbemerkungen zu Art. 125–132 ZGB N 1 ff., Zürich 1999, Art. 125 ZGB N 1 ff.

⁶⁴ GEISER (FN 16), 1282.

⁶⁵ So auch KATHARINA FONTANA, Nur kein modisches Familienrecht, NZZ vom 16.11.2016, 12.

Unterhaltsrechtlich bringt der revidierte Vorsorgeausgleich mit der Vorverlegung des massgebenden Stichtags für die Teilung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistung mit sich, dass mit Einreichung des Scheidungsverfahrens bei gegebenen Voraussetzungen der Vorsorgeunterhalt bereits bei der Bemessung des Trennungsunterhalts zu berücksichtigen ist. Bis anhin bildete dieser erst Gegenstand des nachehelichen Unterhalts. Der Unterhaltspflichtige sieht sich somit früher mit Vorsorgeunterhaltsforderungen konfrontiert, wogegen er mit Eintritt eines Vorsorgefalls eine höhere Rente geniesst.

In intertemporalrechtlicher Hinsicht scheint der Gesetzgeber die Schnittstelle zum Vorsorgeunterhalt übersehen haben. In Sonderkonstellationen bedarf es einer Abweichung vom Gesetzeswortlaut: Soweit zugunsten des berechtigten Ehegatten die Bedarfsposition Vorsorge bei der Bemessung des Trennungsunterhalts nicht berücksichtigt wurde, ist bei Scheidungen, welche vor Inkrafttreten der Revision rechtshängig geworden sind, entweder das bisherige Recht anzuwenden oder in Analogie zu Art. 124b Abs. 3 nZGB die Möglichkeit einer «überhälftigen» Teilung der Austrittsleistung zu prüfen.