

Dokument	FamPra.ch 2023 S. 1
Autor	Cordula Lötscher, Raphael Dummermuth
Titel	Kinder sind vermutungsweise lebensprägend
Urteilsbesprechung	5A_568/2021
Seiten	1-25
Publikation	Die Praxis des Familienrechts
Herausgeber	Michelle Cottier, Roland Fankhauser
Frühere Herausgeber	Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer
ISSN	1424-1811
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Kinder sind vermutungsweise lebensprägend

Gedanken zum Verhältnis zwischen nahehelichem Unterhalt und Betreuungsunterhalt, angeregt durch [BGE 148 III 161](#)

Cordula Lötscher, Ass.-Prof. Dr. iur., Advokatin, Assistenzprofessorin für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern

Raphael Dummermuth, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern, Doktorand an der Universität Fribourg und Gastforscher am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg

Stichwörter: *Nähehelicher Unterhalt, Lebensprägung, Betreuungsunterhalt, Lebenskostenmodell, Eigenversorgungskapazität, Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils.*

Mots-clés : *Entretien après le divorce, impact décisif sur la vie, contribution de prise en charge, modèle basé sur les frais de subsistance, capacité de subvenir à ses propres besoins, droit du parent qui s'occupe de l'enfant à une pension alimentaire.*

I. Einleitung

In Relativierung seiner früheren Rechtsprechung qualifiziert das Bundesgericht im Leitentscheid [BGE 148 III 161](#) eine Kurzehe, aus der ein Kind hervorgegangen ist, nicht als lebensprägend. Nachteile, die aus der Kinderbetreuung resultieren, seien seit der Einführung des Betreuungsunterhalts primär durch diesen auszugleichen. Andere Gründe für die Bejahung der Lebensprägung wie insbesondere die Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit lägen nicht vor. Ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt im Sinne des positiven Vertragsinteresses bestehe demnach nicht. Im vorliegenden Beitrag wird aufgezeigt, dass die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung angemessen war, wonach bei einem gemeinsamen Kind vermutungsweise von einer lebensprägenden Ehe auszugehen ist. Die durch das Bundesgericht vorgenommene Vermengung von Betreuungsunterhalt und den Grundsätzen zur Lebensprägung einer Ehe überzeugt nicht. Nachfolgend werden zunächst Sachverhalt und Erwägungen von [BGE 148 III 161](#) zusammengefasst. Sodann wird das Verhältnis von Betreuungsunterhalt und nahehelichem Unterhalt im Rahmen des finanziellen Ausgleichs betreuungsbedingter Nachteile in der Scheidung untersucht und dargelegt, dass die Vermutung zugunsten der Lebensprägung einer Ehe bei Vorhandensein eines gemeinsamen Kindes angemessen ist. Aufgezeigt wird, dass die neue Rechtspre-

chung des Bundesgerichts insbesondere berufstätige betreuende Elternteile, in Realität häufig Mütter, zu benachteiligen droht.¹

II. BGE 148 III 161

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im zugrunde liegenden Sachverhalt² heirateten die Ehegatten (Ehemann geb. 1948, Ehefrau geb. 1968) im Jahr 2009 und wurden 2011 Eltern einer Tochter.³ Im darauffolgenden Jahr hoben sie den gemeinsamen Haushalt auf. Im Oktober 2012 verlangte der Ehemann (Beschwerdeführer A.) die Regelung des Getrenntlebens. Im Juli 2014 klagte er auf Scheidung. Das Bundesgericht schied die Ehe schliesslich im Mai 2018 ohne Regelung der Nebenfolgen.⁴ Die Scheidungsnebenfolgen beschäftigten in der Folge wiederum die kantonalen Instanzen. Das Obergericht des Kantons Zürich regelte die Nebenfolgen der Scheidung mit Teilurteil vom 4. Juni 2021. Der Ehemann wurde zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt verpflichtet (CHF 11 970.– monatlich bis zum Eintritt der gemeinsamen Tochter in die Sekundarstufe I sowie CHF 10 350.– nach deren erfolgtem Eintritt in die Sekundarstufe I). Der Ehefrau wurde weiter die Nutzung einer Liegenschaft zuteil. Für die Zeit nach ihrem Auszug aus dieser Liegenschaft im Jahr 2027 verpflichtete das Obergericht den Ehemann prospektiv dazu, Beträge für die Wohnkosten sowie für die Hausratsversicherung zu leisten.⁵

Dagegen erhob der Ehemann im Juli 2021 Beschwerde in Zivilsachen am Bundesgericht. Er verlangte die Aufhebung des erwähnten Teilurteils des Obergerichts

FamPra.ch 2023 S. 1, 3

sowie die Festlegung substanziell niedrigerer Beträge betreffend den nachehelichen Unterhalt (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB).⁶

Vor Bundesgericht umstritten waren schliesslich zwei zusammenhängende Themenkomplexe: einerseits die Frage nach der Lebensprägung der Ehe, andererseits der Umfang der Unterhaltspflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau.⁷

2. Urteil des Obergerichts

Das Obergericht hält hierzu in seinem Urteil fest, die Parteien hätten zwischen 2009 und 2011 eine sogenannte Kurzehe geführt, wobei die Beschwerdegegnerin seit Längerem eine erfolgreiche Berufstätigkeit ausgeübt habe, als die gemeinsame Tochter geboren worden sei. Nach der Geburt habe die Beschwerdeführerin ihre Erwerbstätigkeit teilweise beibehalten. Damit könne diese Geburt nicht für sich allein als ein vertrauensbildendes Kriterium qualifiziert werden, nach welchem eine Lebensprägung bejaht werden könnte. Das Vorliegen einer lebensprägenden Ehe wurde durch das Obergericht aufgrund eines anderen Umstands angenommen: Die Ehefrau, die ein eigenes Beratungsunternehmen geführt hatte, überführte nach dem Eheschluss einen stets grösseren Anteil der von ihr wahrgenommenen Mandate in die Unternehmensgruppe des Ehemannes,⁸ woraus schliesslich eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Ehefrau

¹ Die Autoren bedanken sich bei lic. iur. Bruno Lötscher-Steiger, ehem. Zivilgerichtspräsident Basel-Stadt, MLaw Christapor Yacoubian, Doktorand an der Universität Basel, sowie den wissenschaftlichen Hilfsassistenten des Lehrstuhls für Zivilverfahrens- und Zivilrecht der Universität Luzern BLaw Chiara Bellucci, BLaw Carina Betschart und stud. iur. Justin Paljuh für das wertvolle Lektorat und/oder die formelle Unterstützung im Rahmen der Erstellung dieses Beitrags.

² BGE 148 III 161, 161 ff.; vgl. die Zusammenfassungen dieses Urteils bei Meier Philippe/Häberli Thomas, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Januar bis April 2022), ZKE 2022, 368, 205 ff., 218; sowie Meier Philippe, Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte (janvier à avril 2022), ZKE 2022, 173 ff., 187; vgl. ebenso Sieber Lorenz, Nachehelicher Unterhalt: keine Lebensprägung bei Kurzehe mit Kind, ZBJV 2022, 281 ff.; als Verweis auch in: Aebi-Müller Regina E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021 – Familienrecht – Eherecht (Eheschutz und Ehescheidung; insbes. Unterhaltsrecht) und Kindesrecht, ZBJV 2022, 372, 372 ff., 374; vgl. weitergehend Stoll Diego, Sind die Tage des nachehelichen Unterhalts gezählt?, recht 2022, 213 ff.

³ BGE 148 III 161, SV A.a., 162.

⁴ BGE 148 III 161, SV A.a., 162; vgl. BGer, 14.5.2018, 5A_623/2017, teilweise publiziert als BGE 144 III 298.

⁵ BGE 148 III 161, SV B.b., 163.

⁶ BGE 148 III 161, SV C., 163.

⁷ BGE 148 III 161, E. 3.1, 164.

⁸ BGE 148 III 161, E. 3.1, 164.

gegenüber ihrem Ehemann entstand.⁹ Das für die Bejahung des lebensprägenden Charakters der Ehe massgebende vertrauensbegründende Element lag für das Obergericht in dieser ökonomischen Abhängigkeit.¹⁰

3. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht befasst sich zunächst mit der Lebensprägung der Ehe der Parteien.¹¹ Hierzu hält es in Fortführung seiner in [BGE 147 III 249 \(E. 3.4.2\)](#) begründeten Rechtsprechung fest, die «Lebensprägung» sei kein Kippschalterkriterium, vielmehr sei der nacheheliche Unterhalt am ergebnisoffenen Katalog von Art. 125 Abs. 2 ZGB auszurichten.¹² Die bisher für das Vorliegen von Lebensprägung sprechenden Vermutungen wie namentlich das Vorhandensein gemeinsamer Kinder der

FamPra.ch 2023 S. 1, 4

Ehegatten seien zu relativieren und hätten keine absolute Geltung.¹³ Als lebensprägend sei eine Ehe jedenfalls dann einzustufen, wenn ein Ehegatte aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes seine ökonomische Selbstständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben habe und es ihm nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich sei, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen.¹⁴ Die Lebensprägung der Ehe bei einem gemeinsamen Kind sei bisher regelmässig bejaht worden. Seit Inkrafttreten des Betreuungsunterhalts hingegen könne aus dem Vorhandensein gemeinsamer Kinder allein nicht mehr auf Lebensprägung geschlossen werden, da die mit der Kinderbetreuung in Zusammenhang stehenden Nachteile mit dem Betreuungsunterhalt einer separaten Regelung unterständen.¹⁵ Es sei primär die Funktion des Betreuungsunterhalts, die Nachteile auszugleichen, die sich aus der Betreuung von Kindern ergeben. Der nacheheliche Unterhalt decke nach der gemäss ständiger Rechtsprechung anzuwendenden Lebenshaltungskostenmethode¹⁶ ausschliesslich jene Einbussen, die vom Betreuungsunterhalt nicht aufgewogen werden.¹⁷ Für das neue Kindesunterhaltsrecht ist die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder zentral.¹⁸ Daraus ergibt sich gemäss Bundesgericht, aus dem Vorhandensein gemeinsamer Kinder könne – mit Blick auf die Verteilung der Kompensationsfunktionen zwischen Betreuungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt – nicht (mehr) notwendigerweise auf die Lebensprägung einer Ehe geschlossen werden. Die rechtliche Würdigung des Obergerichts, wonach das Vorhandensein einer gemeinsamen Tochter kein ausschlaggebendes Indiz zur Bejahung der Lebensprägung der Ehe war, sei demnach gesetzeskonform.¹⁹

Bei der Prüfung der Lebensprägung der Ehe zieht das Bundesgericht weiter die Tatsache heran, dass die Ehefrau nach der Heirat einen Grossteil ihrer beruflichen Tätigkeit in die Unternehmensgruppe ihres damaligen Ehemannes überführte, jedoch nicht gänzlich aufgehört hatte zu arbeiten. Die Zeitspanne, in welcher die Ehegatten eine «klassische Rollenteilung», d.h. eine sogenannte «Hausgattenehe»²⁰ lebten, war aufgrund dessen weniger als ein Jahr lang.²¹ Im Weiteren erkennt das Bundesgericht in der Entscheidung der Beschwerdegegnerin, ihre berufliche Tätigkeit in den wirtschaftlichen Einflussbereich ihres Ehemannes zu überführen, «keine

⁹ Zum Ganzen [BGE 148 III 161, E. 3.1, 164.](#)

¹⁰ Zum Gedanken des Vertrauensschutzes in lebensprägenden Ehen vgl. Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022, N 551, sowie [BGE 135 III 59, E. 4.1, 61 f.](#) m.w.H.

¹¹ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168.](#)

¹² [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167.](#)

¹³ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#); m.H. auf [BGE 141 III 465, E. 3.1, 468 f.](#); [BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105 f.](#), sowie für die Zulässigkeit von Ausnahmen BGer, 8.6.2010, [5A_177/2010, E. 6.5.](#)

¹⁴ [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167](#) m.H.

¹⁵ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168.](#)

¹⁶ Seit [BGE 144 III 481, E. 4.8.3, 502.](#)

¹⁷ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#); m.H. auf [BGE 144 III 481, E. 4.8.3, 502.](#)

¹⁸ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#); m.H. auf [BGE 144 III 502, E. 6.7, 508 f.](#)

¹⁹ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168.](#)

²⁰ [BGE 147 III 249, E. 3.5.1, 260 ff.](#); Geiser Thomas/Can Suzan, Bundesgericht II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil [5A_907/2018 vom 3. November 2020](#) (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., Nebenfolgen der Scheidung, [AJP 2021, 401.](#)

²¹ [BGE 148 III 161, E. 4.3.3, 169.](#)

FamPra.ch 2023 S. 1, 5

direkte oder notwendige Folge der Ehe», sondern vielmehr eine ausschliesslich berufliche Entscheidung. Damit sei auch die Beeinträchtigung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Ehefrau nicht direkt ehebedingt, was die entsprechenden finanziellen Einbussen wiederum als Faktoren für die Beurteilung der Lebensprägung dequalifiziere.²² Das Bundesgericht geht in der Folge zwar von einer Erschwerung der beruflichen Wiedereingliederung der Ehefrau und Mutter aus, die durch die «verbleibenden Betreuungspflichten»²³ bedingt sei. Diese seien jedoch, genau wie die kurzzeitig gelebte klassische Rollenverteilung oder die wirtschaftliche Abhängigkeit, «ohne entscheidenden Einfluss» auf die Begründung der Lebensprägung.²⁴

Mit der Verneinung der Lebensprägung der Ehe geht gemäss Bundesgericht auch einher, dass bei der Berechnung eines nachehelichen Unterhalts an den vorehelichen Lebensverhältnissen und nicht an den während der Ehe gelebten Standard angeknüpft wird. Es besteht grundsätzlich Anspruch auf die Erfüllung eines negativen Interesses, das die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemeinhin als «Heiratsschaden»²⁵ bezeichnet. *In casu* äussert sich das Bundesgericht nicht abschliessend zur Frage, ob der Beschwerdegegnerin nach Verneinung der Lebensprägung ein Anspruch auf Ersatz eines negativen Vertragsinteresses in der Form eines Heiratsschadens zusteht.²⁶ Gestützt auf [Art. 107 Abs. 2 BGG](#) weist es den Fall zur Entscheidung dieser Frage zurück an das Obergericht.²⁷

4. Zu untersuchende Fragen nach [BGE 148 III 161](#)

[BGE 148 III 161](#) wirft verschiedene Fragen auf. Nachfolgend zu diskutieren sind zunächst das bundesgerichtliche Verständnis des Verhältnisses von Betreuungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt beim nachehelichen Ausgleich betreuungsbedingter Nachteile und die Auswirkungen dieser Auslegung auf den Begriff der Lebensprägung. Zu hinterfragen ist insbesondere die Feststellung, dass die Nachteile, die einem Elternteil aus der (nachehelichen) Betreuung eines während der Ehe geborenen gemeinsamen Kindes erwachsen, neu vorrangig durch den Betreuungsunterhalt abgegolten werden und für sich genommen eine Ehe nicht als lebensprägend erscheinen lassen. Genauer zu untersuchen ist auch die Erwägung des Bundesgerichts, wonach das Vorhandensein gemeinsamer Kinder nach Einführung des Betreuungsunterhalts die Vermutung zugunsten der Lebensprägung einer Ehe nicht mehr rechtfertigt. Fraglich ist zudem, ob es sachgerecht ist, den nachehelichen Unterhalt bei gemeinsamen Kindern nach dem negativen Interesse zu bemessen.

FamPra.ch 2023 S. 1, 6

III. Der nacheheliche wirtschaftliche Ausgleich betreuungsbedingter Nachteile

1. Zum Verhältnis von Betreuungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt

a) Betreuungsunterhalt

aa) Zweck und Natur des Betreuungsunterhalts

Der Betreuungsunterhalt, so stellt das Bundesgericht fest,²⁸ soll grundsätzlich die wirtschaftlichen Nachteile ausgleichen, die sich für den obhutsberechtigten Elternteil aus der nachehelichen Betreuung von Kindern ergeben.²⁹ Der Betreuungsunterhalt ist gemeinsam mit dem Bar- und dem Naturalunterhalt Teil des Kindesunterhalts und damit vom nachehelichen Unterhalt zu unterscheiden.³⁰ Die beiden Unterhaltsarten

²² Zum Ganzen [BGE 148 III 161, E. 4.3.3, 169.](#)

²³ [BGE 148 III 161, E. 4.3.4, 170.](#)

²⁴ [BGE 148 III 161, E. 4.3.4, 170.](#)

²⁵ [BGE 147 III 249, E. 3.4.1 und 3.4.6, 255 ff.](#); vgl. [BGE 148 III 161, E. 5.1, 170.](#)

²⁶ [BGE 148 III 161, E. 5.1, 170.](#)

²⁷ [BGE 148 III 161, E. 5.2, 171.](#)

²⁸ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168.](#)

²⁹ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 651.

³⁰ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 651.

teilen nicht dasselbe rechtliche Schicksal,³¹ Abhängigkeiten zwischen dem Kindesunterhalt und dem nachehelichen Unterhalt bestehen jedoch gleichwohl. Zu nennen ist hierbei etwa der Fall, in welchem ein unterhaltsberechtigtes Kind wirtschaftliche Selbstständigkeit erlangt, worauf sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kindesunterhaltsschuldners erhöht, infolgedessen wiederum ein bis anhin ungenügender nachehelicher Unterhalt auf ein genügendes Niveau erhöht werden kann.³² Ebenso ist anerkannt, dass der Betreuungsunterhalt zwar rechtlich Teil des Kindesunterhalts ist, wirtschaftlich jedoch primär jenem Elternteil zugedacht ist, welcher die persönliche Betreuung übernimmt, bzw. in dessen wirtschaftlichen Einflussbereich der Unterhaltsbeitrag fliesst (Art. 289 Abs. 1 ZGB gelangt auch für den Betreuungsunterhalt zur Anwendung).³³ Das Ziel des Betreuungsunterhalts ist die Gleichstellung sämtlicher Kinder, seien diese ehelich oder nichtehelich, und eine finanzielle Sicherstellung der Möglichkeit einer persönlichen Betreuung der Kinder in jeder Konstellation, d.h. unabhängig von einer rechtlichen Beziehung auf Elternebene.³⁴

FamPra.ch 2023 S. 1, 7

bb) Bemessung des Betreuungsunterhalts: Lebenshaltungskostenmethode

Der Betreuungsunterhalt soll das familienrechtliche Existenzminimum jenes Elternteils decken, der die Obhut innehat und infolge der Betreuung eines Kindes ein entsprechendes pekuniäres Manko trägt.³⁵ Ausgangspunkt der Berechnung des Betreuungsunterhalts stellt neben dem individuell festzustellenden Betreuungsbedarf des Kindes³⁶ gemäss Bundesgericht die Lebenshaltungskostenmethode dar. Danach wird der Betreuungsunterhalt unter Zuhilfenahme des betreibungsrechtlichen und bei ausreichenden finanziellen Mitteln des familienrechtlichen Existenzminimums berechnet: Die Differenz zwischen dem betreibungsrechtlichen bzw. soweit möglich dem familienrechtlichen Existenzminimum und dem tatsächlichen Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils (wobei ein zumutbares hypothetisches Einkommen gemäss Schulstufenmodell angerechnet wird³⁷) ist als Betreuungsunterhalt geschuldet.³⁸ Mit dem Betreuungsunterhalt wird also das Manko zwischen dem tatsächlichen Einkommen des betreuenden Elternteils und seinem familienrechtlichen Existenzminimum gedeckt.

Dies mag auf den ersten Blick als gerecht erscheinen – insbesondere wenn der Gedanke der Gleichbehandlung aller Kinder in den Vordergrund gestellt wird.³⁹ Die Methode wird aber der wirtschaftlichen Realität des Betreuungsunterhalts nicht zwingend gerecht: Jener dient wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil und ist somit im Wesentlichen ein Expartner:innen-Unterhalt. Insbesondere in (sehr) guten finanziellen Verhältnissen kann die Lebenshaltungskostenmethode zu stossenden Ergebnissen führen. Sie droht diejenigen betreuenden Elternteile zu benachteiligen, die kurz nach der Geburt eines Kindes ihre Erwerbstätigkeit (ggf. in einem Teilzeitpensum) wieder aufnehmen, insbesondere wenn sie vor der Geburt des Kindes einen Beruf mit überdurchschnittlichem Lohn und guten Karrierechancen ausgeübt haben. Verdient der betreuende Elternteil mit seiner Tätigkeit nämlich mehr als das familienrechtliche Existenzminimum, ist nach der geltenden Praxis ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt in jedem Fall zu verneinen. Ein gegebenenfalls darüber hinausgehender Anspruch auf nachehelichen Unterhalt soll nach

³¹ So fällt der nacheheliche Unterhalt etwa mit einer Wiederverheiratung dahin; vgl. Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 651. Im Weiteren ist zu beachten, dass für den Kindesunterhalt der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO gilt, während der Scheidungsunterhalt unter Zuhilfenahme des Verhandlungsgrundsatzes zustande kommt (Art. 55 Abs. 1 ZPO und [BGE 144 III 519, E. 5.1, 522](#)); vgl. zur Dispositionsmaxime [BGE 129 III 417, E. 2.1.1 und 2.1.2, 419 ff.](#); BGer, 18.7.2012, [5A 169/2012, E. 3.3](#); zur Ausnahme bei der Schuldneranweisung vgl. BGer, 12.2.2020, [5A 841/2018](#) und [5A 843/2018, E. 5.2](#).

³² Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 652.

³³ [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#); vgl. auch Botschaft Unterhaltsrecht, 551 f.

³⁴ Vgl. [BGE 144 III 502, E. 6.7, 508 f.](#); Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 1351; [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#).

³⁵ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 651.

³⁶ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 1354.

³⁷ Affolter Michael, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, [AJP 2020, 833 ff.](#); [BGE 143 III 233, E. 3.2, 235](#); [BGE 137 III 102, E. 4.2.2.2, 108 f.](#); vgl. weiter BGer, 31.8.2020, [5A 780/2019, E. 7](#).

³⁸ [BGE 141 III 465, E. 3.1, 468 f.](#); [BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105 f.](#)

³⁹ Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), 552, zur Kritik an der altrechtlichen Rechtslage 540., vgl. insb. den Verweis auf Leuba Audrey/Bastons Bulletti Françoise, Les contributions d'entretien après divorce: cas pratiques, in: Pichonnaz Pascal/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Le droit du divorce: questions actuelles et besoin de réforme, Genf 2008, 81, 85.

[BGE 148 III 161](#) in solchen Fällen ebenfalls nicht bestehen, da die Nachteile «rein» betreuungsbedingt sind und

FamPra.ch 2023 S. 1, 8

der betreuende Elternteil seine ökonomische Selbstständigkeit nicht vollumfänglich aufgegeben hat. Ob das familienrechtliche Existenzminimum in solchen Konstellationen in jedem Fall allein entscheidend sein soll für die (In-)Existenz eines Anspruchs auf Betreuungsunterhalt, scheint aus einer ganzheitlichen Betrachtung heraus fraglich – insbesondere wenn gemäss der vorliegend besprochenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst die Ehe nicht mehr zur Absicherung entsprechender Situationen dienen soll, wenn mit anderen Worten trotz gemeinsamer Kinder die Lebensprägung einer Ehe für den nach der Trennung alleinbetreuenden Elternteil verneint wird. Die Angemessenheit dieser Rechtsprechung ist nachfolgend zu untersuchen.

b) Nachehelicher Unterhalt

aa) Die Lebensprägung der Ehe als zentraler Faktor

Im Scheidungsrecht gelten der Grundsatz des «clean break» sowie der Vorrang der Eigenverantwortlichkeit und der Eigenversorgung der Ehegatten nach der Scheidung. Gleichzeitig sollen die Ehegatten die Folgen der während des Zusammenlebens gewählten Aufgabenteilung gemeinsam tragen.⁴⁰ Letzteres kann dazu führen, dass ein Ehegatte dem anderen Ehegatten nach der Scheidung einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen hat: Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere nach Art. 125 Abs. 1 ZGB einen angemessenen Beitrag zu leisten. Der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ff. ZGB wird durch die nacheheliche Solidarität begründet und nicht über seine schadenskompensierende Funktion.⁴¹

Zentraler Faktor bei der Beurteilung des Vorliegens eines Anspruchs auf Scheidungsunterhalt ist die Unterscheidung von *lebensprägenden* und *nicht lebensprägenden* Ehen.⁴² Auch wenn das Bundesgericht die Kippschalterfunktion der Lebensprägung jüngst relativiert hat,⁴³ wird in [BGE 148 III 161](#) gleichwohl die Lebensprägung als entscheidendes Kriterium für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts anhand des ehelichen Lebensstandards geprüft.⁴⁴ Nur eine lebensprägende Ehe begründet eine schützenswerte Vertrauensposition, aus welcher ein Anspruch auf nacheheli-

FamPra.ch 2023 S. 1, 9

chen Unterhalt erwächst, der den entstandenen «Scheidungsschaden»⁴⁵ kompensieren soll.⁴⁶ Die Lebensprägung einer Ehe begründet entsprechend einen Anspruch auf den Ersatz eines positiven Vertragsinteresses in der Form eines während der Ehe gelebten Standards (Scheidungsschaden),⁴⁷ während bei Verneinung der Lebensprägung die finanzielle Situation wiederhergestellt werden soll, die vor dem Eheschluss herrschte, und ehelich bedingte Nachteile ausgeglichen werden sollen. Entsprechend beabsichtigt ist der Ersatz einer Form des «negativen Vertragsinteresses», sogenannter «Heiratsschaden».^{48,49}

⁴⁰ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 548, 561 ff.; vgl. zum Primat der Eigenversorgung auch [BGE 147 III 249, E. 3.4.4, 258; 141 III 465, E. 3.1, 468 f.](#)

⁴¹ [BGE 147 III 249, E. 3.4.1, 255; BGE 141 III 465, E. 3.1, 469; BGE 137 III 102, E. 4.2.3.1, 111; BGE 134 III 145, E. 4, 146; BGE 132 III 593, E. 7.2, 596; BGE 127 III 289, E. 2a/aa, 291.](#)

⁴² [BGE 141 III 465, E. 3.1, 468; BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105 f.; BGE 135 III 59, E. 4.1, 61 f.; BGE 132 III 593, E. 3.2, 594 f.; BGE 147 III 293, E. 4.4, 296 ff.; BGE 138 III 289, E. 11.1.2, 292 f.](#); Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 553.

⁴³ [BGE 147 III 249, E. 3.4.2, 256](#); bestätigt in [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167.](#)

⁴⁴ [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167.](#)

⁴⁵ [BGE 147 III 249, E. 3.4.1 und 3.4.6, 255 ff.](#)

⁴⁶ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 553 ff.; während bei nicht lebensprägenden Ehen lediglich von «ehebedingten Nachteilen» die Rede ist; vgl. etwa [BGE 127 III 289, E. 2a/aa, 291; BGE 147 III 249, E. 3.4.1, 255 ff.](#)

⁴⁷ Hurni Nora, Ehelicher Standard als absolute Obergrenze?, [FamPra.ch 2020, 119](#), 119 ff; [BGE 132 III 593, E. 3.2, 594 f.; BGE 135 III 158, E. 4.3, 160.](#)

⁴⁸ [BGE 147 III 249, E. 3.4.1, 255.](#)

⁴⁹ BaslerKomm/Gloor/Schnyder, Vorbemerkungen Art. 125 ZGB, N 3a; [BGE 147 III 249, E. 3.4.1 und 3.4.6, 255 ff.](#) Im Übrigen gilt es wohl, die Verwendung des «negativen» wie des «positiven» Vertragsinteresses im Zusammenhang mit der Lebensprägung einer Ehe bzw. allgemein mit der Ehe *cum grano salis* zu lesen. Die beiden Konzepte werden

bb) Der Nachweis der Lebensprägung der Ehe bei gemeinsamen Kindern

Die Lebensprägung ist vom unterhaltsbeanspruchenden Ehegatten zu beweisen.⁵⁰ Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts galt die Vermutung, dass nach zehn Jahren Ehe oder bei gemeinsamen Kindern eine Lebensprägung zu bejahen ist, wobei als Grundlage die Zeit zwischen Eheschluss und faktischer Trennung galt und in Ausnahmefällen auch die Zeit des vorehelichen Zusammenlebens bis zu einem gewissen Grad mitberücksichtigt werden konnte.⁵¹

FamPra.ch 2023 S. 1, 10

Nach [BGE 148 III 161](#) sind die bisher für das Vorliegen von Lebensprägung sprechenden Vermutungen zu relativieren und haben keine absolute Geltung.⁵² Art. 125 ZGB enthält einen (nicht abschliessenden⁵³) Katalog von Faktoren, die für die Beurteilung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt in «ergebnisoffener»⁵⁴ Weise zu kombinieren sind.⁵⁵ Insbesondere die frühere Rechtsprechung, wonach die Lebensprägung einer Ehe zu vermuten ist, wenn ein gemeinsames Kind vorhanden ist,⁵⁶ scheint das Bundesgericht spätestens mit [BGE 148 III 161](#) aufgeben zu wollen.⁵⁷

Die Aufgabe dieser Vermutung zugunsten der Lebensprägung bei einem gemeinsamen Kind ist nicht sachgerecht. Vielmehr bestanden für die Vermutung viele objektive Gründe (vgl. unten III.1.b)dd). Unseres Erachtens kein Grund für die Aufgabe der Vermutung der Lebensprägung bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder ist der Betreuungsunterhalt, wie nachfolgend (unten III.1.c) zu zeigen sein wird.

cc) Das neue Erfordernis der vollständigen Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit

Die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lebensprägung, insbesondere die Verneinung der Lebensprägung im vorliegend diskutierten [BGE 148 III 161](#), wirft die Frage auf, wann bei gemeinsamen Kindern der Ehegatten noch von einer lebensprägenden Ehe ausgegangen werden kann. Geht das Bundesgericht auch bei gemeinsamen Kindern nur noch dann von einer lebensprägenden Ehe aus, wenn diese langjährig war und über eine längere Zeit (d.h. deutlich länger als ein Jahr) eine Hausgattenehe geführt wurde?⁵⁸ So ist dies aus [BGE 148 III 161](#) wohl herauszulesen. Das gemeinsame Kind reicht zur Begründung der Lebensprägung der Ehe nicht aus, auch eine einjährige Hausgattenehe und die auch darauffolgende weitgehende Alleinbetreuung des Kindes durch die Ehefrau sollen nicht ausschlaggebend sein.⁵⁹ Für das Bundesgericht ist eine Ehe jedenfalls dann als lebensprägend einzustufen, «wenn ein

regelmässig in Zusammenhang mit klassischen Austauschverträgen verwendet; vgl. Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage 2018, 1561 f.; Bucher Eugen, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1988, 341 ff.; Gauch Peter/Schlupe Walter/Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage 2020, 2897 ff. Die Ehe ist kein klassischer Austauschvertrag. Während die Verwendung des Begriffs des negativen Vertragsinteresses im Grundsatz einzuleuchten vermag (d.h. in Bezug auf das Abstellen auf die Wiederherstellung eines *status quo ante*), ist die Figur des positiven Vertragsinteresses doch stark an der *Erfüllung* eines Vertrags im Sinn der Erbringung einer Leistung orientiert. Dabei handelt es sich um eine andere Form des Vertrauensschutzes und eines Vertrauensverhältnisses, als wir sie im Scheidungsrecht antreffen. Entsprechend wird der nacheheliche Unterhalt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nicht mit dem Schadenersatzgedanken, sondern mit der nachehelichen Solidarität begründet, vgl. [BGE 147 III 249, E. 3.4.1, 255](#) m.H.

⁵⁰ Jungo Alexandra, Vom Risiko der Beweislosigkeit, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Der Familienprozess, Beweis – Strategien – Durchsetzung, Zürich 2020, 1, 1 ff.; Maier Philipp, Berechnung ehelicher und nachehelicher Unterhaltsbeiträge, [AJP 2020, 1276](#), 1283.

⁵¹ [BGE 147 III 249, E. 3.4.1, 255](#) m.H.

⁵² [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167](#); vgl. [BGE 147 III 249, E. 3.4.2, 256](#).

⁵³ Maier Philipp, [AJP 2020, 1276](#), 1282.

⁵⁴ [BGE 147 III 249, E. 3.4.2, 256](#).

⁵⁵ FamKomm/Schwenzer/Büchler, Art. 125 ZGB, N 55; CHK ZGB/Freiburghaus, Art. 125, N 33; [BGE 147 III 249, E. 3.4.2, 256](#).

⁵⁶ So noch [BGE 141 III 465, E. 3.1, 468](#); [BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105 f.](#); [BGE 135 III 59, E. 4.1, 61 f.](#)

⁵⁷ Ausdrücklich [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167](#), mit Hinweis auf [BGE 147 III 249 E. 3.4.1, 255](#), woraus dies aber noch nicht in dieser Deutlichkeit hervorgeht.

⁵⁸ *In casu* reichte eine während einem knappen Jahr gelebte Hausgattenehe nach der Rechtsauffassung des Bundesgerichts nicht aus, um eine Lebensprägung zu bejahen.

⁵⁹ Dazu kam im vorliegenden Fall die Tatsache, dass die Ehefrau während der Ehe einen Grossteil ihrer Mandate in die Unternehmensgruppe des Ehemannes überführt hatte.

Ehegatte seine ökonomische Selbstständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben hat und es ihm nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen oder einer

FamPra.ch 2023 S. 1, 11

anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, welche ähnlichen ökonomischen Erfolg verspricht, während der andere Ehegatte sich angesichts der ehelichen Aufgabenteilung auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte».⁶⁰

Welche Konsequenzen zieht diese Rechtsprechung nach sich? Werden bei einer solchen Auslegung nicht diejenigen betreuenden Elternteile benachteiligt, die einen Beruf ausüben, insbesondere wenn dieser ihnen (ggf. auch in einem Teilzeitpensum) die Deckung ihres Existenzminimums erlaubt? Geht eine solche Auslegung nicht zulasten derjenigen betreuenden Elternteile, die ihre berufliche Selbstständigkeit nicht gänzlich aufgegeben haben? Soll tatsächlich nur eine Ehe lebensprägend sein, die bei einem der Ehegatten zur gänzlichen Aufgabe der beruflichen Selbstständigkeit geführt hat? Darauf darf es u.E. heutzutage nicht ankommen. Vielmehr ist – mit dem Bundesgericht – auf das durch die Ehe begründete Vertrauen auf deren Weiterbestand abzustellen und darauf, ob das Vertrauen in den Fortbestand der Ehe und den Weiterbestand der bisherigen, frei vereinbarten Aufgabenteilung objektiv schutzwürdig erscheint.⁶¹ Die vollständige Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit darf für den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt nicht verlangt werden. Aus der abweichenden Ansicht des Bundesgerichts folgt eine Wertung der Ehe, die einer zeitgemässen Konzeption von Eigenverantwortlichkeit, Unabhängigkeit und Gleichberechtigung, wie sie dem heutigen Familienrecht strukturell zugrunde liegt, entgegensteht. Darüber hinaus entspricht sie u.E. auch dem grundsätzlichen Bestreben der heutigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum nachehelichen Unterhalt nicht: Deutlich wird nämlich insbesondere aus den jüngeren Entscheiden des Bundesgerichts zum nachehelichen Unterhaltsrecht, dass die Ehe grundsätzlich gerade nicht zu einer gegenseitigen Abhängigkeit der Ehegatten führen soll, zumal die Ehegatten nach der Ehe eigenverantwortlich für sich sorgen sollen – und damit realistischerweise auch während der Ehe ihre Unabhängigkeit tunlichst – und soweit realistisch – nicht aufgeben sollen.⁶² Die Lebensprägung der Ehe bei gemeinsamen Kindern abzulehnen, weil der (haupt-)betreuende Elternteil eine berufliche Tätigkeit zumindest in Teilzeit wieder aufnimmt, überzeugt nicht, zumal dieser Elternteil insbesondere dann familienrechtlich schutzlos dasteht, wenn aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit auch kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt besteht. Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten ist in einem zweiten Schritt, bei der Bemessung und der Dauer des Unterhaltsanspruchs zu berücksichtigen; es ist aber verfehlt, aus Gründen der weiterbestehenden Eigenversorgungskapazität bereits die Lebensprägung der Ehe abzulehnen (vgl. hierzu auch unten III.1.c)bb).

FamPra.ch 2023 S. 1, 12

dd) Einfluss der Lebensrealitäten des Elternwerdens auf die Beurteilung der Lebensprägung

Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt aufgrund der Betreuung von gemeinsamen Kindern (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB) und der Vermutung der Lebensprägung bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder ist sodann nachfolgenden Faktoren Rechnung zu tragen, die allesamt auf die Lebensrealität Bezug nehmen.

Aufgrund der biologischen Gegebenheiten ergibt sich in Bezug auf die gebärende Kindsmutter vermutungsweise ein lebensprägender Charakter aus jeder Geburt, was zunächst unabhängig vom «gewählten» Betreuungsmodell gilt, ja, welcher die Existenz einer solchen freien Wahl gar gänzlich infrage stellt. Dass die Geburt eines Kindes auch für einen involvierten Kindsvater grundsätzlich lebensprägend ist, wird nicht in Abrede gestellt und ist evident. Vorliegend wird aber auf die besondere Situation der Kindsmütter Bezug genommen, ohne die Beiträge der Kindsväter an Pflege und Erziehung der Kinder in irgendeiner Weise schmälern zu wollen. Es soll somit nicht ein Vergleich im Vordergrund stehen, sondern es werden die Lebensrealitäten des Kinderkriegens und damit die Angemessenheit der Vermutung zugunsten der Lebensprägung der Ehe aufgrund eines gemeinsamen Kindes mit besonderem Blick für die Mütter untersucht, da in der Praxis auch heute noch im Regelfall die Mütter hauptsächlich betreuen und die Väter unterhaltspflichtig sind: Alleinlebende Personen, die Alimente bezahlen, sind gemäss Bundesamt für Statistik (2021) in der Regel männlich (96%).⁶³

⁶⁰ [BGE 148 III 161, E. 4.2, 167.](#)

⁶¹ [BGE 148 III 161, E. 4.1, 166 f.](#)

⁶² Zum Vorrang der Eigenversorgung etwa [BGE 147 III 301, E. 6.2, S. 307.](#)

⁶³ Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht, Ziff. 13.2, S. 70, abrufbar unter

Ein (auch nur relativ kurzzeitiger, vorübergehender) Unterbruch der Erwerbstätigkeit, wie er bei Frauen mit einer Geburt bereits aus biologischen Gründen verbunden ist, und insbesondere auch eine Reduktion der Erwerbstätigkeit, stellen im gebärfähigen – und gleichzeitig für die Karriere entscheidenden – Alter eine signifikante Karrierebremse bzw. einen teilweisen Karrierestopp dar. Ein relativ frühzeitiger Wiedereinstieg in einem Teilzeitpensum ist zumeist notwendig, um einen späteren Wiedereinstieg in einem Vollzeitpensum in einer zufriedenstellenden Funktion abzusichern. Von jungen Müttern unbesehen direkt nach dem Mutterschaftsurlaub die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zu verlangen, würde allerdings der anspruchsvollen Situation nach dem Elternwerden und im Umgang mit kleinen Kindern nicht gerecht. Diese ist nicht bloss eine klassische 100%-Tätigkeit, sondern eine 24/7-Tätigkeit, die die betreuenden Personen stark fordert – insbesondere die Mütter, welche durch ihre Stiltätigkeit auch nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen 14 Wochen Mutterschaftsurlaub stark an das Baby gebunden sind und umgekehrt. Jungen Müttern eine diesbezügliche Wahlfreiheit zu unterstellen, schiene die gesellschaftlichen Realitäten zu verkennen. Das Bundesgericht wird dieser Tatsache grund-

FamPra.ch 2023 S. 1, 13

sätzlich auch dadurch gerecht, dass im Rahmen der Eigenversorgungskapazität beim «Schulstufenmodell» ein Erwerbseinkommen für betreuende Elternteile erst ab obligatorischer Einschulung des jüngsten Kindes verlangt wird.⁶⁴ Von den Müttern aber umgekehrt *de facto* zu erwarten, dass sie ihre berufliche Tätigkeit vollumfänglich aufgeben und auch nicht zumindest in Teilzeit wieder aufnehmen, damit sie Anspruch auf naheheilige Solidarität haben, da nur die vollständige Aufgabe ihrer ökonomischen Selbstständigkeit rechtlich – zumindest gemäss Bundesgericht – ein objektiv schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Ehe bedeuten soll, ist schädlich für die ökonomische Selbstständigkeit der betroffenen Frauen und setzt sowohl völlig falsche Signale als auch Fehlanreize.

Dazu kommt, dass die Hauptverantwortung für ein gemeinsames Kind auch bei einer gemeinsamen Entscheidung und bei objektiv geteilter Verantwortlichkeit zumindest zu Beginn physisch bedingt bei der Mutter liegt: Sie ist bereits ab Beginn und während der ganzen Dauer der Schwangerschaft sowie auch während mehrerer Monate nach der Geburt körperlich und zeitlich in höchstem Mass belastet. Viele Frauen leiden während der Schwangerschaft und/oder nach der Geburt an physischen und zum Teil auch psychischen Einschränkungen von unterschiedlichster Ausprägung.⁶⁵ Zur physischen und psychischen Mehrbelastung kommt eine organisatorische Belastung hinzu, die sich ebenfalls bereits aus den biologischen Gegebenheiten ergibt: Ärztliche Konsultationen vor und nach der Geburt sind durch die Mutter wahrzunehmen, die Pränataldiagnostik, die frauenärztliche Betreuung und die Hebammenbegleitung betreffen die Mutter, Rechnungen und Krankenkassenabrechnungen laufen einzig über die Mutter usw.⁶⁶ Häufig ist zu beobachten, dass diese – ursprünglich wie dargelegt auf den biologischen Gegebenheiten basierende – Hauptverantwortung für das Kind zusammen mit allen damit verbundenen Belangen schleichend und vermeintlich zufällig bei der Mutter verbleibt, was auch mit den gesetzlichen Ansprüchen auf Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub zusammenhängt, die den Müttern eine sehr viel längere Zeit zu Hause mit dem Kind ermöglichen als den Vätern. Nur am Rande

FamPra.ch 2023 S. 1, 14

sei die Bemerkung erlaubt, dass ein paritätischer Elternurlaub diesbezüglich relevante Änderungen bewirken könnte. Eine tatsächlich paritätisch gelebte gemeinsame Verantwortung ist anspruchsvoll herzustellen und bedarf vieler bewusster gemeinsamer Entscheidungen durch die Eltern.

Dieser Lebensrealität der (Haupt-)Verantwortung für ein Kind, welche eine kaum quantifizierbare Belastung darstellt und deren Aufteilung in einer Ehe vermutungsweise auf gemeinsamen Entscheidungen beruht, ist auch bei der Beurteilung der Lebensprägung der Ehe Rechnung zu tragen. Da das System des Betreuungsunterhalts als Kindesunterhalt mit dem dahinterstehenden Gedanken der Gleichbehandlung aller

<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/17084546> (16.12.2022).

⁶⁴ Vgl. [BGE 144 III 481](#), insb. E. 4.7.6, 497, wobei festzuhalten ist, dass das Schulstufenmodell je nach Kanton bereits einen Einstieg in einem 50%-Pensum erfordern kann, wenn das jüngste Kind knapp vier Jahre alt ist und in den Kindergarten eingeschult wird; dies erweist sich in der Praxis als sehr strenge Regelung.

⁶⁵ «Es kommt häufig vor, dass schwangere Frauen weniger arbeiten oder einige Wochen vor dem Geburtstermin ganz mit Arbeiten aufhören müssen und somit krankgeschrieben werden», Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, 2021 (Fn. 63), Ziff. 5.7, S. 29; vgl. zum Ganzen auch Bericht des Bundesrates vom 2. März 2018 in Erfüllung des Postulates 15.3793 Maury Pasquier vom 19. Juni 2015, Mutterschaftsurlaub, Erwerbsunterbrüche vor der Geburt, abrufbar unter <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/themenuebergreifend/berichte-vorstoesse/br-bericht-mutterschaftsurlaub-vor-geburt.pdf.download.pdf/br-bericht-mutterschaftsurlaub-vor-geburt.pdf> (19.12.2022), insb. Ziff. 3.3 S. 7 ff.

⁶⁶ Gemeint sind nicht Untersuchungen des Kindes, sondern Untersuchungen der schwangeren bzw. gebärenden Frau.

Kinder zumindest bei Anwendung des Lebenshaltungskostenmodells es nicht erlaubt, den konkreten Verhältnissen der betreuenden Person und damit insbesondere auch deren Einkommensmöglichkeiten und den getätigten Einschränkungen Rechnung zu tragen (vgl. oben III.1.a.bb), muss zumindest im Bereich des nachhehlichen Unterhalts ein entsprechender Ausgleich möglich sein.

Auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gesamtzusammenhänge sind zur Beantwortung der Frage der Lebensprägung einer Ehe aufgrund eines Kindes heranzuziehen; das Familienrecht hat auch solchen Realitäten Rechnung zu tragen.⁶⁷ Mehr Frauen als Männer schliessen eine Hochschule ab, im Durchschnitt sind sie in der Schule und auch im Studium sogar erfolgreicher als die Männer.⁶⁸ Gleichzeitig gibt es immer noch viel mehr Männer in Kaderpositionen.⁶⁹ Diese Tatsache ist u.E. untrennbar verbunden mit den biologischen und gesellschaftlichen Realitäten des Elternwerdens. Die Phase der Mutterschaft fällt häufig zusammen mit der entschei-

FamPra.ch 2023 S. 1, 15

denden Karrierephase, insbesondere bei Akademikerinnen mit langen Ausbildungen wie Ärztinnen, Anwältinnen usw. Männer werden durch das Elternwerden bereits aus biologischen Gründen weniger häufig zu einer (starken) Reduktion ihrer Pensen gezwungen, und die Wahl einer signifikanten Teilzeittätigkeit (70% und tiefer) durch einen Mann erfährt leider in der Arbeitsrealität auch häufig noch nicht dieselbe Akzeptanz wie bei Frauen. Frauen hingegen sind bereits während der Schwangerschaft häufig gezwungen, ihre Arbeitstätigkeit zu reduzieren oder gänzlich zu unterbrechen; in einem Bericht des Bundesrates von 2018 wird von 80% der Fälle ausgegangen.⁷⁰ Mit der Geburt ist zwingend ein sogenannter Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen verbunden,⁷¹ welcher mit «Urlaub» insbesondere in der ersten Phase in der Realität nur wenig gemein hat. Nach Ende des Mutterschaftsurlaubs ist die Stillzeit für die Mutter noch nicht zu Ende; dieser Realität begegnet das Arbeitsgesetz in Art. 60 grundsätzlich mit entsprechenden Freistellungsansprüchen,⁷² welche jedoch nur dann umsetzbar sind bzw. umgesetzt werden, wenn dies organisatorisch und logistisch für die Mutter und den Betrieb im Bereich des Möglichen liegt. Der Druck auf die jungen Mütter, das eigene Baby zumindest während sechs Monaten (und damit mehr als zehn Wochen über die Dauer des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs hinaus) selbst zu stillen und nicht auf Ersatzmilch

⁶⁷ Der Gedanke, dass Rechtssätze auch auf ihre soziologischen und ökonomischen Wirkungen untersucht werden können und sollten, findet sich bereits bei Max Weber; vgl. Weber Max, Rechtssoziologie, Neuwied/Berlin/Darmstadt 1960, S. 57 ff., wo von den «in der Form von Reflexwirkungen gewährten Chancen» gesprochen wird, die Rechtssätze gewähren oder verunmöglichen.

⁶⁸ Gemäss den Zahlen des Bundesamts für Statistik (BFS) sind im Studienjahr 2021/2022 52,6% der Abgänger von Institutionen des tertiären Bildungssektors weiblich. Der tertiäre Bildungsweg umfasste im Rahmen dieser Erhebung universitäre Hochschulen, Fachhochschulen und pädagogische Hochschulen; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bildung-wissenschaft/personen-ausbildung/tertiarstufe-hochschulen.html> (26.10.2022).

⁶⁹ Die Häufigkeit von Frauen unter den Arbeitnehmenden in Führungsposition nimmt seit 1996 leicht zu und macht mittlerweile wenig mehr als einen Drittel aus, bleibt damit aber auf einem sehr niedrigen Niveau; vgl. hierzu die Erhebungen des BFS zum Themenkomplex «Frauen in Führungspositionen»: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/erwerbstaetigkeit/berufliche-stellung.assetdetail.21685241.html> (26.10.2022); Frauen haben generell eine schlechtere berufliche Stellung als Männer; sie sind öfter Arbeitnehmende ohne leitende Funktion, Männer sind öfter als Frauen Selbstständigerwerbende und Arbeitnehmende in einer Leitung eines Unternehmens oder nehmen eine leitende Funktion ein. Diese Unterschiede bleiben auch dort bestehen, wo der Bildungsgrad unter Männern und Frauen gleich ist, vgl. hierzu die Erhebungen des BFS zum Themenkomplex «Gleichstellung von Mann und Frau – Berufliche Stellung»; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-frau-mann/erwerbstaetigkeit/berufliche-stellung.assetdetail.21685252.html> (26.10.2022).

⁷⁰ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 2. März 2018, Mutterschaftsurlaub, Erwerbsunterbrüche vor der Geburt (Fn. 65), Ziff. 3 S. 7 ff.

⁷¹ [Art. 329 f. OR.](#)

⁷² Bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten; bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden: mindestens 60 Minuten; bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten; vgl. [Art. 59 ArG](#) (SR 822.11) sowie Art. 60 Abs. 1 ARGV 1 (SR 822.111; «Arbeitszeit und Stillzeit bei Schwangerschaft und Mutterschaft») sowie das IAO-Übereinkommen Nr. 183 (SR 0.822.728.3).

⁷³ Das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV, die Schweizerische Gesellschaft für Pädiatrie und die Schweizerische Gesellschaft für Ernährung und die Stillförderung Schweiz empfehlen ausschliessliches Stillen während der ersten (vier bis) sechs Lebensmonate. Beikost kann ab dem fünften Monat schrittweise und sollte ab dem siebten Monat eingeführt werden (Broschüre des Bundesamts für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen zur Ernährung während Schwangerschaft und Stillzeit vom August 2020, https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/14/1402EC7524F81EDAB691A4B7A29D332B.pdf, S. 11; Fragen und Antworten zur Ernährung rund um Schwangerschaft und Stillzeit vom November 2018,

umzustellen, ist gleichzeitig ein schulmedizinisches Faktum.⁷³ Der Organisations- und Kraftaufwand, in dieser Phase eine auch «nur» teilzeitige Berufstätigkeit

FamPra.ch 2023 S. 1, 16

wieder aufzunehmen, ist beträchtlich; daraus resultiert insgesamt eine kaum zu unterschätzende Mehrfachbelastung. Aufschlussreich ist denn auch der Blick in die Statistik: Im Jahr 2019 arbeiteten in der Schweiz 78% der erwerbstätigen Mütter mit Kindern unter 25 Jahren Teilzeit; bei den Männern machte der Anteil der Teilzeiterwerbstätigen nur 12% aus.⁷⁴ Vor der Geburt des ersten Kindes hingegen arbeiten fast drei Viertel der Frauen mit einem hohen Beschäftigungsgrad (zwischen 90% und 100%).⁷⁵ Die Teilzeiterwerbstätigkeit geht geschlechterunabhängig mit dem Alter des jüngsten Kindes zurück.⁷⁶ Die genannten Gründe sind u.E. zumindest mitverantwortlich dafür, dass Männer in vergleichbaren Positionen in dieser entscheidenden Karrierephase häufig an den muttergewordenen Frauen «vorbeiziehen» und nächste Karriereschritte tätigen können – während die Frauen aufgrund ihrer Unterbrüche und Teilzeittätigkeiten in ihren Karrieren gebremst werden oder diese schlicht auch zurückstellen (müssen).⁷⁷ Es ist zentral, dass auch das Familienrecht dieser anspruchsvollen Phase gerecht wird, in welcher junge Eltern auf diversen Ebenen gleichzeitig gefordert sind.

Die geschilderten Umstände gelten umso mehr, wenn eine Frau in der beschriebenen Phase zur alleinerziehenden Mutter wird. Zu vergessen ist auch nicht, dass ein gemeinsames Kind in einer Ehe normalerweise auf einer gemeinsamen Entscheidung beruhen dürfte und dass die damit verbundenen Folgen und die Wahl, die Hauptverantwortung bei der Mutter zu belassen, immer auch auf gemeinsamen Entscheiden basieren. Wie bewusst oder unbewusst der Entscheid des Verbleibs der Hauptverantwortung bei der Mutter gefällt wurde, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, wie die Aufteilung durch die Ehegatten tatsächlich gelebt wurde – denn tatsächlich Gelebtes basiert auf (auch stillschweigend) gemeinsam getroffenen Entscheidungen.⁷⁸

Diese Faktoren der Lebensrealität finden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung u.E. keinen eindeutigen Niederschlag. Das Bundesgericht spricht im vorliegenden Entscheid zwar von «verbleibenden Betreuungspflichten», welche die

FamPra.ch 2023 S. 1, 17

wirtschaftliche Wiedereingliederung erschweren würden. Es sieht auf Basis einer Gesamtbetrachtung jedoch eine Lebensprägung mangels eines tatsächlich verletzten Vertrauens nicht gegeben. Das scheint gerade die Realität von Alleinerziehenden zu verkennen, deren «verbleibende Betreuungspflichten»⁷⁹ sich nicht in einen «gedeckten» und einen «verbleibenden» Bestandteil unterscheiden lassen, sondern konstant, unveränderlich und alltäglich während 24 Stunden anfallen. Die Organisation von Fremdbetreuung ist tagsüber unter der Woche möglich; am frühen Morgen, am Abend, in der Nacht und am Wochenende ist sie anspruchsvoll; wenn Kinder krank werden, muss innert kürzester Zeit umdisponiert werden; die Mehrbelastung durch die Verantwortung für ein Kind fällt jederzeit an. Diese Umstände stellen signifikante

https://www.blv.admin.ch/dam/blv/de/dokumente/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/faq-ernaehrung-rund-um-schwangerschaft-und-stillzeit.pdf.download.pdf/FAQ_Ern%C3%A4hrung_rund_um_Schwangerschaft_und_Stillzeit_DE.pdf, S. 2 ff.; https://www.stillfoerderung.ch/logicio/pmws/stillen_grundlagen_de.html). Die WHO empfiehlt ebenso, Kinder in den ersten sechs Monaten nach der Geburt ausschliesslich zu stillen, die deutsche nationale Stillkommission sowie das deutsche Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft vertreten dieselbe Empfehlung (<https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/gesunde-ernaehrung/schwangerschaft-und-baby/stillen.html>) (16.10.2022).

⁷⁴ Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, 2021 (Fn. 63), Ziff. 5, S. 26.

⁷⁵ Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, 2021 (Fn. 63), Ziff. 5.7, S. 29.

⁷⁶ Bundesamt für Statistik, Familien in der Schweiz, 2021 (Fn. 63), Ziff. 5, S. 26.

⁷⁷ Diese «Weichenstellung» mag mithin auch ein Indikator dafür sein, dass der Gender Overall Earnings GAP (GOEG) während des Laufs der Erwerbskarriere zunimmt (und nicht etwa kleiner wird); sie beträgt 7,9% bei den 15- bis 24-Jährigen, steigt dann auf 27,3% bei den 25- bis 34-Jährigen und nimmt anschliessend noch weiter zu (35- bis 44-Jährige: 48,4%; 45- bis 54-Jährige: 50,8%; 55- bis 64-Jährige: 53,5% [vgl. Bericht des Bundesrates zur Erfassung des Gender Overall Earnings Gap und anderer Indikatoren zu geschlechterspezifischen Einkommensunterschieden vom 7. September 2022; <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/73041.pdf>, 17.12.2022]).

⁷⁸ Vgl. BaslerKomm/Isenring/Kessler, Art. 163 ZGB, N 33, wo festgehalten wird, dass die Verständigung der Ehegatten über die Art und die Höhe der gemäss Art. 163 Abs. 2 ZGB zu leistenden Beiträge in jeder denkbaren Form geschehen kann. In einer ehelichen Gemeinschaft, wo regelmässig nicht unter Zuhilfenahme von *expressis verbis* festgehaltenen Willensäusserungen kommuniziert wird, sind entsprechend auch konkludente Willensäusserungen rechtsgenügend.

⁷⁹ [BGE 148 III 161, E. 4.4, 170.](#)

Hürden auf dem Weg dar, an eine frühere berufliche Stellung anzuknüpfen oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die vergleichbaren wirtschaftlichen Erfolg verspricht, und zwar nicht nur bei Vorliegen einer Langzeitehe.

Dass das Bundesgericht in [BGE 148 III 161](#) ausführt, das nacheheliche Absehen von jeglicher Erwerbstätigkeit durch die früher gutverdienende Ehefrau sei unabhängig der sich aus der Kinderbetreuung ergebenden Implikationen und sei zu einem wesentlichen Teil auf eine freie Lebensentscheidung der Ehefrau zurückzuführen, erstaunt sehr. Von einer «freien Lebensentscheidung» ohne Einfluss von Ehe und vor allem Kind kann u.E. höchstens in Ausnahmefällen ausgegangen werden. Jedenfalls darf bei einem gemeinsamen Kind bei Aufgabe oder Reduktion der Berufstätigkeit durch einen Ehegatten nicht eine freie Lebensentscheidung vermutet werden, sondern hat – jedenfalls bis zum Beweis des Gegenteils – die umgekehrte Vermutung zu greifen (vgl. auch unten III.2.). Dies zeigt grundsätzlich bereits das bundesgerichtliche Schulstufenmodell, wonach einer Mutter mit einem Kleinkind vor der obligatorischen Einschulung keine Erwerbstätigkeit zuzumuten ist.⁸⁰ Dass die Mutter im vorliegenden Fall bereits früher, relativ kurz nach der Geburt, ihre Erwerbstätigkeit wieder aufgenommen hatte und diese später, wohl im Zusammenhang mit der Trennung, wieder aufgab, ändert daran nichts.

Die genannten Umstände rechtfertigen ein Festhalten an der Vermutung der Lebensprägung (auch) einer Kurzehe beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder gemäss der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁸¹ Dass der Betreuungsunterhalt daran nichts geändert hat, wird nachfolgend aufgezeigt (C.I.4.). Zunächst ist aber die Frage zu untersuchen, ob das «negative Vertragsinteresse», auf welches die Ehefrau in [BGE 148 III 161](#) verwiesen wurde, beim Ausgleich betreuungsbedingter Nachteile überhaupt als taugliche Alternative zur Bejahung der Lebensprägung und damit zum positiven Vertragsinteresse anzusehen ist.

FamPra.ch 2023 S. 1, 18

ee) Negatives Vertragsinteresse («Heiratsschaden») als unpassende Rechtsfigur bei Kindern

Neben den soeben getätigten Ausführungen über regelmässig auftretende *faktische* Gegebenheiten scheint es zudem auch aus einem *dogmatischen* Blickwinkel durchaus begründungswürdig, inwieweit die Lebensprägung bei einem gemeinsamen Kind und mit Blick auf die Figur des «negativen Vertragsinteresses» verneint werden kann. Die Verneinung der Lebensprägung bewirkt ein Abzielen auf die Wiederherstellung eines *status quo ante*. Dies wiederum ist bei einem Kind schlicht unmöglich – es scheint, dass das Konzept des negativen Vertragsinteresses seine Legitimität in den Abwägungen über die Lebensprägung gar völlig verliert, wenn ein gemeinsames Kind vorhanden ist. In Bezug auf die «Entflechtung» der Lebensentwürfe der ehemaligen Partner:innen ist die Existenz eines gemeinsamen Kindes ein *point of no return*; der frühere Zustand ist von diesem Moment an nicht wiederherstellbar. Das Bundesgericht äussert sich freilich nicht zur Frage, wie das «negative Vertragsinteresse» in Bezug auf eine nicht lebensprägende Ehe ausgestaltet sein könnte: Soll dieses tatsächlich dazu dienen, all die angesprochenen Nachteile auszugleichen und eine Stellung wie vor der Ehe wiederherzustellen? Letzteres ist kaum anzunehmen, zumal daraus gar ein Anspruch auf einen höheren Lebensstandard resultieren könnte als bei Abstellen auf den ehelichen Standard, da das Kind «weggedacht» werden müsste und damit plötzlich auch über entgangene Karrieren zu diskutieren wäre. Dies erscheint weder sachgerecht noch wünschenswert.

Das Vertrauen in den Weiterbestand der Ehe bei einem gemeinsamen Kind, der Übernahme der Hauptverantwortung für das Kind und der zumindest partiellen Aufgabe der früheren beruflichen Tätigkeit zu *verneinen*, erscheint damit als fragwürdig, zumal all diese Faktoren auf gemeinsamen Entscheidungen beruhen.

c) Vom Zusammenspiel zwischen Betreuungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt

aa) Betreuungsunterhalt hat keinen Einfluss auf die Beurteilung der Lebensprägung der Ehe

Das Bundesgericht relativiert in [BGE 148 III 161](#) die Vermutung der Lebensprägung einer Kurzehe aufgrund eines gemeinsamen Kindes mit der Begründung, dass der Betreuungsunterhalt die sich aus der Kinderbetreuung ergebenden Nachteile nunmehr separat regle. Dieser Schluss ist allerdings unzulässig und bewirkt im Ergebnis eine erhebliche Benachteiligung von Ehegatten (in der Realität insbesondere Ehefrauen), welche trotz Kinderbetreuung (allenfalls auch in einem Teilzeitpensum) ihre Berufstätigkeit

⁸⁰ Vgl. [BGE 144 III 481](#), insb. E. 4.7.6, 497.

⁸¹ Vgl. etwa [BGE 141 III 465](#), E. 3.1, 468 f.; [BGE 137 III 102](#), E. 4.1.2, 105 f.

wieder aufnehmen – und damit unter Umständen auch ihr familienrechtliches Existenzminimum selbst decken können. Der Betreuungsunterhalt hat nichts daran geändert, in welchen Fällen von einem schützenswerten Vertrauen in den Fortbestand der Ehe auszugehen ist. Die durch das Bundesgericht vorgenommene Ver-

FamPra.ch 2023 S. 1, 19

mengung der Regelung des Betreuungsunterhalts mit den Grundsätzen zur Lebensprägung und damit des nahehelichen Unterhalts überzeugt nicht. Das Bundesgericht vermischt damit im Ergebnis die Figur der Lebensprägung bzw. die Frage des Anspruchs auf nahehelichen Unterhalt mit der auf das Existenzminimum beschränkten Eigenversorgungskapazität des betreuenden Ehegatten (zumeist der Ehefrau). Dabei vermittelt der naheheliche Unterhalt einen Anspruch auf die Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards, der durchaus auch höher sein kann als das familienrechtliche Existenzminimum. Kann die Ehefrau ihren Bedarf im Sinne des familienrechtlichen Existenzminimums selbst decken, besteht in konsequenter Anwendung des Lebenskostenmodells kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt. Gleichzeitig sollen gemäss Bundesgericht durch die Kinderbetreuung bedingte Nachteile heutzutage primär durch den Betreuungsunterhalt ausgeglichen werden, und es sei die Lebensprägung der Ehe aus diesem Grund bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder nicht mehr zu vermuten.⁸² Mit dieser Begründung dürfen aber die Lebensprägung und damit der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt im Sinne des «positiven Vertragsinteresses» (mit grundsätzlichem Anspruch auf Fortführung des ehelichen Lebensstandards) nicht abgelehnt werden. Die gegenteilige Auffassung führt dazu, dass die Lebensprägung der Ehe und die Eigenversorgungskapazität des betreuenden Elternteils in unzulässiger Weise vermischt werden. Bei diesen handelt es sich aber um streng auseinanderzuhaltende Faktoren, welchen eine unterschiedliche Aufgabe zukommt.

Das bundesgerichtliche Verständnis der Funktion des Betreuungsunterhalts, welcher nunmehr den Ausgleich betreuungsbedingter Nachteile primär regle und die gleichzeitige Verneinung der Lebensprägung «allein» aufgrund eines gemeinsamen Kindes bewirkt, dass der auf eine Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder ausgerichtete Betreuungsunterhalt plötzlich die betreuenden Ehegatten zu benachteiligen und die Ehe zu schwächen droht. Die Einführung des Betreuungsunterhalts hat aufgrund der in [BGE 148 III 161](#) begründeten Rechtsprechung die Konsequenz, dass die Hürden für einen Anspruch auf nahehelichen Unterhalt viel höher geworden sind – notwendig scheint nun die (vollständige) Aufgabe der ökonomischen Selbstständigkeit zu sein. Dieser Effekt kann nicht *ratio* der Regelung sein – und sollte entsprechend gegen die Ziele des Betreuungsunterhalts abgewogen werden. Warum dieses bundesgerichtliche Verständnis der Auswirkungen der Einführung des Betreuungsunterhalts auf die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts nicht zu überzeugen vermag, wird weiter unten aufgezeigt (vgl. III.1.c).

bb) «Lebensprägung» und «Eigenversorgungskapazität» als zwei separate Faktoren

Die Lebensprägung der Ehe darf nicht mit der auf das Existenzminimum beschränkten Eigenversorgungskapazität der Ehegatten vermengt werden. Unter dem

FamPra.ch 2023 S. 1, 20

Gesichtspunkt der Eigenversorgungskapazität können Dauer und Höhe des nahehelichen Unterhalts beschränkt werden. Es handelt sich bei der Eigenversorgungskapazität um einen nächsten «Prüfpunkt» im Rahmen der Beurteilung des Anspruchs auf nahehelichen Unterhalt nach Bejahung der Lebensprägung – liegt eine lebensprägende Ehe vor, ist in einem weiteren Schritt die Eigenversorgungskapazität der Berechtigten zu überprüfen, und danach die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen.⁸³ Nicht überzeugend ist es, im Ergebnis aufgrund der bestehenden Eigenversorgungskapazität die durch das Kind (mit-)begründete Lebensprägung der Ehe zu verneinen. Der Betreuungsunterhalt ist Kindesunterhalt und deckt den Grundbedarf des betreuenden Elternteils. Die Ehe soll und kann aber eine darüber hinausgehende Absicherung bieten. Auch nach Einführung des Betreuungsunterhalts bleibt entscheidend, ob von einem Vertrauen in den Bestand der Ehe auszugehen ist. Ein solches Vertrauen bei einem gemeinsamen Kind vermutungsweise zu bejahen, ist sachgerecht und entspricht den gesellschaftlichen Realitäten. Berufstätige (allein-)betreuende Elternteile (in Realität insbesondere die Mütter) dafür zu benachteiligen, dass sie ihre beruflichen Tätigkeiten wieder aufnehmen, und sie ohne Unterstützung bzw. vor allem ohne Anspruch auf die Aufrechterhaltung des ehelichen Lebensstandards zurückzulassen, widerspricht einem Grundpfeiler des Eherechts, wonach gemeinsam gefällte Entscheidungen und Konsequenzen der gemeinsam gewählten

⁸² [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 167 f.](#)

⁸³ Vgl. zum Prüfungsschema Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E. (Fn. 10), N 552, zur Eigenversorgungskapazität N 561 ff.

Rollenteilung gemeinsam zu tragen sind.⁸⁴ Jedenfalls darf die trotz Betreuungspflichten aufrechterhaltene Eigenversorgungskapazität nicht ausschlaggebend sein für die Bejahung oder Verneinung der Lebensprägung der Ehe aufgrund des Kindes, ansonsten ist eine Benachteiligung von berufstätigen und gleichzeitig (allein-)betreuenden Elternteilen (insbesondere Müttern), die eine entsprechende Mehrfachbelastung auf sich nehmen, unumgänglich.

cc) Gedanken zu den bundesgerichtlichen Erwartungen an eine Ehe

Die Verneinung der Lebensprägung im vorliegenden Fall und die Tatsache, dass aus der gelebten gegenseitigen Unterstützungssituation kein Vertrauenstatbestand abgeleitet werden durfte, wirft auch eine Frage auf, deren Beantwortung sich die Rechtsgemeinschaft immer wieder neu diskursiv zu erschliessen hat: Was ist *de lege lata* Zweck der Ehe? Oder: Welche Interessen will das Gesetz nach einer geltungs-

FamPra.ch 2023 S. 1, 21

zeitlichen Einordnung mit dieser Rechtsfigur schützen? Mit welchem Grad an vertraglicher Bindung – inklusive sämtlicher daraus erwachsender Konsequenzen – muss rechnen, wer eine Ehe eingeht? Das vorliegende Urteil stellt die herkömmlichen Antworten auf diese Fragen auf die Probe und kann als Anstoss dazu gesehen werden, diese Diskussion wieder aufzunehmen.

Weiter fragt sich auch, was in Zukunft noch einen Anspruch auf naheheliche Solidarität in Form eines nahehelichen Unterhalts vermitteln kann und soll. Die durch das Bundesgericht praktizierte restriktive Interpretation der Lebensprägung erscheint nicht zeitgemäss, auch wenn hinter ihr die grundsätzlich zeitgemässe Auffassung der Stärkung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit beider Ehegatten zu stehen scheint. Erreicht wird das Gegenteil, wenn als «echte» Ehe, die auch die gesetzlich vorgesehenen Folgen der ehelichen Solidarität insbesondere bei Auflösung der Ehe nach sich zieht, nur noch eine Ehe gilt, die einen der Ehegatten zur Aufgabe seiner wirtschaftlichen Selbstständigkeit gezwungen hat. Das unveränderte Festhalten an der Hausgattenehe als Richtwert steht quer zu heutzutage tatsächlich gelebten Formen des Zusammenlebens, welche aber gleichermassen eheliche Gemeinschaften sind, in welchen Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe bestehen kann. Relevant ist mit dem Bundesgericht die Unterscheidung zwischen Fällen, in denen ein Vertrauen in die gegenseitige Unterstützung unter den Ehegatten geschützt werden soll, und denjenigen, in denen das nicht der Fall ist. Dies zieht weitere Fragen nach sich: Worin besteht der Vertrauenstatbestand⁸⁵ zweier in einer Partnerschaft zusammenlebender Menschen genau? Ist er generell-abstract überhaupt zu benennen oder nur im Einzelfall feststellbar? Könnte ein solches Vertrauen nicht allenfalls gar grundsätzlich zu vermuten sein, und nur gestützt auf den Beweis des Gegenteils zu verneinen? An dieser Stelle ist erneut festzustellen, dass einer der wenigen Tatbestände, dessen Vorliegen regelmässig ein Vertrauen zweier Menschen untereinander begründbar und annehmbar macht, das Vorhandensein eines gemeinsamen Kindes ist.

2. Postulat: Zurück zur Vermutung zugunsten der Lebensprägung bei gemeinsamen Kindern

Die Lebensprägung der Ehe aufgrund des gemeinsamen Kindes darf nach dem Gesagten nicht wegen der weiterhin bestehenden Eigenversorgungskapazität der Ehefrau verneint werden; dieser Schluss wäre unzulässig. Ein Kind kann auch dann lebensprägend sein, wenn die Eigenversorgungskapazität beider Ehegatten aufrechterhalten bleibt. Unseres Erachtens ist die Lebensprägung aufgrund der vorliegend getätigten Ausführungen über die Lebensrealitäten des Elternwerdens in Fortführung der bisherigen langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts vermuthungs-

FamPra.ch 2023 S. 1, 22

weise, auch bei einer Kurzehe, zu *bejahen*. Die nun vorgenommene Relativierung ist nicht gerechtfertigt. Die Aufgabe der Vermutung geschieht ohne Not, erhöht die Voraussetzungen an einen Anspruch auf nahehelichen Unterhalt im Sinne des positiven Interesses massgeblich, und widerspricht damit u.E.

⁸⁴ Gemäss Art. 163 ZGB sind die Ehegatten während der Dauer der Ehe eine wirtschaftliche Gemeinschaft; sie verständigen sich über die Rollenteilung während der Ehe und darüber, wer von ihnen welchen Beitrag leistet; vgl. BaslerKomm/Gloor/Schnyder, Vorbemerkungen Art. 125 ZGB, N 1; BaslerKomm/Isenring/Kessler, Art. 159, N 1; Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022, N 7 zu §28, sprechen von «einträchtigem Zusammenwirken, gegenseitiger Fürsorge und Treue» als Merkmale der Ehe.

⁸⁵ Zum Begriff Canaris Claus Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätsschriften, Band 16, München 1971, 491.

einerseits grundlegenden Pfeilern unseres Ehe- und Scheidungsrechts und andererseits auch gesellschaftlichen Realitäten. Das negative Vertragsinteresse erweist sich als ungeeignet und nicht sachgerecht für die Bemessung eines Unterhaltsanspruchs bei gemeinsamen Kindern. Vielmehr war die *konstante frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts angemessen und auch praktikabel, wonach auch Kurzehe bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder vermutungsweise lebensprägend sind*.⁸⁶ Der Betreuungsunterhalt hat daran nichts geändert. Möglich bleibt wie bei jeder gesetzlichen Vermutung der Beweis des Gegenteils, d.h. der Beweis der fehlenden Lebensprägung durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten.⁸⁷

Die Annahme einer solchen Vermutung bewegt sich im Übrigen im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, welche Art. 125 Abs. 2 ZGB gegenüber den Rechtsanwendenden formuliert; hier sind die Gerichte befähigt, eine Hierarchie unter den Elementen des Indizienkatalogs aus Art. 125 Abs. 2 ZGB zu bilden und bestimmten unter ihnen besonderes Gewicht zu verleihen. Um eine Auslegung *contra legem* handelt es sich hierbei nicht – der *telos* von Art. 125 Abs. 2 ZGB ist es, festzustellen, ob ein Unterhaltsanspruch vorliegt oder nicht,⁸⁸ wofür der genannte Rechtssatz einen Katalog von Kriterien zur Feststellung der Lebensprägung bietet⁸⁹ – die Entwicklung eines ständigen *usus fori* darüber, wie dieser Katalog anzuwenden ist, ist rechtens. Dieser Ansicht scheint auch das Bundesgericht zu sein, welches zum Beispiel bis zu [BGE 147 III 308](#) im Grundsatz (wenn auch zugunsten der Einzelfallbetrachtung schon länger in aufgeweichter Form) die sogenannte 45er-Regel verfolgte. Auch diese stellte eine Konkretisierung⁹⁰ über die Anwendung dieses Katalogs dar.⁹¹ Somit befinden wir uns auch bei der Formulierung von Mechanismen wie der hier postulierten Vermutung im Bereich der Normtextarbeit *intra legem* (bzw. der Auslegung i.e.S.).

FamPra.ch 2023 S. 1, 23

Während also nach dem Gesagten mit Blick auf das Unterhaltsrecht an der früheren Rechtsprechung festzuhalten ist, wonach bei Vorhandensein eines gemeinsamen Kindes auch bei einer Kurzehe die Lebensprägung zu vermuten ist, scheint einmal mehr fraglich, ob es nicht angemessener wäre, den *Betreuungsunterhalt als zivilstandsunabhängigen Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils* zu qualifizieren und bewusst als solchen auszugestalten. Es müsste erneut darüber diskutiert werden, ob und wie individuelle Faktoren beim betreuenden Elternteil für eine möglichst gerechte Lösung zu berücksichtigen sind. Auch der unbestrittenermassen zentrale Gedanke der Gleichbehandlung aller Kinder, unabhängig von ihrer Herkunft, sollte nicht zu einer im Ergebnis ungerechten Behandlung der betreuenden Personen führen.

Jedenfalls aber darf und soll die *Ehe als bewusst eingegangene Verbindung auf Elternebene* andere Konsequenzen nach sich ziehen als eine Beziehung, in welcher auf diese rechtliche Verbindung und auch die Absicherung auf Elternebene verzichtet wurde. Es ist die Ehe, welche den Anspruch auf nacheheliche Solidarität begründet, und es sind die in der Ehe getroffenen Entscheidungen, welche auch nach der Ehe weiterhin gemeinsam zu tragen sind. Das gemeinsame Kind in der Ehe und die Aufteilung der Verantwortung für das Kind sind solche Entscheidungen, die vermutungsweise gemeinsam gefällt und getragen werden, und die im Übrigen vermutungsweise auch darauf gründen, dass die Ehegatten Vertrauen in den Fortbestand der Ehe haben. Zu Recht führt das Bundesgericht im Grundsatz aus, dass der nacheheliche Unterhalt diejenigen Einbussen abdecken kann, die durch die Betreuung anfallen und durch den Betreuungsunterhalt nicht gedeckt sind.⁹² Dies bedeutet aber auch, dass die Lebensprägung der Ehe aufgrund der gemeinsamen Kinder nicht unter Verweis auf die (Neu-)Regelung des Betreuungsunterhalts verneint werden kann. Vielmehr vermag der Betreuungsunterhalt unter Anwendung des Lebenskostenmodells gerade in (sehr) guten finanziellen Verhältnissen nur einen Teil der betreuungsbedingten Nachteile abzudecken. An der Frage, ob das Vertrauen in den Fortbestand der Ehe aufgrund des gemeinsamen Kindes zu bejahen ist, ändert der Betreuungsunterhalt schlicht nichts.

⁸⁶ So statt vieler [BGE 141 III 465, E. 3.1, 468](#); [BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105](#).

⁸⁷ Zur Widerlegbarkeit gesetzlicher Vermutungen mittels Beweis des Gegenteils vgl. etwa BaslerKomm/Lardelli/Vetter, Art. 8 N 67; Göksu Tarkan, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 8 N 18.

⁸⁸ BaslerKomm/Gloor/Schnyder, Vorbemerkungen Art. 125 ZGB, N 1.

⁸⁹ BaslerKomm/Gloor/Schnyder, Vorbemerkungen Art. 125 ZGB, N 3a.

⁹⁰ Gloor/Spycher sprechen in Bezug auf Konkretisierungen dieser Art im Unterhaltsrecht von «Merksätzen», womit aber dasselbe gemeint ist, vgl. BaslerKomm/Gloor/Schnyder, Vorbemerkungen Art. 125–130 ZGB, N 8.

⁹¹ [BGE 147 III 308, E. 5, 313 ff.](#); Gleiches gilt für die in der alten Rechtsprechung geltenden Vermutungen, nach welchen bei einer zehnjährigen Ehe oder bei Vorliegen eines gemeinsamen Kindes eine Lebensprägung vorlag ([BGE 141 III 465 E. 3.1, 458](#); [BGE 137 III 102, E. 4.1.2, 105](#); [BGE 132 III 598, E. 9.2, 600](#); [BGE 127 III 136, E. 2c, 140](#)).

⁹² [BGE 148 III 161, E. 4.3.1, 168](#).

IV. Zusammenfassung und Fazit

Für den Entscheid, ob und in welcher Höhe und Dauer nachehelicher Unterhalt geschuldet ist, sind die in Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien entscheidend. Ausgangspunkt ist, ob die Ehe lebensprägend war, wobei diesem Umstand nach dem Bundesgericht nicht die Rolle eines Kippschalters zukommt. Nach konstanter frühe-

FamPra.ch 2023 S. 1, 24

rer bundesgerichtlicher Rechtsprechung war die Lebensprägung einer Kurzehe bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder zu vermuten. Spätestens in [BGE 148 III 161](#) relativiert das Bundesgericht bedauerlicherweise diese Vermutung, an welcher aus verschiedenen Gründen weiterhin festzuhalten ist. Die Einführung des Betreuungsunterhalts ändert nichts an der Angemessenheit dieser Vermutung. Die durch das Bundesgericht vorgenommene Vermischung der Regelung des Betreuungsunterhalts mit den Grundsätzen der Lebensprägung und des nachehelichen Unterhalts ist nicht angezeigt. Die Verantwortung für ein Kind ist geradezu exemplarisch «lebensprägend», das Vertrauen in den Fortbestand der Ehe ist bei einem gemeinsamen Kind vermutungsweise zu bejahen. Der Beweis des Gegenteils bleibt möglich. Ein gemeinsames Kind scheint sodann die Wiederherstellung eines *status quo ante* mit einer solchen Offenkundigkeit zu verunmöglichen, dass die Figur des negativen Interesses auf diese Situationen nicht zu passen vermag. Diesem Umstand ist mit der vermutungsweisen Bejahung der Lebensprägung beim Vorhandensein gemeinsamer Kinder im Rahmen der Beurteilung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt Rechnung zu tragen.

Das dispositive Gesetzesrecht vermag bei Verneinung der Lebensprägung unter Bezugnahme auf die Grundsätze des Betreuungsunterhalts insbesondere bei guten finanziellen Verhältnissen und berufstätigen betreuenden Elternteilen (heutzutage mehrheitlich Müttern) kaum mehr die (vertragliche) Absicherung für den Normalfall sicherzustellen. Jene Ehegatten können nicht auf den Betreuungsunterhalt verwiesen werden; dieser allein reicht nicht dazu aus, die erlittenen beruflichen und finanziellen Nachteile auszugleichen. Insbesondere berufstätigen Frauen in guten finanziellen Verhältnissen muss heute geraten werden, sich im Hinblick auf einen allfälligen Unterhaltsanspruch ehevertraglich abzusichern,⁹³ sofern sie planen, Kinder zu haben und ihre Arbeitstätigkeit deshalb zu reduzieren. Dass dies einem romantischen Bild der Ehe nicht entspricht und der Verzicht darauf vielleicht gerade auch mit dem vorliegend durch das Bundesgericht verneinten Vertrauen in den Weiterbestand der Ehe verbunden ist, ist wohl allerdings auch Teil der Lebensrealität.

FamPra.ch 2023 S. 1, 25

Zusammenfassung: Die Lebensprägung der Ehe ist entscheidend für die Festlegung des gebührenden nachehelichen Unterhalts. In [BGE 148 III 161](#) wird in Relativierung der früheren Rechtsprechung die Lebensprägung einer Kurzehe trotz einem gemeinsamen Kind verneint. Die durch die Betreuung entstehenden Nachteile seien heutzutage durch den Betreuungsunterhalt auszugleichen. Im vorliegenden Beitrag wird aufgezeigt, warum die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung angemessen war, wonach eine Ehe bei einem gemeinsamen Kind vermutungsweise lebensprägend ist. Die Vermengung von Betreuungsunterhalt und Lebensprägung der Ehe überzeugt nicht. Der Betreuungsunterhalt darf nicht zur Folge haben, dass die Vermutung der Lebensprägung der Ehe bei einem gemeinsamen Kind wegfällt. Dieser unzulässige Schluss benachteiligt aufgrund des Lebenskostenmodells insbesondere berufstätige Mütter, die auch in einem Teilzeitpensum ihr Existenzminimum selbst decken können. Der Verweis des unterhaltsberechtigten Ehegatten auf das negative Vertragsinteresse ist bei gemeinsamen Kindern nicht sachgerecht.

Résumé : La question de l'impact décisif du mariage sur la vie est déterminante pour fixer l'entretien convenable après le divorce. L'[ATF 148 III 161](#) vient relativiser la jurisprudence rendue jusqu'à présent en déniaut l'impact décisif d'un mariage de courte durée sur la vie, et ce malgré la présence d'un enfant commun. Selon le Tribunal fédéral, les inconvénients résultant de la prise en charge de l'enfant sont

⁹³ Die Verbindlichkeit entsprechender ehevertraglicher Regelungen ist seit [BGE 145 III 474](#) anerkannt (E. 5.5). Vorausgesetzt ist allerdings die Genehmigung durch das Gericht, vgl. [BGE 145 III 474, E. 5.5, 482](#) mit Verweis auf [BGE 121 III 393, E. 5, 393 ff.](#) betreffend einen vor Eheschliessung im Rahmen eines Ehevertrages erklärten Vorausverzicht auf Unterhaltsansprüche; vgl. zu letzterem auch BGer, 5.6.2019, [5A 980/2018, E. 3](#); BGer, 12.1.2016, [5A 501/2015, E. 3.1.1](#); BGer, 21.6.2011, [5A 40/2011, E. 3.3](#); BGer, 2.10.2008, [5A 599/2007, E. 6.1](#); BGer, 14.7.2005, 5C.270/2004, E. 4.1.

désormais compensés par la contribution de prise en charge. Cet article explique pourquoi la précédente jurisprudence du Tribunal fédéral retenait, à juste titre, que le mariage était présumé avoir eu un impact décisif sur la vie s'il y avait un enfant commun. L'amalgame entre contribution de prise en charge et impact décisif du mariage sur la vie ne convainc pas. La contribution de prise en charge ne doit pas avoir pour effet de faire tomber la présomption d'impact décisif du mariage en présence d'enfant commun. Cette conclusion contraire à l'esprit de la loi désavantage en particulier les mères qui travaillent et qui sont en mesure de couvrir leur minimum vital même avec un temps partiel, en raison de la méthode des frais de subsistance. Dans la présence d'enfants communs il n'est pas adéquat de renvoyer l'époux crédientier à l'intérêt négatif.

Nutzung ausschliesslich
zu universitären Zwecken