

## I. Zivilrecht

### A. Familienrecht

#### 1 Art. 137 ZGB; Unterhalt im Präliminarverfahren

Nur bei der erstmaligen Festsetzung von vorsorglichem Unterhalt nach Rechtskraft der Scheidung bedarf es einer positiven Prognose im Unterhaltspunkt im Hauptverfahren. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Scheidungsverfahrens vor rechtskräftiger Scheidung werden hingegen keine ehebedingten Nachteile vorausgesetzt. Die Höhe des vorsorglichen Unterhalts richtet sich in beiden Fällen nach den Art. 163 bis 165 ZGB, wobei dem mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes verfolgten Zweck der Aufhebung der Lebensgemeinschaft insofern Rechnung zu tragen ist, als der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Eigenversorgungskapazität) grösseres Gewicht zugemessen wird.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 21. September 2009 i.S. M.F. gegen M.K.F.

#### *Aus den Erwägungen*

##### 3.1.

Der Kläger macht in der Beschwerde unter Berufung auf Six (Eheschutz, Bern 2008, N 2.67), der auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 12. März 2007 (ZSU.2005.421) verweist, und Gloor (Basler Kommentar, N 10 zu Art. 137 ZGB) geltend, der Eheschutz- resp. Präliminarrichter habe insbesondere von der Zuspreehung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen abzugehen, wenn mit einer Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu rechnen ist und mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Scheidungsverfahren kein nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist. Das Scheidungsurteil vom 30. April 2009 verpflichte den Kläger zu keinen nachehelichen Unterhaltszahlungen, zumindest sofern und so lange sich seine finanzielle Lage nicht wesentlich verbessere.

Damit habe die Unterhaltspflicht des Klägers bereits ab dem Zeitpunkt zu entfallen, an dem mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen gewesen sei. Dies sei mindestens ab Einreichung der Abänderungsklage vom 25. Januar 2008 anzunehmen. Zudem hätten die Parteien bereits seit dem November 2003 getrennt gelebt, bei Klageeinreichung also bereits seit über vier Jahren.

### 3.2.

Dem zitierten Urteil der 5. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. März 2007 (ZSU.2005.421) lag die Situation zu Grunde, dass die Ehe der Parteien zur Zeit des Beschwerdeentscheides des Obergerichts im Präliminarverfahren bereits rechtskräftig geschieden, im Hauptverfahren im Unterhaltspunkt aber noch eine Appellation hängig war. Das Obergericht führte in diesem Zusammenhang aus, Art. 137 Abs. 2 Satz 2 ZGB sehe vor, dass vorsorgliche Massnahmen auch dann angeordnet werden können, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über die Scheidungsfolgen fort dauert. Entsprechend der allgemeinen Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei erforderlich, dass der Ansprecher auf vorsorglichen Unterhalt angewiesen ist, wobei sich nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (Art. 137 Abs. 2 Satz 3 ZGB) die Höhe des vorsorglichen Unterhalts grundsätzlich am ehelichen (Art. 163 ZGB) und nicht am nachehelichen (Art. 125 ZGB) Unterhalt orientiere. Für die Zusprechung von vorsorglichem Unterhalt über die rechtskräftige Scheidung hinaus bedürfe es zusätzlich einer gewissen Prognose im Unterhaltspunkt im Hauptverfahren; dem Massnahmegericht müsse die Möglichkeit zugestanden werden, vorsorgliche Unterhaltsbeiträge zu verweigern, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Scheidungsverfahren kein nachehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB zu erwarten sei (Erw. 3.3.2). Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber um die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bis zur Rechtskraft der Scheidung. Diese Ansprüche wurden auch im Obergerichtsurteil vom 12. März 2007 unabhängig von einer Prognose hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts im Hauptverfahren beurteilt. Der Kläger kann daher aus diesem Urteil nichts für seinen Standpunkt herleiten. Gleich verhält es sich mit der vom Kläger zi-

tierten Lehrmeinung. Gloor (Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2006, 3. Aufl., N 10 zu Art. 137 ZGB) differenziert zwar nicht zwischen vorsorglichen Massnahmen vor und nach Rechtskraft der Scheidung, verweist für seine Auffassung, die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge könne verweigert werden, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Endurteil kein Unterhaltsbeitrag nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist, aber auf ZR 100 Nr. 4 und Suter/Freiburghaus (Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 41 und 45 f.). Beide Zitatstellen befassen sich ebenfalls mit der Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge nach rechtskräftiger Scheidung. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Scheidungsgericht eine lebensprägende Ehe und einen auf zwei Jahre befristeten Unterhaltsanspruch der Beklagten bejaht (vgl. Scheidungsurteil, Erw. 5.6.2), zur Zeit aber mangels Leistungsfähigkeit des Klägers von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages abgesehen (Scheidungsurteil, Erw. 5.5.5) und einen Vorbehalt gemäss Art. 129 Abs. 3 ZGB ins Urteil aufgenommen hat.

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Scheidungsverfahrens vor rechtskräftiger Scheidung können insbesondere bei der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB) mit einbezogen werden (BGE 128 III 65 ff.). Diese Mitberücksichtigung der Kriterien für den Scheidungsunterhalt bedeutet nun jedoch nicht, dass der eheliche Unterhalt bereits nach den Regeln über den nachehelichen Unterhalt bemessen wird. Art. 125 ZGB kommt nicht direkt zur Anwendung; Grundlage des Unterhaltsanspruchs eines Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe bleibt ausschliesslich Art. 163 bis 165 ZGB und bemisst sich dieser nach der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes nach wie vor nach diesen Bestimmungen. Während der Ehe haben beide Ehegatten Anspruch auf grundsätzlich gleiche Teilhabe an der vereinbarten Lebenshaltung (BGE 119 II 314 Erw. 4b/aa) und auch während des Scheidungsverfahrens nicht nur auf Ausgleich ehebedingter Nachteile. Dem mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes verfolgten Zweck der Aufhebung der Lebensgemeinschaft wird aber

insofern Rechnung getragen, als der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Eigenversorgungskapazität) grösseres Gewicht zugemessen wird.

**2 Art. 176 ZGB**

**Prozesserledigung im Eheschutzverfahren aufgrund einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 24. August 2009 i.S. A.S.-Z. gegen G.S.

*Aus den Erwägungen*

Die von der Vorinstanz gewählte Verfahrenserledigung in den von den Parteien durch Vergleich erledigten Punkten (darunter Unterhalt) ist problematisch. Anders als im Scheidungsrecht bedürfen in einem Eheschutzverfahren geschlossene Vereinbarungen keiner richterlichen Genehmigung. Folglich hat der Eheschutzrichter dem kantonalen Prozessrecht entsprechend das Verfahren insoweit, als es um der Parteidisposition unterliegende Ansprüche geht (so der Anspruch auf persönlichen Unterhalt eines Ehegatten), als durch Vergleich erledigt von der Kontrolle abzuschreiben, was in einem ein Urteilssurrogat darstellenden Abschreibungsentscheid geschieht (während die Genehmigung einer Konvention in Urteilsform erfolgt). Hinsichtlich der der Oficialmaxime unterliegenden Ansprüche (so der Anspruch auf Kinderunterhalt und andere Kinderbelange) hat der Eheschutzrichter dagegen - nicht anders als der Scheidungsrichter - eine autoritative Anordnung in Urteilsform zu treffen (die materiell dem von den Eltern in der Vereinbarung gestellten gemeinsamen Antrag entsprechen kann).

**3 Art. 279 und 287 Abs. 3 ZGB**

**Das mit der Unmündigenunterhaltsklage befasste Gericht, das sich mit der Genehmigung einer zwischen dem Kinderbeistand und dem Vater geschlossenen Unterhaltsvereinbarung begnügt, ohne die Kindesmutter angehört zu haben, begeht dieser gegenüber eine Gehörsverletzung.**