

Elisabeth Freivogel

NACHEHELICHER UNTERHALT

VERWANDTENUNTERSTÜTZUNG

SOZIALHILFE

Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen

Eine Analyse von Gerichtsurteilen, Sozialhilfegesetzgebung und -praxis, erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen

September 2006, bezüglich Rechtsprechung des Bundesgerichts ergänzt im März 2007

INHALTSVERZEICHNIS

I. Zusammenfassung der Kapitel II bis VI	4
II. Einleitung	12
1. Problemumschreibung	12
2. Untersuchungsanlage	14
III. Nachehelicher Unterhalt	16
1. Allgemeines	16
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Mankofällen	17
a) Vor der Scheidungsrechtsrevision	17
b) Revision des Scheidungsrechts	19
c) Nach der Scheidungsrechtsrevision	19
d) Zusammenfassung der Entwicklung und der Begründung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	23
e) Kritische Würdigung	24
3. Bezifferung des Fehlbetrags und Heraufsetzung oder Neufestsetzung des nachehelichen Unterhalts	26
4. Bezifferung des Fehlbetrags und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts	28
5. Nachehelicher Vorsorgeaufbau	30
IV. Verwandtenunterstützung	33
1. Allgemeines	33
2. Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht	34
3. Umfang und Geltendmachung des Anspruchs	37
4. Rückerstattungspflicht gegenüber den Verwandten	39
5. Durchsetzung in den Kantonen	40
6. Anwendungspraxis in den Kantonen	43
V. Sozialhilfe	50
1. Allgemeines zum Sozialhilferecht	50
a) Grundlagen und Organisation	50
b) Subsidiarität und weitere Prinzipien der Sozialhilfe	51
c) Das soziale Existenzminimum in Abgrenzung zum betriebsrechtlichen Existenzminimum (Notbedarf)	52
2. Nichtberücksichtigung von Unterhaltspflichten	54
3. Rückerstattung von Sozialhilfe an das Gemeinwesen	56
a) Allgemeines	56
b) Rückerstattungspflicht der Erbinnen und Erben	57

c) Rückerstattungspflicht der ehemals unterstützten Person	58
d) Zusammenfassung	58
VI. Begrenzung der sozialhilferechtlichen Rückerstattungspflicht und der Verwandtenunterstützungspflicht durch die Grundrechte	60
1. Einführung in die Thematik	60
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen bei Rückforderung von Sozialhilfe	61
3. Abhilfe im Rahmen möglicher Ermessensausübung der Behörden	64
4. Anrufung der Grundrechte durch die Betroffenen	65
VII. Folgerungen	67
Abkürzungsverzeichnis	74
Literaturverzeichnis	76

I. Zusammenfassung der Kapitel II bis VI

Geschiedene Frauen sind weit überproportional und besonders stark von **Armut** betroffen. Bei Trennung/Scheidung reicht häufig das Familieneinkommen nicht für die Deckung der Bedürfnisse zweier Haushalte (sogenannte Mankofälle). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird in diesen Fällen das ganze Manko der an sich unterhaltsberechtigten Person (allermeistens Ehefrauen, häufig mit Kindern) zugewiesen, welche in der Folge sozialhilfeabhängig werden. Nur in einer relativ geringen Zahl aller Scheidungsfälle erhält die Ehefrau Unterhaltsleistungen für sich (im Jahr 2001 weniger als 30 %, Tendenz rapide weiter sinkend). In fast 60 % der Scheidungsfälle, in welchen die Ehefrau den Bedarf ihres Haushalts mit Eigeneinkommen und Unterhaltsleistungen nicht decken kann, bleibt demgegenüber dem Ehemann auf der andern Seite nach Abzug der von ihm zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge an seine Familie sowie des Bedarfs für seinen eigenen Haushalt von seinem Einkommen ein Überschuss von mehr als CHF 500.-- pro Monat für sich.

Personen, die Sozialhilfe beziehen, sind diesbezüglich rückerstattungspflichtig. Bei den von Armut betroffenen geschiedenen Frauen wächst somit ein **Schuldenberg** an. Auch die Verwandten dieser Frauen müssen damit rechnen, dass sie je nach Verwandtschaftsgrad und je nach ihrer eigenen finanziellen Situation im Rahmen der zivilrechtlichen Verwandtenunterstützungspflicht für sie aufkommen müssen.

Im Hinblick auf diese **besondere Betroffenheit vieler geschiedener Frauen** untersucht diese Studie die seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechtes publizierte Gerichtsentscheide aller Ebenen hinsichtlich Festsetzung des nahehelichen Unterhalts in Mankofällen, sowie die Sozialhilfegesetzgebung der Kantone daraufhin, wie sich diese grundsätzlich zur Rückerstattung von Sozialhilfe einerseits und zur Verwandtenunterstützung andererseits verhalten.

Nachehelicher Unterhalt

Vor der Scheidungsrechtsrevision wurde der **Eigenbedarf des Unterhaltsverpflichteten**, in den nicht eingegriffen werden darf, vom Bundesgericht definiert als das betriebsrechtliche Existenzminimum plus ein Zuschlag von 20 % plus Steuern.

In der Lehre war die **bundesgerichtliche Rechtsprechung umstritten**. Teilweise hatten auch kantonale Obergerichte anders entschieden. Die ablehnende Haltung wurde überwiegend damit begründet, dass aufgrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur die eine Partei mit allfälligen Rückerstattungsansprüchen des Gemeinwesens für bezogene Sozialhilfe konfrontiert sei, während die andere Partei auch bei Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation keinen solchen Regress zu befürchten habe. Es wurde die **Aufteilung des Mankos** verlangt. Diese Forderung wurde anlässlich der Scheidungsrechtsrevision vom Nationalrat auch aufgenommen, vom Ständerat jedoch abgelehnt (und ist nicht Gesetz geworden). Seither hat sich die Mehrheit der Lehre zur Ablehnung der Manko-Teilung kritisch geäußert.

Die Kritik ist nicht ganz wirkungslos geblieben. Das Bundesgericht bleibt zwar konstant dabei, dass dem Unterhaltsschuldner auch in Mankofällen nicht in seinen Notbedarf eingegriffen werden darf (und zwar auch dann nicht, wenn es um die Bemessung von Kinderunterhalt, also um die Sicherung des Lebensbedarfs von Kindern geht). Die Rechtsprechung hat sich jedoch insofern verändert, als dieser **Notbedarf heute enger** berechnet wird als früher. Mit der heute gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird im Gegensatz zu früher die Steuerlast nicht mehr berücksichtigt und es darf kein genereller Zuschlag von 20 % mehr hinzugerechnet werden. In einem kürzlichen Entscheid hat das Bundesgericht zudem zu erkennen gegeben, dass es eventuell dazu bereit ist, seine Rechtsprechung zu den Mankofällen einer erneuten Überprüfung zu unterziehen.

Dafür zeigt sich in anderer Hinsicht eine Verschlechterung zu Ungunsten von Frauen mit Kindern: Früher waren Kinderunterhaltsbeiträge manchmal im Hinblick auf die mögliche Alimentenbevorschussung noch bedarfsgerechter etwas höher festgesetzt worden, auch wenn dadurch ins Existenzminimum des Pflichtigen eingegriffen wurde (dies nur für Kinderunterhaltsbeiträge, nicht für Frauenalimente!). Neu scheint nun nur noch die Leistungskraft des Pflichtigen im Zentrum zu stehen. In der Folge werden in Mankofällen auch immer **tiefere Kinderalimente** zugesprochen. Bevorschusst wird jedoch maximal der gerichtlich zugesprochene Kinderunterhalt. Damit wächst der Schuldenberg auf Seiten der Frauen (bevorschusste Kinderalimente müssten im Gegensatz zu Sozialhilfeleistungen nicht von den Müttern zurückbezahlt werden).

Eine mit der Scheidungsrechtsrevision neu eingeführte Bestimmung sollte die anerkannt schlechte Situation geschiedener Frauen in Mankofällen mildern. Geschiedene Männer können neu zumindest in begrenztem Rahmen (fünf Jahren ab Scheidung) noch dazu herangezogen werden, ein Manko auszugleichen, sofern sich ihre finanziel-

len Verhältnisse verbessert haben. In den publizierten oder ins Netz gestellten Entscheidungssammlungen findet sich jedoch seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts kein einziger Gerichtsentcheid dazu. Das lässt zweifelsfrei darauf schliessen, dass dieses Instrument **keine wirkliche Hilfe** für die Frauen ist.

Mit der neuen Bestimmung sollte darüber hinaus auch einer vor-schnellen **Herabsetzung** von Unterhaltsrenten gegengesteuert werden. Eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Unterhaltsberechtigten kann neu nur dann zu einer Herabsetzung oder Aufhebung ihres Unterhalts führen, wenn ursprünglich ein genügend hoher Unterhalt zur Abdeckung des gesamten Bedarfs einschliesslich des nahehelichen Vorsorgeaufbaus zugesprochen wurde. Ist dies, wie häufig, nicht der Fall, kommt eine Herabsetzung solange nicht in Betracht, als die Verbesserung auf Seiten der Berechtigten lediglich den - durch die zugesprochene Unterhaltsrente eben nicht gedeckten - gebührenden Unterhalt abdeckt. Auch dazu gibt es keine publizierten Entscheide.

Nachehelicher Vorsorgeaufbau

Zum gebührenden Unterhalt einer geschiedenen Ehefrau gehört auch die Sicherstellung eines angemessenen nachehelichen Vorsorgeaufbaus (mit der Scheidung werden nur die bis dahin geäufteten Vorsorgeguthaben geteilt). Ein angemessener Betrag dafür ist in jede Unterhaltsberechnung miteinzubeziehen, soweit der nacheheliche Vorsorgeaufbau aufgrund von Betreuungspflichten nicht über die Erwerbsarbeit sichergestellt ist (mit Teilzeiterwerbstätigkeit wird in der Regel keine genügende Vorsorge aufgebaut). Vorliegend hat interessiert, ob und wie dies in der Anwendungspraxis tatsächlich berücksichtigt wird. Dabei sind wir nur auf zwei publizierte Entscheide gestossen, die sich überhaupt mit dem Thema befassen, und nur einer davon war ein Mankofall. Das Kantonsgericht stellte fest, dass aufgrund der finanziellen Verhältnisse zwar eine die laufenden Lebensbedürfnisse deckende Unterhaltsrente festgesetzt werden konnte, die finanziellen Verhältnisse des Pflichtigen aber nicht für einen angemessenen Beitrag an den nachehelichen Vorsorgeaufbau der Ehefrau reichen. Das Gericht **verlängerte die Zeitdauer**, für welche der nacheheliche Unterhalt normalerweise geschuldet gewesen wäre, so dass dank der Verlängerung der fehlende Vorsorgeaufbau ausgeglichen war.

Eine informelle (nicht repräsentative) Befragung von Anwältinnen und Anwälten bezüglich ihrer diesbezüglichen Erfahrung vor den erstinstanzlichen Gerichten lässt vermuten, dass in Mankofällen der nacheheliche Vorsorgeaufbau (entgegen dem Gesetz) in die Berechnung des gebührenden Unterhalts meist gar nicht erst einbezo-

gen und bei der **Berechnung des Fehlbetrags** nicht berücksichtigt wird.

Verwandtenunterstützung

Die Verwandtenunterstützungspflicht ist eine **privatrechtliche Leistungspflicht** bestimmter Familienmitglieder zur Deckung des Lebensunterhalts einer Person mit dem Zweck, dadurch deren Armut zu verhindern. Sie kommt vor öffentlichrechtlichen Sozialhilfeleistungen zum tragen, welche immer subsidiär zu allen privatrechtlichen Leistungspflichten sind. Das bedeutet nicht, dass Sozialhilfebehörden keine Leistungen erbringen, solange mögliche Verwandtenunterstützungspflichten nicht abgeklärt sind. Es bedeutet hingegen, dass allfällige Ansprüche aus Verwandtenunterstützungspflicht per gesetzliche Subrogation auf das Gemeinwesen übergehen, soweit das Gemeinwesen für die anspruchsberechtigte Person Sozialhilfeleistungen erbracht hat.

Bei der Verwandtenunterstützungspflicht handelt es sich um materielles **Bundeszivilrecht**. Die Kantone sind - im Gegensatz zum Bereich der Sozialhilfe - nicht befugt, inhaltlich über deren Ausmass und Grenzen zu befinden. Die Anwendung und Interpretation obliegt den Zivilgerichten, letztendlich dem Bundesgericht, nicht jedoch den kantonalen öffentlichen Behörden.

Leistungspflichtig sind Bluts- oder Adoptivverwandte in aufsteigender und absteigender Linie entsprechend der Erbberechtigung. Es können somit in Anspruch genommen werden: Kinder von Bedürftigen, Eltern von Bedürftigen, Grosseltern von Bedürftigen, Urgrosseltern von Bedürftigen. Hingegen können Geschwister oder mit Bedürftigen lediglich über Heirat verwandte (also verschwägerte) Personen nicht zu deren Unterstützung herangezogen werden.

Zudem sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass nur diejenigen Verwandten unterstützungspflichtig werden, die **in günstigen Verhältnissen** leben. Was dies konkret bedeutet ist allerdings umstritten. Den Verwandten ist eine gewisse Einschränkung, nicht jedoch eine wesentliche Verschlechterung ihrer bisherigen Lebenshaltung zumutbar. Ihre wirtschaftliche Existenz darf nicht gefährdet werden. In die Beurteilung einbezogen wird sowohl das ordentlicherweise erzielbare Einkommen als auch das vorhandene Vermögen, letzteres auch in seiner Substanz, nicht nur bezüglich der Erträge. Die wirtschaftliche Sicherheit der Pflichtigen im Alter muss jedoch sichergestellt sein, d.h. der Anspruch des Belangten auf Bildung einer guten Vorsorge hat Vorrang vor dem Anspruch auf Verwandtenunterstützung.

Die in Not geratene Person hat Anspruch auf die Leistung, die ihr zum Lebensunterhalt fehlt. Der Anspruch gegenüber den Verwandten ist in diesem Sinne beschränkt, auch wenn sie in der Lage wären, mehr zu bezahlen. Darüber hinaus ist die Frage nach dem **Leistungsumfang**, den die in Not geratene Person von ihren Verwandten verlangen kann, nicht eindeutig zu beantworten. Das betriebsrechtliche Existenzminimum bildet die Untergrenze und das sozialhilferechtliche Existenzminimum die Obergrenze des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs. Innerhalb dieses Rahmens besteht ein Ermessensspielraum bei der Beurteilung des Einzelfalles. Der Umfang des Unterstützungsanspruchs muss den Verhältnissen der Pflichtigen angemessen sein. Sind mehrere Verwandte unterstützungsverpflichtet, so bemisst sich der einzelne Unterstützungsbeitrag entsprechend den individuellen finanziellen Verhältnissen.

Das Bundesgericht befasste sich auch mit der Frage der **Zumutbarkeit von Erwerbsarbeit bei Alleinerziehenden**, wenn sie ohne Erwerbsarbeit Verwandtenunterstützung beanspruchen müssten. Es hält fest, dass kein Bundesrecht verletzt sei, wenn 26 Monate nach der Geburt des Kindes dessen persönliche Betreuung durch die Mutter als nicht mehr erforderlich erachtet wird. Eine Notlage ist nicht gegeben, wenn die Mutter die Kinder ganztätig betreuen lassen und entsprechend eine volle Berufstätigkeit aufnehmen kann.

Die Person, die Unterstützung von ihren Verwandten erhält, ist diesen gegenüber **nicht rückerstattungspflichtig**. Erbt sie jedoch später von diesen Verwandten, so ist sie gegenüber andern Erben im Umfang der früher erhaltenen Unterstützungsleistungen ausgleichspflichtig.

Ist das **Gemeinwesen** - was heute die Regel ist - eingesprungen und hat Sozialhilfe geleistet, so kann es von den Verwandten Rückerstattung der tatsächlich geleisteten Sozialhilfe an die Behörde in dem Umfange verlangen, als die bedürftige Person selber von den Verwandten Unterstützung hätte fordern können. Kann sich die Sozialhilfebehörde mit den Verwandten nicht über die zu zahlenden Unterstützungsbeiträge einigen, so kann sie nicht selbst darüber entscheiden, sondern muss zwecks Festsetzung derselben Klage beim zuständigen Zivilgericht einreichen.

Fast alle **Kantone** haben **Ausführungsbestimmungen** zur bundesrechtlichen Regelung der Verwandtenunterstützung, verfügen also über eine gesetzliche Regelung der Verwandtenunterstützungspflicht auf kantonaler Ebene. 23 Kantone kennen eine ausdrückliche behördli-

che Prüfungspflicht, wobei diese unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Meist steht den Sozialhilfebehörden ein gewisses Ermessen zu, wie streng sie die Prüfungspflicht nehmen. Nur in wenigen Kantonen muss die Verwandtenunterstützung in jedem Fall geprüft werden. Nur sehr wenige Kantone kennen sogar eine Pflicht, die Verwandtenunterstützung wenn nötig auch gerichtlich geltend zu machen.

Eine Untersuchung der konkreten **Anwendungspraxis in den Kantonen** hat ergeben: Das Prüfungsverhalten variiert sehr stark von Kanton zu Kanton und von Gemeinde zu Gemeinde. Im Zeitraum 1987 bis 1998 gab es bspw. 208 von Gemeinwesen eingereichte Klagen auf Verwandtenunterstützung, wovon allerdings 89 allein von Behörden des Kantons Aargau eingereicht wurden, 25 im Kanton Basel-Stadt, 18 im Kanton Solothurn und (**nur!**) 17 im Kanton Zürich, 2 im Kanton Bern und gar keine im Kanton Genf. Das Klageverhalten der Gemeinwesen resp. die Anzahl von eingereichten Klagen hängt weder von der Grösse der Bevölkerung noch vom Umfang der Sozialausgaben eines Gemeinwesens oder der Anzahl der Sozialhilfeempfänger, noch von seiner Finanzstärke ab. Auch sonst sind keinerlei rationale Erklärungen für das sehr unterschiedliche Klageverhalten der Behörden ersichtlich. Dieses kann nur mit den unterschiedlichen politischen Verhältnissen und einer unterschiedliche Sicht auf die Sozialpolitik in den verschiedenen Gemeinwesen erklärt werden.

Sozialhilfe

Die Sozialhilfe ist **Kantonskompetenz**. Die einzelnen kantonalen Regelungen sind sehr unterschiedlich. Dies wird dadurch etwas ausgeglichen, dass die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) Richtlinien erlässt, welche von etlichen Kantonen als verbindlich übernommen werden. In den meisten Kantonen sind für die Durchführung der Sozialhilfe die Gemeinden zuständig. Dieser kommunale Föderalismus hat zur Folge, dass die konkrete Durchführung der Sozialhilfe nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern auch von Gemeinde zu Gemeinde sehr unterschiedlich sein kann.

Das für die Sozialhilfe massgebliche **soziale Existenzminimum** ist höher als das betriebsrechtliche Existenzminimum, welches im Rahmen der Festlegung des nahehelichen Unterhalts in Mankofällen den Berechnungen zugrunde gelegt wird.

Bei der Bestimmung des sozialen Existenzminimums werden in sämtlichen Kantonen nur **familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen** gegenüber mit der antragsstellenden Person im gleichen Haushalt zusammenlebenden Angehörigen miteinbezogen. Nicht einbezogen werden Unterhaltsbeiträge, welche die um Sozialhilfe nachsuchende

Person Angehörigen (Kindern oder geschiedener Ehefrau) schuldet, die getrennt von ihr leben. Die Sozialhilfegesetzgebung (inkl. SKOS-Richtlinien) nimmt damit flächendeckend in Kauf, dass in Not geratene Personen ihren familienrechtlichen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber nicht mit ihnen zusammenlebenden Angehörigen nicht nachkommen, was in aller Regel eine Notlage auch dieser Angehörigen nach sich zieht.

Personen, die Sozialhilfe bezogen haben, trifft meistens eine **Rückerstattungspflicht**. Mit andern Worten: auf ihrer Seite wird ein Schuldenkonto geführt und geäufnet. Die Schuldenlast gegenüber dem Gemeinwesen wird entsprechend der Höhe und Dauer der bezogenen Sozialhilfe grösser.

Die Kantone regeln die Rückerstattungspflicht unterschiedlich. Zwei Kantone haben die Rückerstattungspflicht ganz abgeschafft. In sieben Kantonen besteht eine Rückerstattungspflicht bei Lottegewinn, Erbschaft etc., nicht jedoch aus Erwerbseinkommen. In den übrigen Kantonen besteht eine Rückerstattungspflicht bei **Verbesserung der Verhältnisse** unabhängig davon, worin die Ursache der Verbesserung besteht (also auch bei Verbesserung der Verhältnisse aufgrund von Erwerbseinkommen).

Verletzung von Grundrechten

Durch die Praxis des Bundesgerichtes erfolgt eine Schlechterstellung der Unterhaltsberechtigten gegenüber dem Unterhaltsschuldner, weil allein ihr der ganze Fehlbetrag aufgebürdet wird, der mit der Auflösung des Zusammenlebens entsteht. Theoretisch kann die Unterhaltspflicht sowohl Männer als auch Frauen treffen, weit überwiegend sind die Unterhaltsverpflichteten aber Männer und die Unterhaltsberechtigten Frauen. Entsprechend sind fast ausschliesslich Frauen nachteilig von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betroffen. Es handelt sich um einen Fall **indirekter Geschlechterdiskriminierung**.

Die Benachteiligung, die schon mit dem Urteil erfolgt ist, wird auf der Ebene der Sozialhilfe durch die Rückerstattungspflicht noch verschärft und es werden dadurch auch unterschiedliche Startvoraussetzungen für die zukünftige Lebensgestaltung geschaffen. Diese Rechtslage und die Praxis führt zu einer **Beeinträchtigung der Chancengleichheit**.

Die mit einer Rückforderung von Sozialhilfe konfrontierten Frauen, deren Schulden auch auf eine fehlende Manko-Aufteilung bei der Bemessung von Unterhalt zurückzuführen sind, sollten darin unterstützt werden, die **Rückerstattung** unter Berufung auf die

Grundrechte zu **verweigern** und gegen gegenteilige Verfügungen zu rekurrieren.

Die Mehrheit der kantonalen Sozialhilfegesetze enthält sowohl bezüglich Einforderung von Verwandtenunterstützung als auch bezüglich Rückerstattung von Sozialhilfe einen **Ermessensspielraum**, mit Hilfe dessen die Umstände des konkreten Einzelfalles berücksichtigt werden können. Die Behörden könnten sich somit entscheiden, die Besonderheiten des Mangelfalles bei Trennung/Scheidung im Lichte der Grundrechte und der Diskriminierungsverbote zu beurteilen und in diesen Fällen auf Rückerstattung und Verwandtenunterstützung zu verzichten.

Für die **Folgerungen** aus dieser Studie wird auf das Kapitel VII am Schluss der Arbeit verwiesen.

II. Einleitung

1. Problemumschreibung

Geschiedene Frauen sind weit überproportional und besonders stark von Armut betroffen. Obwohl bezogen auf die Gesamtbevölkerung die Armutsquote für Männer und Frauen ungefähr gleich hoch ist, differiert sie bei Geschiedenen ganz erheblich: Nur 5,3 % aller geschiedenen Männer leben unterhalb der Armutsgrenze, während bei den geschiedenen Frauen diese Quote fast das Doppelte beträgt, nämlich 10,3 %.¹

Bei Trennung/Scheidung reicht häufig das Familieneinkommen nicht für die Deckung der Bedürfnisse zweier Haushalte aus (sogenannte Mankofälle). Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung verteilt nun die Last, die mit einer solchen Mankosituation verbunden ist, nicht etwa einigermaßen gleichmässig auf Ehefrau und Ehemann (resp. geschiedene Ehefrau und geschiedenen Ehemann), sondern bürdet das gesamte Defizit der ganzen Familie vollumfänglich und einseitig der unterhaltsberechtigten Partei auf. Dies sind angesichts der in unserer Gesellschaft nach wie vor gelebten Rollenteilung folgerichtig fast ausschliesslich Ehefrauen, die Kinder betreuen oder betreut haben. Unterhaltsberechtigter sind regelmässig Frauen und unterhaltsverpflichtet Männer.²

Mangelsituationen kommen im Trennungs- resp. Scheidungsfall häufig vor. Oft reicht das Familieneinkommen, das die Bedürfnisse einer Familie in einem gemeinsamen Haushalt noch decken konnte, für die Finanzierung zweier Haushalte nicht mehr aus. Dies selbst dann nicht, wenn die Ehefrau, die bis anhin vielleicht nicht oder nur geringfügig erwerbstätig war, eine ihr je nach Anzahl und Alter der von ihr betreuten Kinder zumutbare Erwerbstätigkeit aufnimmt. Entsprechend ist es häufig so, dass vom Einkommen des unterhaltsverpflichteten Ehemannes nach Abzug dessen, was er für sich und seinen eigenen Haushalt braucht, nicht mehr genügend übrig bleibt, um (zusammen mit dem eigenen zumutbaren Erwerbseinkommen der Ehefrau) die Bedürfnisse der Ehefrau und der Kinder zu decken. Da zudem vorab der Unterhalt der Kinder soweit möglich gedeckt wird, erstaunt es denn auch nicht weiter, dass nur in einer relativ geringen Zahl der Scheidungsfälle überhaupt Unter-

¹ Vgl. die neueste Armutsstudie LEU / BURRI / PRIESTER 129.

² Vgl. statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, CD-Rom, T 1.3.2.3.4.

haltsleistungen an die Ehefrau zugesprochen werden. Insgesamt erhielten beispielsweise im Jahre 2001 weniger als 30 % aller Frauen nach Scheidung eine Unterhaltsrente oder Kapitalabfindung, wobei zusätzlich festgehalten werden muss, dass die Zahl der Unterhaltsberechtigten in den letzten 10 Jahren rapide abgenommen hat.³ In der Regel handelte es sich dabei um zeitlich befristete Renten (in durchschnittlich 26 % der Fälle auf weniger als 5 Jahre, in 39 % auf 5 - 10 Jahre und in 24 % auf länger als 10 Jahre). Unbefristete Renten wurden nur in 11 % aller Fälle zugesprochen.⁴

Verschärft wird die Armutssituation der geschiedenen Frauen noch dadurch, dass bei der Unterhaltsbemessung offensichtlich selbst die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesetzten Grenzen zur Verhinderung solcher Armut nicht ausgeschöpft werden. In einer rechtstatsächlichen Untersuchung für die Deutschschweiz konnte nämlich festgestellt werden, dass die Aufteilung der verfügbaren finanziellen Mittel nach der Scheidung keineswegs gleichmässig erfolgt, dass vielmehr die Ehemänner regelmässig einen Überschuss verzeichnen können, wogegen sich die Frauen gemäss einer hälftigen Teilung der verfügbaren Ressourcen mit einem deutlichen Fehlbetrag abfinden müssen. Die Unterschiede sind umso grösser, je geringer (aufgrund von Kinderbetreuungspflichten) das Ausmass der Erwerbstätigkeit der Ehefrau im Scheidungszeitpunkt war. Selbst in fast 60 % der Fälle, in welchen die Ehefrau unter den um 20 % erhöhten betriebsrechtlichen Notbedarf herabsank, verblieb dem Ehemann ein Überschuss von mehr als CHF 500.- pro Monat.⁵ Seit der Revision des Scheidungsrechts liegen noch keine neuen rechtstatsächlichen Daten vor. Es sind aber allgemein zunehmend unterhaltsfeindliche Tendenzen zu verspüren und es ist deshalb zu befürchten, dass sich die Lage zu Lasten der Frauen noch weiter verschlechtert hat.⁶

Wenn getrennten oder geschiedenen Ehefrauen (mit Kindern) keine Unterhaltsansprüche zugesprochen werden (können), welche den Bedarf ihres Haushalts zusammen mit ihrem eigenen Erwerbseinkommen zu decken vermögen, so werden diese Frauen (mit ihren Kindern) notgedrungen sozialhilfebedürftig. Dabei stehen ihre Chancen aus der Fürsorgeabhängigkeit wieder wegzukommen umso schlechter, je grösser der Betrag ist, der ihnen fehlt. So ist es beispielsweise ein entscheidender Unterschied, ob CHF 500.- bis CHF 1'000.- pro

³ Vgl. statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, CD-Rom, T 1.3.2.3.4: 1985: 55 %, 1995: 53 %, 2000: 35 %.

⁴ Vgl. statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, CD-Rom, T 1.3.2.3.4.

⁵ Vgl. BINKERT / WYSS 184 f.

⁶ Gleicher Meinung SCHWENZER in FamKomm Scheidung Vorbem. Art. 125 - 132 N 10.

Monat Fehlbetrag selbst erwirtschaftet werden müssten oder ob dies CHF 2'000.- oder mehr sind.

Die Sozialhilfegelder sind keine Geschenke. Vielmehr sind die Personen, die Sozialhilfe beziehen, diesbezüglich grundsätzlich rückerstattungspflichtig. Das Gemeinwesen kann die bezogene Sozialhilfe zurückverlangen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse verbessern. Bei der fürsorgeabhängigen getrennten oder geschiedenen Ehefrau wächst somit ein Schuldenberg an, der umso höher wird, je höher die Sozialhilfe ist, die sie beanspruchen muss, und je länger sie sozialhilfebedürftig bleibt.

Zudem müssen Verwandte der getrennten oder geschiedenen Ehefrau damit rechnen, dass sie je nach Verwandtschaftsgrad und je nach ihrer eigenen finanziellen Situation im Rahmen der zivilrechtlichen Verwandtenunterstützungspflicht für den der getrennten oder geschiedenen Ehefrau fehlenden Bedarf aufkommen müssen.

2. Untersuchungsanlage

Mit dieser Studie werden folgende Bereiche und Fragen untersucht:

Als erstes wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Mankofällen seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechtes analysiert um festzustellen, ob sich eine Entwicklung/Veränderung abzeichnet. Dann werden die seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechtes publizierten Gerichtsentscheide aller Ebenen dahingehend untersucht, ob sie sich zur genauen Festsetzung des Fehlbetrages äussern oder ob Gerichtsentscheide zur Heraufsetzung oder Herabsetzung von Unterhaltsbeiträgen publiziert worden sind. Ebenso wurden die seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechtes publizierten Gerichtsentscheide aller Ebenen daraufhin untersucht, ob sie sich zum Einbezug und zur Berechnung des Bedarfs für den nahehelichen Vorsorgeaufbau äussern.

Auf der Ebene der Sozialhilfe sollte ursprünglich zum einen mittels Umfrage und Interviews bei ausgewählten kantonalen Fürsorgebehörden der Deutschschweiz deren Praxis bezüglich Rückforderung von Sozialhilfe einerseits und Einforderung von Verwandtenunterstützung andererseits im obigen Zusammenhang untersucht werden. Dieses Unterfangen wurde jedoch abgebrochen, weil sich im Verlaufe der Arbeit und der Recherchen herausstellte, dass eine ähnliche Untersuchungsanlage, welche speziell das Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Pra-

xis im Rahmen einer Dissertation erforschen wollte⁷, bereits an der fehlenden Statistik und dem fehlenden Überblick der Fürsorgebehörden selbst gescheitert war. Hingegen werden die von WIDMER selbst mit grossem Aufwand zusammengetragenen Daten (aus der ganzen Schweiz) bei den hier interessierenden Fragen einbezogen und berücksichtigt. In diesem Sinne können dank dieser Dissertation trotz fehlender statistischer Daten doch viele Fragen über die Anwendungspraxis der Sozialhilfeinstitutionen beantwortet werden.

Die Sozialhilfegesetzgebung der Kantone wird daraufhin untersucht, wie sich die Kantone grundsätzlich zur Rückerstattung von Sozialhilfe einerseits und zur Verwandtenunterstützung andererseits verhalten.

Mit der Studie soll analysiert werden, ob, wie und auf welchen Wegen allenfalls die Rückforderung von Fürsorgeschulden in Mankofällen ausgeschlossen werden kann/soll und ob, wie und auf welchen Wegen allenfalls die Verwandtenunterstützungspflicht in Mankofällen ausgeschlossen werden kann/soll.

Schliesslich soll auch abgeklärt werden, ob Änderungsbedarf in Zusammenhang mit der Tatsache besteht, dass die Sozialhilfegesetzgebung der Kantone bei der Abklärung, ob Bedürftigkeit vorliegt, die Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen gegenüber nicht im gleichen Haushalt lebenden Familienangehörigen in der Regel verunmöglicht.

⁷ WIDMER, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, Diss. Zürich. 2000.

III. Nachehelicher Unterhalt

1. Allgemeines

Mit dem Unterhaltsrecht sollen die **wirtschaftlichen Folgen der Ehe und der Scheidung** möglichst gerecht auf Frau und Mann verteilt werden. Einerseits sind die Unterhaltsbeiträge für die minderjährigen Kinder festzusetzen, welche deren Grundbedürfnisse auf Obdach, Nahrung, Kleidung, Gesundheitspflege, Versicherungsschutz, Erziehung und Ausbildung gewährleisten sollen.⁸ Andererseits ist mit der Scheidung darüber zu befinden, ob der Ehegatte der Ehegattin (oder umgekehrt) nach der Scheidung auch einen persönlichen Unterhaltsbeitrag schuldet. Dieser persönliche Unterhaltsbeitrag an die geschiedene Ehegattin (oder den geschiedenen Ehegatten) heisst **nachehelicher Unterhalt**. Ein solcher ist nach Gesetz grundsätzlich geschuldet, wenn einer Ehegattin (oder einem Ehegatten) nicht zuzumuten ist, dass sie (oder er) für den ihr (oder ihm) gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt. Diesfalls hat ihr (oder ihm) der andere (oder die andere) einen angemessenen Beitrag zu leisten. Das Gesetz zählt zudem eine Reihe von Fakten und Umstände auf, welche beim Entscheid, ob und gegebenenfalls wie lange und in welcher Höhe ein Beitrag zu leisten sei, zu berücksichtigen sind (Art. 125 ZGB). Das Verschulden am Zerbrechen der Ehe gehört nicht dazu. Das Verschuldensprinzip wurde mit der Scheidungsrechtsrevision abgeschafft. Die Grundlage des neurechtlichen nachehelichen Unterhalts besteht im **Ausgleich ehebedingter Nachteile**⁹. Nach scheitern der Ehe sollen nicht nur die gemeinsam erwirtschafteten Vorteile (Ersparnisse etc.), sondern auch die daraus entstandenen Nachteile und Lasten auf beide Ehegatten gleichmässig verteilt werden.

Ehebedingte Nachteile liegen insbesondere vor, wenn aufgrund der in der Ehe gelebten Aufgabenteilung die wirtschaftliche Selbständigkeit und die wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten der einen Partei stärker eingeschränkt worden sind als diejenigen der andern Partei. Dabei geht es vorab um Ehen, in denen eine Partei

⁸ Vgl. BGE 125 V 435 und näheres zum Kinderunterhalt FamKomm Scheidung / WULLSCHLEGER Art. 276-293 ZGB.

⁹ Z.T. wird als Grundlage auch das Gebot nachehelicher Solidarität angeführt, welches wiederum im Widerspruch zum ebenfalls teilweise angeführten Prinzip des "clean break" steht, d.h. der wirtschaftlichen Selbstverantwortung beider Ehegatten nach der Scheidung. Vgl. dazu näher und mit weiteren Verweisen FamKomm Scheidung / SCHWENZER Vorbem. zu Art. 125 - 132 ZGB N6-7.

ihre Erwerbsarbeit zu Gunsten von Betreuungsarbeit aufgegeben oder mehr als die andere Partei eingeschränkt hat. Eine spezielle Situation liegt vor, wenn beide Parteien während der Ehe gleichermaßen erwerbstätig gewesen sind und die Kinder betreut haben, dies aber nach der Scheidung nicht weiterführen können. Dann kommt es zu einer neuen Aufgabenteilung, die scheidungsbedingt notwendig ist und bedeutet, dass dem nicht mehr gleichermaßen Kinder betreuenden Teil entsprechend mehr, dem hauptsächlich Kinder betreuenden Teil weniger Erwerbsarbeit zumutbar ist. Der daraus resultierende Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit der betreuenden Person ist auch hier als ehebedingt zu betrachten, weil er zu Gunsten der gemeinsamen Kinder erfolgt; deshalb ist er angemessen auszugleichen.¹⁰

Beim nahehelichen Unterhalt des Art. 125 ZGB geht es somit einerseits um die Frage, was der gebührende Unterhalt ist, andererseits darum, was ein angemessener Beitrag des andern Ehegatten an diesen gebührenden Unterhalt ist. Mit anderen Worten: Es geht einerseits um den **Bedarf** (einschliesslich einer angemessenen Altersvorsorge) der unterhaltsberechtigten Partei und andererseits um die **Leistungsfähigkeit** der unterhaltsverpflichteten Partei.¹¹ Dabei ist besonders wichtig, dass der Begriff des **gebührenden Unterhalts** (Bedarf) nicht mit dem Begriff des **geschuldeten Unterhaltsbeitrags** (gleich angemessener Beitrag an den gebührenden Unterhalt) verwechselt wird. Der angemessene Beitrag ist unter Einbezug der Leistungsfähigkeit der Parteien festzusetzen. Häufig wird der angemessene Beitrag (geschuldeter Unterhalt) aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit den gebührenden Unterhalt, für den die Ehegattin nicht selbst aufkommen kann, nicht decken.¹² Mit anderen Worten: Das zur Verfügung stehende resp. zumutbare Einkommen beider Ehegatten reicht zur Deckung des Bedarfs beider Haushalte nicht aus. Es besteht also ein Manko (sogenannte Mankofälle).¹³

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Mankofällen

a) Vor der Scheidungsrechtsrevision

Reicht im Scheidungsfalle das verfügbare (oder zumutbare) Einkommen und Vermögen beider Parteien nicht aus, um den gebührenden

¹⁰ FamKomm Scheidung / FREIVOGL Anh. UB N 1-2.

¹¹ Vgl. dazu näher FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 125 ZGB N 1f; FamKomm Scheidung / FREIVOGL Anh. UB N 1f.

¹² Vgl. dazu ausführlicher FREIVOGL, FamPra.ch 2000, 252f.

¹³ Vgl. FamKomm Scheidung / FREIVOGL Anh. UB N 64f, N 98f.

Unterhalt beider Ehegatten und allfälliger Kinder zu decken, so stellt sich die Frage, zu wessen Lasten dies gehen soll, d.h. welche Partei den Fehlbetrag in welchem Verhältnis zu tragen hat. Die Bemessung des nahehelichen Unterhalts, d.h. des von der einen Partei der andern Partei geschuldeten Unterhaltsbeitrags hängt von der Vorentscheidung der vorgenannten Frage ab. Vor der Scheidungsrechtsrevision hatte das Bundesgericht diesbezüglich mehrfach entschieden, dass derjenigen Partei, die Unterhalt bezahlen muss, nicht in ihren Bedarf eingegriffen werden darf.¹⁴ Dieser Bedarf wurde bundesgerichtlich definiert als das betriebsrechtliche Existenzminimum plus ein Zuschlag von 20% (auf dem betriebsrechtlichen Existenzminimum) plus Steuern. Als Unterhaltsbeitrag an die Kinder oder nahehelicher Unterhalt an die Ehefrau konnte somit vorab nur zugesprochen werden, was vom Einkommen des Pflichtigen nach Abzug seines wie oben definierten Bedarfes übrig blieb. Somit wurde der gesamte Fehlbetrag der unterhaltsberechtigten Person aufgebürdet (weit überwiegend Ehefrau, häufig mit Kindern). Das Bundesgericht begründete diese Entscheidung vorab mit zwei Argumenten: Zum einen müsse für den Unterhaltsschuldner, der mit seiner Erwerbstätigkeit das Einkommen erziele, der Anreiz zur Beibehaltung und Erhöhung seines Arbeitswillens bleiben, zum andern werde damit der administrative Mehraufwand verhindert, der anfalle, wenn beide Ehegatten Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssten.

Ein Teil der Lehre unterstützte diese Rechtsprechung.¹⁵ Weite Teile der Literatur lehnten sie jedoch entschieden ab.¹⁶ Teilweise hatten auch kantonale Obergerichte entschieden anders Stellung genommen als das Bundesgericht.¹⁷ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes wurde abgelehnt, weil sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter des Art. 4 Abs. 2 BV (alte Fassung) verstosse. Dies wurde vor allem damit begründet, dass aufgrund dieser Rechtsprechung nur die eine Partei mit allfälligen Rückerstattungsansprüchen des Gemeinwesens für bezogene Fürsorgegelder bei Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse konfrontiert sei, und zwar für den vollen Unterdeckungsbetrag, während die andere Partei auch bei Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation keinen solchen Regress zu befürchten habe.

Die Problematik der ungleichen Verteilung eines Defizits und die Frage, ob dies mit dem neuen Eherecht noch vereinbar sei, wurde

¹⁴ Z.B. BGE 121 III 49, 121 III 301, 121 I 97, 118 III 97.

¹⁵ GEISER, AJP 1993, 903, 912; HAUSHEER / GEISER ZBJV 1998, 93, 98.

¹⁶ Vgl. URECH / FASEL, recht 1997, 57, 64; GESSLER, SJZ 1995, 65, 68; BREITSCHMID, AJP 1994, 835, 842f.

¹⁷ Vgl. Obergericht BL, Amtsbericht Obergericht BL 1995, 38f; Obergericht St. Gallen, SJZ 1999, 262; zur kantonalen Praxis weiter auch RÜEGG, plädoyer 1994/1, 22, 23.

im Übrigen bereits 1991 im Bericht der EKF zu den Auswirkungen des neuen Eherechts angesprochen.¹⁸

b) Revision des Scheidungsrechts

In den Vernehmlassungen und in der parlamentarischen Debatte zur Scheidungsrechtsrevision ist der Graben zwischen Gegnern und Befürwortern der Mankoteilung nochmals aufgebrochen, die Forderung nach Mankoteilung wurde wiederholt und über die vorbereitende Kommission des Nationalrats auch aufgenommen. Der Nationalrat beschloss als erstberatender Rat einen Art. 125 Abs. 2bis ZGB des Inhalts: "fehlen die Mittel, um einen Beitrag festzulegen, der zur Sicherung des Existenzminimums erforderlich ist, so ist der Fehlbetrag in angemessener Weise auf beide Ehegatten aufzuteilen".¹⁹ Der Ständerat lehnte diese Ergänzung jedoch ab und im Rahmen der Differenzbereinigung unterzog sich der Nationalrat schliesslich dem Ständerat.²⁰ Die Mehrheit der Lehre hat sich seither zur Ablehnung der Mankoteilung kritisch geäussert.²¹

c) Nach der Scheidungsrechtsrevision

Aufgrund der Ablehnung der beantragten Ergänzung des Art. 125 ZGB durch die Räte wird einerseits nun zusätzlich argumentiert, die Aufteilung des Mankos entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dürfe also auch nicht über die Rechtsprechung eingeführt werden. Andererseits ist die Kritik an der bisherigen Rechtsprechung und der Ablehnung einer Mankoaufteilung unvermindert stark resp. hat in der juristischen Literatur sogar zugenommen. In der Folge ist die alte Rechtsprechung auch nach der Scheidungsrechtsrevision dem Grundsatz nach stehen geblieben resp. aufrechterhalten worden, allerdings mit folgenden sukzessiven und zum Teil nicht unerheblichen Einschränkungen:

Im Jahre 2000 hat das Kantonsgericht St. Gallen die schematischen Zuschläge von 20% auf dem Existenzminimum als nicht durchwegs angebracht verweigert.²² Das Bundesgericht²³ stimmte dem Kantonsgericht Zürich zu, als dieses eine schematische Erhöhung des Notbe-

¹⁸ FREIVOGEL in: Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Nov. 1991, 128.

¹⁹ AmtlBull NR 1997, 2696, 2702.

²⁰ AmtlBull StR 1998, 325; AmtlBull NR 1998, 1190.

²¹ Vgl. näher und mit weiteren Verweisen FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 125 ZGB N 32.

²² KGer SG, FamPra.ch 2001, 369f; ZBJV 2001, 86.

²³ BGE 127 III 65, vgl. auch FamPra.ch 2000, 584 und Pra. 2001 Nr. 82.

darfs um 20% ablehnte, und stellte zudem klar, dass sich ein allfälliger Zuschlag auch nicht auf die Steuern beziehen dürfe. Im gleichen Jahr hat das Bundesgericht neu entschieden, dass die Steuerlast des Rentenschuldners bei knappen finanziellen Mitteln im Rahmen der Bemessung des absoluten Existenzminimums ausser Betracht zu bleiben hat.²⁴ Bei dieser Entscheidung war es um die Zusprennung von Kinderunterhalt gegangen. Diese Rechtsprechung wurde jedoch auch bezüglich Anwendung von Art. 125 ZGB ausdrücklich bestätigt.²⁵

Im 2001 bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach das Manko nicht aufgeteilt wird. Es bleibt jedoch in dieser Entscheidung offen, ob der Zuschlag von 20% auf dem Grundbetrag angezeigt ist.²⁶ Bereits in der nächsten Entscheidung wiederholt das Bundesgericht jedoch seine Ablehnung eines schematischen Prozent-Zuschlags wieder.²⁷

Im Jahre 2002 bezeichnet das Bundesgericht die Verweigerung des 20%-Zuschlags auf dem Existenzminimum durch die Vorinstanz als nicht willkürlich. Es verlangt lediglich noch, dass dem Unterhaltspflichtigen ein Notpfennig für die üblichen Zwischenfälle des Lebens über das Existenzminimum hinaus gewährt werden müsse (konkret waren es CHF 150.-- im Monat).²⁸ Ebenfalls im 2002 bestätigt das Bundesgericht nochmals, dass eine allfällige pauschale Erhöhung (Zuschlag auf dem Existenzminimum) jedenfalls nicht auf die Steuern angewendet werden darf.²⁹

Zudem entscheidet das Bundesgericht im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens, dass bei prekären wirtschaftlichen Verhältnissen Steuerschulden nicht zum Existenzminimum gezahlt werden dürfen, weil sie keine lebensnotwendigen Ausgaben darstellen.³⁰ Demgegenüber machte es in diesem Jahr aber gleich wieder insofern ein Zugeständnis an die Kritik, welche auf die obenerwähnte Nichtberücksichtigung der laufenden Steuern bei der Ermittlung des Existenzminimums folgte, als es eine Rückwirkung auf Art. 151f aZGB ablehnte und damit anscheinend den Notbedarf erneut um die laufende Steuerlast erweiterte.³¹ Anscheinend bestätigt wird dies in der nächsten Entscheidung, wo das Bundesgericht festhält, dass

²⁴ BGE 126 III 353.

²⁵ BGE 127 III 289.

²⁶ BGer, FamPra.ch 2002, 144; BGer 29.6.2001, 5C 11/2001.

²⁷ BGer vom 6.9.2001, 5C.77/2001.

²⁸ BGer, 12.3.2002 5C.296/2001.

²⁹ BGer, FamPra.ch 2002, 827.

³⁰ BGer, FamPra.ch 2002, 832; BGer, 12.6.2002, 5P.121/2002.

³¹ BGE 128 III 257, dies wurde jedoch im späteren 5C.282/2002 verneint!

die laufenden Steuern von der Vorinstanz berechtigterweise beim Notbedarf des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt wurden.³²

Im 2002 wehrt sich eine Ehefrau dagegen, dass bei ihr ein Fehlbetrag besteht, währenddessen ihr Mann über einen Überschuss verfügt. Sie möchte eine hälftige Aufteilung dieses Überschusses erreichen, worauf sie aber, gemäss Bundesgericht, keinen Anspruch hat, weil die Regel, wonach dem Unterhaltsverpflichteten ein erweitertes Existenzminimum zu belassen sei, nicht aufgegeben wurde.³³

Schliesslich wird wiederum die Rechtsprechung grundsätzlich bestätigt, wonach das Manko nicht aufgeteilt wird. Es wird von einem erweiterten betriebsrechtlichen Notbedarf ausgegangen, jedoch ohne den Zuschlag von 20%. Tiefere Lebenskosten in Österreich werden bei der Berechnung des Notbedarfs berücksichtigt. Die monatliche Steuerlast wird einbezogen (laufende Steuern).³⁴

Im Jahr **2003** hat auf kantonaler Ebene zum ersten Mal ein Gericht darüber zu befinden, ob die Genehmigung einer Scheidungsvereinbarung wegen zwingender Vorschriften zu verweigern ist, wenn per Vereinbarung (also mit Zustimmung des Unterhaltsverpflichteten) ein Unterhaltsbeitrag abgemacht wird, welcher in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners eingreift. Das Gericht hat die Genehmigung nicht verweigert, weil der Unterhaltsbeitrag trotz Eingriff ins Existenzminimum nicht unangemessen sei. Es hat jedoch die Gründe näher untersucht, warum der Schuldner zugestimmt hat.³⁵ Am 27.3.2003 bestätigt das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung³⁶, wonach in Mangelfällen die Steuerlast bei der Berechnung des Notbedarfs nicht berücksichtigt werden darf, und betont, dass dies ständige Rechtsprechung sei und es im Gegensatz zu anderweitig geäusserten Meinungen (vgl. oben) auch nie davon abgewichen sei.³⁷ Damit ist endgültig geklärt, dass gemäss Bundesgericht in Mankofällen bei der Berechnung des Bedarfs des Unterhaltspflichtigen weder Steuerschulden noch die laufende Steuerlast weiterhin berücksichtigt werden dürfen.

Zudem wird entschieden, dass der Notbedarf auch nicht generell um 20% erhöht werden darf. Eine Erhöhung, oder ein Notpfennig, ist

³² BGer, 1.7.2002, 5P.119/2002, auch dies wird aber später vom BGer verneint (5C.282/2002): Es habe lediglich im Rahmen eines Eheschutzverfahrens Willkür verneint, woraus keine allgemeinen Schlüsse zur Rechtsprechung zu Art. 125 ZGB gezogen werden können!

³³ BGer, FamPra.ch 2002, 824; BGer, 21.6.2002, 5C. 23/2002.

³⁴ BGer, 11.6.2002, 5C. 6/2002.

³⁵ KGer FR, 28.2.2003, FamPra.ch 2003, 637.

³⁶ BGE 127 III 289, 292; 126 III 353.

³⁷ 5C.282/2002.

abhängig von den jeweiligen konkreten Verhältnissen im Mangel-fall.³⁸

Schliesslich bestätigt das Bundesgericht im 2003, dass von einem Prozentzuschlag zum erweiterten Notbedarf überhaupt abgesehen werden darf. Gleichzeitig wird jedoch die Unantastbarkeit des Notbedarfs des Unterhaltsverpflichteten bestätigt, obwohl es sich im konkreten Fall um einen Unterhaltsschuldner handelt, der sein Einkommen nicht mittels Erwerbsarbeit erwirtschaften muss, sondern Rentner ist.³⁹

Ende 2006 stellte das Bundesgericht erstmals die Frage, „ob diese Rechtsprechung nicht einer erneuten Überprüfung bedürfte, umso mehr als sie vom überwiegenden Teil der Lehre (zum Teil heftig) kritisiert und insbesondere als mit dem Rechtsgleichheitsgebot unvereinbar angesehen wird.“⁴⁰ Im genannten Entscheid sah sich das Gericht nicht veranlasst, die Rechtsprechung unmittelbar neu zu überprüfen. Eine Frau hatte im Scheidungsverfahren verlangt, dass die während der Trennung wegen ungenügendem Unterhalt zu ihren Lasten aufgelaufenen Sozialhilfesschulden zur Hälfte dem Ehemann zu auferlegen seien, entweder mittels Verpflichtung zu einer güterrechtlichen Ausgleichszahlung oder einer unterhaltsrechtlichen Abfindung oder mittels angemessener Verlängerung seiner monatlichen Unterhaltsverpflichtung. Sämtliche Instanzen lehnten dies ab: Während der Trennung aufgelaufene Fürsorgeschulden seien persönliche Schulden, welche die Errungenschaft des betreffenden Ehegatten belasten. Erwächst diesem Ehegatten, respektive der Ehegattin bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung daraus ein Rückschlag, so hat sie diesen selbst und allein zu tragen. Im Rahmen der nachehelichen Unterhaltsfestsetzung könne dies ebenfalls nicht ausgeglichen werden: Der Unterhaltsschuldner habe gegenüber seinen Kindern oder seiner Frau eben gerade keine finanziellen Verpflichtungen, die über die Rechtsprechung zu den Mankofällen hinausgehe, also könnten auch Schulden, die aufgrund dieser Rechtsprechung aufgelaufen sind, nicht nachträglich über den nachehelichen Unterhalt umverteilt werden. Dies sei die unabwendbare Folge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mankofällen⁴¹. Diese Rechtsprechung könne jedoch nur neu aufgerollt werden, wenn sich die Frage der Mankoteilung direkt im Rahmen der Bemessung des nachehelichen Unterhalts stellen würde, was beim

³⁸ BGer 27.3.2003, FamPra.ch 2003, 677; 5C. 282/2002.

³⁹ BGer 27.5.2003, FamPra.ch 2004, 126; 5C.91/2003.

⁴⁰ BGer 5C.77/2006 vom 14.12.2006, E 4.

⁴¹ BGer 5C.77/2006 vom 14.12.06, E 3.

zur Beurteilung stehenden Sachverhalt nicht der Fall sei.⁴²
 Bis anhin hat diese Neuüberprüfung der Rechtsprechung zu den Mankofällen nicht stattgefunden.

d) Zusammenfassung der Entwicklung und der Begründung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht bleibt konstant dabei, dass dem Unterhaltsschuldner auch in Mankofällen nicht in seinen Notbedarf eingegriffen wird (und zwar auch dann nicht, wenn es um die Bemessung von Kinderunterhalt⁴³, also um die Sicherung des Lebensbedarfs von Kindern geht). Die Rechtsprechung hat sich jedoch insofern verändert, als dieser Notbedarf heute enger berechnet wird als früher. Mit der heute gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird im Gegensatz zu früher die Steuerlast nicht mehr berücksichtigt und es darf kein genereller Zuschlag von 20% mehr hinzugerechnet werden.

Das Bundesgericht begründet seine Rechtsprechung im Wesentlichen wie folgt:

Die Beitragspflicht des Unterhaltspflichtigen sei schon von Gesetzes wegen durch seine Leistungskraft beschränkt ("angemessener Beitrag" zum gebührenden Unterhalt, Art. 125 ZGB). Das Gleichbehandlungsgebot sei nicht verletzt, weil sich die Unterhaltspflicht und die Unterhaltsbemessung gemäss seiner Rechtsprechung nicht nach dem Geschlecht richten, sondern nach der Aufgabenteilung in der Ehe.⁴⁴ Bei Aufteilung des Mankos würde sich ein doppelter administrativer Aufwand ergeben, wenn beide Parteien zu Sozialhilfebezügern würden. Dies sei zu vermeiden. Vor allem aber: Die Arbeitsmotivation des Unterhaltspflichtigen sei zu erhalten. Diesem sei es unzumutbar, trotz Erwerbstätigkeit auf Sozialhilfe angewiesen zu sein.⁴⁵

⁴² Das Bundesgericht lehnte damit die Lehrmeinung von SCHWENZER ab, die dafür plädiert hatte, die Dauer des nahehelichen Unterhalts im Rahmen von Art. 125 ZGB für den Fall einer möglichen Rückzahlung der Sozialhilfebeiträge bedingt zu verlängern, vgl. dazu den Entscheid der Vorinstanz und dessen Kommentierung durch SCHWENZER in fampra.ch 2006, 726-731.

⁴³ Der dann bevorschusst würde, so dass in diesem Umfang auf Seiten der geschiedenen Ehefrau keine Fürsorgesschuld entstehen würde!

⁴⁴ Zu dieser völligen Verkennung der Diskriminierungssituation und der Blindheit des Gerichts bezüglich der an sich national und international längst anerkannten Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung vgl. nachfolgend e) und VI.

⁴⁵ Das BG hat aber noch nie ein Wort darüber verloren, dass die Motivation auf Seiten der Mütter, die oft trotz Doppel- und Mehrfachbelastung auf Sozialhilfe angewiesen sind, auch in Frage stehen könnte...

Mit Rückgriff auf diese Argumentation des Bundesgerichtes, insbesondere bezüglich Erhalt der Arbeitsmotivation, greifen immerhin ein Teil der Gerichte ins Existenzminimum des Pflichtigen ein, wenn sein Einkommen nicht mittels Erwerbsarbeit, sondern mittels Renten generiert wird.⁴⁶ Seit der Scheidungsrevision zeigt sich, dass mit der Aufrechterhaltung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach das Manko nicht aufgeteilt wird, sich generell das Zentrum der Betrachtungen und Überlegungen im Zusammenhang mit Unterhaltsbemessung verschoben hat: Früher war insbesondere in Zusammenhang mit der Bemessung von Kinderunterhaltsbeiträgen noch stärker die Bedürfnisse der Kinder im Zentrum. Kinderunterhaltsbeiträge wurden in der Regel auch im Hinblick auf die mögliche Alimentenbevorschussung jeweils noch etwas höher angesetzt, auch wenn dadurch ins Existenzminimum des Pflichtigen eingegriffen wurde (dies nur für Kinderunterhaltsbeiträge, nicht für Frauenalimente!). Neu scheint nun nur noch die Leistungskraft des Pflichtigen im Zentrum zu stehen: Die Schranke auch für Kinderunterhaltsbeiträge wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gesehen. In der Folge werden in Mankofällen in der Tendenz immer tiefere Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen. Bevorschusst wird jedoch maximal der gerichtlich zugesprochene Kinderunterhalt. Bei immer tieferen Kinderunterhaltsbeiträgen hilft entsprechend gerade die Bevorschussung ausgerechnet denjenigen Kindern nicht, oder nicht genügend, die am meisten Hilfe brauchen würden. Die gerichtlichen Kinderunterhaltsbeiträge sind nicht selten tiefer als die Limiten der Bevorschussung.

Eine erneute Überprüfung dieser Rechtsprechung ist vom Bundesgericht kürzlich in Aussicht gestellt worden, hat jedoch bis anhin nicht stattgefunden.

e) Kritische Würdigung

1995 setzte sich das Bundesgericht das erste Mal näher mit dem Vorwurf der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 4 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 aBV) durch seine Mankofall-Rechtsprechung auseinander, und zwar im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hatte sich darüber beschwert, dass sie alleine auf den ganzen Fehlbetrag verwiesen worden war.⁴⁷ Die Einwände gegen die hälftige Mankoteilung finden sich bereits darin und werden nachfolgend gewürdigt.

⁴⁶ So bspw. Zivilgericht BS.

⁴⁷ BGE 121 I 97; Urteilsbesprechung bei GEISER, AJP 1993, 939.

Das Gericht hält fest, dass der administrative Mehraufwand, die Doppelbelastung der Sozialhilfe, die dadurch entsteht, dass beide Ehegatten sozialhilfebedürftig würden, zu vermeiden sei. Das Argument ist insofern richtig, als ein solcher Mehraufwand tatsächlich entsteht. Im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs können jedoch fiskalische Interessen kaum Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Ehegatten sein, erst recht nicht für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts. Zudem ist gar nicht ausgeschlossen, dass der Unterhaltsverpflichtete dann tatsächlich keine Sozialhilfe bezieht: Das betriebsrechtliche Existenzminimum ist in aller Regel tiefer als das soziale Existenzminimum.⁴⁸ Es ist also durchaus möglich, dass ein Unterhaltsverpflichteter Sozialhilfebeiträge bezieht, auch wenn ihm seitens des Scheidungsgericht nicht in sein Existenzminimum eingegriffen, sondern der ganze Fehlbetrag der Unterhaltsberechtigten zugewiesen wurde.

Weiter steht die Erhaltung der Arbeitsmotivation des Unterhaltsschuldners im Vordergrund. Das Bundesgericht befürchtet, dass dessen Bereitschaft, seine Arbeitskraft und seinen Arbeitswillen zu erhalten, schwindet, wenn in sein Existenzminimum eingegriffen wird. Vorab leuchtet nicht ein, wieso der Unterhaltsverpflichtete einer höheren Motivation bedarf als die Sozialbedürftige. Auch von Personen, die Sozialhilfe beziehen, wird eine Mitwirkung verlangt (insbesondere im Hinblick auf Erwerbstätigkeit). Im Unterlassungsfall drohen Kürzungen der Sozialhilfe. Schliesslich: Der Pflichtige ist in beiden Fällen auf den unattraktiven Notbedarf gesetzt, ob er nun diesen von seinem Lohn direkt behalten kann, oder ob er dafür Sozialhilfe beanspruchen muss. Bleibt als Unterschied die Tatsache, dass im zweiten Fall der Gang auf die Behörde unvermeidlich ist, was sicher niemand gerne tut - eben auch die Unterhaltsberechtigten nicht. Letztere hat das gleiche Recht, davon möglichst verschont zu werden.⁴⁹ Ihre Chancen, nicht sozialhilfebedürftig zu werden respektive aus einer Sozialhilfebedürftigkeit wieder herauszukommen, dürfen nicht dadurch zusätzlich beeinträchtigt werden, dass sie nicht nur ihren, sondern auch den Anteil des Pflichtigen am Fehlbetrag tragen muss, nur damit letzterer vom Gang auf die Sozialhilfe verschont bleibt.

Das Bundesgericht schliesst zwar nicht aus, dass die Unterhaltsberechtigten bei Verbesserung ihrer Verhältnisse mit Rückerstattungsansprüchen konfrontiert sein kann, erklärt dies aber als hinnehmbar, da es unsicher sei, ob dieser Fall eintrete und zudem die Unterhaltsbeiträge nur für eine beschränkte Dauer festzuset-

⁴⁸ Vgl. nachfolgendes Kapitel über die Sozialhilfe.

⁴⁹ Die Wahrscheinlichkeit dafür steigt, wenn schon nur wenigstens der Kinderunterhalt (unabhängig von einem Eingriff ins Existenzminimum) entsprechend dem Kinderbedarf festgesetzt würde: Kinderunterhalt kann dann in der Regel bevorschusst werden.

zen seien (im konkreten zur Entscheidung stehenden Fall ging es um Unterhalt während der Dauer des Prozesses). Indem es aber im konkreten Fall die mögliche Rückerstattungspflicht aufgrund der begrenzten Dauer der Unterhaltsberechtigung als hinnehmbar erklärt, manövriert sich das Gericht gleich selbst in zweifacher Hinsicht ins Abseits: Erstens gilt diese Aussage dann für den in der Regel längerfristig angesetzten nahehelichen Unterhalt (und für Kinderrenten) nicht, zweitens ist die Wahrscheinlichkeit, dass inskünftig einmal wegen Verbesserung der Verhältnisse Rückerstattung verlangt wird, nicht grösser bei Teilung des Fehlbetrags, so dass sich die Frage aufdrängt, warum dieses Risiko nicht auch dem Manne zuzumuten ist, zumal die individuelle Schuld im Rahmen des geteilten Fehlbetrages weniger hoch ist.

Weiter argumentiert das Bundesgericht, dass einer Aufteilung des Mankos auch vollstreckungsrechtliche Schranken entgegenstünden, da im Rahmen der Alimentenbevorschussung das bevorschussende Gemeinwesen bei der Betreuung des Schuldners nicht ins Existenzminimum eingreifen dürfe. Dem Gemeinwesen entsteht jedoch dadurch kaum ein Verlust: Im Umfang, wie die bevorschussten Alimente nicht einbringlich sind, müsste das Gemeinwesen in aller Regel so oder so Beträge an die Unterhaltsberechtigten auszahlen, nur nicht als Bevorschussung, sondern dann eben als Sozialhilfe. Der Unterschied besteht also einzig darin, von wem wann Bezahlung der Schuld/Rückerstattung der Sozialhilfe verlangt werden kann.

3. Bezifferung des Fehlbetrags und Heraufsetzung oder Neufestsetzung des nahehelichen Unterhalts

Seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts ist es möglich, dass in beschränktem Rahmen auch nachträglich (d.h. innerhalb von 5 Jahren nach rechtskräftiger Scheidung), und unter gewissen Umständen, nahehelicher Unterhalt neu festgesetzt oder gegenüber dem im Urteil (oder in der Scheidungsvereinbarung, falls dies in der Vereinbarung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde) festgelegten Unterhalt heraufgesetzt werden kann (Art. 129 Abs.3 ZGB). Dies ist dann der Fall, wenn im Urteil ausdrücklich festgehalten worden ist, dass keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte (also präzise in den oben behandelten Mankofällen), sofern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten seit der Scheidung entsprechend verbessert⁵⁰ haben. Art. 129 Abs.3 ZGB verlangt nur, dass die Tatsache der Unterdeckung festgehalten worden ist. Demgegenüber schreibt Art. 143 Ziff. 3 ZGB aber vor, dass im Urteil

⁵⁰ Vgl. näher FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 129 N 38.

(oder der Vereinbarung) festgehalten ist, welcher Betrag⁵¹ zur Deckung des gebührenden Unterhalts im Zeitpunkt der Scheidung gefehlt hat. Da die erstgenannte Bestimmung materiellrechtlicher und die zweitgenannte verfahrensrechtlicher Natur ist, bedeutet dies: Ist nicht einmal die Tatsache der Unterdeckung im Urteil (oder der Vereinbarung) festgehalten, so kann später keine Festsetzung oder Heraufsetzung verlangt werden, selbst wenn im Urteilszeitpunkt Unterdeckung gegeben war; ist die Tatsache der Unterdeckung, nicht aber der konkrete fehlende Betrag festgehalten, so bleibt die nachträgliche Festsetzung oder Erhöhung möglich; ist der Fehlbetrag konkret als solcher beziffert, aber ohne Verweis auf Art. 129 Abs.3 ZGB, so ist die Möglichkeit der nachträglichen Festsetzung oder Heraufsetzung in jedem Fall gewahrt.⁵²

Ist die Unterdeckung beziffert worden, so hat dies rechtsbegrenzende Wirkung: Der Unterhalt kann maximal im Umfang des genannten Betrages nachträglich erhöht oder erstmals festgesetzt werden. Es ist deshalb nochmals speziell zu betonen, dass die entscheidende Bezugsgrösse für die Bestimmung des Fehlbetrages, der gebührende Unterhalt, nicht mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum gleichzusetzen ist.⁵³ Die rechtsbegrenzende Wirkung erfordert grundsätzlich erhöhte Belegpflicht der Parteien und strengere Prüfung durch das Gericht.⁵⁴

Eine Neufestsetzung oder Heraufsetzung erfolgt nur durch ein neues Urteil, das Abänderungsurteil. Dieses wirkt aber auf den Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens auf Festsetzung oder Heraufsetzung beim Gericht zurück. Zuständig ist wahlweise das Gericht am Wohnsitz eines der beiden geschiedenen Ehegatten. Eine allfällige Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend neuen oder heraufgesetzten Unterhalts muss dem Gericht zur Genehmigung vorgelegt werden, soll er verlässlich für beide verbindlich sein.⁵⁵

Die neu eingeführte Bestimmung des Art. 129 Abs.3 ZGB sollte die anerkannt schlechte Situation geschiedener Frauen in Mankofällen insoweit mildern, als ihre geschiedenen Männer zumindest in begrenztem Rahmen (5 Jahre) nach der Scheidung bei Verbesserung ihrer Verhältnisse noch dazu herangezogen werden können, ein Manko noch auszugleichen. In den publizierten oder ins Netz gestellten Entscheidsammlungen findet sich jedoch seit Inkrafttreten des

⁵¹ Zur Bestimmung dieses Betrages s. FamKomm Scheidung / FREIVOGEL Anh. UB N 46f, 64f.

⁵² Vgl. dazu näher FamKomm Scheidung / FREIVOGEL / FANKHAUSER Art. 143 N 1f, N 20f; BGer vom 27.3.2003, 5C.282/2002.

⁵³ Vgl. FamKomm Scheidung / FREIVOGEL Anh.UB N 4f, 64f und FREIVOGEL, FamPra.ch 2000, 252f.

⁵⁴ FamKomm Scheidung / FREIVOGEL / FANKHAUSER Art. 143 N 25.

⁵⁵ FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 129 N 47f.

neuen Scheidungsrechts kein einziger Gerichtsentscheid konkret dazu. Das lässt wohl schon darauf schliessen, dass dieses Instrument keine wirkliche Hilfe für die Frauen ist. Die geschiedene, bedürftige Frau wird kaum über die Einkommensentwicklung des geschiedenen Ehemannes im Bilde sein, wird kaum kurz nach erlebter Scheidung schon wieder in ein Gerichtsverfahren gegen ihn einsteigen können/wollen, wird auch die Ressourcen dafür nicht haben. Zudem wird es dem geschiedenen Mann häufig ein leichtes sein, dafür zu sorgen, dass er während 5 Jahren keine wesentliche Einkommenserhöhung erzielt, welche den Ausgleich des Defizits ermöglichen und für die geschiedene Frau den Gang vors Gericht als wünschbar erscheinen lassen würde. Letztere würde dies, wenn überhaupt, so dann wohl nur in Betracht ziehen, wenn sie Aussicht hätte, dadurch aus der Fürsorgeabhängigkeit herauszukommen.

Darüber hinaus muss aber noch festgehalten werden: Bei den publizierten und ins Netz gestellten Entscheidungssammlungen wurde auch kein Scheidungsurteil in einem Mankofall gefunden, in dem der Fehlbetrag überhaupt berechnet und beziffert wurde. Im Wissen, dass es viele Mankofälle gibt, erstaunt dies doch etwas. Andererseits heisst das natürlich nicht, dass es nie geschieht. Erstinstanzliche Urteile werden sehr selten publiziert, und gerade in klaren Mangelfällen werden die Parteien, auch die Frauen, ein Urteil selten weiterziehen. Kaum je weiterziehen werden sie ein Urteil, das den Fehlbetrag nicht oder nicht korrekt beziffert, wenn sie so oder so auf die Sozialhilfe angewiesen sind, egal wie gerechnet wurde. Der Tatsache, dass der Umfang der Sozialhilfeabhängigkeit sehr wohl in Bezug auf ihre inskünftige Lebensgestaltung entscheidend sein kann, werden sie sich häufig im Zeitpunkt der Scheidung nicht bewusst sein.

4. Bezifferung des Fehlbetrags und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts

Der nacheheliche Unterhalt kann auch herabgesetzt werden, und zwar unbefristet während seiner ganzen Dauer (Art. 129 Abs.1 ZGB).

Dies einerseits, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen seit der Scheidung erheblich und dauerhaft verschlechtern haben. Zu denken ist hier vor allem an Krankheit, Invalidität oder Arbeitslosigkeit, aber auch an nachträgliche Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners wie bspw. gegenüber nach der Scheidung geborener Kinder.⁵⁶

Andererseits kann der nacheheliche Unterhalt auch herabgesetzt werden, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Berech-

⁵⁶ Vgl. näher FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 129 N 9f.

tigten erheblich und dauerhaft verbessert haben. Zu denken ist hier an die Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbsarbeit, sofern sie unerwartet (im Sinne von im Zeitpunkt der Scheidung nicht vorhersehbar und im Urteil oder der Vereinbarung nicht vorweggenommen) eintritt, oder an einen unerwarteten Vermögenserwerb oder auch an den Spezialfall der Veränderung des Haushalts der Unterhaltsberechtigten durch Zusammenzug mit einem neuen Lebenspartner.⁵⁷

An die Dauerhaftigkeit der Veränderung müssen erhöhte Anforderungen gestellt werden, denn nach Herabsetzung kommt eine erneute Heraufsetzung nicht mehr in Betracht.⁵⁸

Eine Verbesserung der Verhältnisse bei der Unterhaltsberechtigten kann aber nur dann zu einer Herabsetzung oder Aufhebung des Unterhalts führen, wenn die ursprüngliche Rente den gebührenden Unterhalt einschliesslich eines angemessenen Betrags für den nachehelichen Vorsorgeaufbau tatsächlich voll gedeckt hat (Art. 129 Abs.1 ZGB). Ist dies, wie häufig, nicht der Fall, kommt eine Herabsetzung so lange nicht in Betracht, als die Verbesserung aufseiten der Berechtigten lediglich den gebührenden Unterhalt abdeckt. Mit dieser Neufassung in der Revision sollte einer ohne Würdigung der Gesamtsituation vorgenommenen vorschnellen Herabsetzung der Unterhaltsrenten gegengesteuert werden. Auch in diesem Zusammenhang wäre es wichtig, den (richtig und unter Einschluss des nachehelichen Vorsorgeaufbaus berechneten) Fehlbetrag im Urteil oder der Scheidungsvereinbarung festzuhalten. Dies ist jedoch bezüglich der Verweigerung der Herabsetzung keine absolute Voraussetzung. Sie kann auch verweigert werden, wenn einfach im Abänderungsprozess dargelegt werden kann, dass der gebührende Unterhalt durch die festgesetzten Unterhaltsbeiträge nicht gedeckt war.

Auch in diesem Bereich gibt es, soweit wir sehen, praktisch noch keine neue publizierte Rechtsprechung. Uns ist im Bereich der Mankofälle nur 1 Bundesgerichtsentscheid bekannt⁵⁹, mit welchem die persönliche Rente einer geschiedenen Frau, obwohl im Scheidungsurteil ein Fehlbetrag zum gebührenden Unterhalt von CHF 200.-- festgestellt worden war, im Abänderungsprozess aufgrund von Veränderung der finanziellen Verhältnisse aufseiten des Unterhaltspflichtigen weiter herabgesetzt wurde. Der geschiedene Ehemann hatte mit seiner neuen Partnerin, mit der er auch zusammenlebte, ein weiteres Kind bekommen. Die neuen Verpflichtungen gegenüber diesem Kind waren bei seiner Bedarfsberechnung nun als

⁵⁷ Vgl. dazu näher FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 129 N 12f.

⁵⁸ Vgl. BGer vom 14.3.2003, 5C.281/2002; EPINEY-COLOMBO, FamPra.ch 2001, 631, 641.

⁵⁹ BGer vom 27.10.2004, 5C.170/2004.

zusätzliche Lasten zu berücksichtigen. Gleichzeitig waren aber auch die Verbesserungen in seinem Budget zu berücksichtigen: Einsparungen, die der gemeinsame Haushalt mit der neuen Partnerin gegenüber einem Einzelhaushalt mit sich bringt, sind bedarfsenkend. Unter Berücksichtigung dieser Umstände wurde die Rente an die geschiedene Frau von CHF 1400.- auf CHF 1100.- herabgesetzt, womit ihr neu eine Unterdeckung von CHF 500.- entstand.

5. Nachehelicher Vorsorgeaufbau⁶⁰

Bei Scheidung wird mit der Teilung der Anwartschaften der beruflichen Vorsorge (und der AHV über das Splitting und die Betreuungsgutschriften) die Verteilung bezüglich der Vergangenheit vorgenommen und abgeschlossen. Hingegen ist damit der angemessene nacheheliche Vorsorgeaufbau nicht abgedeckt und nicht gesichert. Dieser gehört jedoch gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ebenfalls zum gebührenden Unterhalt (Art. 125 ZGB). Er ist somit in jede Grundbedarfsberechnung mit einzubeziehen, wenn der nacheheliche Vorsorgeaufbau einer Ehegattin aus ehebedingten Gründen nicht über ihre Erwerbsarbeit oder anderweitig angemessen sichergestellt ist.

Geschiedene, die Betreuungspflichten zu erfüllen haben oder hatten und denen aus diesem Grunde keine oder keine volle Erwerbstätigkeit zumutbar ist, können auch ihre Vorsorge nicht über den Erwerb aufbauen (oder nur auf einem Teilzeiterwerb, was durch den Koordinationsabzug auf der 2. Säule in der Regel nur höchst ungenügende Beiträge an die Vorsorge ergibt). Demgegenüber baut der nicht Betreuende, Vollzeit erwerbstätige geschiedene Ehegatte seine Vorsorge automatisch auf seinem 100%-Einkommen auf, was bei seinem in die Unterhaltsberechnung einzubeziehenden Einkommen immer schon berücksichtigt ist, da nur sein Nettoeinkommen eingesetzt wird.

Da das nacheheliche Splitting der beruflichen Vorsorge, obwohl in den Vernehmlassungen für diese Fälle verschiedentlich verlangt, bei der Scheidungsrechtsrevision abgelehnt wurde, muss der Unterhaltsverpflichtete seinen nachehelichen Vorsorgeaufbau auch nicht teilen. Er hat aber in solchen Fällen (und soweit seine Leistungsfähigkeit ausreicht) mit dem festzusetzenden Unterhaltsbeitrag auch einen angemessenen Beitrag an den nachehelichen Vorsorgeaufbau der Berechtigten zu leisten (deshalb auch der Begriff Vorsorgeunterhalt).

⁶⁰ Vgl. ausführlich und mit weiteren Verweisen FamKomm Scheidung / FREIVOGEL Anh. UB N 17f und FamKomm Scheidung / SCHWENZER Art. 125 N 8f.

Vorliegend interessiert nun natürlich, ob der Bedarf der Unterhaltsberechtigten für diesen nahehelichen Vorsorgeaufbau in der Anwendungspraxis tatsächlich wie vom Gesetz gefordert bei der Berechnung ihres Grundbedarfs eingesetzt wird (und zwar auch in den Mankofällen!), und wie er konkret eingeschätzt und berechnet wird.

Uns sind nur 2 publizierte Entscheide bekannt, die sich überhaupt mit dem Thema befassen.

Das Bundesgericht⁶¹ hat bestätigt, dass nach der Scheidung die Aussetzung einer angemessenen Altersvorsorge Teil des gebührenden Unterhalts ist, wenn Lücken in der Vorsorge ihren Ursprung in der während der Ehe vereinbarten Aufgabenteilung haben. Dies könne eine Zulage gestützt auf Art. 125 rechtfertigen. Ein solcher Beitrag müsste aus den im Hinblick auf die Vorsorge angehäuften Ersparnissen vom verpflichteten Ehegatten finanziert werden können. Der Richter kann dann eine definitive Regelung in Form einer Abfindung nach Art. 126 Abs.2 ZGB anordnen, was die unabhängige Vorsorge der berechtigten Ehegattin unmittelbar nach der Scheidung erlaube und was auch dem Prinzip des „clean break“ besser Rechnung trage. Entsprechend wurde dafür eine Kapitalabfindung festgesetzt. Es handelte sich aber natürlich um keinen Mankofall!

Das Kantonsgericht St. Gallen⁶² bestätigt ebenfalls den Anspruch auf einen Unterhalt samt ausreichendem Anteil für den weiteren Vorsorgeaufbau. Da die unmittelbar zur Verfügung stehenden Einkommensmittel zwar für die Deckung des laufenden gebührenden Unterhalts, nicht aber für den Vorsorgeanteil reichen, verlängerte das Gericht die Dauer, für welche der naheheliche Unterhalt normalerweise geschuldet wäre, so dass dank dieser Verlängerung der fehlende Vorsorgeaufbau ausgeglichen ist. Dabei bestimmte es das bestehende Vorsorgedefizit im konkreten Fall als bestehend aus den bis zum anzustrebenden Beschäftigungsumfang fehlenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen, welche in diesem Fall einen knappen Fünftel des versicherten Verdienstes ausmachen. Der Mankofall konnte somit dadurch vermieden und der tatsächliche angemessene Ausgleich sichergestellt werden, dass die Unterhaltspflicht angemessen verlängert wurde.

Die in den beiden Gerichtsfällen angewandten (unterschiedlichen und aus dem konkreten Fall gewachsenen) Methoden für die Bemessung des auszugleichenden nahehelichen Vorsorgedefizits sind

⁶¹ BGer vom 1.4.2003, 5C.265/2002, FamPra.ch 2003, 685.

⁶² KGer St.Gallen vom 22.10.2001 i.S. H.W.-A. gegen O.W. - BF.2001.4, FamPra.ch 2/2002, 374f.

mögliche Methoden, aber weder die einzig möglichen, noch in der Anwendungspraxis gefestigt. Vielmehr ist es sehr bedauerlich, dass auch in diesem Bereich noch zu wenige Gerichte der oberen Instanzen sich konkret mit der Problematik auseinandersetzen mussten. Entsprechend ist noch vieles unklar, vor allem ist auch noch offen, wie sich die Gerichte zu den diesbezüglichen Lehrmeinungen verhalten werden.⁶³

Ohne dass dies statistisch derzeit⁶⁴ belegbar wäre, so muss zudem leider aufgrund informeller Befragung von Anwältinnen und Anwälten über ihre diesbezügliche Erfahrung vor den erstinstanzlichen Gerichten mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass in Mankofällen in aller Regel der nacheheliche Vorsorgeaufbau (entgegen dem Gesetz) in die Berechnung des gebührenden Unterhalts gar nicht erst einbezogen wird und entsprechend auch dann nicht im Fehlbetrag berücksichtigt wird, wenn ein solcher festgehalten wird.

⁶³ Vgl. zu den (auch andern) verschiedenen Berechnungsmöglichkeiten FamKomm Scheidung / FREIVOGEL Anh.UB N 23f und insbes. N 27a f und N 31 f, zusammenfassend N 34 f, Berechnungsbeispiele N 99 f, N 105 f, N 110 f; FREIVOGEL / GLOOR / STIEGER-GMÜR, FamPra.ch 2004, 811, 813 f; Vetterli, Scheidungshandbuch 146 f.

⁶⁴ Ein NF-Forschungsprojekt ist derzeit im Gang, welches in umfangreicher Rechtstatsachenforschung auch erstinstanzliche Urteile vor Ort erfassen und auswerten wird, so dass in absehbarer Zeit vielleicht klare Daten zur Verfügung stehen werden.

IV. Verwandtenunterstützung

1. Allgemeines

Die Leistungspflicht des Gemeinwesens im Bereich der Sozialhilfe beruht auf öffentlichem Recht. Demgegenüber steht die privatrechtliche Leistungspflicht bestimmter Familienmitglieder, welche ebenfalls (vorab) zur Deckung des Lebensunterhalts einer Person dient, mit dem Zweck, dadurch deren Armut zu verhindern. Im Privatrecht basieren die gesetzlichen Leistungen Dritter auf einer besonderen familienrechtlichen Beziehung der Familienmitglieder untereinander. Da ist einerseits die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den unmündigen Kindern (und abgeschwächt gegenüber dem volljährigen Kind in Ausbildung). Andererseits gehört dazu die Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander während der Ehe und, je nach Situation, auch nach der Ehe. Schliesslich gehören zu den privatrechtlichen und auf familienrechtlichen Beziehungen gründenden Leistungen Dritter die Unterstützungspflicht der Verwandten.

Die Verwandtenunterstützungspflicht ist subsidiär zur ehelichen und elterlichen Unterhaltspflicht. Sie kommt somit als letzte der privatrechtlichen Leistungen Dritter zur Anwendung, wenn die Unterhaltspflicht der Eltern zur Deckung des Lebensunterhalt eines minderjährigen oder in Ausbildung befindlichen volljährigen Kindes nicht ausreicht, oder wenn die Unterhaltspflicht unter Ehegatten zur Deckung des Lebensunterhalts insbesondere einer getrennten oder geschiedenen Person nicht ausreicht.⁶⁵

Öffentlichrechtliche Sozialhilfeleistungen wiederum sind grundsätzlich subsidiär zu allen privatrechtlichen Leistungspflichten, auch zur Verwandtenunterstützungspflicht. Das bedeutet in der Regel nicht, dass Sozialhilfebehörden keine Leistungen erbringen, solange mögliche Verwandtenunterstützungspflichten nicht abgeklärt sind. Es bedeutet hingegen, dass allfällig Ansprüche aus Verwandtenunterstützungspflicht per gesetzliche Subrogation auf das Gemeinwesen übergehen, soweit das Gemeinwesen für die anspruchsberechtigte Person Sozialhilfeleistungen erbracht hat.

Bei der Verwandtenunterstützungspflicht handelt es sich um materielles Bundeszivilrecht. Das bedeutet u.a., dass die Kantone - im Gegensatz zum Bereich der Sozialhilfe - hier nicht befugt sind, bei der Verwandtenunterstützungspflicht inhaltlich über

⁶⁵ WIDMER 25f.

deren Ausmass und Grenzen zu befinden.⁶⁶ Die Frage, ob und falls ja, in welchem Ausmass eine Person aufgrund der privatrechtlichen Verwandtenunterstützungspflicht zu Leistungen an Familienangehörige verurteilt werden kann, ist allein aufgrund des Bundesprivatrechts zu beantworten. Die Anwendung und Interpretation dieser Bundesgesetze obliegen den Zivilgerichten - und letztendlich dem Bundesgericht - nicht jedoch den kantonalen öffentlichen Behörden.

2. Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht

Leistungspflichtig sind Bluts- oder Adoptivverwandte in aufsteigender und absteigender Linie entsprechend der Erbberechtigung. Es können somit in Anspruch genommen werden: Kinder von Bedürftigen, Eltern von Bedürftigen, Grosseltern von Bedürftigen, Urgrosseltern von Bedürftigen. Hingegen können Geschwister⁶⁷ oder mit Bedürftigen lediglich über Heirat verwandte (also verschwägte) Personen nicht zu deren Unterstützung herangezogen werden.

Zudem sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass nur diejenigen Verwandten unterstützungspflichtig werden, die in günstigen Verhältnissen leben (Art. 328 Abs. 1 ZGB). In günstigen Verhältnissen lebt, "wer ohne wesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Lebensführung in der Lage ist, die geforderte Unterstützung zu leisten"⁶⁸. Was dies konkret bedeutet (Wohlstand, keine Beeinträchtigung einer wohlhabenden Lebensführung, oder wesentlich einschränkender?), ist allerdings umstritten.⁶⁹ In die Beurteilung einbezogen wird jedenfalls sowohl das ordentlicherweise erzielbare Einkommen als auch das vorhandene Vermögen. Das Vermögen kann durchaus auch in seiner Substanz (und nicht nur bezüglich der Erträge) herangezogen werden. Die Aufzehrung des gesamten Vermögens kann jedoch nicht verlangt werden. Den unterstützungspflichtigen Verwandten ist zwar eine gewisse Einschränkung, nicht jedoch eine wesentliche Verschlechterung ihrer bisherigen Lebenshaltung zumutbar. Ihre wirtschaftliche Existenz darf nicht gefährdet werden.⁷⁰ Kantonal wird meist auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur AHV⁷¹ oder auf die SKOS-Richtlinien abgestellt.

⁶⁶ Was nicht heisst, dass sie nicht Ausführungsbestimmungen zur bundesrechtlichen Regelung erlassen dürfen, vgl. dazu nachfolgend.

⁶⁷ Die Verwandtenunterstützungspflicht der Geschwister wurde gleichzeitig mit der Scheidungsrechtsrevision abgeschafft.

⁶⁸ Amtl. Bull. SR 1998, 329.

⁶⁹ Vgl. dazu KOLLER, recht 2/06, 74 mit Verweisen.

⁷⁰ Siehe ausführlich und mit weiteren Verweisen WIDMER 38f.

⁷¹ ELG, SR 831.30.

Das Bundesgericht hat lange Zeit lediglich festgehalten, dass bei der Verwandtenunterstützungspflicht die Leistungskraft der pflichtigen Person jedenfalls stärker geschützt wird als die finanzielle Leistungskraft des Pflichtigen bei der Bemessung von Unterhaltsrenten an die getrennt lebende oder geschiedene Ehefrau oder bei der Bemessung von elterlichen Unterhaltsrenten an minderjährige oder sich noch in Ausbildung befindliche Kinder.⁷² Daraus folgt, dass die Leistungsfähigkeit von Verwandten jedenfalls erheblich mehr als die blosse Deckung ihres eigenen betriebsrechtlichen Notbedarfs voraussetzt. Ein Anspruch auf ungeschmälerter Erhaltung des Vermögens bestand gemäss langjähriger Praxis nur dann, wenn die Unterstützung das eigene Auskommen des Pflichtigen schon in naher Zukunft gefährden würde.⁷³ Diese Rechtsprechung wurde soeben erst mit einem neuen Leitentscheid des Bundesgerichts⁷⁴ dahingehend geändert, dass im Gegenteil gerade die wirtschaftliche Sicherheit des Pflichtigen im Alter sichergestellt bleiben und entscheidend darauf abgestellt werden muss. Der Anspruch des Belangten auf Bildung einer guten Vorsorge hat Vorrang vor dem Anspruch auf Verwandtenunterstützung, denn von günstigen Verhältnissen kann keine Rede sein, wenn der Pflichtige nicht über eine ausgebaute Vorsorge verfügt bzw. mit der Verwandtenunterstützungspflicht seine Vorsorge wesentlich beeinträchtigt würde.⁷⁵

Da Verschwägerte nicht herangezogen werden können, ist grundsätzlich nur das Einkommen und Vermögen der unterstützungspflichtigen Person selbst, nicht jedoch dasjenige von deren Ehegatte ausschlaggebend. Andererseits können unter Umständen die finanziellen Verhältnisse des Ehepartners oder der Ehepartnerin im Rahmen der ehelichen Beistandspflicht indirekt insofern berücksichtigt werden, als diese nicht verwandte Person mehr an den Unterhalt der Familie beisteuern muss als dies ohne Verwandtenunterstützungspflicht der Fall wäre. Das Verhältnis dieser verschiedenen Pflichten zueinander sowie auch der Einfluss der ehelichen Pflichten auf die Verwandtenunterstützungspflicht und umgekehrt ist jedoch umstritten.⁷⁶

⁷² BGE 123 III 5.

⁷³ Zuletzt BGer 5C.209/1999 vom 6.1.2000, E 5a.

⁷⁴ BGE 132 III 97; vgl. dazu die ausführliche Besprechung von KOLLER, recht 2/06, 64f.

⁷⁵ KOLLER, recht 2/2006, 74; vgl. auch KOLLER, BSK ZGB, Art. 328/329 N 16, der zudem dezidiert die Meinung vertritt, dass dem Belangten ermöglicht werden müsse, auch nach Eintritt des Vorsorgefalls noch „im Wohlstand“ zu leben.

⁷⁶ Vgl. dazu näher und mit weiteren Verweisen WIDMER 41f.

Wann genau die gesetzlich vorgeschriebenen günstigen Verhältnisse vorliegen und jemand zur Unterstützung von bedürftigen Verwandten verpflichtet werden kann, ist also nicht generell zu beantworten, sondern im Einzelfall zu prüfen. Dabei liegt die letztendliche Entscheidungskompetenz bei den Zivilgerichten. Generelle finanzielle Leitlinien können aus der spärlichen publizierten Rechtsprechung nicht formuliert werden. Hingegen ist diesbezüglich ebenfalls den SKOS-Richtlinien eine empfohlene Leitlinie zu entnehmen: diese Richtlinien sind allerdings rechtlich und insbesondere für die Gerichte nicht verbindlich. Sie gehen davon aus, dass günstige Verhältnisse ungefähr ab einem Einkommen von CHF 100'000.- und / oder einem Vermögen von über CHF 500'000.- vorliegen. Soweit die Kantone günstige Verhältnisse näher definieren, liegen die diesbezüglichen Grenzwerte aber meistens tiefer. Auch solche kantonalen Richtlinien oder Verordnungen sind im Streitfall für die Zivilgerichte, welche diesbezüglich einzig entscheidungskompetent sind, nicht verbindlich.

Der Grund, warum die bedürftige Person in Not geraten ist, ist grundsätzlich für die Verwandtenunterstützungspflicht irrelevant. Eine Person, die in Not und trotz guten Willens nicht in der Lage ist, sich selbst zu erhalten, hat sogar dann Anspruch auf Verwandtenunterstützung, wenn sie durch eigenes Verschulden oder Mitverschulden in die Notlage geraten ist. Im rechtlichen Sinne nicht in Not befindet sich "einzig eine Person, die sich mit gutem Willen selbst erhalten könnte, dies jedoch böswillig unterlässt, um auf Kosten der Verwandten zu leben".⁷⁷

Das Bundesgericht hat sich zudem mit einer speziellen Frage betreffend Vorliegen von Not bei Alleinerziehenden auseinandergesetzt.⁷⁸ Ausführlich befasst es sich darin mit der Frage der Zumutbarkeit von Erwerbsarbeit bei Alleinerziehenden, wenn sie ohne Erwerbsarbeit Verwandtenunterstützung beanspruchen müssten. Dabei hält es vorab fest, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zumutbarkeit von Erwerbsarbeit im Zusammenhang mit der Regelung des nahehelichen Unterhalts zwar herangezogen werden könne, aber angesichts der zweifelsohne bestehenden Unterschiede im Bereich der Verwandtenunterstützung einschränkender zu handhaben sei. Das Bundesgericht folgert, dass einer ledigen Mutter für die erste Zeit nach der Geburt des Kindes keine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann, ausser es wäre eine qualitativ vergleichbare individuelle Betreuung durch Drittpersonen gewährleistet.⁷⁹ In einem unveröffentlichten Entscheid hält das Bundesgericht konkreter fest, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt habe, wenn

⁷⁷ WIDMER 44, mit weiteren Verweisen.

⁷⁸ BGE 121 III 441f.

⁷⁹ BGE 121 III 443.

sie eine Notlage insofern verneinte, als dass sie 26 Monate nach der Geburt des Kindes dessen persönliche Betreuung durch die Mutter als nicht mehr erforderlich erachtete.⁸⁰ Eine Notlage ist auch nicht gegeben, wenn die Mutter die Kinder ganztätig betreuen lassen und entsprechend eine volle Berufstätigkeit aufnehmen kann.⁸¹ Das Bundesgericht scheint also davon auszugehen, dass eine Notlage im Sinne von Art. 328 ZGB für die alleinerziehende Mutter nicht gegeben ist, wenn die Kinder dem Säuglingsalter entwachsen sind und die grundsätzliche Möglichkeit einer ganztägigen Drittbetreuung besteht.⁸²

3. Umfang und Geltendmachung des Anspruchs

Die in Not geratene Person hat Anspruch auf die Leistung, die ihr zum Lebensunterhalt fehlt. Der Anspruch gegenüber den Verwandten ist in diesem Sinne beschränkt, auch wenn sie in der Lage wären, mehr zu bezahlen. Nicht zum erforderlichen Lebensunterhalt gehören bspw. insbesondere die Schuldensanierung oder Prozesskosten.

Darüber hinaus ist die Frage nach dem Leistungsumfang, den die in Not geratene Person von ihren Verwandten verlangen kann, nicht eindeutig zu beantworten. In der Literatur wird dafür sowohl auf die Armutsgrenze der Sozialhilfe als auch auf die Armutsgrenze des Betreibungsrechts - je nachdem ergänzt durch 20%-Zuschläge - Bezug genommen und die Frage je nachdem unterschiedlich und zudem unter gleichzeitiger Betonung, dass weder die eine noch die andere für die Bestimmung der Not im Sinne von Art. 328 ZGB massgebend sei, beantwortet.⁸³ Auch diesbezüglich sind zur Interpretation der bundesrechtlichen Vorschrift die Zivilgerichte kompetent, welche die Grenze im Einzelfall zu ziehen haben. In genereller Form ist eine solche Grenzziehung bezüglich der Not des Art. 328 ZGB den publizierten Gerichtsentscheiden nicht zu entnehmen. Das Bundesgericht hat es lediglich als nicht bundesrechtswidrig erklärt, wenn die kantonalen Behörden vom betreibungsrechtlichen Notbedarf ausgehen, wobei lange Zeit betont wurde, dies stelle ein Minimum dar.⁸⁴ Mit neuestem Entscheid präzi-

⁸⁰ BGer vom 28. April 1997, 4(5C.14/1997).

⁸¹ BGer vom 28. April 1997, 4(5C.14/1997).

⁸² Damit nicht einverstanden ist WIDMER 46, die darauf hinweist, dass entgegen dem Bundesgericht alleinerziehenden Müttern oder Vätern das Recht zuzugestehen sei, ihrem Kind in der von der Fachliteratur bezeichneten kritischen Zeitspanne selber die offensichtlich wichtige Betreuungsperson zu sein, auch wenn eine qualitativ vergleichbare individuelle Betreuung durch Drittpersonen gewährleistet wäre.

⁸³ Vgl. je mit Hinweisen KOLLER, BSK ZGB, Art. 328/329 N 10 und WIDMER 46f.

⁸⁴ BGE 116 V 328, 331; BGE 101 II 21, 23; BGE 83 II 7, 9.

siert das Bundesgericht einerseits, dass kein Ermessensfehler gegeben sei, wenn die Vorinstanz einen Prozentzuschlag auf dem betriebsrechtlichen Notbedarf verweigere.⁸⁵ Andererseits stellt es gleichzeitig klar, dass die Zivilgerichte das ihnen zustehende Ermessen auch nicht verletzen, wenn sie auf den Bedarf abstellen, der nach den Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe berechnet worden ist und damit über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum liegt.⁸⁶ Das betriebsrechtliche Existenzminimum bildet somit die Untergrenze und das sozialhilferechtliche Existenzminimum die Obergrenze des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs. Innerhalb dieses Rahmens steht den Behörden und Gerichten ein Ermessensspielraum bei der Beurteilung des Einzelfalles zu.

Ist das Gemeinwesen eingesprungen und hat Sozialhilfe geleistet, so kann es von den Verwandten Rückerstattung der tatsächlich geleisteten Sozialhilfe verlangen, jedoch auch nur maximal in dem Umfange, als die bedürftige Person selber von ihren Verwandten Unterstützung hätte fordern können. Mehr als das sozialhilferechtliche Existenzminimum kann also weder vom Berechtigten selbst noch von den Sozialhilfebehörden von den Verwandten einverlangt werden.⁸⁷

Der Umfang des Unterstützungsanspruchs muss natürlich auch den Verhältnissen der Pflichtigen angemessen sein. Sind mehrere Verwandte unterstützungsverpflichtet, so bemisst sich der einzelne Unterstützungsbeitrag entsprechend den individuellen finanziellen Verhältnissen. Es besteht keine Solidarhaftung. Verwandte gleicher Stufe schulden grundsätzlich nicht den gleichen Unterstützungsbeitrag, sondern eben einen ihren individuellen Verhältnissen angemessenen Beitrag. Sie sind bloss anteilmässig im Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit beitragspflichtig.⁸⁸ Die Höhe der Leistungspflicht einer Person kann entsprechend nur bestimmt werden, wenn gleichzeitig oder vorfrageweise geklärt wird, ob bzw. in welchem Umfang andere Verwandte gleicher Stufe auch leistungsfähig sind⁸⁹ (was bspw. bei Verwandten im Ausland meist schwierig bis unmöglich ist, weswegen dann häufig einfach von der Leistungsunfähigkeit dieser Verwandten ausgegangen wird).

Bei Vorliegen besonderer Umstände (bspw. schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten seitens der bedürftigen Person oder das Fehlen jeglicher persönlicher Kontakte) kann die Heranziehung eines Verwandten als unbillig erscheinen. Diesfalls kann das Ge-

⁸⁵ BGE 132 III 97 E.2.3.

⁸⁶ BGE 132 III 97 E.2.4.

⁸⁷ Vgl. auch KOLLER, recht 2/06, 73.

⁸⁸ BGE 101 II 21, 24; 83 II 7, 11.

⁸⁹ BGE 101 II 21, 24.

richt den Unterstützungsanspruch reduzieren oder die Unterstützungspflicht ganz aufheben (Art. 329 Abs. 2 ZGB).⁹⁰

Der Anspruch auf Unterstützung ist (auch vom Gemeinwesen) gegenüber den pflichtigen Verwandten in der Reihenfolge ihrer Erbberichtigung geltend zu machen (d.h. nach Art. 457f ZGB). Diese stellt sich wie folgt dar:

- Kinder der bedürftigen Person, falls keine vorhanden oder sie nicht leistungsfähig oder nicht leistungspflichtig sind;
- Enkelkinder / Urenkelkinder, falls keine vorhanden oder diese nicht leistungsfähig oder nicht leistungspflichtig sind;
- Eltern der bedürftigen Person, falls diese nicht vorhanden oder nicht leistungsfähig oder nicht leistungspflichtig sind;
- Grosseltern der bedürftigen Person

Verwandte der nachgehenden Stufe können jeweils erst dann herangezogen werden, wenn alle Verwandten der vorgehenden Stufen zusammen nicht die volle Unterstützung für den erforderlichen Lebensunterhalt zahlen können, unerreichbar (d.h. im Ausland) oder unbekanntem Aufenthalts sind. Fällt ein Verwandter einer Stufe aus, so wächst zunächst sein Anteil den anderen Verwandten der gleichen Stufe an. Wie oben bereits erwähnt kann bei mehreren Verwandten einer Stufe nicht einfach der Leistungsstärkste eingeklagt werden, sondern es muss die Leistungsfähigkeit aller Verwandten dieser Stufe abgeklärt werden.

4. Rückerstattungspflicht gegenüber den Verwandten

Eine Person, die Sozialhilfeleistungen vom Gemeinwesen erhalten hat, wird gegenüber dem Gemeinwesen rückerstattungspflichtig, soweit das Gemeinwesen für seine Aufwendungen nicht bereits anderweitig entschädigt worden ist (bspw. mittels subrogierter Verwandtenunterstützung) und sofern bei der ehemals unterstützten Person bestimmte wirtschaftliche Verhältnisse vorliegen (dazu näher nachfolgend V.3.). Hier nun stellt sich die Frage bezüglich Verwandtenunterstützung, ob eine ehemals von seinen Verwandten unterstützte Person rechtlich verpflichtet ist, erhaltene Verwandtenbeiträge zurückzubezahlen, wenn sie sich wirtschaftlich erholt hat. Diesbezüglich ist die rechtliche Lage unklar. Nach früher herrschender Lehrmeinung besteht gegenüber Verwandten kein Rückerstattungsanspruch. In jüngerer Zeit wurden vereinzelt Meinungen laut, die dies als nicht sachgerecht erachten. Dabei ist allerdings zu unterscheiden zwischen einer eigentlichen Rückerstattungspflicht einerseits und der Ausgleichspflicht unter

⁹⁰ Neuere Gerichtsentscheide dazu sind keine publiziert worden; für ältere Entscheide und Literaturhinweise vgl. WIDMER 51.

Erben andererseits, wenn ein Erbe entweder vom Verstorbenen Verwandtenunterstützung erhalten hatte oder dem Verstorbenen früher Verwandtenunterstützung geleistet hat. Für die Annahme einer Ausgleichspflicht bestehen durchaus gute Gründe. Hingegen ist eine generelle Rückerstattungspflicht zu Lebzeiten problematisch. Eine solche würde bedeuten, dass die bedürftige Person nicht nur Schulden gegenüber dem Gemeinwesen äufnet, sondern zusätzlich auch noch gegenüber den sie allenfalls unterstützenden Verwandten. Aus dem geltenden Recht kann jedenfalls eine generelle Rückerstattungspflicht gegenüber den unterstützenden Verwandten nicht abgeleitet werden.⁹¹ Entsprechend existieren auch keine Gerichtsentscheide, welche eine solche Rückerstattungspflicht postulieren würden. Hingegen haben erbrechtliche Überlegungen zum Teil Eingang in Gerichtsentscheide gefunden.⁹²

5. Durchsetzung in den Kantonen

In aller Regel werden heute Personen, die in eine Notlage geraten, von Anfang an öffentliche Sozialhilfe beziehen. Haben diese Sozialhilfeempfänger Verwandte, welche unterstützungsverpflichtet wären, so geht der Anspruch der Bedürftigen gegenüber ihren Verwandten direkt auf das Gemeinwesen über, welches die Sozialhilfe geleistet hat. Es ist dann allein das Gemeinwesen (und nicht mehr die bedürftige Person) dazu legitimiert, den Verwandtenunterstützungsanspruch gegenüber den Verwandten geltend zu machen. Zuständig dafür ist dann der Wohnkanton der unterstützten Person (Art. 25 Abs. 1 ZUG). Welche Behörde dieses Kantons genau zuständig ist, entscheidet sich gemäss innerkantonalem Recht und ist meist in den kantonalen Sozialhilfe- oder Fürsorgegesetzen geregelt. In 20 Kantonen sind für die Geltendmachung der auf das Gemeinwesen übergegangenen Ansprüche auf Verwandtenunterstützung die Gemeinden zuständig (die auch für die Ausrichtung der Sozialhilfe zuständig sind). Im Kanton Jura kann auf Ersuchen der Gemeinde die Verwandtenunterstützungspflicht auch vom Kanton gerichtlich geltend gemacht werden.⁹³ In den Kantonen AI, BL, GE, SO und TI ist allein der Kanton für die Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht zuständig. Im Kanton Waadt schliesslich ist die Gemeinde oder der Gemeindeverbund CSR für die Prüfung des Vorlie-

⁹¹ Vgl. zur Auseinandersetzung und mit Weiterverweisen WIDMER 55f.

⁹² Bspw. die Entscheidung, dass erhaltene Verwandtenunterstützungsbeiträge bei einer allfälligen Erbteilung der bedürftigen Person als Vorempfänge anzurechnen sind (Amtsgericht Luzern-Stadt vom 8.7.1994, 14f); oder bei der Berechnung des Vermögensverzehr der zur Verwandtenunterstützung verpflichteten Person wird nur der Verzehr des hypothetischen Erb-Pflichtteils der bedürftigen Person zugemutet (Bezirksgericht St. Gallen vom 20.8.1997, 17, vom Kantonsgericht St. Gallen bestätigt am 7.7.1999, 14).

⁹³ Art. 93 LOS (JU).

gens allfälliger Verwandtenunterstützungspflichten, der Kanton hingegen für eine allfällige gerichtliche Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht zuständig.

Das zuständige Gemeinwesen (Gemeinde, Gemeindeverbund oder Kanton) kann jedoch nicht die Verwandtenunterstützungspflicht selbst festsetzen oder Verwandte gegen ihren Willen dazu verpflichten, Beiträge zu leisten. Sie versuchen deshalb in der Regel, mit den in Frage kommenden Verwandten eine friedliche Lösung zu finden resp. mit ihnen eine Vereinbarung darüber abzuschliessen, wer wie viele Beiträge leistet. In einigen kantonalen Gesetzen wird das Anstreben einer solchen Vereinbarung explizit statuiert. Verpflichten sich die Verwandten jedoch nicht freiwillig zur Leistung von Beiträgen, so können sie dazu ausschliesslich vom zuständigen Zivilgericht verurteilt werden. Zuständig ist alternativ das Zivilgericht der unterstützungsbedürftigen Person oder dasjenige am Wohnsitz der beklagten Verwandten (Art. 329 Abs. 3 i.V.m. Art. 329 Abs. 2 ZGB). Der Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der bedürftigen Person ist insbesondere im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Belangung mehrerer Verwandten von Bedeutung: mehrerer Verwandte mit unterschiedlichen Wohnsitzen können dank diesem Wahlgerichtsstand von Bundesrechts wegen am gleichen Gerichtsstand eingeklagt werden. Zudem erleichtert dieser Wahlgerichtsstand natürlich dem Gemeinwesen ein Klageverfahren, das damit nicht gezwungen ist, ausserhalb des einen Kantons und der ihm vertrauten Verhältnisse zu klagen. Gegen einen erstinstanzlichen Gerichtsentscheid kann in allen Kantonen mindestens ein kantonales Rechtsmittel eingelegt werden, ein Teil der Kantone sieht auch ein mehrstufiges Rechtsmittelverfahren vor. Der Ausbau des kantonalen Rechtsmittelverfahrens wird im Wesentlichen durch die Höhe des Streitwertes bestimmt. Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide kann das Bundesgericht mittels zivilrechtlicher Berufung angerufen werden, sofern der dafür notwendige Streitwert erfüllt ist, andernfalls nur mit der staatsrechtlichen Beschwerde (bei Verletzung von verfassungsmässigen Rechten).

Fast alle Kantone haben Ausführungsbestimmungen zur bundesrechtlichen Regelung der Verwandtenunterstützung, verfügen also über eine gesetzliche Regelung der Verwandtenunterstützungspflicht auf kantonaler Ebene. 23 Kantone kennen eine ausdrückliche behördliche Prüfungspflicht, wobei diese unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Meist steht den Sozialhilfebehörden ein gewisses Ermessen zu, wie streng sie die Prüfungspflicht nehmen. Nur in wenigen Kantonen muss die Verwandtenunterstützung auf jeden Fall

und in jedem Fall geprüft werden.⁹⁴ Die meisten Kantone hingegen, insbesondere diejenigen mit einer Sozialhilfegesetzgebung neueren Datums, lassen den Behörden mehr Ermessensspielraum. So formuliert bspw. das Sozialhilfegesetz Basel-Stadt relativ allgemein, die Sozialhilfestelle habe die unterstützungspflichtigen Verwandten anzuhalten, Beiträge zu leisten, wenn es der Billigkeit entspricht.⁹⁵ Oder im neuen Sozialhilfegesetz BL (vom 21.6.2001) wird lediglich festgehalten, dass die Unterstützungspflicht der Verwandten zu berücksichtigen sei, soweit sie sich in günstigen Verhältnissen befinden und es nicht als unbillig erscheine (entspricht SKOS-Richtlinien), und es wird die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Verwandten, auch mittels Klage, festgehalten.⁹⁶ Demgegenüber sieht allerdings auch das neue Sozialhilfegesetz des Kantons Bern (vom 11. Juni 2001) nicht nur eine Pflicht vor, allfällige Verwandtenunterstützungspflichten zu prüfen, sondern eine ausdrückliche Pflicht, solche Unterstützungsansprüche auch geltend zu machen und darüber hinaus, falls keine Einigung zustande kommt, den Anspruch beim zuständigen Gericht einzuklagen.⁹⁷ Im Kanton Zürich wiederum findet sich im nicht mehr so neuen Sozialhilfegesetz (vom 14. Juni 1981) nur die Bestimmung, dass die Fürsorgebehörde Verwandtenunterstützungspflichten prüfen und zwischen den Verwandten und den Hilfeempfängern vermitteln soll, die Möglichkeit der Verwandtenunterstützungsklage hingegen wird nur sehr indirekt angesprochen⁹⁸. Insgesamt statuieren nur sehr wenige

⁹⁴ Bspw. Appenzell-Innerrhoden, wo gemäss Art. 3 Fürsorgegesetz das Departement in jedem Unerstützungsfall ohne Verzug feststellen hat, ob Verwandte vorhanden sind, denen gemäss Art. 328 und 329 ZGB die Unerstützungspflicht obliegt. Ebenso Appenzell-Ausserrhoden in Art. 22 Fürsorgegesetz.

⁹⁵ § 15 Abs. 2 und 3 SHG (BS): "Die Sozialhilfestelle hat die pflichtigen Personen anzuhalten, die Unterstützungskosten soweit sie zum eigentlichen Lebensunterhalt bestimmt sind, ganz oder teilweise zu ersetzen, wenn es der Billigkeit entspricht. Das zuständige Departement regelt nach Rücksprache mit den Gemeinden das Mass der Verwandtenunterstützung. Es orientiert sich dabei an den Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Im Streitfall kann gegen die pflichtigen Personen Klage erhoben werden."

⁹⁶ § 5 und 12 SHG (BL) und § 5 und 7 SHV (BL).

⁹⁷ Art. 37 Abs.1 SHG (BE): "Der Sozialdienst ist verpflichtet, familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche geltend zu machen, die auf das unterstützende Gemeinwesen übergehen.", und Art. 38 Abs. 2 SHG (BE): "kommt keine Vereinbarung zu Stande, klagt der Sozialdienst den Anspruch beim zuständigen Gericht ein."

⁹⁸ § 25 SHG (ZH): "Die Fürsorgebehörde prüft, ob gemäss Art. 328 und 329 ZGB Verwandte zur Unterstützung des Hilfeempfängers verpflichtet sind. Wenn es die Verhältnisse rechtfertigen, kann sie die Pflichtigen zur Hilfe auffordern und zwischen ihnen und dem Hilfeempfänger vermitteln"; § 31 SHG (ZH): "Verwandtenunterstützung und Rückerstattung werden von den Behörden des kostentragenden Gemeinwesens geltend gemacht."

Kantone eine Pflicht, die Verwandtenunterstützung wenn nötig auch gerichtlich geltend zu machen.

6. Anwendungspraxis in den Kantonen

Zur konkreten Anwendungspraxis betreffend Prüfung und, wenn nötig, gerichtlicher Geltendmachung von Verwandtenunterstützungspflichten durch die Gemeinwesen können keine mit harten Daten belegte Aussagen gemacht werden. Gemeinden und Kantone führen dazu keine Statistiken und können entsprechend dazu keine systematisch gesammelten und wissenschaftlich verlässlichen Zahlen und Daten liefern.⁹⁹ Trotzdem können aufgrund der umfangreichen Arbeit von WIDMER, die dazu systematische Umfragen gestartet und Sozialhilfeträger befragt hat, einige verlässliche und interessante Angaben gemacht werden.¹⁰⁰

Wenn Verwandtenunterstützung geprüft wird, so wird in der Regel bei Bedarf auch die Leistungsfähigkeit der Grosseltern einbezogen. Das Prüfungsverhalten variiert jedoch sehr stark von Kanton zu Kanton und von Gemeinde zu Gemeinde. 12 Kantone geben an, in den letzten Jahren vermehrt die Verwandtenunterstützung geprüft zu haben, fünf davon sagen, die entsprechenden Einnahmen seien auch gestiegen. Die meisten konnten jedoch die Frage danach, ob sich (ev. aufgrund der Finanzknappheit der Gemeinwesen) eine Veränderung der Geltendmachung von Verwandtenunterstützung seitens der Gemeinwesen ergeben habe, nicht beantworten.

Gemäss WIDMER'S Umfrage gab es im Zeitraum 1987 bis 1998 insgesamt 208 seitens von Gemeinwesen eingereichte Klagen auf Verwandtenunterstützung, wovon allerdings 89 allein von Behörden des Kantons Aargau eingereicht wurden, 25 im Kanton Basel-Stadt, 18 im Kanton Solothurn und (nur!) 17 im Kanton Zürich, 2 im Kanton Bern und gar keine im Kanton Genf. Daraus wird sehr deutlich: das Klageverhalten der Gemeinwesen resp. die Anzahl von eingereichten Klagen hängt weder von der Grösse der Bevölkerung noch vom Umfang der Sozialausgaben eines Gemeinwesens, also auch nicht von der Anzahl der Sozialhilfeempfänger ab. Auch sonst sind keinerlei rationale Erklärungen für das sehr unterschiedliche Klageverhalten

⁹⁹ An diese Grenze ist auch WIDMER bei ihrem Versuch, genau diese Daten zusammenzutragen, gestossen.

¹⁰⁰ Auf eine grundsätzliche Erfassung der Anwendungspraxis auf Gemeindeebene musste auch WIDMER angesichts der Anzahl der Gemeinden in der Schweiz begreiflicherweise verzichten. Sie hat ihre Untersuchung und Befragung entsprechend auf die Ebene der Kantone beschränkt, mit Ausnahme des Kantons Zürich, wo sie auch nähere Recherchen auf Gemeindeebene unternahm. Zur ganzen Anlage, Durchführung und zu den detaillierten Ergebnissen daraus s. WIDMER 114f.

der Behörden ersichtlich. Dieses kann somit wohl allein durch die unterschiedlichen politischen Verhältnisse und eine unterschiedliche Sicht auf die Sozialpolitik in den verschiedenen Gemeinden erklärt werden.

Zur Anschaulichkeit werden im Folgenden die Umfrageergebnisse aus einigen Kantonen beispielhaft aufgeführt:

Kanton **Aargau**: die Behörden haben gesetzlich vorgeschrieben bereits vor der Ausrichtung von Sozialhilfe die Verwandtenunterstützungspflicht zu prüfen.¹⁰¹ Gemäss Umfrageergebnis wird die Verwandtenunterstützungspflicht in der Regel im Verhältnis Kind-Eltern / Eltern-Kind, in zweiter Linie bei Enkelkind-Grosseltern / Grosseltern-Enkelkind, (eher in Einzelfällen) geprüft und geltend gemacht.¹⁰² Generelle Richtlinien oder eine generelle Praxis bezüglich der finanziellen Situation der Verwandten, die vorliegen muss, damit die Verwandtenunterstützungspflicht zum Tragen kommt, gibt es nicht. Gemäss einem recherchierten Zeitungsbericht des K-Tipps lehnt der Kanton die diesbezüglichen SKOS-Ansätze ab und wendet tiefere Limiten an.¹⁰³ Gemäss Antwort auf ein Schreiben der FDK (Schweizerische Finanzdirektorenkonferenz) wird die Verwandtenunterstützung konsequent überprüft und nach Möglichkeit eingefordert, was gemäss Beobachter tatsächlich häufig der Fall ist.¹⁰⁴ Gemäss Antworten der kantonalen Behörden sei eine gerichtliche Geltendmachung der Verwandtenunterstützung aber eher selten (diese Antwort steht allerdings im Widerspruch zu den bekannten Gerichtsklagen aus dem Kanton AG, vgl. oben). Eine Veränderung der Anwendungspraxis in den letzten Jahren werde nicht festgestellt, wobei allerdings dem Kanton ein detaillierter Überblick über die Anwendungspraxis der Gemeinden fehle.¹⁰⁵

Kanton **Basel-Landschaft**: Es ist gesetzlich definiert, wann günstige Verhältnisse vorliegen.¹⁰⁶ Auch der Leistungsumfang, der eine verwandte Person treffen kann, wird gesetzlich nach oben limi-

¹⁰¹ § 12 Abs. 4 lit.i und § 29 SHV (AG).

¹⁰² WIDMER 119.

¹⁰³ K-Tipp vom 9.2.2000, 9.

¹⁰⁴ FDK, Schreiben an Fürsorgedirektoren und -direktorinnen, Fürsorgedepartemente etc. vom 10.6.1994, 1; Beobachter 1995, 4; diese Angaben sind übernommen aus WIDMER 120.

¹⁰⁵ WIDMER 120.

¹⁰⁶ § 5 SHV (BL): günstige Verhältnisse sind gegeben, wenn a) die verwandte, alleinstehende Person über ein steuerbares Jahreseinkommen von mehr als CHF 60'000.- oder über ein Vermögen von mehr als CHF 100'000.- verfügt, oder b) die verwandte, verheiratete Person über ein steuerbares Jahreseinkommen von mehr als CHF 80'000.- oder über ein Vermögen von mehr als CHF 150'000.- verfügt. Für jedes minderjährige oder in Ausbildung stehende Kind sind die Einkommensbeträge um CHF 10'000.- und die Vermögensbeträge um CHF 20'000.- zu erhöhen.

tiert.¹⁰⁷ Gemäss Umfrageergebnis wird die Verwandtenunterstützungspflicht im Verhältnis Kind-Eltern / Eltern-Kind grundsätzlich abgeklärt, nicht jedoch diejenige im Verhältnis Enkelkind-Grosseltern / Grosseltern-Enkelkind. Das kantonale Amt prüft grundsätzlich jeden Fall für die Gemeinden und versucht eine gütliche Einigung herbeizuführen. Klagen werden praktisch keine eingereicht.¹⁰⁸ Eine Veränderung in der Anwendungspraxis in den letzten Jahren wird nicht festgestellt.

Kanton **Basel-Stadt**: Gemäss gesetzlicher Grundlage hat das zuständige Departement das Mass und den Umfang der Verwandtenunterstützung zu regeln und sich dabei an die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe zu orientieren.¹⁰⁹ Solche Unterstützungsrichtlinien wurden vom Wirtschafts- und Sozialdepartement per 1. April 2005 neu in Kraft gesetzt.¹¹⁰ Darin wird wiederholt, dass grundsätzlich die von der SKOS verabschiedeten Richtlinien in der jeweils aktuellen Version gelten.¹¹¹ Die Verwandtenunterstützungspflicht wird darin nicht behandelt. Entsprechend gelten nach baselstädtischem Verständnis diesbezüglich die SKOS-Richtlinien. Gemäss Umfrage wird die Verwandtenunterstützung aber systematisch im Verhältnis Kind-Eltern / Eltern-Kind sowie auch subsidiär im Verhältnis Enkelkind-Grosseltern / Grosseltern-Enkelkind geprüft und geltend gemacht. Jeder Fall wird geprüft und die Geltendmachung erfolgt häufig.¹¹² Eine Veränderung der Anwendungspraxis wurde in der Stadt in den letzten Jahren nicht festgestellt (die Verwandtenunterstützungspflicht wurde schon immer systematisch geprüft). Hingegen hat Riehen festgehalten, dass der Aufwand den Ertrag nicht lohne.¹¹³ Daraus darf wohl abgeleitet werden, dass in Riehen (und wahrscheinlich auch Bettingen) die

¹⁰⁷ § 6 SHV (BL): höchstens die Hälfte desjenigen Betrages, der der pflichtigen Person nach Abzug des zweifachen Ansatzes des sozialhilferechtlichen Grundbedarfs (beziffert in §9 SHV) sowie nach Abzug ihrer festen Kosten vom Einkommen verbleibt. Als feste Kosten gelten Wohnkosten, Berufsauslagen, Steuern, Versicherungen, Unterhaltsbeiträge, Krankheitskosten, Schuldzinsen und Schuldentilgungen. Auch die Begrenzung des Leistungsumfanges aufgrund des Vermögens wird detailliert geregelt (§ 6 Abs. 3 SHV).

¹⁰⁸ WIDMER 125; Beobachter 1995, 4; K-Tipp vom 92.2000, 9.

¹⁰⁹ § 15 SHG (BS).

¹¹⁰ Ersetzen die Unterstützungsrichtlinien vom 1.10.2004 und die früheren.

¹¹¹ Dann werden finanzielle Kriterien der Bedürftigkeit, Unterstützungseinheiten, die materielle Grundsicherung inkl. Bezifferung des Grundbedarfs für den Lebensunterhalt etc. detailliert geregelt. Ebenso situationsbedingte Leistungen, Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration, Rückkehrberatung und Rückkehrhilfe, Unterstützungsansätze für Asylsuchende etc.

¹¹² WIDMER 127; FDK-Schreiben vom 10.6.1994, 1; Beobachter 1995, 4; K-Tipp vom 9.2.2000, 9.

¹¹³ WIDMER 128.

Verwandtenunterstützungspflicht heute nicht mehr im gleichen Sinne systematisch geprüft wird.

Kanton **Bern**: Der Sozialdienst ist gesetzlich verpflichtet, die Verwandtenunterstützungspflicht geltend zu machen, nach Möglichkeit eine Vereinbarung über Art und Umfang zu erzielen und, falls eine solche Vereinbarung nicht zu Stande kommt, den Anspruch beim zuständigen Gericht einzuklagen.¹¹⁴ Bezüglich Bemessung ist davon auszugehen, dass die SKOS-Richtlinien verbindlich sind.¹¹⁵ Die Verpflichtung, die Verwandtenunterstützung zu prüfen und wenn nötig gerichtlich einzuklagen, bestand auch schon nach altem Recht. Die Umfrage förderte zu Tage, dass eine Veränderung in der Anwendungspraxis klar festgestellt wurde: "mehrheitlich könne ein Stimmungswechsel hin zu vermehrter Geltendmachung der Verwandtenunterstützung beobachtet werden. Die Verwandtenunterstützungspflicht werde gegenüber früher systematischer geprüft. Es sei ein erhöhter Druck feststellbar, um dadurch die öffentlichen Finanzen zu entlasten. In verschiedenen Gemeinden würden denn auch eigene neue Leitlinien erarbeitet und versucht, das Ganze besser zu organisieren".¹¹⁶ In der Stadt Bern wird seit 1996 systematisch mittels Steuerdaten geprüft, was auch eine feststellbare Zunahme der Zahlung von Verwandtenbeiträgen bewirkt habe.¹¹⁷ Ebenso wird bspw. in Burgdorf oder Köniz vermehrt und teilweise mit recht grossem Aufwand die Verwandtenunterstützung überprüft. Demgegenüber werde bspw. in Belp diese nur ausnahmsweise geprüft und geltend gemacht, wenn es offensichtlich und bekannt ist, dass die Eltern in sehr guten finanziellen Verhältnissen leben.¹¹⁸ Auch der K-Tipp hat eine klare Tendenz zur Verwandtenunterstützung festgestellt und die systematische Vorgehensweise der Städte Bern und Burgdorf anhand der Steuerdaten speziell hervorgehoben.¹¹⁹

Kanton **Zürich**: Die Fürsorgebehörde prüft zwar die Verwandtenunterstützungspflicht, ist jedoch nicht verpflichtet, sondern lediglich berechtigt, diese gegenüber den Verwandten auch geltend zu machen und zwischen den Verwandten und dem Hilfeempfänger zu

¹¹⁴ Art. 37 und 38 SHG (BE).

¹¹⁵ Art. 8 SHV (BE) bezüglich Bemessung der Sozialhilfe. Spezifisch zur Verwandtenunterstützungspflicht ist in der SHV nichts zu finden. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern gibt jedoch zusätzlich zwei umfangreiche Wegleitungen heraus: Institutionelle Sozialhilfe (Wegleitung für Gemeinden und Sozialbehörden) und Wegleitung für Sozialbehörden, Schwerpunkt individuelle Sozialhilfe.

¹¹⁶ WIDMER 131.

¹¹⁷ WIDMER 131.

¹¹⁸ WIDMER 131.

¹¹⁹ K-Tipp vom 9.2.2000,9.

vermitteln.¹²⁰ Die Möglichkeit der Verwandtenunterstützungsklage (also der zwangsweisen Durchsetzung der Verwandtenunterstützung im Falle des Nichtzustandekommens einer Vereinbarung) wird gar nicht angesprochen. Bezüglich Bemessung und Umfang der Verwandtenunterstützung gelten die SKOS-Richtlinien.¹²¹ Gemäss Umfrage wird die Verwandtenunterstützung hauptsächlich im Verhältnis Kind-Eltern / Eltern-Kind geprüft, im Verhältnis Enkelkind-Grosseltern / Grosseltern-Enkelkind jedoch nur je nach Umständen. Die Geltendmachung hängt zudem stark von der jeweiligen Gemeinde ab und liegt im Ermessen der Gemeinden. Die Stadt Zürich prüft seit je her systematisch und anhand der Steuerdaten.¹²² Bei der Umfrage der FDK¹²³ hat der Kanton mitgeteilt, es liege im Ermessen der Gemeinden, ob sie von der Möglichkeit der Verwandtenunterstützung Gebrauch machen wollen. Die kantonale Fürsorgedirektion empfehle dies nur in krassen und stossenden Fällen zu tun, sowie begrenzt auf das Verhältnis Eltern-Kinder. Nach damaliger Ansicht des Kantons greifen die Gemeinden nicht mehr oder nur noch selten auf dieses Rechtsinstitut zurück.¹²⁴ Auch der Beobachter stellte nur eine seltene Geltendmachung fest.¹²⁵ Demgegenüber wird in der Umfrage der Gemeinden eine Veränderung in der Anwendungspraxis in den letzten Jahren festgestellt, man sei in der Praxis eher strenger geworden mit der Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht.¹²⁶

Insgesamt ergab die Umfrage von WIDMER über die Anwendungspraxis in den Kantonen auf die Frage "sind erfolgreich eingegangene Verwandtenunterstützungsgelder in den letzten Jahren gestiegen?" folgende Antworten: 5 Kantone antworteten mit "JA" (BL, BS, FR, NE, SO), 1 Kanton mit "nicht bekannt, vermutlich aber schon" (ZH), 5 Kantone mit "NEIN" (AI, BE, GE, NW, VD). Die restlichen Kantone konnten die Frage nicht beantworten.¹²⁷ Die Frage ist jedoch von untergeordneter Bedeutung, weil sie ohnehin von einer wichtigeren Konstante verdrängt wird: das Prüfungsverhalten einzelner Behörden mag sich über die Jahre verändert haben, unverän-

¹²⁰ § 25 SHG (ZH): "Die Fürsorgebehörde prüft, ob gemäss Art. 328 und 329 ZGB Verwandte zur Unterstützung des Hilfeempfängers verpflichtet sind. Wenn es die Verhältnisse rechtfertigen, kann sie die Pflichtigen zur Hilfe auffordern und zwischen ihnen und dem Hilfeempfänger vermitteln."

¹²¹ § 17 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz bezüglich Definition des sozialen Existenzminimums; und Schreiben des Kantons vom 14.1.1998, wonach die entsprechenden Kapitel der SKOS-Richtlinien für die Verwandtenunterstützung massgebend sind, vgl. WIDMER 173 FN 848.

¹²² K-Tipp vom 9.2.2000, 9.

¹²³ FDK-Schreiben vom 10.6.1994, 3.

¹²⁴ WIDMER 174.

¹²⁵ Beobachter 1995, 4.

¹²⁶ WIDMER 173.

¹²⁷ WIDMER 179 FN 867.

dert gleich geblieben ist jedoch die Tatsache, dass das Prüfungsverhalten schon seit der ersten Umfrage (1993/94) und bis heute je nach Kanton und innerhalb der Kantone auch je nach Gemeinde stark variiert.¹²⁸

Die Praxis in den Kantonen ist also äusserst unterschiedlich. In jüngerer Zeit (d.h. bis Ende 1999, neuere Tendenzen nicht bekannt) wurde zwar die Frage des möglichen Rückgriffs auf Verwandte von den zuständigen Sozialhilfebehörden vermehrt systematisch abgeklärt, aber sehr grosse Unterschiede zwischen den Kantonen und den Gemeinden bestehen weiterhin.¹²⁹ Die SKOS-Mitglieder gaben in einer Umfrage an, die Verwandtenunterstützungspflicht in nahezu 50 % der Fälle systematisch geprüft zu haben und nur rund 4 % der SKOS-Mitglieder sollen einen möglichen Rückgriff auf Verwandte nie geprüft haben.¹³⁰ Dieser Aufwand scheint sich aber in keiner

¹²⁸ Vgl. zur Entwicklung des Prüfungsverhaltens der Kantone im Überblick näher: WIDMER 180f; gleichzeitig sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass WIDMER auch die Anwendungspraxis in einigen ausgewählten Zürchergemeinden (Dällikon, Fischenthal, Hausen a.A., Hüttikon, Illnau-Effretikon, Küssnacht, Sternenbergr, Volken, Winterthur, Zumikon und Zürich) näher untersucht hat (182f). Aufgrund des unzureichenden Rücklaufs an Material erwies sich ein Vergleich der Praxis der Verwandtenunterstützung zwischen den einzelnen Gemeinden allerdings als unmöglich. Lediglich die Gemeinden Winterthur und Zumikon konnten detailliert dargestellt werden. Erfahrung in der gerichtlichen Geltendmachung hatten einzig die Gemeinden Winterthur und Zürich, wobei es sich in Winterthur um einen einzigen Fall innerhalb der letzten 5 Jahre handelte. In keiner der Gemeinden existierten Statistiken. Die Gemeinde Zumikon prüfte in der Hälfte der Sozialhilfefälle die Verwandtenunterstützungspflicht näher und konnte in 36% aller näher geprüften Fälle (resp. 9% aller neuen Sozialhilfefälle) eine Vereinbarung erreichen. In keinem Fall wurde gerichtliche Klage erhoben. In Winterthur steigt die Zahl der Abklärungen zwischen 1994 und 1996 stark an, vermindert sich in den nachfolgenden Jahren jedoch wieder massiv (für Details s. WIDMER 198 f). Insgesamt folgert WIDMER (208) aus ihrer Untersuchung dieser Gemeinden: Die Vermutung, dass die beiden grössten Gemeinden über die meiste und die beiden kleinsten Gemeinden über die wenigste Erfahrung im Umgang mit der Verwandtenunterstützungspflicht verfügen, wird bestätigt. Die Vermutung, dass in reichen Gemeinden die Verwandtenunterstützung ein "Mauerblümchen-Dasein" fristet, wird nicht bestätigt. Vielmehr prüft gerade die Gemeinde Zumikon systematisch und fachkundig. Die Annahme, dass nur die grössten Gemeinden die Verwandtenunterstützung systematisch prüfen, wird nicht bestätigt. Die Vermutung, dass das Verhältnis der Verwandten untereinander ausgeglichen ist, wird **nicht** bestätigt. Vielmehr zeigt sich in Winterthur, dass in fast allen Fällen die Verwandtenunterstützungspflicht Deszendentenunterhalt ist, d.h. es sind erneut die Eltern, welche ihre mündigen, in Not geratenen Kinder unterstützen, und nicht etwa die Kinder, welche für die Kosten ihrer alten Eltern aufkommen müssen.

¹²⁹ Angaben für bernische Gemeinden auch bei JAGGI 399f, sowie OECD-Bericht, 74 für die Kantone GR, TI, ZH.

¹³⁰ WYSS 61.

Weise zu lohnen. Gesamtschweizerisch besteht zwar keine Statistik über die Einkünfte der Sozialhilfebehörden aus dem Rückgriff auf Verwandte. Immerhin wissen wir aber, dass in der Schweiz jedenfalls bis 1994 nur in ca. 2 % aller Sozialhilfefälle von den Verwandten Unterstützungsleistungen verlangt wurden.¹³¹ Ebenso wissen wir beispielsweise, dass im Kanton Luzern die aus Verwandtenunterstützung eingeforderten Beträge 1992 nur 0,2 % der ausgerichteten Sozialhilfe betragen.¹³² Nirgends sind Hinweise darauf zu finden, dass es andernorts entscheidend anders aussieht.

Das Institut der Verwandtenunterstützung wird mehr und mehr grundsätzlich in Frage gestellt.¹³³ Im Schrifttum wird die Berechtigung der Verwandtenunterstützungspflicht aus verschiedenen Gründen hinterfragt und teilweise eine weitere Einschränkung oder die gänzliche Abschaffung gefordert.¹³⁴ Die Haupteinwände betreffen die Veränderung der soziodemografischen Verhältnisse, das veränderte familiäre Umfeld, sowie die offensichtlich rechtsungleiche Handhabung der Verwandtenunterstützung in den Kantonen und die praktisch fehlende Durchsetzbarkeit im internationalen Verhältnis mit der Folge einer zunehmenden Inländerdiskriminierung.

¹³¹ Projekt Sozialhilfestatistik, NFP29, Schlussbericht, Anhang 2, 12.

¹³² KOLLER, BSK ZGB Art. 328/329 N 4 .

¹³³ So auch bereits in der ZGB-Revision von 1998/2000 im Vernehmlassungsverfahren (vgl. Botschaft, BBl.1996 I 1, 166f Ziff. 245; Jutzet, Amtl.Bull. NR 1997, 2741 und von Felten 2740 f; Amtl.Bull. NR 1997, 2743). Das Institut wurde dann aber nur reformiert (Abschaffung der Unterstützungsspflicht der Geschwister).

¹³⁴ Vgl. dazu näher und mit weiteren Verweisen KOLLER, BSK ZGB, Art. 328/329 ZGB N 3f. und WIDMER 33f.

V. Sozialhilfe

1. Allgemeines zum Sozialhilferecht¹³⁵

a) Grundlagen und Organisation

Die Sozialhilfe fällt gemäss Art. 115 BV in die Kompetenz der Kantone. Jeder Kanton regelt Voraussetzungen und Umfang der Fürsorgeleistungen selbst. Die einzelnen kantonalen Regelungen sind sehr unterschiedlich. Ein gemeinsames Charakteristikum kann allerdings darin gesehen werden, dass generell das kantonale Sozialhilferecht meist eine geringe Normendichte aufweist. Die kantonale Zurückhaltung bei der Normierung einerseits und die grossen Unterschiede zwischen den Kantonen andererseits werden immerhin dadurch etwas ausgeglichen, als die schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe erlässt, welche von etlichen Kantonen als verbindlich übernommen werden.

Bedürftige sind in dem Kanton unterstützungsberechtigt, in welchem sie Wohnsitz haben. Dies gilt heute auch für Schweizerbürgerinnen und -bürger.¹³⁶

In den meisten Kantonen sind gemäss innerkantonomer Regelung für die Sozialhilfe, resp. deren Durchführung, die Gemeinden zuständig. Teilweise sehen die Kantone einen Zusammenschluss einzelner Gemeinden zur gemeinsamen Aufgabenbewältigung vor. Eigentliche Sozialdienste mit ausgebildeten Sozialarbeiterinnen und -arbeitern gibt es tendenziell jedoch nur in grösseren Gemeinden. In kleineren Gemeinden sind ehrenamtlich tätige Mitglieder der lokalen Exekutive (Gemeinderat) oder manchmal einer besonderen Fürsorgekommission für die Durchführung der Sozialhilfe zuständig. Heute kommt es auch vermehrt vor, dass Gemeinden die Durchführung der Sozialhilfe auslagern und extern an privatrechtlich organisierte Institutionen vergeben, resp. Private damit beauftragen.

Dieser kommunale Föderalismus hat zur Folge, dass sich die jeweiligen Sozialbehörden bezüglich Grösse, Kompetenz und Organisation stark unterscheiden. Er hat auch zur Folge, dass die konkrete Durchführung der Sozialhilfe nicht nur von Kanton zu Kanton, son-

¹³⁵ Vgl. dazu näher WOLFFERS insbesondere 27, 59, 64, 70f.

¹³⁶ Art. 4 Abs. 1 ZUG; früher war für Schweizerbürgerinnen und -bürger ihre Heimatgemeinde zuständig.

dern auch von Gemeinde zu Gemeinde sehr unterschiedlich sein kann.¹³⁷

b) Subsidiarität und weitere Prinzipien der Sozialhilfe

Der Grundsatz der Menschenwürde gebietet im Einzelfall staatliche Hilfe. Entsprechend ist in der neuen Bundesverfassung auch das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen enthalten, welches explizit auf ein menschenwürdiges Dasein Bezug nimmt.¹³⁸ Dieses Grundrecht, und damit alle Sozialhilfeleistungen, unterliegt jedoch dem Prinzip der Subsidiarität¹³⁹: Sozialhilfe wird nur gewährt, wenn die bedürftige Person sich nicht selbst helfen kann oder Hilfe von dritter Seite nicht erhältlich ist¹⁴⁰. Die betroffene Person muss also alle Möglichkeiten zur Selbsthilfe ausgeschöpft haben. Sie ist verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen und alle Möglichkeiten in Anspruch zu nehmen, um eine Notlage abzuwenden. Zu diesen Möglichkeiten gehören auch die Beanspruchung freiwilliger und gesetzlicher Leistungen Dritter wie beispielsweise die jeweiligen Sozialversicherungszweige (Ergänzungsleistungen, Arbeitslosen- und Invalidenversicherung etc.) und die Verwandtenunterstützung (siehe dazu vorstehend). Dieser Grundsatz der Subsidiarität gilt schon von Verfassungswegen, hat jedoch auch Eingang in etliche kantonale Sozialhilfegesetze gefunden.¹⁴¹

Ferner gilt der Individualisierungsgrundsatz, welcher die Behörden zur Hilfeleistung nach den Besonderheiten des Einzelfalles verpflichtet. Insbesondere der Bedarf muss individuell ermittelt werden und Art und Umfang der Hilfe sind der konkreten Situation anzupassen. Das Bedarfsdeckungsprinzip schliesslich besagt, dass die Sozialhilfe einer individuellen, konkreten und aktuellen Notlage abhelfen soll. Daraus wird abgeleitet, dass Sozialhilfeleistungen unabhängig von der Ursache der Notlage und nur für die Zukunft zu entrichten sind. Unterstützungen sind deshalb in der Regel nur für laufende Aufwendungen zu gewähren und dürfen nicht der Schuldensanierung dienen. Fast alle kantonalen Sozialhilfegesetze

¹³⁷ Vgl. dazu eingehend SKOS-Studie von WYSS / KNUPFER, Existenzsicherung im Föderalismus der Schweiz, ZeSo-Spezialnummer 2003.

¹³⁸ Art. 12 BV: "wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind". Vgl. auch Art. 7 BV.

¹³⁹ BV-Komm / BIGLER N13.

¹⁴⁰ WOLFFERS 71.

¹⁴¹ z.B. § 5 Abs. 1 SHG BL, welcher festhält, dass Unterstützungen nur gewährt werden, wenn die zumutbare Selbsthilfe, die Leistungen der Unterhalts- und Unterstützungspflichtigen sowie die gesetzlichen, vertraglichen und sonstigen Leistungen Dritter nicht ausreichen oder nicht rechtzeitig erhältlich sind.

setze erklären es zudem zur Aufgabe der Behörden, die Ursachen der Bedürftigkeit zu ermitteln und nach Möglichkeit zu beseitigen (Postulat der Ursachenbekämpfung). In der neuen Bundesverfassung wurde dieser Grundsatz in Form der Sozialziele ins materielle Verfassungsrecht aufgenommen. Aus den Sozialzielen können jedoch keine Rechtsansprüche abgeleitet werden. Die darin enthaltenden Programme, Aufgaben und Pflichten sind durch die staatlichen Organe jedoch im Sinne einer Daueraufgabe rechtlich umzusetzen.¹⁴² Die SKOS schliesslich konkretisiert in ihren Richtlinien für die Ausgestaltung und die Bemessung der Sozialhilfe diese Grundprinzipien noch durch die Nennung weiterer Grundsätze wie Angemessenheit der Hilfe, Professionalität und Kosten-Nutzen-Verhältnis.¹⁴³

c) Das soziale Existenzminimum in Abgrenzung zum betriebsrechtlichen Existenzminimum (Notbedarf)

Die Begriffe Notbedarf, betriebsrechtliches Existenzminimum oder auch absolutes Existenzminimum bezeichnen dasselbe und gelten als Synonyme. Dieses Existenzminimum bezieht sich auf das Schuldbetriebs- und Konkursrecht. Es bezeichnet das dem Zugriff der Gläubiger entzogene Existenzminimum des Schuldners (absolute Unpfändbarkeit bestimmter Vermögenswerte und beschränkte Pfändbarkeit des Einkommens)¹⁴⁴. Erwerbseinkommen jeder Art und seine Surrogate (Renten, Arbeitslosenentschädigung) sowie Unterhaltsbeiträge (soweit sie nicht unpfändbar sind) können nur soweit gepfändet werden, als sie für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig sind. Dadurch wird der Notbedarf des Schuldners im Rahmen einer Pfändung (oder im Konkurs) geschützt. Der Berechnung dieses Notbedarfs dienen die Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz. Diese Richtlinien enthalten monatliche Grundbeträge, welche nach Haushaltsgrösse und Unterstützungsspflichten differenzieren. Diese Grundbeträge müssen für Nahrung, Kleidung, Hygiene, Nebenkosten der Wohnung wie Telefon etc. sowie Freizeitbedürfnisse reichen. Zu den Grundbeträgen hinzugeschlagen werden der effektive Mietzins, Heizkosten, Sozialbeiträge (Krankenkassenprämien), unumgängliche Berufsauslagen sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch rechtlich oder moralisch geschuldete Unterstützungs- und/oder Unterhaltsbeiträge.¹⁴⁵

Dieses betriebsrechtliche Existenzminimum (gleich Notbedarf) wird auch im Rahmen der Festlegung des nahehelichen Unterhalts in Mankofällen den Berechnungen zugrunde gelegt (vgl. Kap. III).

¹⁴² Art. 41 BV; BV-Komm / BIGLER Art. 41 BV N15f.

¹⁴³ SKOS-Richtlinien Kap. A4.

¹⁴⁴ Art. 92 und 93 SchKG.

¹⁴⁵ BGE 121 III 22.

Demgegenüber ist das soziale Existenzminimum ganz anders definiert. Nach den meisten kantonalen Sozialhilfegesetzen werden Sozialhilfeleitungen ausgerichtet bei Bedürftigkeit. Eine solche liegt vor, wenn die betreffende Person für ihren Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Die Mehrzahl der Kantone konsultiert die SKOS-Richtlinien um festzulegen, ob Anspruch auf Sozialhilfe gegeben ist. Die SKOS-Richtlinien stützen sich auf die Einkommens- und Verbrauchs-erhebungen des Bundesamtes für Statistik. Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit hat somit nichts mit dem betriebsrechtlichen Notbedarf zu tun.

Die Unterstützung gemäss SKOS-Richtlinien setzt sich aus der materiellen Grundsicherung einerseits sowie den situationsbezogenen Leistungen andererseits zusammen. Die materielle Grundsicherung besteht aus Grundbedarf I und II für den Lebensunterhalt (der Grundbedarf I entspricht dem Minimum, das zu einer auf die Dauer angelegten menschenwürdigen Existenz in der Schweiz nötig ist, während der Grundbedarf II die regional ausdifferenzierte Erhöhung des Grundbedarfs I auf ein Niveau, das eine Teilhabe am sozialen und gesellschaftlichen Leben erleichtert, bezweckt), Wohnkosten (die Wohnkosten umfassen den effektiven Mietzins, sofern er im ortsüblichen Rahmen liegt) und Kosten der medizinischen Grundversorgung (die medizinische Grundversorgung deckt die Kosten der obligatorischen Krankenversicherung und Zahnarztkosten). Durch diese materielle Grundsicherung wird das Recht auf eine menschenwürdige Existenz verwirklicht. Demgegenüber sollen die situationsbezogenen Leistungen dazu beitragen, über diese Existenzsicherung hinaus die soziale Integration zu erhalten oder aufzubauen. Diese situationsbezogenen Leistungen haben ihre Ursache in der besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen oder familiären Situation der sozialbedürftigen Person (bspw. krankheitsbedingte Spezialauslagen, Erwerbsunkosten, Fremdbetreuung von Kindern etc.).

Das soziale Existenzminimum einerseits und das betriebsrechtliche Existenzminimum andererseits sind also keinesfalls identisch.¹⁴⁶ Der betriebsrechtliche Notbedarf liegt grundsätzlich unter dem sozialen Existenzminimum.

¹⁴⁶ Eine Vereinheitlichung des sozialen Existenzminimums und des Notbedarfs wurde im Rahmen der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts diskutiert, jedoch abgelehnt. Die beiden Berufsverbände Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz und die SKOS arbeiten jedoch nach wie vor an einer Anpassung der von ihnen empfohlenen Richtlinien, vgl. SchKG-Komm / VON-DER MÜHLL Art. 93 N 21f.

Sozialbedürftigkeit liegt vor, wenn das verfügbare monatliche Einkommen nicht ausreicht, um das oben umschriebene soziale Existenzminimum zu decken. Dieses entspricht einer materiellen Grundversicherung, welche einen das betriebsrechtliche Existenzminimum übersteigenden Unterstützungsstandard vorgibt. Eine sozial bedürftige Person zeichnet sich daher nicht zwingend durch einen nicht gedeckten betriebsrechtlichen Notbedarf aus, während umgekehrt eine Person, deren betriebsrechtliches Existenzminimum nicht gedeckt ist, in der Regel Anspruch auf Sozialhilfe hat.

2. Nichtberücksichtigung von Unterhaltspflichten

Bei der Bemessung des sozialen Existenzminimums, welches darüber entscheidet, ob eine Person berechtigt ist, Sozialhilfe zu erhalten, werden aufgrund der geltenden Sozialgesetzgebung in sämtlichen Kantonen in aller Regel zwar familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen der bedürftigen Person gegenüber den mit ihm im gleichen Haushalt zusammenlebenden Angehörigen miteinbezogen, nicht jedoch Unterhaltsbeiträge, welche die um Sozialhilfe nachsuchende Person Angehörigen (z.B. Kindern) schuldet, die getrennt von ihm leben. Das bedeutet bspw. konkret: ein geschiedener Vater, welcher im Scheidungsurteil zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet worden ist (oder auch zu nahehellichem Unterhalt an die geschiedene Ehefrau) kann, wenn er in eine Notlage gerät und seinen eigenen Lebensunterhalt plus diese Unterhaltsverpflichtungen nicht aus eigenen Kräften bezahlen kann, bei der Beantragung von Sozialhilfe das Geld zur Erfüllung dieser Unterhaltsverpflichtungen nicht zu seinem sozialen Existenzminimum zählen. Kann er die Bedürfnisse seines eigenen Haushalts aus eigenen Mitteln bestreiten, so erhält er keine Sozialhilfe. Reichen seine eigenen finanziellen Mittel auch nicht zur Deckung seines eigenen Haushalts aus, so wird ihm allenfalls die Differenz als Sozialhilfe ausbezahlt.

Von der Sozialhilfegesetzgebung (inkl. SKOS-Richtlinien) wird damit flächendeckend in Kauf genommen, dass in Not geratene Personen ihren familienrechtlichen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber nicht mit ihnen zusammenlebenden Angehörigen nicht nachkommen (was in aller Regel eine Notlage dieser Angehörigen nach sich zieht). Dies wird einfach lapidar damit begründet, dass eine indirekte Unterstützung eines zweiten Haushaltes in der Sozialhilfe

eben nicht vorgesehen sei¹⁴⁷, oder damit, dass Unterhaltsverpflichtungen an solche Personen eben nicht als notwendige Ausgaben gelten.¹⁴⁸

Eine weitere Begründung, warum Alimentenverpflichtungen nicht ins Unterstützungsbudget aufgenommen werden können, findet sich im Hinweis darauf, dass die Alimentenbevorschussung Priorität vor der subsidiären Sozialhilfe habe.¹⁴⁹ Die Alimentenbevorschussung findet aber nicht beim Unterhaltsschuldner, sondern bei der Unterhaltsgläubigerin statt und dort kommt die Sozialhilfe subsidiär erst zum Zuge, wenn die Bevorschussung nicht ausreicht. Der Unterhaltsschuldner hingegen ist auch bei Bevorschussung auf Seiten der Unterhaltsgläubigerin nicht von seiner Schuld entbunden, womit ebenfalls deutlich wird, dass das Argument der Priorität der Alimentenbevorschussung vor der subsidiären Sozialhilfe nicht greifen kann, wenn es um die Notlage des Unterhaltsverpflichteten (nicht der Unterhaltsberechtigten) geht.

Alimentenverpflichtungen von Personen, die von der Sozialhilfe unterstützt werden, werden also nicht ins Unterstützungsbudget aufgenommen. "Dieser ungenügende Ausgleich von Familienlasten führt zur einseitigen Sozialhilfeabhängigkeit der Alleinerziehenden mit entsprechend einseitiger Schuldenlast".¹⁵⁰

Es ist nicht einsichtig, warum durch Urteil festgesetzte familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen zumindest in dem Umfang nicht in die Berechnung des sozialen Existenzminimums aufgenommen werden, als sie zur Deckung des sozialrechtlichen Existenzminimum der Unterhaltsberechtigten dienen und nicht bevorschusst werden.

¹⁴⁷ Dieser Mangel der Sozialgesetzgebung verleiht umgekehrt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mankofällen eine gewisse Rechtfertigung, vgl. entsprechend SPYCHER 185; HAUSHEER / GEISER, ZBJV 1998, 100; VETTERLI, FamPra.ch 2002, 464. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es sich um eine rein fürsorgerechtliche Frage handelt, welche für die Bestimmung zivilrechtlicher Ansprüche nicht massgebend sein kann, vgl. dazu SUTTER / FREIBURGHaus Kommentar zum neuen Scheidungsrecht 1999 Art. 125 ZGB N 64f.

¹⁴⁸ GYSIN 118.

¹⁴⁹ Ziff. 13.1 der Unterstützungsrichtlinien des Wirtschafts- und Sozialdepartements des Kantons Basel-Stadt vom 1.4.2005.

¹⁵⁰ TRINKLER, Zeitschrift für Einelternfamilien 3/2005 September, 18.

3. Rückerstattung von Sozialhilfe an das Gemeinwesen

a) Allgemeines

Sozialhilfe ist grundsätzlich kein Geschenk an in Not geratene Personen seitens des Gemeinwesens. Eher kann sie als Bevorschussung der Lebenshaltungskosten einer in Not geratenen Person bezeichnet werden. Den Sozialhilfebezüger und die Sozialhilfebezügerin trifft nämlich grundsätzlich eine Rückerstattungspflicht. Mit anderen Worten: auf ihrer Seite wird ein Schuldenkonto geöfnet.¹⁵¹ Die Schuldenlast gegenüber dem Gemeinwesen wird entsprechend der Höhe und Dauer der bezogenen Sozialhilfeleistungen grösser.¹⁵²

Wie überhaupt die gesamte Sozialhilfe, so ist auch die Rückerstattungspflicht ausschliesslich kantonal geregelt. Es liegt in der Kompetenz der Kantone darüber zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Person, die einmal vom Gemeinwesen mit finanziellen Mitteln unterstützt wurde, die erhaltene Sozialhilfe zurückzuerstatten hat. Ebenso liegt es in der Kompetenz der Kantone zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Erbinnen oder Erben einer ehemals unterstützten Person die einmal an die verstorbene Person ausbezahlten Sozialhilfeleistungen zurückerstatten müssen.¹⁵³ Die SKOS-Richtlinien enthalten auch Empfehlungen zur Ausgestaltung dieser Rückerstattungspflicht.

Mit wenigen Ausnahmen enthalten die kantonalen Gesetze eine Regelung der Rückerstattung von Sozialhilfe und sehen eine Rückerstattungspflicht vor. Nur die Kantone Waadt und Genf gehen einen grundsätzlich anderen Weg: Waadt hat im Zuge der kantonalen Verfassungsreform die Rückerstattung im Prinzip ausgeschlossen (die Rückerstattungspflicht bleibt nur im Rahmen ausserordentlicher Einkünfte bestehen) und Genf hat mit der Revision von 2004 die Rückerstattungspflicht ganz generell und für alle Sozialhilfebe-

¹⁵¹ Präzisierend müsste formuliert werden: Sieht ein Kanton keine Rückerstattungspflicht vor (was bei Sozialhilfeleistungen an Jugendliche vorkommt), so besteht rechtlich gesehen auch keine Schuld der ehemals unterstützten Person gegenüber dem Gemeinwesen. Sieht ein Kanton hingegen eine Rückerstattungspflicht vor, so besteht eine solche Schuld.

¹⁵² Diese Rückerstattungspflicht von Sozialhilfe wird von der OECD-Studie zum Vergleich der Sozialhilfe in der Schweiz und Kanada (Bekämpfung sozialer Ausgrenzung in Kanada und in der Schweiz, CHSS 1999, 328) als "archaische" Eintrittsbarriere bezeichnet.

¹⁵³ Zur Rückerstattungspflicht von Erben und Verwandten vgl. beispielhaft das Urteil des Bundesgerichts vom 16. November 1998, ZeSo 1999, 63.

zöger abgeschafft. Die Begründung dafür ist im Wesentlichen: die Verschuldung von Sozialhilfebezügern sei wie ein Damoklesschwert zu Beginn eines Autonomieprozesses und halte von der Arbeitsaufnahme ab, statt diese zu unterstützen.¹⁵⁴

Verschiedene Kantone statuieren zudem ausdrücklich eine Rückerstattungspflicht durch die Ehegattin bzw. den Ehegatten oder durch die Eltern der Person, die Sozialhilfe erhalten hat.

Es liegt in der Kompetenz der Kantone, darüber zu bestimmen, welches Gemeinwesen innerhalb des Kantons forderungsberechtigt resp. dazu berechtigt ist, innerhalb der vom kantonalen Gesetz definierten Grenzen die Rückerstattung von Sozialhilfe zu verlangen. Weit überwiegend sind dies die Gemeinden. Da es sich um kantonales öffentliches Recht handelt, bestimmt auch das kantonale Recht darüber, welche Rechtsmittel gegen Rückerstattungsverfügungen zur Verfügung stehen. Es sind dies lediglich die innerkantonalen Rechtsmittel gemäss kantonalem öffentlichem Recht. Es gibt kein ordentliches Rechtsmittel ans Bundesgericht. Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide über die Rückerstattung steht nur die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte zur Verfügung.

b) Rückerstattungspflicht der Erbinnen und Erben

Soweit die verstorbene Sozialhilfebezügerin / der verstorbene Sozialhilfebezüger rückerstattungspflichtig war, belastet die Schuld gegenüber dem Gemeinwesen den Nachlass. Die Sozialhilfebezüge sind öffentlichrechtliche Schulden des Nachlasses. Die sozialhilferechtliche Rückerstattungspflicht besteht (im Gegensatz zur Verwandtenunterstützungspflicht) unabhängig von der Leistungsfähigkeit der Erbinnen und Erben. Sind im Nachlass einer verstorbenen Person Aktiven vorhanden, so ist daraus vorab die bezogene Sozialhilfe zurückzuerstatten, bevor allfällige Erben zum Zuge kommen.

In aller Regel finden sich in den kantonalen Gesetzen besondere Bestimmungen dazu. Der Umfang der Rückerstattungspflicht nach dem Tod der Person, welche Sozialhilfe bezogen hat, ist in den meisten Kantonen beschränkt auf die Höhe des Nachlasses oder, falls der Nachlass bereits verteilt wurde, auf die Höhe des durch die Erben erhaltenen Erbteils.

In einigen kantonalen Regelungen sind zudem besondere Umstände genannt, die vom Gemeinwesen bei der Entscheidung zu berücksich-

¹⁵⁴ ZeSo 2004, 44.

tigen sind, ob von den Erben der verstorbenen Person die bezogene Sozialhilfe zurückverlangt wird. Solche Umstände sind beispielsweise "die wirtschaftlichen Verhältnisse der Erbinnen und Erben", "die persönliche Beziehung zur Erblasserin oder zum Erblasser", oder der Verwandtschaftsgrad".¹⁵⁵

c) Rückerstattungspflicht der ehemals unterstützten Person

Bei einer Ende der 1990iger Jahre erstellten Übersicht aller kantonalen Regelungen¹⁵⁶ wurde festgestellt, dass 2 Kantone eine voraussetzungslose und unbedingte Rückerstattungspflicht vorsehen¹⁵⁷, wobei allerdings der eine davon, nämlich der Kanton Genf, in der Zwischenzeit (seit 2004) wie oben bereits erwähnt eine radikale Wende vollzogen und im Gegenteil die Rückerstattungspflicht generell abgeschafft hat.

1 Kanton definiert die Rückerstattungspflicht, indem er sie einsetzen lässt, sobald sich die unterstützte Person wieder in einer besseren Lage im Sinne des Gesetzes über Schuld Betreibung und Konkurs befindet.¹⁵⁸

23 Kantone sahen die Rückerstattungspflicht bei gebesserten finanziellen Verhältnissen vor, wovon 16¹⁵⁹ diese gebesserten finanziellen Verhältnisse nicht weiter definieren. Einer der 16, nämlich der Kanton Waadt, hat in der Zwischenzeit die Rückerstattungspflicht im Prinzip abgeschafft.

7 Kantone haben die notwendigen gebesserten finanziellen Verhältnisse näher definiert. 3 davon zählen dafür exemplarisch Ursachen wie Erbschaft, Lottogewinn, Schenkung¹⁶⁰ auf. 4 weitere fügen dieser Aufzählung noch die ausdrücklich im Gesetz festgeschriebene Bestimmung an, dass eine Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse aufgrund eigener Arbeitsleistung keine Rückerstattungspflicht auslöst¹⁶¹.

d) Zusammenfassung

Die Kantone regeln die Rückerstattungspflicht unterschiedlich. Waadt und Genf haben die Rückerstattungspflicht im Prinzip respektive ganz abgeschafft. In den Kantonen Neuenburg, Schaffhau-

¹⁵⁵ § 31 SHV (AG); Art. 51 Abs. 3 SHG (NW); § 25 Abs. 3 SHG (SZ); § 28 Abs. 2 SHG (ZH).

¹⁵⁶ Vgl. WIDMER 105 f.

¹⁵⁷ Art. 4 Abs. 1 FÜG (AI) und damals Genf (seither geändert).

¹⁵⁸ Art. 21 Abs. 1 GES (VS).

¹⁵⁹ AG, AR, BE, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, SG, SO, TI, TG, UR und damals VD (seither geändert).

¹⁶⁰ NW, OW, ZG.

¹⁶¹ NE, SH, SZ, ZH.

sen, Schwyz, Zürich¹⁶² sowie wohl auch in den Kantonen Nidwalden, Obwalden und Zug besteht keine Rückerstattungspflicht aus späterem Erwerbseinkommen (sondern nur bei Lottogewinn, Erbschaft etc.). In den übrigen Kantonen besteht grundsätzlich eine Rückerstattungspflicht bei Verbesserung der Verhältnisse unabhängig davon, worin die Ursache der Verbesserung besteht.

Erbinnen und Erben der ehemals unterstützten Person müssen in der Regel nur zurückerstatten, soweit sie tatsächlich von der verstorbenen Person etwas geerbt haben.

In den meisten Kantonen muss Sozialhilfe, die unmündige Kinder oder Jugendliche vor vollendetem Altersjahr während ihres jugendlichen Alters in Ausbildung bezogen haben, von ihnen selbst generell nicht zurückerstattet werden. In den übrigen Kantonen besteht für Kinder und Jugendliche eine stark verminderte Rückerstattungspflicht.

¹⁶² 2001 wurde allerdings eine Motion zur Verschärfung der Rückerstattungspflicht überwiesen. Die Motion verlangt ausdrücklich, dass Sozialhilfe auch zurückverlangt wird, wenn wegen Erwerbseinkommen wieder finanziell günstige Verhältnisse bestehen.

VI. Begrenzung der sozialhilferechtlichen Rück- erstattungspflicht und der Verwandtenunter- stützungspflicht durch die Grundrechte

1. Einführung in die Thematik

Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Mankofällen werden für geschiedene Paare ungleiche Voraussetzungen geschaffen. Dem unterhaltspflichtigen Teil (in aller Regel Ehemann) wird von seinem Einkommen für seine Lebenshaltungskosten und Lebensführung soviel belassen, dass er davon leben kann und in aller Regel nicht sozialhilfebedürftig wird. Demgegenüber wird, wenn das Gesamteinkommen nicht für den Lebensbedarf beider Haushalte ausreicht, das gesamte Manko der unterhaltsberechtigten Partei (überwiegend die geschiedene Ehefrau, meist mit Kindern) aufgebürdet. Diese wird dann in aller Regel sozialhilfebedürftig und für die bezogene Sozialhilfe rückerstattungspflichtig. Es häufen sich auf ihrer Seite Schulden an, auf Seiten des geschiedenen Ehemannes nicht.¹⁶³ Zudem sind die auf der Seite der geschiedenen Frau sich anhäufenden Schulden doppelt so hoch, als sie es wären, wenn das Manko auf die Schultern beider geschiedener Eheleute verteilt würde. Dies bedeutet zudem, dass die geschiedene Ehefrau doppelt so schlechte Chance hat, aus der Armut herauszufinden, als wenn sie nur halb so viel Manko zu tragen hätte (je geringer der Betrag ist, den sie selbst zusätzlich erwirtschaften muss, umso grösser ist ihre Chance, dass sie dies schaffen kann und keine Sozialhilfe mehr beanspruchen muss).

Je nach Kanton läuft die geschiedene Ehefrau zudem Gefahr, selbst dann, wenn sie sich aus der Sozialhilfeabhängigkeit herausgekämpft hat, ihre wirtschaftliche Situation nicht erheblich verbessern zu können, weil dann die Rückzahlungspflicht einsetzt. Demgegenüber kommt dem geschiedenen Ehemann jede wirtschaftliche Verbesserung direkt zugute.¹⁶⁴

Sind aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mankofällen nicht einmal Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen worden, welche den effektiven Bedarf der Kinder decken, so können im Rahmen der Verwandtenunterstützungspflicht sowohl die Eltern der geschiedenen Ehefrau als auch die Eltern des geschiedenen Ehemannes herangezogen werden. Konnte jedoch auch kein bedarfsdeckender

¹⁶³ Vgl. dazu den Sachverhalt zum Fall, den das Bundesgericht Ende 2006 entschieden hat, oben unter III.2.c.

¹⁶⁴ Jedenfalls soweit nicht die von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge heraufgesetzt werden, was äusserst selten der Fall ist.

nachehelicher Unterhaltsbeitrag für die geschiedene Ehefrau festgesetzt werden, so trifft eine daraus resultierende allfällige Verwandtenunterstützungspflicht nur die Verwandten der geschiedenen Ehefrau, nicht jedoch diejenigen des geschiedenen Ehemannes. Auch im Rahmen der Verwandtenunterstützungspflicht müssen dann die Verwandten der Ehefrau, falls sie finanziell in der Lage sind, unter Umständen mehr beitragen, als sie es müssten, wenn auch die Verwandten des geschiedenen Ehemannes gleichermaßen unterstützungspflichtig würden, wenn der geschiedene Ehemann nicht in der Lage ist, seinen zumutbaren Beitrag an die geschiedene Ehefrau zu leisten. Dies ist dann stossend, wenn die geschiedene Frau gemeinsame Kinder betreut und aufgrund dessen den Bedarf ihrer Familie resp. ihres Haushalts nicht ohne Unterstützung von dritter Seite decken kann.

2. Grundrechtsbeeinträchtigungen bei Rückforderung von Sozialhilfe

Die staatliche soziale Unterstützung beruht unter anderem auch auf der Verpflichtung des Sozialstaates, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit zu gewährleisten und folgt aus seiner Verantwortung, die sozialen Voraussetzungen für die effektive Grundrechtsausübung zu schaffen.¹⁶⁵ Die Rückerstattungspflicht wurde früher als Mittel betrachtet, um den Selbsterhaltungswillen von Bedürftigen zu stärken und das Gemeinwesen vor allgemeinen Ansprüchen zu schützen. Die neuere sozialhilferechtliche Diskussion hingegen macht vor allem auch auf die Nachteile einer solchen Verpflichtung aufmerksam. Sie kann die soziale Integration zusätzlich erschweren, die Motivation zur Selbsthilfe gerade reduzieren statt sie zu unterstützen, und sie kann die verpflichtete Person in einen Teufelskreis führen (Armutsfalle).¹⁶⁶ Durch die Praxis des Bundesgerichts (Verweigerung der Mankoaufteilung) erfolgt eine Schlechterstellung der Unterhaltsberechtigten gegenüber dem Unterhaltsschuldner, weil allein ihr der ganze Fehlbeitrag aufgebürdet wird, der mit der Auflösung des Zusammenlebens entsteht. Theoretisch kann die Unterhaltspflicht sowohl Männer als auch Frauen treffen (beispielsweise wenn die Kinder schwergewichtig vom Vater betreut wurden, nach der Trennung beim Vater

¹⁶⁵ SORROSAL 159, mit Verweis auf MEYER-BLASER / GÄCHTER (Sozialstaatsgedanke) N 3.

¹⁶⁶ WOLFERS 177; sobald sich die pflichtige Person in einer ökonomisch günstigeren Lage befindet, muss sie einen Teil ihres Einkommens für die Rückzahlung der Sozialhilfebeiträge aufwenden. Dadurch wird ihr effektiv verfügbares Einkommen wieder stark reduziert. Trotz Arbeitseinsatz bleibt dadurch das Einkommen der Betroffenen tief, d.h. sie erfahren trotz aller Anstrengung keine wirkliche Verbesserung ihrer Situation.

bleiben und dieser deswegen in seiner Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist). Weit überwiegend sind die Unterhaltsverpflichteten aber Männer und die Unterhaltsberechtigten Frauen, und zwar aufgrund der von den Paaren durch gemeinsame einverständliche Wahl während der Ehe gelebten Rollenteilung. Entsprechend sind in Tat und Wahrheit von der Praxis des Bundesgerichtes fast ausschliesslich Frauen nachteilig betroffen. Es handelt sich sogar um einen idealtypischen Fall von indirekter Geschlechterdiskriminierung.

Die durch das Urteil ausgelöste diskriminierende Ungleichbehandlung wird mit der Rückerstattungspflicht noch verschärft. Die Benachteiligung, die schon mit dem Urteil erfolgt ist, bleibt auf der Ebene der Sozialhilfe weiter bestehen.

In der Lehre wird für die Einordnung der indirekten Diskriminierung mehrheitlich klar auf Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV als Grundlage verwiesen. Ziel von Art. 8 Abs. 3 BV ist die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau. Damit trägt diese Verfassungsbestimmung klarerweise dem Umstand Rechnung, dass die formell-rechtliche Gleichbehandlung allein nicht genügt, um die tatsächlichen Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern zu beseitigen und die faktische Gleichstellung zu verwirklichen. Es müssen auch die Fälle der indirekten Diskriminierung erfasst werden, weil sonst die Gleichstellung nicht effektiv verwirklicht werden kann und der Verfassungsauftrag nicht erfüllt wird. Um die indirekte Diskriminierung auch im konkreten Fall angehen zu können, muss sie Satz 1 zugeordnet werden.¹⁶⁷ Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV verankert damit die Gleichberechtigung von Frau und Mann und ist als verfassungsmässiges Recht unmittelbar anwendbar. Er schützt vor direkter und indirekter Diskriminierung gleichermassen. Alle staatlichen Behörden sind verpflichtet, bestehende Diskriminierungen direkter oder indirekter Art zu beseitigen (oder neue Diskriminierungen zu unterlassen).

Das Bundesgericht verneint allerdings einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot von Frau und Mann des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV durch seine Praxis in den Mankofällen, da sich seine Praxis nicht (direkt) am Kriterium des Geschlechts orientiere, sondern an der von den Ehegatten vereinbarten Aufgabenteilung.¹⁶⁸ Mit dieser Begründung wird allerdings nur eines deutlich, nämlich dass das Bundesgericht in diesen Zusammenhängen schlicht indirekte Diskriminierung nicht erkennt, selbst wenn sie in idealtypischer

¹⁶⁷ Vgl. dazu eingehend ARIOLI Frauenförderungsmassnahmen 29 f, 95 zu Art. 4 Abs. 2 aBV, 96; dies., indirekte Diskriminierung, AJP 1993, 1329; vgl. auch Bericht über das Rechtsetzungsprogramm "gleiche Rechte für Mann und Frau" 8; und SORROSAL165 f.

¹⁶⁸ BGE 121 I 97, 99 mit Hinweis auf BGE 119 Ia 241, 249.

Form vorliegt, und obwohl sie genauso verboten ist wie direkte Diskriminierung.

Die diskriminierende Ungleichbehandlung wird, wie bereits erwähnt, auf Ebene der Sozialhilfe noch verschärft. Die unterhaltsberechtignte Person muss nicht nur das gesamte Defizit selbst tragen, sondern später auch den Teil, der bei Aufteilung des Mankos an sich von der Gegenpartei geschuldet wäre, auch noch selber zurückzahlen. Sie wird für den ganzen Fehlbetrag rückerstattungspflichtig und dadurch effektiv schlechter gestellt.¹⁶⁹

Durch diese rechtliche Situation auf Ebene der Sozialhilfe werden in der Folge auch unterschiedliche Startvoraussetzungen für die zukünftige Lebensgestaltung geschaffen. Die Praxis des Bundesgerichts wie auch die Praxis auf Ebene Sozialhilfe führen zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Chancengleichheit.¹⁷⁰

Die konkrete Ausgestaltung der öffentlich rechtlichen Rückerstattungspflicht muss aber den grundrechtlichen Anforderungen genügen. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Der kantonale Gesetzgeber hat die Rückerstattungspflicht so auszugestalten, dass die Verletzung von Grundrechten vermieden wird.

Eine Rückerstattung von Sozialhilfe, die im Rahmen solcher Mankofälle an getrennte oder geschiedene Ehefrauen bezahlt wurde, sollte deshalb ganz ausgeschlossen werden (da eine Rückerstattung vom geschiedenen Ehemann auch nicht im Rahmen der Hälfte verlangt werden kann, wird die geschiedene Ehefrau auch ungleich behandelt, wenn von ihr nur die Hälfte zurückverlangt würde). Im Minimum aber sollte, um zu verhindern, dass die Sozialhilfe die durch das Urteil geschaffene Ungleichbehandlung durch die Rückerstattungsforderung noch zusätzlich verstärkt, die Rückerstattungsforderung so ausgestaltet werden, dass die geleistete Hilfe jedenfalls nur im Umfang der anteilmässigen Unterdeckung zurückgefordert wird.¹⁷¹

Mit dem Verzicht auf Rückerstattung bei Mangelfällen wird die durch das Urteil ausgelöste tatsächliche Benachteiligung beseitigt, indem nicht mehr wirtschaftliche Folgen der Scheidung nur

¹⁶⁹ Dies wird auch vom Bundesgericht eingeräumt, vgl. BGE 121 I 97, 101. Dies sei jedoch hinzunehmen, weil unsicher sei, ob der Fall überhaupt eintreffe (sic!).

¹⁷⁰ Vgl. auch SORROSAL 169.

¹⁷¹ Vgl. dazu auch die teilweise ähnlichen, teilweise aber auch unterschiedlichen Gewichtungen und Vorschläge von SORROSAL 173 f.

von einer Partei getragen werden müssten¹⁷². Wird die Rückforderung demgegenüber nur im Rahmen der anteilmässigen Unterdeckung verlangt, wird immerhin diejenige, die die Unterdeckung zu tragen hatte und auf Sozialhilfeleistungen angewiesen war, nicht mehr für den ganzen Betrag rückerstattungspflichtig. Jener Teil, der grundsätzlich vom Unterhaltsverpflichteten zu tragen gewesen wäre, wird von der Rückerstattungsforderung ausgeschlossen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in diesem Umfang die Unterstützung durch die Sozialhilfe erfolgte, weil dem Unterhaltsschuldner im Gegensatz zur Unterhaltsberechtigten das Existenzminimum belassen wurde¹⁷³.

3. Abhilfe im Rahmen möglicher Ermessensausübung der Behörden

Die Mehrheit der kantonalen Sozialhilfegesetze enthält sowohl bezüglich Einforderung von Verwandtenunterstützung als auch bezüglich Rückerstattung von Sozialhilfe einen (zum Teil sogar erheblichen) Ermessensspielraum. Mit Regelungen wie „Zumutbarkeit“ oder „Billigkeit“¹⁷⁴ der Rückerstattung können die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Dazu würden zweifellos auch die Besonderheiten des Mangelfalles bei Trennung/Scheidung gehören. Die Behörden könnten sich entscheiden, aufgrund der erörter-

¹⁷² Von SORROSAL 174 wird allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass ein allgemeiner Verzicht auf Rückerstattung in Mangelfällen Fragen betreffend andere Arten von Ungleichbehandlung unter Sozialhilfebezüglern aufwerfen können. Wird eine Rückerstattung verankert, so verlangt Art. 8 Abs. 1 BV grundsätzlich eine rechtsgleiche Behandlung, d.h. alle Gruppen von Sozialhilfebezüglern sind unter gegebenen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung wäre nur dann mit der Verfassung vereinbar, wenn sachlich genügende Gründe dafür vorliegen. Diese Problematik entsteht allerdings dann zum vorneherein nicht, wenn die Chancengleichheit aller Sozialhilfebezüglern gewahrt wird, indem beispielsweise generell gegenüber allen auf Rückerstattung aus Arbeitserwerb verzichtet wird.

¹⁷³ Eine solche Lösung wäre gemäss Meinung von SORROSAL mit der Gleichbehandlung von anderen Sozialhilfebezüglern besser vereinbar, weil die Rückerstattungspflicht grundsätzlich bestehen bleibt, wenn auch beschränkt, vgl. SORROSAL 174 f. Zudem sieht SORROSAL eine Möglichkeit, den Unterhaltsverpflichteten via kantonale Gesetzgebung bei Verbesserung seiner finanziellen Verhältnisse zur Rückerstattung eines Teils der Sozialhilfe zu verpflichten, welche an die Unterhaltsberechtigten geleistet wurde. Dieser Argumentation kann die Autorin allerdings aus rechtlicher Sicht nicht folgen. Der Kanton kann eine Person kaum zur Rückerstattung von Sozialhilfe verpflichten, welche diese Person gar nicht erhalten hat.

¹⁷⁴ Vgl. z.B. sogar Art. 24 SHG (AG), also eines Kantons, der besonders streng einfordert/zurückfordert.

ten Gegebenheiten in diesen Fällen besonders zurückhaltend zu sein.

Allerdings werden die Behörden darauf hinweisen, dass sie auch im Rahmen ihres Ermessens an die Rechtsgleichheit gebunden sind und nicht bspw. geschiedene Frauen anders behandeln können als andere Sozialhilfebezüger und sie einfach von der Rückerstattung ausnehmen, die andere trifft. Sie könnten jedoch sicher ohne Beeinträchtigung des allgemeinen Gleichbehandlungsprinzips bei der Bestimmung der Höhe der Rückforderung die fehlende Aufteilung der Fehlbeträge in einem Mankofall berücksichtigen und damit zumindest sicherstellen, dass die ungerechtfertigte Schlechterstellung, die ihren Ursprung auf Ebene des Urteils hat, nicht durch die Rückforderung der Gesamtschuld auf Ebene der Sozialhilfe noch verschärft wird.

Dasselbe gilt auch bezüglich Einforderung der Verwandtenunterstützung.

Zusätzlich darf darauf hingewiesen werden, dass in diesen Bereichen das Argument der Gleichbehandlung mit andern Sozialhilfebezügern als sehr schwaches Argument erscheint, wenn bedacht wird, dass eine Gleichbehandlung ganz offensichtlich ohnehin nicht garantiert ist: Wenn auch keine harten statistischen Daten vorliegen, so wird doch in allen vorliegenden Umfragen und Untersuchungen deutlich, dass nicht nur die Gesetze der Kantone verschieden sind, sondern auch die Anwendungspraxis von Gemeinde zu Gemeinde sehr unterschiedlich ist. Ob Verwandte zur Unterstützung herangezogen werden und ob die Rückerstattung von Sozialhilfe verlangt wird, hängt weniger von der Vergleichbarkeit der Situation der Betroffenen ab, als vielmehr davon, welche Behörde der Sozialfürsorge in welchem Kanton und innerkantonale welche Gemeinde darüber befindet.

4. Anrufung der Grundrechte durch die Betroffenen

Die mit einer Rückforderung von Sozialhilfe konfrontierten Frauen, deren Bedürftigkeit (auch) auf eine fehlende Manko-Aufteilung bei der Bemessung von Unterhalt zurückzuführen war, sollten dazu befähigt und darin unterstützt werden, die Rückzahlung unter Berufung auf die Grundrechte zu verweigern oder zumindest zu verlangen, dass der Anteil, der eigentlich dem Partner hätte auferlegt werden müssen, aus der Rückforderung herausgenommen wird. Sie sollten darin unterstützt werden, dies in Verhandlungen mit den Sozialbehörden zu tun, aber auch darin, gegen gegenteilige Verfügungen zu rekurrieren und im Rechtsmittelweg die Grundrechte anzurufen.

Das Gleiche gilt bezüglich Verwandtenunterstützung in Mangelfällen: Die Verwandten der geschiedenen Frau könnten sich in Verhandlungen mit den Behörden ebenfalls auf Gleichbehandlung mit der Verwandtschaft des geschiedenen Mannes berufen und entsprechend eine Beitragszahlung ganz verweigern (oder auf einen ihnen angemesseneren Anteil hinunterhandeln). Die Wahrscheinlichkeit einer Zivilklage gegen sie würde damit vermutlich erheblich sinken. Falls doch Klage eingereicht wird, könnten die Verwandten natürlich auch im Prozess versuchen, diese unter Berufung auf ihre Grundrechte respektive auf das Argument der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung mit dem andern Teil der Familie abzuwenden. Im Interesse der geschiedenen Frau selbst muss allerdings darauf hingewiesen werden: Wenn ihre Verwandten sie nicht unterstützen (müssen), wird sie entsprechend mehr Sozialhilfe beziehen müssen, was ihren Schuldenberg gegenüber dem Gemeinwesen wiederum entsprechend vergrößert, wohingegen sie von Verwandten erhaltene Unterstützung diesen grundsätzlich nicht zurückzahlen muss (sondern nur allenfalls im Erbfall sich als Vorbezug anrechnen lassen muss). Einerseits ist es für viele betroffenen Frauen zwar äußerst unangenehm (und viele wollen das unter keinen Umständen), wenn ihre Eltern (oder ihre Grosseltern) wieder für sie zahlen müssen, andererseits verschlechtert sich ihre eigene Lage und ihre Aussichten für die Zukunft, wenn die Verwandten dies nicht tun und sie umso stärker sozialhilfeabhängig werden.

VII. Folgerungen

Nachehelicher Unterhalt

Die Rechtsprechung und Rechtspraxis in Mankofällen, welche das gesamte Defizit den Unterhaltsberechtigten (und damit real den Frauen) aufbürdet, diskriminiert die Frauen und **beeinträchtigt** in ganz entscheidendem Ausmass deren **Chancengleichheit**. Zudem hat das Festhalten an dieser veralteten Rechtsprechung dazu geführt, dass bezüglich Bemessung von Kinderalimenten immer weniger die Bedürfnisse der Kinder im Zentrum stehen, sondern nur noch die Schranke des bundesgerichtlichen Verbots des Eingriffs in den Eigenbedarf des Pflichtigen gesehen wird und tendenziell tiefere Kinderalimente gesprochen werden. Dadurch kann die Mutter häufig nicht einmal im an sich möglichen Ausmass von der Bevorschussung von Kinderalimenten profitieren, wodurch sich ihr sozialhilfe-rechtlicher Schuldenberg noch weiter anhäuft.

Die **Rechtsprechung** ist insgesamt **unbefriedigend**. Ganz sicher aber ist überhaupt nicht einsichtig, wieso nicht wenigstens bei der Bemessung der Kinderalimente in den Eigenbedarf des Pflichtigen eingegriffen wird. Die Existenzsicherung von Kindern sollte absoluten Vorrang haben! Auch wenn der Pflichtige den so bemessenen Kinderunterhalt nicht (oder nicht vollständig) zahlen kann, so wäre dann doch über die Bevorschussung das Auskommen der Kinder bei der Mutter besser gewährleistet und diese würde vielleicht gar nicht, oder jedenfalls nicht im gleichen Ausmass, sozialhilfebedürftig. Ein geringeres Ausmass der Sozialhilfebedürftigkeit bedeutet eine bessere Chance, ganz aus dieser Abhängigkeit wegzukommen, und natürlich eine geringere Schuldenlast. Die bevorzugssten Gelder können andererseits vom Alimentenschuldner eingetrieben werden, soweit sein Existenzminimum dadurch nicht gefährdet ist. Der bei ihm nicht eintreibbare Anteil bleibt als seine Schuld bestehen, welche je nachdem bei Verbesserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nachgefordert werden kann.

Angesichts der unbefriedigenden Rechtsprechung stellt sich insbesondere auch immer wieder die Frage, ob nicht bundesrechtliche Vorschriften darüber erlassen werden sollten, wie generell, besonders aber wie in Mankofällen, der **Kinderunterhalt** zu bemessen ist (Vorschriften für angemessenen Mindest-Kinderunterhalt).

Die neu eingeführte Möglichkeit der nachträglichen **Heraufsetzung** von Frauenalimenten hat bis anhin keine erkennbare Hilfe für die betroffenen Frauen gebracht.

Mit grösstem Bedauern muss schliesslich die dringliche Vermutung ausgesprochen werden, dass höchstwahrscheinlich bei den Mankofällen der **nacheheliche Vorsorgeaufbau** flächendeckend in die Berechnung des gebührenden Unterhalts gar nicht erst einbezogen und entsprechend auch nicht im Fehlbetrag berücksichtigt wird. Als Folge davon ist in gewissen Fällen sogar der Vorsorgeaufbau aus eigener Kraft verunmöglicht oder stark gefährdet, weil ein ohnehin schon ungenügender Unterhaltsanspruch so bei Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Berechtigten einem noch höheren Aufhebungsrisiko ausgesetzt ist.

Verwandtenunterstützung

Das Institut der Verwandtenunterstützung ist **nicht mehr zeitgemäss**. Mit der Auflösung der Grossfamilie in der modernen Gesellschaft und dem Ausbau der Sozialversicherungen hat die Verwandtenunterstützungspflicht an Bedeutung verloren. Ihre Bedeutung bestand früher zentral in der Unterstützungspflicht von erwachsenen Kindern gegenüber ihren alten Eltern. In diesem Sinne wird sie heute praktisch nicht mehr gebraucht. Demgegenüber mehren sich die Fälle, in denen wegen Sozialbedürftigkeit der mittleren Generation, die eigentlich wirtschaftlich selbständig sein müsste, in Problemlagen wie Trennung/Scheidung die Verwandtenunterstützungspflicht ihrer (meist schon pensionierten) Eltern abzuklären ist oder wäre. Die wirtschaftlichen Folgen solcher Lebensrisiken werden nicht von Sozialversicherungen abgedeckt. Dabei tragen aufgrund des Zusammenspiels von Rechtsprechung und Sozialgesetzgebung keineswegs alle Eltern das gleiche Risiko, sondern vorab die Eltern (und Grosseltern) von getrennten/geschiedenen Töchtern. Diese Fälle stellen die in der heutigen Gesellschaftsordnung an sich schon schwache Legitimität des Instituts der Verwandtenunterstützung zusätzlich in Frage.

Der **Aufwand** der Behörden im Zusammenhang mit der Abklärung und Einforderung der Verwandtenunterstützung scheint sich in keiner Weise zu lohnen. Gesamtschweizerisch besteht zwar keine Statistik, welche über die Einkünfte der Sozialhilfebehörden aus dem Rückgriff auf Verwandte Auskunft gibt. Die zugänglichen bekannten Unterlagen weisen jedoch ausnahmslos darauf hin, dass solche **Einkünfte** im Verhältnis zu den gesamten Sozialhilfeausgaben **verschwindend gering** sind. Selbst im bezüglich Einforderung von Verwandtenunterstützung mit Abstand aktivsten Kanton Aargau gibt es keine Angaben, aus denen geschlossen werden könnte, dass der Anteil der aus Verwandtenunterstützung zurückgeflossenen Gelder am gesamten Sozialhilfebudget des Kantons entscheidend höher wäre als in anderen Kantonen. Selbst wenn er jedoch höher sein sollte, wäre immer noch danach zu fragen, ob er in angemessenem Verhält-

nis zum enormen Aufwand der Behörden im Zusammenhang mit der Einforderung dieser Verwandtenunterstützung steht, d.h. ob sich der ganze administrative Aufwand überhaupt lohnt. Viele Kantone und Gemeinden sind im Gegenteil gerade zum Schluss gekommen, dass dem nicht so ist und in den allermeisten Fällen gescheiter von Anfang an darauf verzichtet wird.

Allein schon die geringe Rückgriffsquote führt dazu, dass die Einforderung der Verwandtenunterstützung von den im Verhältnis wenigen Verwandten, die tatsächlich belangt werden, als willkürlich erscheint. Diese **rechtsungleiche Behandlung** wird noch erheblich verschärft durch eine offensichtliche **Inländerdiskriminierung**. Auf Grund der grossen internationalen Mobilität ist die Zahl der unterstützungsbedürftigen Ausländer sowohl absolut als auch in Prozenten beträchtlich geworden. Die Geltendmachung und Durchsetzung von Verwandtenunterstützung ist gegenüber im Ausland lebenden Verwandten von in der Schweiz lebenden bedürftigen Personen aber weitgehend aussichtslos. Diese Verwandten werden von den Behörden meist ohne nähere Abklärung zum Vorneherein als leistungsunfähig erachtet. Aus diesen Gründen führt das Institut der Verwandtenunterstützung dazu, dass nur inländische Verwandte einem Rückgriffsrisiko ausgesetzt sind, nicht jedoch im Ausland lebende Verwandte von in der Schweiz lebenden Sozialhilfebezüglern. Das wiederum führt dazu, dass die in der Schweiz lebenden Verwandten dies ausgleichen müssen und unter Umständen für mehr als ihren angemessenen Anteil belangt werden. Schliesslich wird die rechtsungleiche Behandlung noch weiter dadurch verschärft, dass ausgerechnet im grossen und zunehmenden Bereich der Sozialhilfefälle in der Folge von Trennung/Scheidung aus den beschriebenen Gründen nur **die Verwandten der Frauen** dem Rückgriffsrisiko ausgesetzt sind.

Es gibt somit viele Gründe, die Verwandtenunterstützungspflicht grundsätzlich abzuschaffen. Insbesondere ist die beschriebene enorme rechtsungleiche Behandlung unerträglich. Auf Grund der neuen sozialen Gegebenheiten in der modernen Gesellschaft lohnt es sich auch in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht kaum, dieses Institut aufrechtzuerhalten. Die **Verwandtenunterstützungspflicht** sollte deshalb **abgeschafft** werden.

Sozialhilfe

Der Sozialstaat hat die Verpflichtung, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit zu gewährleisten und muss auch die sozialen Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Grundrechte effektiv ausgeübt werden können. Er sollte die soziale Integration fördern, die Motivation zur Selbsthilfe unterstützen (statt bedürf-

tige Personen in den Teufelskreis der Armutsfalle zu stürzen), und er muss die Chancengleichheit auch zwischen den Geschlechtern wahren und sicherstellen. Dieser Verpflichtung kommt der Staat gegenwärtig über weite Strecken nicht nach. Im Gegenteil: Das Zusammenwirken bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der kantonalen Sozialhilfegesetzgebung führt zu **verstärkter sozialer Ausgrenzung geschiedener Frauen mit ihren Kindern**, erschwert ihre soziale Integration und beeinträchtigt in ganz entscheidendem Ausmass ihre Chancengleichheit. Auf Grund dieses Zusammenspiels ist es für Frauen (insbesondere für Frauen mit Kindern), die in Folge von Trennung/Scheidung auf Sozialhilfe angewiesen sind, sehr viel schwieriger, aus ihrer misslichen Lage wieder herauszukommen und sich wirtschaftlich weiterentwickeln zu können, als dies der Fall wäre, wenn die oben genannten Grundsätze eingehalten würden.

Chancengleichheit, Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot zwischen den Geschlechtern und überhaupt die Grundrechtsausübung ist schweizweit für alle gleich zu gewährleisten. Die auf Grund kantonaler Zuständigkeiten im Sozialhilfebereich derzeit gegebene **Rechtsungleichheit zwischen den Kantonen** (insbesondere im Bereich der Rückerstattungspflichten) ist, jedenfalls soweit Grundrechte dadurch betroffen sind, auch im föderalistischen Zusammenhang der Schweiz nicht akzeptabel. Es ist sicherzustellen, dass die finanziellen Schwierigkeiten und Lasten, die mit Trennung/Scheidung verbunden sind, bei knappen Verhältnissen nicht ausschliesslich der kinderbetreuenden Person aufgebürdet werden und die wirtschaftliche Chancengleichheit der Frauen nicht durch solche ungleiche Lastenverteilung ungleich mehr beeinträchtigt wird. Dabei ist daran zu denken, dass es umso schwieriger ist, aus sozialer Bedürftigkeit zur wirtschaftlichen Selbständigkeit zu kommen, je grösser die Sozialhilfeabhängigkeit ist, je höher der Schuldenberg anwächst und je grösser die Gefahr ist, wegen Rückerstattungspflichten auch bei aller Anstrengung nie wirklich auf einen grünen Zweig kommen zu können. Über eine **nationale Rahmengesetzgebung** betreffend Sozialhilfe sollten deshalb im Minimum die nachfolgend erwähnten Bereiche national geregelt werden.

- Bei der Bemessung des sozialen Existenzminimums sollten auch **familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen** miteinbezogen werden, welche der Antragsteller gegenüber nicht mit ihm zusammenlebenden Personen hat, wie vor allem diejenigen gegenüber seinen minderjährigen Kindern, aber auch diejenigen gegenüber der von ihm getrennt lebenden oder geschiedenen Frau. Dies insoweit (d.h. nach oben begrenzt), als diese Unterhaltsverpflichtungen die für die unterhaltsberechtigten Personen geltenden Sozialhilfeansätze nicht übersteigen und soweit sie nicht zu Gunsten

der Berechtigten bevorschusst werden (die Bevorschussung geht vor). Dabei wären diese Beträge selbstverständlich nicht an den Antragsteller, sondern von der Sozialhilfebehörde direkt an die Unterhaltsberechtigten auszuzahlen. Nur auf diese Weise würde sichergestellt, dass die Bedürftigkeit eines Unterhaltsschuldners nicht zu einer zusätzlichen oder verschärften Bedürftigkeit der Unterhaltsberechtigten führt und dass der sozialrechtliche Schuldenberg sich nicht für die ganzen fehlenden Gelder nur auf Seiten der Frauen anhäuft. Die Beiträge würden über die Sozialhilfe im beschriebenen Ausmass als Unterhaltsbeiträge (nicht Sozialhilfebeiträge) an die Berechtigten bezahlt, beim Verpflichteten aber als Sozialhilfebeiträge an ihn verbucht. Entsprechend würden in diesem Rahmen nicht die Unterhaltsberechtigten rückerstattungspflichtig, sondern die Unterhaltsschuldner würden gegenüber der Sozialhilfebehörde in dem Umfange rückerstattungspflichtig, als ihre Unterhaltsschulden von dieser Behörde an die Unterhaltsberechtigten bezahlt wurden.

- Solange es die Verwandtenunterstützungspflicht gibt, sollte in einer nationalen Rahmengesetzgebung zumindest klargestellt werden, dass die kantonalen Sozialhilfebehörden keine diesbezügliche amtliche Prüfungs- oder Einforderungspflicht trifft, sondern sie nur befugt sind, allfällige Verwandtenunterstützungspflichten abzuklären und anstelle der Bedürftigen geltend zu machen, wenn die Bedürftigen selbst dies wollen.
- Die **Voraussetzungen** der sozialhilferechtlichen **Rückerstattungspflicht** müssen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung und Rechtsgleichheit sowie der Chancengleichheit ebenfalls national definiert werden. Die Rückerstattungspflicht muss aber nicht nur **vereinheitlicht**, sondern im Vergleich zu der gegenwärtigen Lage in den meisten Kantonen **eingeschränkt** werden. Im heutigen Zusammenhang ist es bspw. demotivierend und kontraproduktiv, wenn Personen zur Rückerstattung früher bezogener Sozialhilfebeiträge verpflichtet werden können, welche die wirtschaftliche Selbständigkeit und die Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse durch ihren eigenen Erwerbsarbeitseinsatz herbeigeführt haben. Dies jedenfalls, soweit die Person nicht geradezu reich geworden ist (wobei Reichtum näher zu definieren wäre und jedenfalls weit jenseits der derzeitigen bezüglich Rückerstattung geltenden SKOS-Richtlinien festgesetzt werden müsste), was wohl höchst selten der Fall sein dürfte. Vorab wäre ohnehin gesamtschweizerisch abzuklären, welcher Anteil an den Sozialhilfebudgets der Kantone überhaupt über die Rückerstattungspflicht realistischerweise als Rückfluss erwartet werden kann und ob sich der für die Rückforderungen notwendige administrative Aufwand im Verhältnis dazu überhaupt lohnt. Vielleicht wäre es ja aus wirtschaftlichen Gründen am gescheitesten, die

Rückerstattungspflicht (wie bspw. in Genf schon geschehen) überhaupt abzuschaffen. Jedenfalls sollte eine Rückerstattungspflicht schweizweit höchstens dann bestehen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der ehemals bedürftigen Person auf Grund von **Lottogewinn** etc., oder auf Grund von **Erbschaft** so verbessert haben, dass ihr eine Rückerstattung ohne Weiteres zumutbar ist, oder, wie bereits erwähnt, wenn die ehemals bedürftige Person auf andere Weise zu eigentlichem Reichtum gekommen ist, so dass ihr eine Rückerstattung ebenfalls ohne Beeinträchtigung eines gehobenen Lebensstandards ohne Weiteres zumutbar ist.

- Eine **Rückerstattungspflicht** sollte in denjenigen Fällen so oder so vollständig **ausgeschlossen** werden, in welchen die Bedürftigkeit darauf zurückzuführen war, dass auf Grund von Trennung/Scheidung kein (zusammen mit dem zumutbaren Eigeneinkommen) für den Lebensbedarf genügender Unterhalt festgesetzt worden war oder festgesetzt werden konnte oder der zugesprochene Unterhalt vom Pflichtigen nicht einbringlich war. In diesen Fällen wäre eine Rückerstattung jedenfalls solange als diskriminierend ausgeschlossen, als nicht mittels entsprechender Änderung der Rechtsprechung und Rechtspraxis sichergestellt ist, dass das Manko nicht nur der Unterhaltsberechtigten aufgebürdet wurde.

Es gibt auch Vorschläge, wonach in diesen Fällen von den ehemals sozialhilfebedürftigen Unterhaltsberechtigten einfach nur die Hälfte ihrer aufgelaufenen Schulden zurückgefordert werden solle resp. nur der Teil, welcher ihnen bei Teilung des Mankos im Urteilszeitpunkt ebenfalls aufgebürdet worden wäre. Auch bei Umsetzung dieses Vorschlags wäre letztere aber in geschlechterdiskriminierender Weise benachteiligt, solange den Unterhaltsverpflichteten eben kein sozialhilferechtlicher Schuldenberg anwächst und diese real nicht dem Risiko der Rückforderung ausgesetzt sind. Eine solche Lösung befriedigt somit nicht.

- Ebenfalls gänzlich ausgeschlossen sollte jede Rückerstattungspflicht werden für sozialhilferechtliche Schulden, die entstanden sind, weil - aus welchen Gründen auch immer - für **minderjährige Kinder** keine angemessenen, die Lebens- und Ausbildungsbedürfnisse deckenden Kinderunterhaltsbeiträge bezahlt worden sind.
- Generell sollte jede Rückerstattungspflicht ausgeschlossen werden, wenn Personen sozialhilfebedürftig geworden sind, weil sie den Bedarf ihres Haushalts auf Grund von **Betreuungspflichten** gegenüber minderjährigen Kindern nicht oder nicht voll selbst decken konnten.

Schon bei gegebener Gesetzeslage könnten die zuständigen Sozialhilfebehörden den ihnen zustehenden **Ermessensspielraum** dahingehend **nutzen**, in den beschriebenen Fällen (ausser bei ausdrücklichem Wunsch der Bedürftigen) keine Verwandtenunterstützung einzufordern und im Interesse der Gleichbehandlung und Chancengleichheit gegenüber den betroffenen Frauen auf Rückerstattung bezogener Sozialhilfe zu verzichten.

Die gegenwärtig **individuell** mit einer Rückerstattungsforderung konfrontierte Frau kann sich, sofern ihre frühere Sozialhilfebedürftigkeit auf Grund eines Mankofalles im beschriebenen Sinne entstanden war, dieser **Rückerstattung** unter Berufung auf das Geschlechterdiskriminierungsverbot, die Grundrechte und das Chancengleichheitsgebot **widersetzen**.

Solange es die **Verwandtenunterstützungspflicht** gibt, kann eine mit einer sozialhilferechtlichen Rückerstattungsforderung konfrontierte Frau diese zudem dann verweigern, wenn seitens der Sozialbehörde eine Verwandtenunterstützung, die möglich gewesen wäre, nicht eingefordert wurde. Die Verwandtenunterstützung wäre nämlich nicht rückerstattungspflichtig und hätte die Sozialhilfeschulden der Frau reduziert.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Bundesverfassung alte Fassung
AHV	Alters- und Hinterbliebenen-Versicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
amtl. Bull. NR	amtliches Bulletin des Nationalrats
amtl. Bull. SR	amtliches Bulletin des Ständerats
Anh. UB	Anhang Unterhaltsberechnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
aZGB	alte Fassung Zivilgesetzbuch
BBl.	Bundesblatt
BG	Bundesgericht
BGE	Bundesgerichtsentscheide (der publizierten
Sammlung)	
BGer	Bundesgerichtsentscheid (nicht publiziert)
BSK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privat-
recht	
Bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung
BV-Komm	Kommentar zur Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
CC	code civil
CHF	Schweizerfranken
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
EKF	Eidgenössische Kommission für Frauenfragen
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur
AHV	
etc.	und so weiter, et cetera
f	folgende
FamKomm Scheidung	Familienrechtskommentar Scheidung
FamPra.ch	Praxis des Familienrechts (Zeitschrift)
FDK	Finanzdirektorenkonferenz
FüG	Fürsorgegesetz
GES (VS)	Sozialhilfegesetz des Kantons Wallis
Hrsg.	Herausgeberin
inkl.	inklusive
i.V.m.	in Verbindung mit
KGer FR	Kantonsgericht Fribourg
KG SG	Kantonsgericht St. Gallen
Komm.	Kommentar
LOS (JU)	Loi sociale du canton du Jura, Sozialhilfegesetz des Kantons Jura
NF	Nationalfonds
Pra.	Praxis des Bundesgerichts (Entscheidsammlung)
resp.	respektive
s.	siehe
SchKG	Gesetz über Schuld, Betreuung und Konkurs
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zeitschrift)
SHG	Sozialhilfegesetz
SHV	Sozialhilfeverordnung
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZeSo	Zeitschrift für Sozialhilfe
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZUG	Zuständigkeitsgesetz, Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger

Literaturverzeichnis

Bibliografie

- ARIOLI Kathrin, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben. Zürich 1992.
- ARIOLI Kathrin, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung. In: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1993, 1327-1335.
- Bericht des Bundesrates über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau». In: BBl, 1986, I, 1144-1274.
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Kommentar zu Art. 41 BV. In: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (BV-Komm) 2002, 95-125.
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Überschuss und Manko bei Ehetrennung und Ehescheidung - ein Problem rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellung von Frau und Mann? In: Geiser Thomas et al. (Hrsg.), Festschrift für Professor Heinz Hausheer. Bern 2002.
- BINKERT Monika, WYSS Kurt, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht. Basel / Frankfurt a.M. 1997.
- BREITSCHMID Peter, System und Entwicklung des Unterhaltsrechts. In: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1994, 835-846.
- BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Bekämpfung sozialer Ausgrenzung. Sozialhilfe in Kanada und in der Schweiz. Bericht der OECD. Beiträge zur sozialen Sicherheit, Band 3, Bern 1999.
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004. Daten und Atlas auf CD-ROM, Zürich 2004.
- EPINEY-COLOMBO Emanuela, La modification des prestations d'entretien selon l'ancien droit du divorce. In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2001, 631-650.
- EPINEY-COLOMBO Emanuela, Prime esperienze nel nuovo diritto del divorzio. Bellinzona 2002.
- EPINEY-COLOMBO Emanuela, La donna è mobile, quelques réflexions sur l'application anticipée de l'art. 125 CC avant le divorce. In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2003, 846-854.
- FRANKHAUSER Roland, Vorbemerkungen zu Art. 111-116 und Kommentar zu Art. 111, Art. 112, Art. 113, Art. 114, Art. 115, Art. 116, Art. 143, Art. 148, Art. 149 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung), Bern 2005, 16-87 und 499-525.
- FLUDER Robert, STREMLow Jürgen, Armut und Bedürftigkeit: Herausforderungen für das kommunale Sozialwesen, Bern 1999.
- FREIVOGEL Elisabeth, Auswirkungen des neuen Eherechts in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft. In: Juristische

- Auswirkungen des neuen Eherechts, Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Nov 1991, 111-183.
- FREIVOGL Elisabeth, Zur Bedeutung der Begriffe angemessener Beitrag an den gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge (Art. 125 Abs. 1 ZGB). In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2000, 252-265.
- FREIVOGL Elisabeth, Anhang Unterhaltsberechnung. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung). Bern 2005, 1014-1063.
- FREIVOGL Elisabeth, FANKHAUSER Roland, Kommentar zu Artikel 143 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung), Bern 2005, 437-451.
- FREIVOGL Elisabeth, GLOOR Urs, STIEGER-GMÜR Regula, Nachehelicher Unterhalt bei komfortablen bis sehr guten finanziellen Verhältnissen. In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2004, 811-727.
- GEISER Thomas, Neuere Tendenzen in der Rechtssprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten. In: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1993, 903-914.
- GEISER Thomas, Ein Jahr neues Scheidungsrecht: Überblick über die Rechtssprechung. In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2001, 173-186.
- Genf schafft die Rückerstattungspflicht ab. In: Zeitschrift für Sozialhilfe (ZeSo), 2004, 44.
- GESSLER Dieter, Kritische Bemerkungen zur Rentenfestsetzung bei Scheidung. In: Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 1995, 65-71.
- GYSIN Charlotte, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz. Diss. Basel/Genf/ München 1999.
- HAUSHEER Heinz, GEISER Thomas, Zur Festsetzung des Scheidungsunterhalts bei fehlenden Mitteln im neuen Scheidungsrecht. In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1998, 93-107.
- JAGGI Kurt, Verwandtenunterstützung und Rückforderung von öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen als Ausweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand? In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1998, 393-405.
- KNÖPFEL Carlo, Die steuerliche Belastung des Existenzminimums. In: Zeitschrift für Sozialhilfe (ZeSo) 2001, 161-176.
- KOLLER Thomas, Das Institut der Verwandtenunterstützung im Lichte eines neueren BundesgerichtsUrteils. In: recht 2/06, 64-76.
- KOLLER Thomas, Kommentierung von Art. 328/329 ZGB, In: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), 2. Aufl. Basel, Genf, München 2002.

- LEU Robert E., BURRI Stefan, PRIESTER Tom, Lebensqualität und Armut in der Schweiz. Bern/Stuttgart/Wien 1997.
- MEYER-BLASER Ulrich, GÄCHTER Thomas, Der Sozialstaatsgedanke. In: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001.
- OECD, Bekämpfung sozialer Ausgrenzung, Band 3: Sozialhilfe in Canada und in der Schweiz. In: Soziale Sicherheit: Zeitschrift des Bundesamtes für Sozialversicherungen, BSV, Bern 1999.
- PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, Neuere Entwicklungen im nahehelichen Unterhalt. In: Dieselben (Hrsg.), Familienvermögensrecht. Bern 2003, 1-34.
- PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, La protection du minimum vital du débirentier en droit du divorce: évolution récente. In: Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 2004, 81-89.
- PROJEKT SOZIALHILFESTATISTIK, Nationales Forschungsprogramm 29, Schlussbericht. Bern 1994.
- RÜEGG Viktor, Für die Frau den Gang auf's Sozialamt. In: plädoyer 1994/1, 22-25.
- SCHNEEBERGER, Unzulässigkeit der Aufteilung der Unterdeckung. In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1997.
- SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung). Bern 2005.
- SCHWENZER Ingeborg, Kommentar zu Art. 125-132. In: Dieselbe (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung). Bern 2005, 232-321.
- SKOS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Zukunft der Sozialhilfe vom 6. Mai 1999. Fribourg 1999.
- SKOS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Armutsbekämpfung und Föderalismus, Antworten aus Forschung und Politik, Nationale Tagung vom 5. Juni 2003. Fribourg 2003.
- SORROSAL Azucena, Soziale Wirksamkeit der Grundrechte, dargestellt am Beispiel der Einelternfamilie. Diss. St. Gallen 2002.
- SPYCHER Annette, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden. Diss. Bern 1996.
- SUTTER Thomas, FREIBURGHHAUS Dieter, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht. Zürich 1999.
- THOMET Werner, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG). 2. Aufl. Zürich 1994.

- TRINKLER Judith, Kein Eingriff ins Existenzminimum der Alimentezahlenden. In: EinElternForum. Zeitschrift für Einelternfamilien 3/2005, 18.
- URECH Peter, FASEL Urs, Geteiltes Leid - halbes Leid. Angelagerte Probleme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mangelfällen. In: recht 1997, 57-65.
- VETTERLI Rolf, Scheidungshandbuch, St. Gallen / Lachen 1998.
- VETTERLI Rolf, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht. In: Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2002, 450-470.
- VONDER MÜHLL Georges, Kommentar zu Art. 93 SchKG. In: Staehelin Adrian et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Basel/Genf/München 1998, 929-967.
- WIDMER Judith, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis. Diss. Zürich 2001.
- WIRZ Toni, ALFIREV-BIERI Charlotte, Habe ich Anspruch auf Sozialhilfe? Ratgeber des Beobachters. 2. Aufl. Zürich 2003.
- WOLFFERS Felix, Grundriss des Sozialhilferechts. 2. unveränderte Aufl., Bern 1999.
- WULLSCHLEGER Stephan, Kommentar zu Art. 276-293 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung (FamKomm Scheidung). Bern 2005, 895-962.
- WYSS Kurt, Evaluation der neuen SKOS-Richtlinien, Ergebnisse der Mitgliederbefragung. Hrsg. von der SKOS, Bern 2000.
- WYSS Kurt, KNUPFER Caroline, Existenzsicherung im Föderalismus der Schweiz. In: Zeitschrift für Sozialhilfe (ZeSo), 2003, 1-24.

Zeitschriftenverzeichnis

Aktuelle Juristische Praxis (AJP)

Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)

plädoyer

recht

Schweizerische Juristenzeitung (SJZ)

Soziale Sicherheit: Zeitschrift des Bundesamtes für Sozialversicherungen

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)

Zeitschrift für Sozialhilfe (ZeSo)