

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,**  
unter Mitwirkung von Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichterin Wüthrich-Meyer und Oberrichter Messer sowie Kammerschreiber Weder

vom 18. Dezember 2008

in der Streitsache zwischen

**A.**

vertreten durch Fürsprecher **C.**

**Gesuchsgegner/Appellant**

(nachstehend: Gesuchsgegner)

und

**B.**

vertreten durch Fürsprecher **D.**

**Gesuchstellerin/Appellatin**

(nachstehend: Gesuchstellerin)



**Regeste:**

1) Art. 287 Abs. 1 ZGB; Art. 87 Abs. 2 OR: Genehmigung von aussergerichtlichen Trennungsvereinbarungen und anteilmässige Anrechnung bei gleichzeitig verfallenen Schulden.

2) Bei einer aussergerichtlich abgeschlossenen und nicht behördlich genehmigten Trennungsvereinbarung, in welcher ein Kinderunterhalt vereinbart ist, handelt es sich nicht um einen provisorischen Rechtsöffnungstitel, da ein Kinderunterhaltsvertrag gemäss Art. 287 ZGB einer Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde bedarf.

Fehlt – wie in casu – eine solche Genehmigung, besteht kein Erfüllungsanspruch und demnach auch kein Rechtsöffnungstitel.

Sind mehrere Schulden gleichzeitig verfallen und liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so findet eine anteilmässige Anrechnung statt.

**Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Die Parteien schlossen eine aussergerichtliche Trennungsvereinbarung ab, welche weder gerichtlich noch durch die Vormundschaftsbehörde genehmigt wurde. Darin wurde unter anderem vereinbart, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin für sie und den gemeinsamen Sohn einen monatlichen Unterhaltsbeitrag inkl. Kinderzulagen in der Höhe von CHF 2'000.00 bezahlt. Der Anteil des Kinderaliments (exklusive Kinderzulage) beträgt laut Vereinbarung CHF 1'000.00.

Zwei Jahre später teilte der Gesuchsgegner seiner Ehefrau mit, sein Einkommen habe sich verändert und er sei jetzt nicht mehr in der Lage, den in der Trennungsvereinbarung festgesetzten Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Dementsprechend überwies der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin einen gekürzten Unterhaltsbeitrag von CHF 1'080.00 ohne anzugeben, wie viel vom bezahlten Betrag auf den Kinder- bzw. Frauenunterhalt entfällt. In der Zwischenzeit ist die Ehe der Parteien geschieden worden.

Die Gesuchstellerin hat für die noch ausstehenden Unterhaltsbeiträge die Betreuung eingeleitet. Nachdem der Gesuchsgegner Rechtsvorschlag erhoben hat, verlangte die Gesuchstellerin die provisorische Rechtsöffnung. Die Vorinstanz erteilte der Gesuchstellerin für den ganzen Betrag die Rechtsöffnung.

## **Auszug aus den Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

(...)

### **II. Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen**

(...)

### **III. Sachverhalt**

(...)

### **IV. Materielles**

1. (...)

2. (...)

3. Die in Betreuung gesetzte Forderung muss zum Zeitpunkt der Einleitung der Betreuung fällig gewesen sein (Vgl. Staehelin, a.a.O., N 77 ad Art. 82). Der Gesuchsgegner stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, dies sei nicht der Fall gewesen, weil mit dem Schreiben vom 05.04.2006 der Gesuchsgegner die Vereinbarung widerrufen, also gekündigt habe (...).

Um vorliegend die Frage nach der Fälligkeit der hier zu beurteilenden Forderung zu beantworten, ist eingangs die Rechtsnatur des Inhalts der Trennungsvereinbarung zu bestimmen.

4. (...)

5. Der Gesuchsgegner wendet weiter ein, dass Unterhaltsverträge vom Richter genehmigt werden müssen, was vorliegend nicht der Fall sei, weshalb das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen sei (...).

Die Bestimmungen über den Eheschutz kennen entgegen den Scheidungsvorschriften keine Norm, welche eine Genehmigungspflicht von Unterhaltsvereinbarungen zwischen den Ehegatten vorsieht (vgl. Art. 171 ff., Art. 120 ZGB). Eine solche Pflicht besteht nur insofern für den Kinderunterhalt, als dieser **für das Kind** erst mit der Genehmigung der Trennungsvereinbarung verbindlich wird (vgl. Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Art. 287 Abs. 1 ZGB).

Mithin ist im Folgenden zwischen den Frauentalimenten einerseits und den Kinderalimenten andererseits zu unterscheiden.

#### Kinderunterhalt

Die von den Parteien am 01.01.2004 abgeschlossene Trennungsvereinbarung beinhaltet in Ziffer 4, die Festlegung der Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und den gemeinsamen Sohn S.

Beim Unterhaltsvertrag nach Art. 287 und 288 ZGB handelt es sich um ein genehmigungsbedürftiges familienrechtliches Rechtsgeschäft, das die von Gesetzes wegen bestehende Unterhaltspflicht eines Elternteils gegenüber seinem Kind konkretisiert. Der Unterhaltsvertrag setzt ein Kindverhältnis voraus. Vereinbarungen über Kindesunterhalt ohne eine solche Rechtsbeziehung sind Schenkungen, die von Art. 287 ZGB nicht erfasst werden, vielmehr nach Obligationenrecht zu beurteilen sind.

Erfasst wird in einem Unterhaltsvertrag sowohl der Unterhalt zugunsten des Unmündigen wie auch zugunsten des Mündigen (Vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 06.149 ff., S. 380 ff.).

Die vorliegende Trennungsvereinbarung erfüllt im Hinblick auf den gemeinsamen Sohn S offensichtlich die genannten Voraussetzungen und stellt somit einen Unterhaltsvertrag gemäss Art. 287 und Art. 288 ZGB dar.

Unterhaltsverträge werden gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB für das Kind erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde verbindlich. Da Art. 287 Abs. 1 ZGB die Genehmigung für „Unterhaltsverträge“ schlechthin vorsieht, bietet der Wortlaut keine Handhabe dafür, eine noch so genau umschriebene Kategorie von Unterhaltsverträgen von der Genehmigungspflicht auszunehmen. Daher wird in der Literatur die Genehmigung für Unterhaltsverträge häufig ausnahmslos verlangt (Vgl. BGE 126 III 49, E. 2d/aa, S. 54; BBI 1974 II S. 63).

Der Anwendungsbereich von Art. 287 Abs. 1 ZGB beschränkt sich – wie im vorliegenden Fall – auf Unterhaltsverträge, die nicht während eines gerichtlichen

Verfahrens zustande gekommen sind. Wird der Unterhaltsvertrag nämlich in einem gerichtlichen Verfahren geschlossen, ist für die Genehmigung einzig der Eheschutz- bzw. Ehescheidungsrichter zuständig (Vgl. Hegnauer, Berner Kommentar, N 41 ff. ad Art. 287/288 ZGB).

Die Genehmigungspflicht bedeutet eine Beschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters des Kindes. Dies hat seinen Grund in der Gefahr, dass der gesetzliche Vertreter, gleichgültig aus welchen Gründen, die Interessen des Kindes nicht gehörig wahrt. Das Recht muss wegen der elementaren Bedeutung des Unterhaltes für das Kind dieser Gefahr soweit möglich vorbeugen. Diesem Zweck dient in erster Linie das Erfordernis der Genehmigung (Vgl. Hegnauer, Berner Kommentar, N 40 ad Art. 287/288 ZGB).

Aufgrund des gesetzlichen Wortlauts in Art. 287 Abs. 1 ZGB und der diesbezüglichen Rechtsprechung erhellt, dass der Unterhaltsvertrag, in casu in Form der Trennungsvereinbarung vom 01.01.2004, **genehmigungsbedürftig** ist. Mithin bleibt noch zu prüfen, ob allein infolge des Fehlens der Genehmigung das Gesuch um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung abgewiesen werden kann. Denn mit der Bejahung der Genehmigungspflicht steht noch nicht fest, dass der Unterhaltsvertrag rechtlich irrelevant ist (Vgl. BGE 126 III 49, E. 2e, S. 56).

Vorliegend ist unbestritten, und wird auch nicht behauptet, dass die Trennungsvereinbarung vom 01.01.2004 nicht durch die zuständige Vormundschaftsbehörde genehmigt worden ist.

Es ist daher zu prüfen, ob der Unterhaltsvertrag – trotz fehlender behördlicher Genehmigung – für beide Parteien verbindlich ist.

Das Bundesgericht hält in BGE 126 III 49 nach Prüfung der verschiedenen Lehrmeinungen fest, dass dem Kind vor der Genehmigung des Unterhaltsvertrages durch die Vormundschaftsbehörde kein Erfüllungsanspruch zusteht.

6. Wo – wie in casu – kein Erfüllungsanspruch besteht, fehlt es somit an einer Voraussetzung zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung, da die Erteilung der provisorischen wie auch der definitiven Rechtsöffnung die Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung voraussetzen. Das Rechtsöffnungsgesuch ist bezüglich Kinderalimente abzuweisen.

### Frauenunterhalt

Bezüglich des Frauenunterhaltes kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (...). Zusammenfassend führt der Vorrichter aus, dass die Ehegatten gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen. Die Eheleute hätten grundsätzlich die Möglichkeit, die Folgen des Getrenntlebens einvernehmlich unter sich zu regeln, ohne ein Eheschutzverfahren zu durchlaufen. Eine private Trennungsvereinbarung, wie sie in casu vorliegt, sei grundsätzlich als Vertrag zu verstehen, an den die Eheleute gebunden sind und den sie nicht einseitig widerrufen

können.

Eine schriftlich erklärte Bereitschaft, einen bestimmten Geldbetrag an den Familienunterhalt zu bezahlen, gelte im Verhältnis unter den Ehegatten als Schuldanerkennung und erlaube allenfalls eine provisorische Rechtsöffnung.

Aus dem Gesagten folgt, dass für die Frauenalimente die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann.

7. Vorliegend hat der Gesuchsgegner Unterhaltsbeiträge bezahlt, jedoch nicht in der vereinbarten Höhe; anstelle von monatlich CHF 2'000.00 hat der Gesuchsgegner lediglich CHF 1'080.00 an Unterhalt an die Gesuchstellerin bezahlt.

Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, ob dieser Betrag auf das Kinder- oder Frauenaliment anzurechnen ist.

Die Trennungsvereinbarung vom 01.01.2004 sah einen Unterhaltsbeitrag von CHF 2'000.00 (inkl. Kinderzulagen) vor, wobei die Gesuchstellerin die Kinderzulagen bezieht. Auf den Kinderunterhalt fallen gemäss Trennungsvereinbarung CHF 1'000.00 exklusive Kinderunterhalt von damals CHF 160.00. Die restlichen CHF 840.00 sind als Frauenaliment anzurechnen.

Gemäss Art. 86 Abs. 1 OR ist der Schuldner, wenn er mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen hat, berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will. Mangelt eine solche Erklärung, so wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht sofort Widerspruch erhebt (Art. 86 Abs. 2 OR).

Liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so ist die Zahlung gemäss Art. 87 Abs. 1 OR auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreibung stattgefunden, auf die früher verfallene. Sind sie gleichzeitig verfallen, so findet gemäss Art. 87 Abs. 2 OR eine verhältnismässige Anrechnung statt.

In casu liegt weder eine Erklärung noch eine Bezeichnung in einer Quittung vor, in welcher der Gesuchsgegner ausdrücklich erklärt, welche Schuld er mit dem geleisteten Unterhaltsbetrag von CHF 1'080.00 tilgt, womit Art. 87 Abs. 2 OR Anwendung findet.

Gemäss Trennungsvereinbarung vom 01.01.2004 schuldete der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 2'000. Davon entfielen CHF 1'160.00 auf den Kinderunterhalt (inkl. Kinderzulage von CHF 160.00) und CHF 840.00 auf den Frauenunterhalt. Dies ergibt ein Verhältnis von 58 % (Kinderunterhalt) zu 42 % (Frauenunterhalt).

Der Gesuchsgegner hat, entgegen der Trennungsvereinbarung, ab April 2006

lediglich einen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'080.00 bezahlt. Somit schuldet der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin für 19 Monate (April 2006 – Oktober 2007) den Betrag von je CHF 760.00, ausmachend CHF 14'400.00.

Der offene Betrag von CHF 14'400.00 ist gemäss Art. 87 Abs. 2 OR entsprechend dem Verhältnis 58% zu 42% auf den Kinder- bzw. Frauenunterhalt aufzuteilen. Dies ergibt einen offenen Kinderunterhalt von CHF 8'352.00 sowie einen offenen Frauenunterhalt von CHF 6'048.00.

Gemäss den Ausführungen unter Ziffer. 7 hievor, wird die Rechtsöffnung lediglich für den Frauenunterhalt in der Höhe von CHF 6'048.00 erteilt. Soweit weitergehend ist das Gesuch abzuweisen.

(...)

**Hinweis:**

Der Entscheid ist rechtskräftig