

ZK 10 494, publiziert November 2011

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 26. August 2011

Besetzung

Oberrichter Bähler, Oberrichter Messer und Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Holzapfel Pürro

Verfahrensbeteiligte

A.

Kläger/Appellant

gegen

B.,

Beklagte/Appellatin

Gegenstand

Abänderung Ehescheidung

Appellation gegen das Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 14. September 2010

Regeste:

1) Art. 129 Abs. 1 ZGB, Art. 127 ZGB. Möglichkeit der Abänderung einer Scheidungsrente bzw. einer Rente nach Art. 124 ZGB trotz in der Scheidungskonvention vereinbarten Abänderungsausschlusses bei nachträglichem Eingriff in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners.

2) Gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB kann eine Scheidungsrente bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden. Art. 127 ZGB ermöglicht es den Ehegatten, in der Vereinbarung die Änderung der darin festgesetzten Rente ganz oder teilweise auszuschliessen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Festsetzung von Scheidungsrenten das Existenzminimum der pflichtigen Person zu wahren. Es stellt sich die Frage, ob der Ausschluss einer Abänderung durchbrochen werden kann oder muss, wenn die Unabänderlichkeit der Rente nachträglich zu einer Verletzung des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners führt. Dies ist zu verneinen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Unterhaltsschuldner A. (Appellant) hatte sich in der gerichtlich genehmigten Scheidungskonvention zur Entrichtung einer lebenslangen Scheidungsrente sowie einer

Rente nach Art. 124 ZGB an die unterhaltsberechtigte B. (Appellatin) verpflichtet. Die Parteien verzichteten in der Vereinbarung unter Vorbehalt von Willensmängeln auf die Abänderbarkeit der Unterhaltsbeiträge. Der Unterhaltsschuldner machte nun geltend, seine finanziellen Verhältnisse hätten sich seit dem Scheidungsurteil erheblich, dauernd und in nicht vorhersehbarer Weise verschlechtert und verlangte die Aufhebung der in der Scheidungskonvention vereinbarten Renten. Die Vorinstanz wies die Klage ab, worauf der Unterhaltsschuldner an das Obergericht appellierte. Die Kammer weist die Klage ab.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

(...)

III. Sachverhalt, Parteivorbringen und Beweiswürdigung

(...)

IV. Rechtliches

1. Grundsätzliches

1.1. Gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB kann eine Scheidungsrente bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse herabgesetzt, aufgehoben oder für eine bestimmte Zeit eingestellt werden. Art. 127 ZGB ermöglicht es den Ehegatten, in der Vereinbarung die Änderung der darin festgesetzten Rente ganz oder teilweise auszuschliessen. Der Abänderungsausschluss bedarf der gerichtlichen Genehmigung nach Art. 140 aZGB und unterliegt damit der Inhaltskontrolle (SCHWENZER, FamKommentar Scheidung, 2005, N 3 zu Art. 127 ZGB). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Festsetzung von Scheidungsrenten das Existenzminimum der pflichtigen Person zu wahren. Es stellt sich die Frage, ob der Ausschluss einer Abänderung durchbrochen werden kann oder muss, wenn die Unabänderlichkeit der Rente nachträglich zu einer Verletzung des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners führt (Entscheid des Bundesgerichts im uP-Verfahren, 5A_39/2010, E. 3.3).

1.2 Die Leistungen, deren Aufhebung der Appellant verlangt, stützen sich einerseits auf Art. 125 ZGB und anderseits auf Art. 124 ZGB. Art. 127 und 129 ZGB stehen wie Art. 125 ZGB unter der Überschrift „Nachehelicher Unterhalt“, Art. 124 ZGB hingegen unter „Berufliche Vorsorge“, d.h. Art. 129 ZGB ist dort nicht direkt, sondern bloss allenfalls analog anwendbar. Die Herabsetzbarkeit ist somit zunächst für die Rente gemäss Art. 125 ZGB zu prüfen. Wird sie verneint, gilt dies a fortiori auch für die Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB.

2. Rente gemäss Art. 125 ZGB

2.1 (...)

2.2. (...)

2.3 Beurteilung

Zunächst ist festzuhalten, dass der Verzicht gemäss Ziffer 5 Abs. 4 der Scheidungsvereinbarung aufgrund von Art. 127 ZGB gültig vereinbart wurde. Ohne die Problematik des Existenzminimums würde sich die Frage, ob eine Abänderung der Rente trotz dem Verzicht möglich ist, nicht stellen, zumal der Appellant keine (in der Verzichtsklausel vorbehaltene) Willensmängel geltend macht. Ansonsten wäre ein solcher, im Gesetz vorgesehener und zum Urteil erhobener Verzicht zum Vornherein wertlos. Der Appellant hat denn auch trotz dem massiven Rückgang seines Vermögens die Leistungen gemäss Scheidungsvereinbarung bis im Juli 2008 vollumfänglich erbracht.

Es geht somit ausschliesslich um die Frage, ob die Rechtsordnung eine Durchbrechung des Verzichts und eine Befreiung von der Schuldpflicht vorsieht, wenn diese nachträglich das Existenzminimum verletzt. Da die direkt anwendbaren Vorschriften keine Ausnahmeregelung enthalten, müssen übergeordnete allgemeine Bestimmungen oder Grundsätze herangezogen werden, und es muss geprüft werden, ob diese Geltung beanspruchen. In Frage kommen der Persönlichkeitsschutz (Verbot übermässiger Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB) und die *clausula rebus sic stantibus*, welche sich gemäss BGE 122 III 97 mit dem Rechtsmissbrauchsverbot deckt. Zu berücksichtigen ist, dass im Rahmen der Vollstreckung das Existenzminimum durch das Schuldbetreibungsrecht gesichert ist (Art. 93 SchKG). Es geht somit darum, ob die Verpflichtung als solche aufgehoben werden kann, wenn sie das Existenzminimum tangiert.

SUTTER/FREIBURGHHAUS (Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999), schreiben dazu in N 13 ff. zu Art. 127 ZGB Folgendes:

„Wenngleich die Ehegatten die Abänderbarkeit der Unterhaltsrente durch Vereinbarung gänzlich ausschliessen können, so bedeutet dies nicht, dass die Unabänderlichkeit eine absolute ist, wie dies der Wortlaut von Art. 127 nahelegt.

*So hat das Bundesgericht (vgl. BGE 122 III 97 ff.) in einem eine Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 aZGB betreffenden Fall ausdrücklich festgehalten, dass ein Abänderungsverzicht den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* als Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 und der Regel von Art. 27 Abs. 2 unterworfen ist, wonach vertragliche Verpflichtungen aufgrund der Intensität der Bindung oder aus deren Dauer als persönlichkeitsverletzend qualifiziert werden können, was ihre Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit zur Folge hat. Allerdings schützt das Bundesgericht eine Berufung auf Art. 27 Abs. 2 bzw. auf die *clausula rebus sic stantibus* nur in sehr engen Grenzen (vgl. BGE 122 III 97, 98; ferner BGE 95 II 58: "Art. 27 Abs. 2 verbietet niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten."). Auch die Botschaft (Ziff. 233.541, S. 118) geht davon aus, dass die vereinbarte Unabänderlichkeit der Rente keine absolute ist und verweist in diesem Zusammenhang auf Fälle sog. Sozialkatastrophen wie beispielsweise die Zahlungsunfähigkeit einer Pensionskasse.*

Einer späteren Berufung auf Art. 27 Abs. 2 steht auch der Umstand nicht entgegen, dass das Gericht im Scheidungsurteil die entsprechende Vereinbarung genehmigt hat. So ist durchaus denkbar, dass eine Verpflichtung im Scheidungszeitpunkt als mit Art. 27 Abs. 2

vereinbar erscheint, während die in der Zwischenzeit eingetretenen Veränderungen der Verhältnisse diesbezüglich zu einer Neubeurteilung führen.

Aufgrund der Gesetzesmaterialien nicht beantwortbar ist die praktisch bedeutsame Frage, wie sich eine vereinbarte Unabänderlichkeit des Unterhaltsbeitrags zu der vom Bundesgericht dem Unterhaltsschuldner gewährten Garantie des Existenzminimums (vgl. dazu Art. 125, N. 56 ff.) verhält. Angesichts der gerade in der neueren Rechtsprechung trotz Kritik wiederholt bestätigten absoluten Grenze des Existenzminimums muss u.E. davon ausgegangen werden, dass die so verstandene Leistungsunfähigkeit eine Vereinbarung i.S. von Art. 127 durchbricht. Dadurch wird auch die Feststellung, wonach der Konkurs die Rentenverpflichtung des Schuldners nicht tangiere (vgl. N. 9), erheblich relativiert. Vor diesem Hintergrund ist die Vereinbarung der Unabänderlichkeit für den Unterhaltsgläubiger mit erheblichen Risiken verbunden (vgl. N. 17 ff.).“

SPYCHER/HAUSHEER (Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Rz 09.81), halten dem entgegen, dass die Einschränkung auf das Existenzminimum als solche noch keine übermässige Beschränkung der eigenen Freiheit darstelle, und dass der Ausschluss der Abänderung - im Sinne eines Ausgleichs - in der Regel als Gegenleistung für ein vermögensrechtliches Entgegenkommen des Unterhaltsgläubigers vereinbart werde. Es bleibe lediglich zu überprüfen, ob im Einzelfall gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen wird oder die clausula rebus sic stantibus eine Anpassung der Verpflichtung erfordere. Von Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage könnten insbesondere der Umfang der Gegenleistung sowie die Dauer der Rente sein.

SCHWENZER (FamKommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 127 ZGB), hält dafür, dass der Wille der Parteien nicht durch allgemeine Rechtsgrundsätze unterlaufen werden dürfe. Trotz gegenteiliger Vereinbarung könne eine Abänderung aufgrund Art. 27 Abs. 2 ZGB oder der clausula rebus sic stantibus deshalb nur in extremen Ausnahmefällen, z.B. Zahlungsunfähigkeit einer Pensionskasse, in Betracht gezogen werden. Keinesfalls könne allgemeine Leistungsunfähigkeit im Sinne der Garantie des Existenzminimums des Schuldners allein ausreichen, um eine Vereinbarung nach Art. 127 ZGB zu durchbrechen. Ausreichender Schutz des Existenzminimums werde im Rahmen der Zwangsvollstreckung geleistet.

Da sich die Frage der Zulässigkeit eines Eingriffs ins Existenzminimum nicht nur bei familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen stellt, ist es angebracht, das Sichtfeld zu öffnen.

In BGE 95 II 55 ging es um eine Bürgschaft. Das Bundesgericht führte in seinem Entscheid Folgendes aus: *„Das Bundesgericht wollte [in BGE 88 II 174] nur entscheiden, dass jedenfalls dann die Aufgabe oder Beschränkung der Entschlussfreiheit nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstosse, wenn sie die wirtschaftliche Existenz des Vertragschliessenden nicht gefährde. Daraus e contrario zu schliessen, die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners mache jede Verpflichtung, möge sie auch nur auf Zahlung von Geld gehen, unsittlich und nichtig, ist ein Schritt, den es nicht getan hat und der nicht getan werden darf. Art. 27 Abs. 2 ZGB will nur die persönliche Freiheit vor zu weit gehenden, den guten Sitten widersprechenden vertraglichen Eingriffen schützen, nicht dagegen sagen, in welchem Ausmass vertragliche Bindungen anderer Art, besonders Versprechen auf Zahlung von Geld, zulässig seien. Art. 27 Abs. 2 ZGB verbietet niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten. Nicht*

diese Bestimmung, sondern das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sorgt vor, dass der Schuldner durch Geldschulden nicht vollständig entblösst werde, sondern die zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt unumgänglich notwendigen Sachen und Geldmittel behalten könne.“

BUCHER (Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 15 VII 3. e) schreibt Folgendes: *„ZGB 27 ist funktional zu verstehen als Norm, welche vertragliche Selbstbindung verhindern will, die sich als übermässige Einschränkung der Freiheit und persönlichen bzw. wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit darstellt (...). Die Übernahme von Geldschulden dagegen beinhaltet keine persönliche Leistungspflicht, sondern letztlich lediglich die Pflicht zur Duldung der Vollstreckung in das Vermögen; sie sollten daher nicht an ZGB 27 gemessen werden.“*

Beim Persönlichkeitsschutz geht es darum, die persönliche und wirtschaftliche Entfaltung sicherzustellen. Es ist klar, dass auch Geldmangel diese Entfaltung beeinträchtigt. Würden Verpflichtungen zu Geldleistungen jedoch generell als übermässig betrachtet, wenn sie ins Existenzminimum eingreifen, käme es zu einer Ausuferung des Persönlichkeitsschutzes und einer Aushebelung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“, da solche Verpflichtungen nicht selten eingegangen werden. Es müssen somit weitere Elemente hinzukommen, damit eine Übermässigkeit angenommen werden kann.

HUGUENIN, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2006, N 14 zu Art. 27 ZGB, hält fest was folgt: *„Ein unzulässiges Bindungsausmass ist dann zu bejahen, wenn die Vereinbarung den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind“* (mit Hinweis auf BGE 114 II 162).

Bei der clausula rebus sic stantibus verhält es sich ähnlich.

Das Bundesgericht führt in BGE 122 III 97 dazu aus: *„Es erscheint indessen als zutreffend, auch auf eine solche Vereinbarung - jedenfalls entsprechend, denn diese beruht an sich nicht auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung - die auf Art. 2 ZGB beruhende clausula rebus sic stantibus anzuwenden (vgl. dazu auch MERZ, Berner Kommentar, N. 237, 239 und 240 zu Art. 2 ZGB). Ebenso fällt eine solche Abmachung unter den Vorbehalt des Art. 27 Abs. 2 ZGB (BGE 82 II 369; vgl. dazu auch HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Aufl. 1995, S. 517 f. Fn. 11), wobei das Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 ZGB als ein Anwendungsfall der ersteren Bestimmung aufgefasst werden kann (BUCHER, Berner Kommentar, N. 197 zu Art. 27 ZGB, und sinngemäss auch BGE 113 II 209 E. 4a). Die clausula rebus sic stantibus führt jedoch gemäss bundesgerichtlicher Praxis nur sehr selten zu einer richterlichen Vertragsauflösung oder -anpassung (BUCHER, a.a.O., N. 195, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Eine solche Lösung wird nur bejaht, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt (BGE 100 II 345 E. 2b, BGE 101 II 17 E. 2, BGE 107 II 343 E. 2, je mit Hinweisen).“*

In casu hat der Appellant die Freiheit, sein Vermögen anzulegen und von allfälligen Kapitalgewinnen zu profitieren, mit dem Verzicht auf eine Herabsetzung der

Scheidungsrente erkaufte. Er hat Risiken übernommen, die sich nun ohne jegliches Zutun der Beklagten verwirklicht haben. Unter Berücksichtigung der Schulden nahm das Vermögen des Appellanten in der Zeit zwischen 31. Dezember 2000 und 31. Dezember 2008 wie folgt ab:

(...)

Der Appellant hätte spätestens nach dem massiven Rückgang des Vermögens zwischen 2000 und 2003 haushälterischer mit dem Geld umgehen sollen, zumal er spätestens hier hätte vorhersehen müssen, dass sich die Situation weiter verschlechtern könnte. Die Verschlechterung war zweifelsohne vorhersehbar, und von einer Ausbeutung durch die Appellatin kann keine Rede sein. Die sowohl für den Persönlichkeitsschutz als auch für das Rechtsmissbrauchsverbot erforderlichen zusätzlichen, für den Kläger sprechenden Elemente sind somit hier nicht gegeben.

Der Appellant kann sich deshalb auf keine Rechtsnormen berufen, welche ihm die Aufhebung der Rente trotz gültigen Verzichts darauf ermöglichen würden.

3. Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB

3.1 Grundsätzliches

Da die Herabsetzbarkeit für die Scheidungsrente verneint wurde, gilt dies auch für die Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB, da nur solche Bestimmungen analog angewandt werden können, die im ursprünglichen Bereich Geltung beanspruchen.

Dennoch wird im Folgenden der Vollständigkeit halber noch spezifisch auf die Frage der Herabsetzbarkeit der Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB eingegangen.

3.2 (...)

3.3 (...)

3.4 Beurteilung

(...) Nach der Gesetzessystematik befindet sich Art. 129 ZGB bei den Bestimmungen über den nachehelichen Unterhalt, die bei Art. 125 ZGB beginnen, Art. 124 ZGB hingegen bei denjenigen über den Vorsorgeausgleich, welche die bedarfsunabhängige Teilung eines erworbenen Vermögens regeln. Es besteht somit keine Gesetzesbestimmung, welche die Herabsetzbarkeit von Entschädigungen gemäss Art. 124 ZGB in Rentenform vorsieht. Diese könnte nur über eine analoge Anwendung von Art. 129 ZGB begründet werden. Sie wäre ein Fremdkörper im Recht des Vorsorgeausgleichs. Gemäss HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, N 05.47, unterliegen allein die nachehelichen Unterhaltsansprüche (im Unterschied zu Leistungen gestützt auf den Vorsorgeausgleich) der späteren Abänderung nach Art. 129 ZGB. GEISER, der soweit ersichtlich als einziger Autor die analoge Anwendbarkeit von Art. 129 ZGB auf Entschädigungen gemäss Art. 124 ZGB befürwortet (AJP 2008 439), begründet seine Auffassung nicht näher und geht namentlich nicht auf den unterschiedlichen Rechtscharakter von Vorsorgeausgleich und nachehelichem Unterhalt ein. Zudem betreffen seine im Urteil der Vorinstanz dargelegten Beispiele, in denen die Rente aus laufendem Einkommen finanziert werden

muss, während in casu das eigentlich zu teilende Kapital zur Verfügung stand bzw. hätte stehen sollen. Mit der Sicherstellung über ein Pfandrecht an der Liegenschaft in U. und später über die anfänglich mit Wertschriften gesicherte Garantie der Bank X. wurde ein Teil dieses Kapitals denn auch für die Appellatin reserviert, so dass die Überlegung der Vorinstanz, es handle sich bei der Leistung an die Appellatin eigentlich um eine Kapitalabfindung, einleuchtet. Dafür spricht auch, dass diese Leistung nicht indexiert ist. Jedenfalls ist sie so nahe an einer Kapitaleistung und so weit entfernt von einer klassischen Rente, dass sich eine analoge Anwendung von Art. 129 ZGB verbietet.

Damit bleibt als Grundlage für eine Herabsetzung nur das Rechtsmissbrauchsverbot. Von einem Rechtsmissbrauch seitens der Appellatin kann jedoch nicht die Rede sein, wenn sie aus dem für sie reservierten und ihr über die Bankgarantie noch zur Verfügung stehenden Kapital weiterhin die Entschädigung gemäss Art. 124 ZGB beziehen will, selbst wenn dies zu einer Überschuldung des Appellanten führt, weil er dieses Kapital verbraucht hat. Die Sicherstellung erfolgte ja gerade zu dem Zweck, die Appellatin vor den Folgen eines Vermögensverlusts beim Appellanten zu schützen.

(...)

V. Fazit

(...)

VI. Kosten

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.