

ZK 11 225, publiziert Juli 2011

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 16. Juni 2011

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier, Oberrichter Messer und Oberrichter Bähler
Gerichtsschreiber Rüetschi

Verfahrensbeteiligte

A.

Gesuchsgegner/Berufungskläger

gegen

B.

Gesuchstellerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Anweisung an Schuldner ZGB 291

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland,
Gerichtspräsident Chételat, vom 23. März 2011

Regeste:

1) Art. 291 ZGB; Aktivlegitimation zur Stellung eines Gesuchs um Schuldneranweisung betreffend Mündigen- bzw. Unmündigenunterhalt; Anforderung an das Mass der Vernachlässigung der Unterhaltspflicht.

2) Eine Mutter ist als Inhaberin der elterlichen Sorge als Prozessstandschafterin zur Geltendmachung der Schuldneranweisung betreffend ihren unmündigen Sohn aktivlegitimiert. Sie ist dagegen weder als Prozessstandschafterin noch sonst in eigenem Namen legitimiert, die Schuldneranweisung für ihren mündigen Sohn geltend zu machen. Eine solche Geltendmachung kann nur im Rahmen einer Prozessvertretung im Namen des mündigen Kindes erfolgen.

Die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht muss eine gewisse Schwere aufweisen, was nicht der Fall ist, wenn die ausstehenden Beträge im Verhältnis zur gesamten geschuldeten Summe der Unterhaltsforderungen nur marginal sind.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Gesuchstellerin/Berufungsbeklagte machte mit Gesuch vom 17. Februar 2011 in eigenem Namen ein Begehren um Schuldneranweisung nach Art. 291 ZGB anhängig, da der Gesuchsgegner/Berufungskläger seine Unterhaltspflichten gegenüber dem gemeinsamen mündigen Sohn X. (Jahrgang 1992) und dem unmündigen Sohn Y. (Jahrgang 1995) vernachlässigt habe. Gegen den das Gesuch gutheissenden Entscheid der Vorinstanz erhob der Gesuchsgegner/Berufungskläger Berufung. Erst mit der Berufungsantwort legte die Berufungsbeklagte eine undatierte Vollmacht ihres mündigen Sohnes X. ins Recht. Die Kammer heisst die Berufung gut und weist das Gesuch um Schuldneranweisung ab.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

a) Vorbemerkung

1. Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten kommen die Untersuchungs- und die Officialmaxime zur Anwendung (Art. 296 ZPO). Das Gericht erforscht somit den Sachverhalt von Amtes wegen (Abs. 1), doch trifft die Parteien eine Mitwirkungspflicht (SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 296 ZPO N 11). Insofern kommt Art. 317 ZPO nicht zur Anwendung und sind neue Tatsachen und Beweismittel bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen. Es gilt mithin ein offenes Novenrecht (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 317 ZPO N 14).
2. Das Gericht entscheidet sodann ohne Bindung an die Parteianträge (Abs. 3). Die Untersuchungsmaxime kommt in allen Verfahrensstadien zur Anwendung (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 296 ZPO N 3) und gilt grundsätzlich auch zu Gunsten des Unterhaltsschuldners (BGE 128 III 411 ff.). Indessen ändert der Untersuchungsgrundsatz nichts an der Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB: Die Folgen der Beweislosigkeit treffen den Beweisbelasteten (vgl. HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 247 ZPO N 37).

b) Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten / Vertretungsverhältnis

1. Vorab stellt sich die Frage der Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten. Die Berufungsbeklagte hat das Gesuch um Schuldneranweisung (gemäss Art. 291 ZGB) vom 17. Februar 2011 für den Kinderunterhalt ihrer Söhne Y., geb. am 5. Juli 1995, und X., geb. am 16. September 1992, in ihrem eigenen Namen gestellt. Desgleichen agiert sie auch im Berufungsverfahren in eigenem Namen (vgl. Berufungsantwort vom 28. April 2011).

Die Frage der Aktiv- oder Passivlegitimation bestimmt sich nach materiellem Recht und ist von Amtes wegen zu prüfen (*iura novit curia*; vgl. BGE 136 III 365, S. 367 E. 2.1; BGE 130 III 550, S. 551 E. 2). Auch die Prozessstandschaft betrifft die Frage der Aktivlegitimation, ist mithin ebenfalls materiellrechtlicher Natur (vgl. E. STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 6 zu Art. 68 ZPO). Es handelt sich hierbei um die Befugnis, ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend zu machen.

Grundsätzlich ist das Kind zur prozessualen Durchsetzung des Unterhaltsrechts – dessen Träger es ist – aktivlegitimiert (BGer vom 19.03.2009, 5A_104/2009 E. 2.2). Der Elternteil, dem *im Scheidungsprozess* die elterliche Sorge zuerkannt worden ist, macht in seinem Namen und anstelle des unmündigen Kindes die diesem geschuldeten Unterhaltsbeiträge geltend (BGE 129 III 55 ff. E. 3).

In BGer vom 19.03.2009, 5A_104/2009, hat das Bundesgericht noch festgehalten, auch im Bereich des Kindesunterhalts bedürfe es für die Zulassung einer Prozessstandschaft einer *lex specialis* (E. 2.2). *Ausserhalb von Scheidungs- und Eheschutzverfahren* fehle es jedoch an der Möglichkeit einer Prozessstandschaft. Von dieser Auffassung ist das Bundesgericht bereits mit BGE 136 III 365 wieder abgekehrt. Der Grundsatz, wonach – in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 ZGB (Verwaltung des Kindesvermögens) – der Inhaber der elterlichen Sorge legitimiert sei, die Rechte des minderjährigen Kindes in eigenem Namen wahrzunehmen und sie gerichtlich oder betreibungsrechtlich durchzusetzen, indem er persönlich als Partei auftrete, müsse für *alle vermögensrechtlichen Fragestellungen* und demgemäss auch im Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt überhaupt gelten. Sowohl der Inhaber der elterlichen Sorge als auch das minderjährige Kind seien jeweils aktiv- und passivlegitimiert. Die hiervor erwähnte anderslautende Rechtsprechung (BGer vom 19.03.2009, 5A_104/2009) lasse sich nicht aufrechterhalten (BGE 136 III 365, S. 368 E. 2.2; a.M. OGer ZH, II. ZK, Beschluss vom 10.09.2009, publ. in: ZR 108 [2009], S. 243, nach dem die zulässige Prozessstandschaft sich auf das Eheschutz- oder Scheidungsverfahren beschränke und die Mutter im Verfahren auf Schuldneranweisung die Rechte ihrer Kinder als gesetzliche Vertreterin nur in deren Namen geltend machen könne, nicht aber in eigenem Namen).

Nach dem Gesagten ist die Berufungsbeklagte für die Stellung des Gesuchs um Schuldneranweisung für den jüngeren Sohn Y. (als Prozessstandschafterin) aktivlegitimiert (vgl. aber sogleich Ziffer 2 bezüglich des Sohnes X.).

2. Einer besonderen Prüfung bedarf im Folgenden die Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten hinsichtlich ihres älteren Sohnes X. (Jahrgang 1992).

Der Elternteil, dem *im Scheidungsprozess* die elterliche Sorge zuerkannt worden ist, macht in seinem Namen und anstelle des unmündigen Kindes die diesem geschuldeten Unterhaltsbeiträge geltend (BGE 129 III 55 ff. E. 3). Dieser Elternteil kann in diesem Sinne *im Scheidungsprozess* in eigenem Namen (aber aus dem Recht des Kindes) nicht nur Unmündigen- sondern auch Mündigenunterhalt verlangen (BGer vom 14.07.2009, 5A_216/2009 E. 5.1). Wenn das Kind *im Laufe des Verfahrens* mündig wird, dauert diese Befugnis des Elternteils (Prozessstandschaft) nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Beiträge nach Erreichen der Mündigkeit fort, sofern das nun mündige Kind dem zustimmt (BGE 129 III 55 ff. E. 3).

Vorliegend kann offen gelassen werden, ob die vorstehende Praxis nicht nur im Scheidungsverfahren, sondern auch bei der Schuldneranweisung Anwendung findet, da der Sohn X. bereits bei Gesuchseinreichung seit mehreren Monaten mündig war. Demzufolge ist die bereits im erstinstanzlichen Verfahren anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte weder als Prozessstandschafterin noch sonst in eigenem Namen legitimiert, die Schuldneranweisung für ihren Sohn X. geltend zu machen.

Am vorstehenden Ergebnis ändert auch die erst mit der Berufungsantwort eingereichte (undatierte) Vollmacht des Sohnes X. nichts. Die Berufungsbeklagte hat das erstinstanzliche Verfahren bis zu dessen Abschluss in eigenem Namen geführt. Auch die Anwaltsvollmacht lautet ausschliesslich auf ihren Namen. Im oberinstanzlichen Verfahren tritt sie ebenfalls in eigenem Namen auf, nun aber ausgestattet mit der nachgereichten Vollmacht, wohl im Bestreben, den Mangel der fehlenden Aktivlegitimation zu beheben. Der Vollmacht haftet aber nicht die Berechtigung an, den Anspruch des Sohnes X. im Namen der Mutter durchzusetzen bzw. hierfür eine Schuldneranweisung in ihrem Namen zu verlangen, sondern einzig stellvertretend im Namen des Sohnes zu handeln. Mit der Vollmacht wurde nicht etwa der Anspruch des Sohnes an die Berufungsbeklagte abgetreten (offen gelassen werden kann an dieser Stelle, ob dies im Verfahren der Schuldneranweisung überhaupt zulässig wäre).

Kommt hinzu, dass das angebliche Vertretungsverhältnis (Art. 68 Abs. 1 ZPO) ohnehin zu spät hergestellt worden wäre (nicht so im Betreibungsverfahren, wo die Vollmacht auf Verlangen auch noch im Beschwerdestadium nachgereicht werden kann; vgl. BGer vom 18.12.2007, 5A_578/2007 E. 3.2). Neue Tatsachen und Beweismittel (echte Noven, d.h. solche, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) werden im Rechtsmittelverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Bestand die undatierte Vollmacht im erstinstanzlichen Verfahren bereits, ist ihre Einreichung erst im Rechtsmittelverfahren als verspätet zu erachten, da nicht ersichtlich ist, inwiefern die späte Einreichung entschuldbar sein sollte. Wurde sie erst im Hinblick auf das Rechtsmittelverfahren erstellt, wäre sie zwar ein echtes Novum, aber die Berufungsbeklagte hätte das erstinstanzliche Verfahren ohne Vertretungsbefugnis geführt bzw. dieses weder behauptet noch belegt, was im Berufungsverfahren durch nachträgliche Genehmigung nicht mehr korrigiert bzw. geheilt werden kann. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde aber ohnehin nicht geltend gemacht, die Berufungsbeklagte handle als Prozessvertreterin (Art. 68 Abs. 1 ZPO) für ihren Sohn X.. Entsprechend wurde Letzterer auch nicht als Partei behandelt und aufgeführt und war der Berufungsbeklagten auch nicht Frist zur Einreichung einer Prozessvollmacht

anzusetzen (vgl. zum Fall einer gebotenen Fristansetzung LUCA TENCHIO, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 16 zu Art. 68 ZPO).

An diesem Umstand ändert auch die eingangs erwähnte (Ziff. III lit. a) uneingeschränkte Untersuchungsmaxime nichts, unter deren Regime neue Tatsachen und Beweismittel (echte *und* unechte Noven) bis zur (erstinstanzlichen) Urteilsberatung berücksichtigt und im Rechtsmittelverfahren uneingeschränkt zugelassen werden müssen. Diese uneingeschränkte Untersuchungsmaxime erfasst zwar auch Sachverhaltsfragen prozessualer Natur, namentlich die Anordnung der Vertretung des Kindes (Art. 299 ZPO; vgl. BOTSCHAFT ZPO, S. 7367; BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 4 zu Art. 296 ZPO), aber die Prozessvertretung des Sohnes X. als erwachsene Person ist vom soeben erwähnten Grundsatz nicht erfasst, obschon es vorliegend um Kindesunterhalt geht. Vielmehr ist damit die Vertretung des *unmündigen* Kindes im Prozess gemeint.

Soweit das Gesuch um Schuldneranweisung die Unterhaltsbeiträge an den Sohn X. betrifft, ist das Gesuch nach dem Gesagten bereits aufgrund der fehlenden Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten abzuweisen. In diesem Sinne kann auch offen gelassen werden, ob die Unterhaltsbeiträge nur bis zur Volljährigkeit der Kinder – hier insbesondere des Sohnes X. – geschuldet seien, wie es der Berufungskläger behauptet (was im Übrigen aus der Scheidungskonvention nicht ersichtlich ist; vgl. auch Entscheid der Vorinstanz, Ziff. 7, S. 3).

c) Anspruch auf Schuldneranweisung

1. Zu den rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer Schuldneranweisung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Ziff. 6 ff., p. 25 f.): Erforderlich ist, dass ein Unterhaltstitel vorliegt und der Unterhaltsschuldner die sich daraus ergebende Unterhaltspflicht in relevantem Ausmass vernachlässigt.
2. Unterhaltstitel bildet vorliegend die mit Scheidungsurteil vom (...) gerichtlich genehmigte Ehescheidungskonvention vom (...), welche in Art. 5 vorsieht, dass der Berufungskläger für die Kinder X. und Y. monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 1'750.00 pro Kind zu leisten hat. Die Beiträge sind gemäss Art. 8 der Ehescheidungskonvention indexiert und jeweils auf 1. Januar proportional dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise im vorangegangenen November anzupassen.

Es besteht somit ein rechtskräftiger Unterhaltstitel für die Unterhaltsforderungen.

3. Aufgrund der fehlenden Aktivlegitimation der Berufungsbeklagten in Bezug auf den Sohn X. sind vorliegend nur die Unterhaltsbeiträge des Sohnes Y. Gegenstand der Beurteilung. Da die Vorinstanz die Unterhaltsbeiträge beider Söhne in ihre Berechnungen einbezogen hat und in diesem Sinne für die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen hinsichtlich der Schuldneranweisung die monatlichen Gesamtbeträge massgebend sind, rechtfertigt sich vorerst dennoch der vorfrageweise Einbezug der Unterhaltsbeiträge des Sohnes X..

Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers äussert sich Artikel 5 der Scheidungskonvention nicht über die Dauer der Unterhaltsverpflichtung. Demzufolge

findet die gesetzliche Regelung von Art. 277 ZGB Anwendung, wonach die Unterhaltspflicht der Eltern grundsätzlich bis zur Mündigkeit des Kindes (Abs. 1) oder wenn es bis dann noch keine angemessene Ausbildung hat, bis zum Abschluss einer entsprechenden Ausbildung andauert (Abs. 2). Der Sohn X. befindet sich nach Angaben des Berufungsklägers im 2. Lehrjahr bei der Elektro-Müller AG in Biel. Die Unterhaltsverpflichtung besteht jedenfalls bis zum Lehrabschluss (vgl. PETER BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. A., Basel 2010 [nachfolgend BSK-BREITSCHMID], N 8 ff. zu Art. 277 ZGB).

Ohne Indexierung und ohne Kinderzulagen sind für beide Kinder monatlich CHF 3'500.00 zu leisten (2x CHF 1'750.00 gemäss Art. 5 der Scheidungskonvention).

4. (...)
5. Der Untersuchungsgrundsatz betrifft die Frage, wer den Beweis zu führen hat, ändert aber nichts daran, dass Beweislosigkeit möglich bleibt und in diesem Fall nach den Regeln der Beweislast zum Nachteil einer der Parteien entschieden werden muss (vgl. BGer vom 20.07.2007, 5A_256/2007 E. 3.2). Die Beweislast für die Indexierungsvoraussetzungen – hier: die Anpassung des Erwerbseinkommens des Berufungsklägers an die Teuerung – bzw. die Folge für deren Beweislosigkeit trifft die Berufungsbeklagte, zumal sie aus dem Vorhandensein der von ihr behaupteten Indexierungsvoraussetzungen Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die in der Praxis gängige Klausel, wonach sich eine Umkehr der Beweislast ergeben würde, fehlt in der Scheidungskonvention (etwa „[...] *sofern nicht der Pflichtige beweist, dass sich sein Einkommen nicht entsprechend der Teuerung verändert hat.*“; vgl. BGE 127 III 289, S. 294). Letztlich kann die Frage der Beweislast aber offen gelassen werden, da aus den von der Berufungsbeklagten mit dem Gesuch eingereichten Unterlagen hervorgeht, dass das Einkommen des Berufungsklägers keine Erhöhung bzw. vielmehr gar eine Verminderung erfahren hat (vgl. Gesuchsbeilagen „GB“ 9 und 10). Entsprechend sind die Voraussetzungen für die Indexierung (bzw. für eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge überhaupt) vorliegend nicht erfüllt.
6. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen schuldet der Berufungskläger für die beiden Kinder monatlich Kinderunterhaltsbeiträge im Umfang von CHF 4'020.00 (inkl. Kinderzulagen, ohne Indexierung: 2x CHF 1'750.00 zuzüglich Kinderzulagen von CHF 290.00 und CHF 230.00). Dies ergibt einen Gesamtjahresbetrag von CHF 48'240.00. Nachgewiesen hat der Berufungskläger Zahlungen von CHF 45'970.00 für das Jahr 2010 (Berufungsbeilage „BB“ 3). Die Differenz beträgt CHF 2'270.00 für das ganze Jahr bzw. CHF 189.15 monatlich.

Das Gesuch wurde am 17. Februar 2011 eingereicht. Für den Monat Januar 2011 hatte der Berufungskläger bei Gesuchseinreichung bereits CHF 3'793.00 an die Berufungsbeklagte bezahlt (derselbe Betrag folgte je im Februar und im März; vgl. BB 3).

Die Schuldneranweisung setzt kein Verschulden hinsichtlich der Vernachlässigung der Unterhaltspflicht voraus. Die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht bzw. die Pflichtvergessenheit muss indessen eine gewisse Schwere aufweisen (vgl. IVO

SCHWANDER, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. A., Basel 2010, N 10 zu Art. 177 ZGB; PETER BREITSCHMID, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 7 zu Art. 132 ZGB). Die Vernachlässigung muss relevant sein (BSK-BREITSCHMID, N 4 zu Art. 291 ZGB). Zwar sind im vorliegenden Fall die Minderleistungen nicht bloss vorübergehend, können aber im Verhältnis zur Gesamtverpflichtung in Bezug auf die beiden Kinder als marginal bezeichnet werden.

Gestützt auf die nachstehenden Erwägungen kann aber offen gelassen werden, ob das Gesuch aufgrund des Vorstehenden ohnehin abgewiesen werden müsste, auch wenn die Berufungsbeklagte für beide Söhne (in Prozessstandschaft) aktivlegitimiert wäre, oder ob ein allfälliges selbständiges Gesuch des Sohnes X. mit der vorstehenden Begründung ebenfalls abzuweisen wäre.

7. In Bezug auf den Sohn Y. anerkennt der Berufungskläger die geschuldeten Unterhaltsbeiträge im Sinne der vorstehenden Erwägungen vollumfänglich (vgl. p. 37: CHF 1'980.00 [CHF 1'750.00 zuzügl. Kinderzulage CHF 230.00]) und leistet diese auch regelmässig im geschuldeten Umfang. Bei dieser Ausgangslage ist es absehbar, dass er diese auch künftig in der rechtlich geschuldeten Höhe leisten wird. Die Minderleistung ergibt sich (nach der Begründung des Berufungsklägers) hinsichtlich der auf den Sohn X. entfallenden Unterhaltsbeiträge. Demnach rechtfertigt es sich vorliegend nicht, die Unterhaltsbeiträge des Sohnes Y. mit einer Schuldneranweisung zu sichern.

d) Fazit

Das Gesuch um Schuldneranweisung ist insgesamt abzuweisen.

IV.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.