

Thomas Koller\*

**Das Institut der Verwandtenunterstützung im Lichte eines neueren Bundesgerichtsurteils**

(Bemerkungen zu BGE 132 III 97)

**I. Sachverhalt**

«K. (fortan: Klägerin), Jahrgang 1972, ist alleinerziehende Mutter von vier Kindern, geboren in den Jahren 1992, 1994, 1995 und 1998. Sie lebt getrennt von ihrem Ehemann, Jahrgang 1970, pakistanischer Staatsangehöriger mit derzeitigem Aufenthalt in seiner Heimat. Die Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 150.– bezahlt der Ehemann nicht. Im Alter von achtzehn Jahren erhielt die Klägerin Fr. 800 000.– als Erbvorbezug. Sie hat das Vermögen aufgebraucht und wird seit Januar 2004 von der Sozialhilfe unterstützt. Die Klägerin ist die einzige Tochter von B. (hiernach: Beklagter), Jahrgang 1950. Der Beklagte ist gemäss Art. 370 ZGB bevormundet. Er lebt vom Ertrag seines Vermögens, einer Liegenschaft mit einem Wert von rund 3,5 Mio. Franken in der Stadt Zürich. Für die Sozialhilfeleistungen an die Klägerin von rund Fr. 4500.– wird gemäss Vereinbarung zwischen Fürsorge- und Vormundschaftsbehörde im Betrag von monatlich Fr. 2250.– auf den Beklagten Rückgriff genommen.

Im Sommer/Herbst 2004 leitete die Klägerin ein Verfahren auf Leistung von Verwandtenunterstützung ein. Sie beantragte, den Beklagten gerichtlich zur Zahlung von monatlich Fr. 5500.– zu verpflichten. Die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung) setzte die monatlichen Unterstützungsleistungen des Beklagten auf Fr. 5000.– bis zum 31. Dezember 2008 fest (Urteil vom 28. Februar 2005). Der Beklagte legte dagegen Berufung ein und schloss auf Abweisung der Klage, soweit darin mehr als Fr. 2250.–, eventueller mehr als Fr. 2400.– begehrt würden. Das Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich hiess die Berufung gut und verpflichtete den Beklagten, der

**II. Erwägungen**

Klägerin Unterstützungsleistungen von Fr. 2250.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar ab Rechtskraft des Urteils längstens bis zum 31. Dezember 2008. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (Beschluss vom 29. Juni 2005).

Mit eidgenössischer Berufung beantragt die Klägerin zur Hauptsache die Bestätigung des Bezirksgerichtlichen Urteils.»

«1. Die sog. Verwandtenunterstützung ist in den Art. 328 f. ZGB geregelt. Anspruch auf Unterstützung von Verwandten, die «in günstigen Verhältnissen» leben, hat, wer «ohne diesen Bestand in Not geraten» würde (Art. 328 Abs. 1 ZGB). Der Anspruch geht auf «Leistung, die zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich ist und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist» (Art. 329 Abs. 1 ZGB).

Unterstützungsleistungen setzen «günstige Verhältnisse» auf Seiten des Pflichtigen und eine «Not» des Bedürftigen voraus und sollen «erforderlich» und «angemessen» sein. Über all diese Fragen hat das Sachgericht – wie bei der Unterhaltsfestsetzung allgemein – nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu entscheiden. Es obliegt ihm, sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen und eine den besonderen Verhältnissen angepasste Lösung zu finden (vgl. *Honsel*, Basler Kommentar, 2002, N. 6 und N. 8 f. zu Art. 4 ZGB, mit Hinweisen). Derartige Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren zwar grundsätzlich frei. Es übt aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände aussser Betracht gelassen hat, die wünschend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerichtet erweisen (BGE 128 III 161 E. 2c/aa S. 162, 131 III 12 E. 4.2 S. 15).

Strittig ist auf Seiten der Klägerin die Berechnung ihres Bedarfs (E. 2) und auf Seiten des Beklagten, inwieweit er sein Vermögen angreifen muss (E. 3 hiernach). Das Verwandtschaftsverhältnis als dritte Anspruchsvoraussetzung ist gegeben zwischen dem Beklagten (Vater) und der Klägerin (Tochter) wie auch zwischen dem Beklagten (Grossvater) und den vier Kindern der Klägerin (Enkel).

Zusätzlich zum unbestrittenen Bedarf der Familie hat die Klägerin im kantonalen Verfahren monatliche Auslagen von Fr. 500.– behauptet, diesen Betrag aber weder substantiiert noch belegt. Das Bezirksgericht hat diesen Zuschlag bewilligt, das Obergericht hingegen nicht. Die Klägerin ficht die Bedarfsrechnung in diesem Punkt an.

\* Prof. Dr. iur. Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Meinem Assistenten Herrn iur. *Mattias Rey* danke ich herzlich für die Mithilfe bei der Ausarbeitung dieses Beitrages. Das Manuskript wurde am 24.2.2006 abgeschlossen.

2.1 Das Bezirksgericht ist davon ausgegangen, eine klare Praxis, ob zum – allenfalls leicht erweiterten – betriebsrechtlichen Notbedarf ein Zuschlag von 20% zu gewähren sei, bestehe zwar nicht. Da jedoch bei einer fünfköpfigen Familie wohl zwangsläufig mit gelegentlichen Gesundheitskosten zu rechnen sei und solche Kosten zweifellos zum Notwendigen zu zählen wären, rechtfertige es sich, zum Bedarf der Familie von Fr. 5099.– einen Zuschlag von Fr. 500.– monatlich zu berechnen. Nach Abzug der bevorschussten Kinderalimente von Fr. 600.– belaufe sich der maximale Unterstützungsbeitrag zu Gunsten der Klägerin somit auf Fr. 5000.– (E. 3 S. 5 ff.). Das Obergericht hat dagegen angenommen, für den gewährten Zuschlag bleibe im Rahmen der Richtlinien für die betriebsrechtliche Notbedarfsrechnung kein Raum. Die Klägerin hätte allenfalls anfallende Selbstbehalte für Arzt- und Medikamentenkosten – zumindest anhand früherer Jahre – konkret zu behaupten und zu belegen gehabt (E. 2b S. 6 f.). Die Klägerin wendet ein, nach der allgemeinen Lebenserfahrung fielen bei einer fünfköpfigen Familie Arzt- und Zahnarztkosten an. Sodann sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Bedarf von vier sportlichen und aktiven Kindern mit dem Grundbetrag von Fr. 1550.– nicht gedeckt. Eine Erweiterung des Existenzminimums um Fr. 500.– oder rund 10% sei auch mit Blick auf Lehre und Rechtsprechung zur Bedürftigkeit angemessen (S. 8 f. der Berufungsschrift).

2.2 Nach der Rechtsprechung befindet sich in einer Notlage, wer sich das zum Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft verschaffen kann (BGE 121 III 441 E. 3 S. 442). Die Voraussetzung des Unterstützungsanspruchs «Not» (Art. 328 Abs. 1 ZGB) wird damit gleichsam durch den Umfang des Unterstützungsanspruchs – was «zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich» ist (Art. 329 Abs. 1 ZGB) – definiert. Der Unterstützungsanspruch geht in der Regel auf die Verschaffung von Nahrung, Kleidung, Wohnung sowie ärztliche Betreuung und Heilmittel bei Krankheit (BGE 106 II 287 E. 3a S. 292).

Da die Beurteilung der Not und des zum Lebensunterhalt Erforderlichen ausgesprochen auf Ermessen beruht, hat sich das Bundesgericht lediglich mit den Grenzen des jeweiligen angelegten Bemessungsmassstabs zu befassen gehabt. Laut BGE 81 II 427 Nr. 65 bestimmt sich die Unterstützungsleistung unabhängig vom sog. armenrechtlichen Existenzminimum, d.h. vom Betrag, den die Armenbehörde zum Richtsatz für die Gewährung von Unterstützung nehmen würde. Den unterstützungspflichtigen Verwandten darf danach mehr zugemutet werden und wird durch die Vorschrift, dass sie dem Bedürftigen das für den Lebensunterhalt Erforderliche zu gewähren haben, mehr zugemutet als nur die Beseitigung einer Notlage, die so krass ist, dass sie beim Ausbleiben genügender privater Hilfe aus Gründen der öffentlichen Ordnung mit öffentlichen Mitteln behoben werden muss. Als nicht bundesrechtswidrig wird in der nicht veröffentlichten E. 5 des Urteils erklärt, dass die kantonalen Behörden vom betriebsrechtlichen Notbedarf ausgegangen sind (zitiert und bestätigt in BGE 83 II 7 E. 1 S. 9). Dabei ist es geblieben, wobei betont wird, die nach den betriebsrechtlichen Regeln ermittelten Beträge stellten ein Minimum dar (BGE 101 II 21 E. 3 S. 23/24; vgl. BGE 116 V 328 E. 1c S. 331/332).

Lehre und kantonale Praxis beantworten die Frage unterschiedlich, ob der betriebsrechtliche Notbedarf – in Analogie zur Bedürftigkeitsrente bisherigen Rechts

(aArt. 152 ZGB) – zu erweitern und um einen Zuschlag von bis zu 20% zu erhöhen sei (vgl. Th. Koller, Basler Kommentar, 2002, N. 10 zu Art. 328/329 ZGB; Widmer, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, Diss. Zürich 2000, S. 46 ff., je mit Hinweisen).

2.3 Ob und inwieweit ein bundesrechtlicher Anspruch auf mehr als den betriebsrechtlichen Notbedarf besteht, muss zunächst vom System des Unterhaltsrechts her beantwortet werden. Die Frage hat das Bundesgericht immer wieder im Zusammenhang mit der Leistungskraft des zu Unterhalts- bzw. Unterstützungszahlungen Pflichtigen beschäftigt. Für den Berechtigten stellt sie sich denn auch regelmässig nicht in gleicher Weise. Reichen die Mittel des Pflichtigen nämlich aus, hat der Berechtigte Anspruch auf Deckung mindestens des tatsächlich angemessenen oder weitergehend eines der bisherigen oder früheren Lebenshaltung entsprechenden Bedarfs; in Mangelfällen hat der Berechtigte Anspruch auf das, was übrig bleibt, und den Fehlbetrag zu tragen (grundlegend: BGE 123 III 1 Nr. 1). Nur die Rente gemäss aArt. 152 ZGB des Scheidungsrechts von 1907/12 hatte den Zweck, einen minimalen Bedarf des Berechtigten zu decken. Die «grosse Bedürftigkeit» des Berechtigten bildete dabei die obere Grenze des Anspruchs, so dass sich auch besonders günstige wirtschaftliche Verhältnisse des Pflichtigen nicht erhöhend auf die Rente auswirken konnten (Lüchinger/Geiser, Basler Kommentar, 1996, N. 10 Abs. 1 zu aArt. 152 ZGB). In ihren Voraussetzungen ähnelte diese Rente der Verwandtenunterstützungspflicht (Hinderling/Steck, Das schweizerische Eherecht, 4. A. Zürich 1995, S. 296).

Die Bedürftigkeitsrente beruhte auf dem Gedanken der nahehelichen Solidarität (BGE 121 I 150 E. 1c/bb S. 153; 119 II 12 E. 2c/bb S. 15). Die Rechtsprechung ging davon aus, die grosse Bedürftigkeit dürfe nicht einfach anhand der Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe – d.h. der Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) bzw. für öffentliche Fürsorge (SKöF) – bestimmt werden, die im Gegensatz zum betriebsrechtlichen Notbedarf verschiedene weitere Ausgaben berücksichtigten. Von Bedürftigkeit im Sinne von aArt. 152 ZGB sei grundsätzlich dann zu sprechen, wenn das Einkommen des betreffenden Ehegatten nicht mehr als 20% über dem – um die laufende Steuerlast erweiterten – betriebsrechtlichen Notbedarf liege (BGE 121 III 49 Nr. 14). Nacheheliche Solidarität geht nun aber weiter als verwandtschaftliche Solidarität, so dass es sich rechtfertigt, an die Verpflichtung zu Unterstützungsleistungen einen strengeren Massstab anzulegen als an die Verpflichtung zur Leistung von nachehelichem Unterhalt (vgl. Hausheer/Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 0724 S. 399 f.). Auf dieser Überlegung beruht auch die Rechtsprechung, dass dem Unterstützungsberechtigten mit Kinderbetreuungspflichten viel eher die Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit zugemutet wird als dem geschiedenen Ehegatten in der gleichen Situation (BGE 121 III 441 E. 3b/aa S. 443 f.). Noch weitergehend abgeschwächt ist der Solidaritätsgedanke im Verhältnis zwischen Eltern und mündigem Kind, wo er nur mehr – unter beschränkten Voraussetzungen – als Ausbildungsunterhalt zum Ausdruck kommt (Art. 277 Abs. 2 ZGB).

Unter diesem Blickwinkel ist die eingangs gestellte Frage zu verneinen. Es kann keinen Ermessensfehler bedeuten, dass das Obergericht den verlangten Prozentzuschlag auf dem Notbedarf nicht zugelassen hat.

2.4 Das Ergebnis wird durch die ZGB-Revision von 1998/2000 gestützt. Der Gesetzgeber hat die Unterstützungspflicht der Geschwister in Art. 328 ZGB abgeschafft und nur mehr diejenige der Verwandten in gerader – auf- und absteigender – Linie beibehalten. Vereinzelt wurde das Institut der Verwandtenunterstützung im Vernehmlassungsverfahren allerdings als solches in Frage gestellt (Botschaft, BBl. 1996 I 1, S. 166 f. Ziff. 245). In der nationalrätlichen Beratung äusserten auch Vertreter der Mehrheit gewisse Bedenken gegen die Verwandtenunterstützungspflicht (Berichterstatter Jutzet, AB 1997 N 2741). Ein Streichungsantrag der Minderheit (Votum von Felten, AB 1997 N 2740 f.) wurde letztendlich mit 79 Stimmen für den Antrag der Mehrheit gegen 33 Stimmen für den Antrag der Minderheit abgelehnt (AB 1997 N 2743). Im Schrifttum wird die Berechtigung der Verwandtenunterstützungspflicht aus verschiedenen Gründen hinterfragt und teilweise deren weitergehende Einschränkung oder gar Aufhebung gefordert. Die Haupteinwände betreffen die Veränderung der soziodemographischen Verhältnisse, insbesondere die höhere Lebenserwartung mit entsprechendem Pflegefallrisiko und daherigen Kosten im Alter, sowie das veränderte familiäre Umfeld, namentlich die Auflösung der Grossfamilie und die Lockerung des familiären Zusammenhalts in der modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft, dann aber auch die offenbar rechtungleiche Handhabung der Verwandtenunterstützung in den Kantonen (vgl. *Th. Koller*, N. 3 ff. zu Art. 328/329 ZGB; *Widmer*, a.a.O., S. 33 f., je mit Hinweisen).

Der Entscheid des Gesetzgebers, an der Unterstützungspflicht wenigstens für Verwandte in auf- und absteigender Linie festzuhalten, ist zu beachten. Gleichwohl darf den Bedenken gegen das Institut der Verwandtenunterstützung Rechnung getragen werden. Auch mit Blick auf den Ausbau des Sozialversicherungssystems kann es sich nicht rechtfertigen, Leistungen der Verwandten an weniger strenge Voraussetzungen zu knüpfen als Leistungen der Sozialhilfe. Es ist – wie dies das Obergericht zu Recht hervorgehoben hat – nicht ersichtlich, weshalb sich der zu Unterstützungszahlungen gemäss Art. 328 ZGB Verpflichtete einen höheren Bedarf des Berechtigten anrechnen lassen muss als das Gemeinwesen. An der – jedenfalls vom Wortlaut her – abweichenden Rechtsprechung gemäss BGE 81 II 427 Nr. 65, wonach die Verwandtenunterstützung weiter geht als die Sozialhilfe, kann insoweit nicht festgehalten werden. Die Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe sind für die Zivilgerichte dabei nicht etwa verbindlich oder im Bereich der Verwandtenunterstützung unmittelbar anwendbar, dürfen jedoch in der Rechtsanwendung berücksichtigt und im konkreten Einzelfall herangezogen werden (vgl. dazu *Hausheer/Brunner*, a.a.O., N. 07.22 S. 399). Die kantonalen Sachgerichte verletzen das ihnen zustehende Ermessen somit nicht, wenn sie auf einen Bedarf abstellen, der anhand der Kriterien für die Gewährung von Sozialhilfe berechnet worden ist und – damit in der Regel (*Widmer*, a.a.O., S. 14 ff.) – über dem als Minimum gewährleisteten betriebsrechtlichen Existenzminimum liegt. Nach den Feststellungen des Obergerichts werden im Rahmen der Sozialhilfegesetzgebung einzig die konkreten finanziellen Bedürfnisse des Berechtigten berücksichtigt. Es kann deshalb keinen Ermessensfehler bedeuten, dass das Obergericht einen Zuschlag für behauptete, aber nicht belegte Auslagen verweigert hat.

2.5 Aus den dargelegten Gründen muss die Berufung abgewiesen werden, soweit sie die Erhöhung des Notbedarfs um pauschal Fr. 500.– bzw. 10% betrifft.

3. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beklagte praktisch ausschliesslich vom Ertrag seiner Liegenschaft in Zürich lebt und mit seinem Einkommen die von der Klägerin geforderten Unterstützungsleistungen von monatlich Fr. 5500.– nicht bezahlen kann. Strittig ist, in welchem Umfang der Beklagte sein Vermögen angreifen muss, um Verwandtenunterstützung leisten zu können.

3.1 Das Bezirksgericht hat dafürgehalten, in Anbetracht des Verkehrswerts seiner Liegenschaft von rund 3,5 Mio. Franken könne der Beklagte die bestehenden Hypotheken von gut 1 Mio. Franken um Fr. 200 000.– erhöhen. Dieses Barvermögen erlaube es ihm, ohne Schmälerung seiner eigenen Lebenshaltung die Klägerin zumindest für eine beschränkte Zeit – bis zum 31. Dezember 2008 – zu unterstützen (E. 4 S. 7 f.). Das Obergericht ist davon ausgegangen, ein Vermögensverzehr sei dem Beklagten nicht zumutbar. Der Verbrauch von Vermögen tangiere nicht nur fortlaufend die Substanz, sondern auch den Ertrag und führe insoweit stetig zu geringeren Einkünften. Der Beklagte sei offenkundig nicht erwerbstätig, erziele neben dem Liegenschaftsertrag kein weiteres Einkommen und habe entsprechend keine Möglichkeit der beruflichen Altersvorsorge. Er sei daher nebst der AHV auf eine private Altersvorsorge angewiesen, die nur gewährleistet sei, wenn er seine Vermögenswerte auch in Zukunft erhalten könne. Eine höhere Schuldverpflichtung führe bei ihm langfristig und über die Dauer der Unterstützungspflicht hinaus zu geringeren Einkünften. Ein derartiger Eingriff tangiere seinen Anspruch, trotz Unterstützungsverpflichtung keine Einbusse des bisherigen und auch künftigen finanziellen Lebensstils hinnehmen zu müssen (E. 2c S. 7 ff.). Die Klägerin wendet ein, der Vermögensverzehr sei insbesondere zumutbar, weil das Vermögen des Beklagten dadurch nicht gefährdet werde, weil die in der Auslegung heranzuziehenden SKOS-Richtlinien die Anzehrung des Vermögens ausdrücklich vorsähen und weil sie als Alleinerbin des Beklagten die Liegenschaft dereinst ohnehin erhalten werde (S. 6 ff. der Berufungsschrift).

3.2 Die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen bestimmt den Umfang der geschuldeten Unterstützung (Art. 329 Abs. 1 ZGB: «den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen»), ist aber auch Anspruchsvoraussetzung (Art. 328 Abs. 1 ZGB: «Wer in günstigen Verhältnissen lebt ...»). Das Erfordernis der günstigen Verhältnisse wurde mit der ZGB-Revision von 1998/2000 neu eingeführt. Im bisherigen Recht hing lediglich die Unterstützungspflicht der Geschwister davon ab, dass sie sich in günstigen Verhältnissen befinden (aArt. 328 Abs. 2 ZGB). Wie die Neuerung im Einzelnen zu verstehen ist, kann dahingestellt bleiben, da der Beklagte seine Unterstützungspflicht im Grundsatz anerkannt hat und für die Klägerin monatlich Fr. 2250.– an die Sozialhilfe bezahlt (vgl. zu diesem Streitpunkt: die Voten im Ständerat von Berichterstatter Kuchler, Bundesrat Koller und Ständerat Wicki, AB 1998 S. 329 f.; zu den verschiedenen Lehrmeinungen: *Th. Koller*, N. 15–15c zu Art. 328/329 ZGB, mit Hinweisen).

Der Beklagte ist bevormundet und benötigt zur Deckung seines Bedarfs monatlich rund Fr. 8600.– (einschliesslich Taschengeld von Fr. 1600.– und Feringeld

von Fr. 200.–). Mit seinem durchschnittlichen Einkommen von – je nach Parteistandpunkt – Fr. 10 200.– (Beklagter) bzw. Fr. 11 500.– (Klägerin) vermag er die geforderten Unterstützungsleistungen von monatlich Fr. 5500.– nicht zu bezahlen. Nach seiner Darstellung muss er selbst für die von ihm anerkannten Unterstützungsleistungen von Fr. 2250.– pro Monat auf sein Vermögen zurückgreifen. Sein steuerbares Vermögen hat er in der Steuererklärung 2004 mit rund 2,4 Mio. Franken angegeben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beurteilt sich die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen nicht nur auf Grund seines Einkommens, sondern auch des Vermögens. Ein Anspruch auf ungeschmälerter Erhaltung des Vermögens besteht nur dann, wenn die Unterstützung das eigene Auskommen des Pflichtigen (schon in naher Zukunft gefährdet) (BGE 59 II 1 E. 2 S. 2 und E. 3c S. 4 sowie 410 S. 411; 58 II 328 E. 2 und 3 S. 330 f.; zuletzt: Urteil 5C.209/1999 vom 6. Januar 2000, E. 5a, wobei die Zumutbarkeit, Vermögen anzugreifen, gemäss E. 5c nicht bestritten war). Da das Bundesgericht den weiten Beurteilungsspielraum der kantonalen Sachgerichte in der Frage, welche Leistung den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist, beachtet, hat es sich in den zitierten Urteilen lediglich mit dem Grundsätzlichen des Vermögensverzehr und den Grenzen des jeweiligen angelegten Bemessungsmaßstabs zu befassen gehabt. Lehre und kantonale Praxis sind wenig konkreter. Während selbstgeäußertes Vermögen nicht bzw. nur mit grosser Zurückhaltung berücksichtigt werden soll, mag bei ererbtem Vermögen weniger Zurückhaltung angezeigt sein (so *Th. Koller*, N. 15c zu Art. 328/329 ZGB). Kantonal wird auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG, SR 831.30) oder auf die Richtlinien für die Gewährung von Sozialhilfe abgestellt oder auf die Berücksichtigung von Vermögen verzichtet (vgl. *Widmer*, a.a.O., S. 237 ff.). Die SKOS-Richtlinien empfehlen vom steuerbaren Vermögen einen Freibetrag abzuziehen (Fr. 100 000.– bei Alleinstehenden; Fr. 150 000.– bei Verheirateten und Fr. 20 000.– pro Kind) und berechnen vom Restbetrag den jährlichen Vermögensverzehr, der mit steigendem Alter des Unterstützungspflichtigen zunimmt ( $\frac{1}{60}$  für die Altersgruppe der 18–30 Jahre alten Verwandten bis zu  $\frac{1}{20}$  für Verwandte ab 61 Jahren). Für den geschiedenen Beklagten mit Jahrgang 1950 beträgt der jährliche Vermögensverzehr danach  $\frac{1}{30}$  von rund 2,3 Mio. Franken oder rund Fr. 77 000.– (vgl. *Widmer*, a.a.O., S. 241; Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. A. Bern April 2005, Kapitel H.4).

3.3 Im Rahmen der – hier zum Vergleich geeigneten – Bedürftigkeitsrente gemäss aArt. 152 ZGB nahm das Bundesgericht regelmässig an, dass der Pflichtige sein Vermögen zur Bezahlung einer Rente nur einsetzen muss, soweit es nicht zur Sicherung seiner weiteren Existenz intakt bleiben muss (Urteil 5C.39/2000 vom 30. März 2000, E. 4 Abs. 3, mit Hinweis auf *Hinderling/Steck*, a.a.O., S. 303/304 bei/in Anm. 12a). Zu beachten ist auch in diesem Zusammenhang, dass vom Verwandten, dessen Unterstützungspflicht der Verpflichtung zur Zahlung einer Bedürftigkeitsrente oder von Mündigenunterhalt nachgeht (E. 2.3 Abs. 2 hiervor), keinesfalls mehr, sondern eher weniger abverlangt werden darf (vgl. *Hausheer/Brunner*, a.a.O., N. 07.62 S. 411 f.).

Auf Grund der gewandelten Anschauungen und der geänderten Verhältnisse, namentlich der Lebensdauer (E. 2.4 Abs. 1 hiervor) muss insbesondere die wirtschaftliche Sicherheit des Pflichtigen im Alter berücksichtigt werden (*Th. Koller*, N. 16 zu Art. 328/329 ZGB). An die Stelle einer kurzfristigen Betrachtung tritt damit eine Beurteilung auf längere Sicht. Insoweit kann an der Rechtsprechung nur eingeschränkt festgehalten werden, wonach Unterstützungsleistungen nur dann ausgeschlossen sein sollten, wenn deren Bezahlung das Auskommen des Pflichtigen schon in naher Zukunft gefährdet (E. 3.2 Abs. 3 soeben).

Die SKOS-Richtlinien, die das Zivilgericht im Rahmen seiner Ermessensausübung heranziehen darf (E. 2.4 Abs. 2 hiervor), erlauben dem veränderten Umfeld angepasste Lösungen. Danach wird allgemein empfohlen, auf die Verwertung von Grundeigentum zu verzichten, wenn der Immobilienbesitz (bei selbstständig Erwerbenden ohne berufliche Vorsorge) einer nötigen Alterssicherung gleichkommt (Kapitel E. 2–4). In diesem Sinne sind spezielle Vereinbarungen zu treffen (Fälligkeit des Betrages nach Verkauf der Vermögenswerte oder nach Ableben des Pflichtigen, gegebenenfalls mit Grundpfandrechtlicher Sicherstellung), wenn unterstützungspflichtige Verwandte in erheblichem Umfang Grundeigentum oder andere Vermögenswerte haben, deren (teilweise) Verwertung im Moment nicht möglich oder zumutbar ist (Kapitel F. 4–3).

3.4 Das Obergericht hat die massgebenden Kriterien für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Beklagten richtig wiedergegeben, indem es entscheidend auf dessen wirtschaftliche Sicherheit im Alter abgestellt hat. Das Einkommen des Beklagten besteht – abgesehen (Art. 64 Abs. 2 OG) von einem geringfügigen Wertschriftenertrag (knapp Fr. 500.– im Jahr) – aus dem Ertrag, den sein Mehrfamilienhaus in Zürich abwirft. Er ist nicht erwerbstätig und verfügt über keine berufliche Vorsorge. Zusätzlich zu den Leistungen der AHV wird er somit auch im Alter auf den Vermögensertrag angewiesen sein. Der Ertrag wird zudem einseitig aus einem einzigen Vermögensgegenstand erwirtschaftet. Zu dessen Erhaltung rechtfertigen sich deshalb besondere Vorkehren. Es genügt nicht, dass der laufende Unterhalt gedeckt werden kann, wie das die Klägerin meint. Es müssen Rückstellungen gebildet werden, die die Kosten für grössere Erneuerungs- oder Wiederherstellungsarbeiten decken. Derartige Kosten können nicht ohne zeitliche Verzögerung auf Mieter überwältigt werden. Die Klägerin übersieht insoweit, dass der Beklagte auf einen dauernden und stetigen Ertrag zur Bestreitung seiner Lebenshaltung angewiesen ist. Es geht auch nicht (bloss) um die Erhöhung der bestehenden Hypothek von gut 1 Mio. Franken um den Betrag der Verwandtenunterstützung. Diesen Einwand hat das Obergericht ohne Weiterungen ablehnen dürfen. Erfahrungsgemäss wäre es um den doppelten bis dreifachen Betrag gegangen, der hätte aufgenommen werden müssen, um wegen der mit der Erhöhung der Belastung einhergehenden höheren Schuldzinsen und zusätzlichen Amortisationszahlungen den bisherigen Ertrag zu gewährleisten.

Entgegen ihrer Darstellung kann die Klägerin aus den SKOS-Richtlinien nichts zu ihren Gunsten ableiten. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die zuständigen Behörden in ihrer Vereinbarung über den Rückgriff auf den Beklagten für Sozialhilfeleistungen an die Klägerin nur auf das Einkommen des Beklagten gemäss SKOS-Richtlinien, hingegen nicht auf sein Vermögen abgestellt haben (vgl. act.

13/1 im bezirksgerichtlichen Verfahren). Es kann weiter ergänzt werden (Art. 64 Abs. 2 OG), dass die zuständigen Behörden der künftigen Erbschaft der Klägerin Rechnung getragen und ihr bezogen darauf eine Schuldanererkennung für erbrachte Leistungen gemäss § 27 des Sozialhilfegesetzes – Rückerstattungspflicht bei Erbschaft – zur Unterzeichnung vorgelegt haben (vgl. act. 4/3 und 11/2 im bezirksgerichtlichen Verfahren). Die Lösung gestattet, den künftigen Erbanfall auf Seiten der Klägerin einzubeziehen und gleichzeitig die Bedürfnisse des Beklagten nach einem gleichbleibenden und gesicherten Vermögensertrag bis zu seinem Tod zu gewährleisten.

Insgesamt vermag die Klägerin mit ihren Vorbringen keinen Ermessensfehler des Obergerichts darzutun. Eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Unterhaltspflichtigen, deren Vermögen nicht einseitig aus Immobilien besteht, liegt nicht vor. Im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens hatte das Obergericht vielmehr sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen und eine den besonderen Verhältnissen angepasste Lösung zu finden (E. 1 hiervor).

3.5 Aus den dargelegten Gründen muss die Berufung abgewiesen werden, soweit sie die Frage des Vermögensverzehrns zur Bezahlung von Unterstützungsleistungen betrifft.»

### III. Bemerkungen

#### 1. Einleitung

Bundesgerichtsurteile zum längst nicht mehr zeitgemässen Institut der Verwandtenunterstützung<sup>1</sup>, das in der Scheidungsrechtsrevision vom Gesetzgeber bedauerlicherweise bloss reformiert, nicht aber gänzlich abgeschafft wurde, sind rar. Dementsprechend bedeutsam ist der hier zu besprechende höchstrichterliche Entscheid, der – wie zu zeigen sein wird – verschiedene Aspekte dieses Rechtsinstituts behandelt und dabei in einigen bisher strittigen Punkten wichtige klärende Akzente setzt. Das Urteil kann daher als *Leitentscheid* zu Art. 328 f. ZGB bezeichnet werden, selbst wenn es nicht in jeder Hinsicht vollumfänglich zu überzeugen vermag.

#### 2. Im Entscheid nicht thematisierte Aspekte der Verwandtenunterstützung

##### a) Aktivlegitimation und indirekte Unterstützung

Erstaunlicherweise thematisieren weder das Bundesgericht noch der Beklagte die Frage der *Aktivlegitimation* der Klägerin<sup>2</sup>. Dass die Klägerin als

Tochter des Beklagten für ihren eigenen Bedarf grundsätzlich zur Klage aus Art. 328 f. ZGB befugt ist, steht ausser Diskussion. Indessen hat sie, wie man dem Urteil entnehmen kann, bei der Bedarfsberechnung auch mitberücksichtigt, wie viel sie für den Unterhalt ihrer vier minderjährigen Kinder benötigt<sup>3</sup>. Das ist jedoch bei einer Klage aus Verwandtenunterstützungspflicht nicht angängig. Der Anspruch auf Behebung der Notlage umfasst nur das, was man selbst an Kleidung, Nahrung, Wohnung etc. benötigt<sup>4</sup>. Unterhaltsverpflichtungen gegenüber andern dürfen nicht berücksichtigt werden. Denn dies liefe letztlich darauf hinaus, dass der Pflichtige indirekt auch für weitere Personen neben der klagenden Partei aufkommen müsste, so z.B. für deren Ehegatten oder allenfalls Stiefkinder. Für eine solche «indirekte» Unterstützung bleibt im Rahmen von Art. 328 f. ZGB kein Raum<sup>5</sup>.

Den vier Kindern der Klägerin stünde selbstredend ein eigener Anspruch auf Verwandtenunterstützung gegen den Beklagten – ihren Grossvater – zu. Diesen hätten sie indessen selbst, gesetzlich vertreten durch ihre Mutter (die Klägerin), geltend machen müssen, wobei die fünf Prozesse ohne weiteres hätten vereinigt werden können<sup>6</sup>. Auf den ersten Blick mag in dieser Situation der Einwand, jeder Ansprecher müsse einen eigenen Prozess gegen den Belangten führen, als *überspitzt formalistisch* erscheinen. Damit würde aber übersehen, dass die Sachlage für die klagende Mutter einerseits und deren Kinder andererseits nicht zwingend identisch zu sein braucht. Geht man davon aus, dass die Mutter der Klägerin im vorliegenden Fall nicht mehr lebt (wozu sich dem Urteil leider nichts entnehmen lässt), hat Letztere sich zunächst ausschliesslich an ihren Vater als den (zweit)nächsten Erb-

<sup>3</sup> In E. 2 spricht das Bundesgericht vom «Bedarf der Familie».

<sup>4</sup> Vgl. BGE 106 II 287 E. 3a S. 292; KGer GR PKG 1997 E. 2a S. 14; VerwGer GR PVG 1975, 27 ff.; Judith Widmer, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, Diss. Zürich 2001, 49. Zur umstrittenen Berücksichtigung von Bedürfnissen von Familienangehörigen BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 10 f.; Albert Banzer, Die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328/329 ZGB, Diss. Zürich 1979, 120 ff.; wenig klärend BGE 61 II 297.

<sup>5</sup> Vgl. dazu aber BGE 128 III 161, wo das Bundesgericht eine Art der indirekten Unterstützung zugelassen hat. In casu berücksichtigte es freiwillige Zuwendungen der Grosseltern an den Vater bei der Bemessung seiner Unterhaltsbeiträge an sein Kind i.S.v. Art. 285 Abs. 1 ZGB. Das Bundesgericht bejahte diese indirekte Unterstützung jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie nicht dem Willen der zuwendenden Dritten widerspricht und diese (als Grosseltern gemäss Art. 328 ZGB) selbst eine Unterstützungspflicht gegen das (Gross-)Kind haben (E. 2c/bb S. 163).

<sup>6</sup> Art. 329 Abs. 3 i.V.m. Art. 289 Abs. 1 ZGB. Zu den Voraussetzungen der subjektiven Klagenhäufung siehe Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. A., Bern 2006, 5 N 59 ff.

<sup>1</sup> Siehe dazu eingehend Thomas Koller, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I (BSK ZGB I-Th. Koller), 2. A., Basel/Genf/München 2002, Art. 328/329 N 3 ff. m.w.H.

<sup>2</sup> Die Aktivlegitimation als materielle Berechtigung des Klägers am Recht wird frei und von Amtes wegen geprüft; zuletzt BGE 126 III 59 E. 1a S. 63.

rechtigten zu halten<sup>7</sup>. Bei den vier Kindern dagegen kommen grundsätzlich auch die *Grosseltern väterlicherseits* als Unterstützungspflichtige in Frage, sofern diese noch leben. Da mehrere auf gleicher Stufe stehende Verwandte *nicht solidarisch, sondern bloss anteilmässig* im Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit beitragspflichtig sind<sup>8</sup>, kann über die Höhe der Leistungspflicht des beklagten Grossvaters erst befunden werden, wenn vorfrageweise geklärt wird, ob bzw. in welchem Umfang die andern Grosseltern (auch) leistungsfähig sind<sup>9</sup>. Mithin ist es nicht nur vom Prinzip her, sondern auch aus ganz praktischen Gründen notwendig, dass jeder einzelne Unterstützungsbedürftige seinen Anspruch eigenständig geltend macht.

Im vorliegenden Fall wurde die Frage der Leistungsfähigkeit der Grosseltern väterlicherseits ebenfalls von keiner Seite thematisiert. Sollten diese nicht mehr leben, wäre das in der Sache richtig, weil sich dann die Unterstützungspflicht zunächst auf den Grossvater mütterlicherseits konzentriert. Allfällig noch lebende Urgrosseltern väterlicher- und mütterlicherseits<sup>10</sup> können, da in der «Erbberechtigung» nachgehend<sup>11</sup>, erst zur

Unterstützung herangezogen werden, soweit der Beklagte selbst mangels genügenden Wohlstands nicht verpflichtet ist, die Notlage seiner Enkel zu beseitigen<sup>12</sup>. Sollten die Grosseltern väterlicherseits aber noch leben, so wäre im vorliegenden Prozess *vorfrageweise* abzuklären gewesen, ob bzw. in welchem Umfang diese zur Beseitigung der Notlage der Enkel hätten herangezogen werden können. Soweit die vier Enkel von ihrem Grossvater mütterlicherseits also mehr als einen Drittel des zur Beseitigung der Notlage Erforderlichen verlangt hätten, wäre durch sie zu *beweisen* gewesen, dass von den beiden Grosseltern väterlicherseits weniger als der *Pro-Kopf-Anteil* erhältlich ist<sup>13</sup>.

Nun kann es natürlich sein, dass in casu die Leistungsunfähigkeit der pakistanischen Grosseltern für alle Beteiligten offenkundig war und aus diesem Grund nicht thematisiert werden musste<sup>14</sup>. Ebenso gut denkbar ist aber auch, dass nicht die Leistungsfähigkeit der Grosseltern väterlicherseits an sich das Problem war, sondern die (fehlende) faktische Belangbarkeit dieser Aszendenten. Verwandtenunterstützungsansprüche sind – wie die Praxis immer wieder zeigt – im internationalen Verhältnis oft nur sehr schwer durchsetzbar<sup>15</sup>. Daher verzichten Berechtigte – insbesondere Gemeinwesen, die Sozialhilfeleistungen erbracht haben und damit insoweit in die Verwandtenunterstützungsansprüche des Sozialhilfeempfängers subrogieren – in Fällen mit Auslandsbezug vielfach auf die Geltendmachung solcher Ansprüche. In Zeiten starker Migration führt dies zu einer zunehmenden *Inländerdiskriminierung*<sup>16</sup>. Es wäre interessant, zu erfahren, ob hier ebenfalls ein solcher Fall vorliegt oder nicht.

#### b) Aktivlegitimation und Subrogation

Ebenfalls nicht thematisiert wurde im vorliegenden Fall vor Bundesgericht ein anderer Aspekt der Aktivlegitimation der klagenden Tochter. Diese sowie ihre vier Kinder werden seit Januar 2004 von der Fürsorgebehörde mit monatlich rund Fr. 4500.– unterstützt. Gemäss Vereinbarung zwi-

<sup>7</sup> Theoretisch wären in erster Linie ihre Kinder als die allernächsten Erbberechtigten unterstützungspflichtig (Art. 329 Abs. 1 ZGB). In casu sind diese aber offenkundig nicht leistungsfähig, sondern sogar – wie dargelegt – ihrerseits unterstützungsbedürftig. Eine derartige Unterstützungslage (geschiedene Mutter mit Kindern) ist heute im Verwandtenunterstützungsrecht eine der typischen Fallkonstellationen (vgl. BSK ZGB I-Th. Koller [Fn. 1], Art. 328/329 N 5b). Sollten zudem die Grosseltern der Klägerin noch leben und wohlhabend sein, so könnte Letztere an zweiter (bzw. genau genommen an dritter) Stelle ihnen gegenüber denjenigen Teil des Unterstützungsbedarfs geltend machen, der vom Beklagten nicht erhältlich ist.

<sup>8</sup> BGE 101 II 21 E. 4 S. 24; 83 II 7 E. 2 S. 11; 60 II 266 E. 2 S. 267; 59 II 1 E. 3d S. 5 f.; OGer ZH ZR 1946 61 ff.; Banzer (Fn. 4), 158 f.; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, Rz. 29.12; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Alexandra Rumo-Jungo, in: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 464; BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 23; Heinz Hausheer/Rolf Brunner, in: Heinz Hausheer/Annette Spycher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 07.41; Ivo Schwander, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Handkomm-Schwander), Zürich 2006, ZGB 328, N 8.

<sup>9</sup> Zuletzt BGE 101 II 21 E. 4 S. 24. Es bedarf jedoch keines gerichtlichen Urteils, das die (fehlende) Leistungsfähigkeit feststellt; BGE 39 II 679 E. 3 S. 682. Die Beweislast für die fehlende Leistungsfähigkeit anderer potenziell Unterstützungspflichtiger trägt der Unterstützungsbedürftige; BGE 60 II 266 E. 4 S. 268; Urteil des Bundesgerichts 5C.209/1999 vom 6. Januar 2000, E. 3a; siehe zum Ganzen auch BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 25.

In Fällen, in denen die Enkel eines Beklagten nicht den gleichen Vater (und somit auch nicht die gleichen Grosseltern väterlicherseits) haben, kann das zu komplizierten Konstellationen führen.

<sup>10</sup> In casu ist es durchaus möglich, dass zumindest die Grosseltern der Klägerin und damit die Urgrosseltern mütterlicherseits ihrer Kinder noch leben, denn der Beklagte hat Jahrgang 1950.

<sup>11</sup> Urgrosseltern sind zwar nach schweizerischem Recht nicht mehr erbberechtigte Verwandte (Art. 460 ZGB). Der Kreis der grundsätzlich unterstützungspflichtigen Verwandten ist indessen auch in aufsteigender Linie unbegrenzt (BSK ZGB I-Th. Koller [Fn. 1], Art. 328/328 N 6). Im Hinblick auf die heutige hohe Lebenserwartung ist es daher durchaus möglich, dass Urgrosseltern zur Unterstützung ihrer Urenkel herangezogen werden.

<sup>12</sup> Entferntere Verwandte können nur dann zur Unterstützung angehalten werden, wenn nähere Verwandte nicht mehr leben oder selbst keine Unterstützung gewähren können. Die Beweislast dafür trägt der Unterstützungsbedürftige; BGE 78 II 327 E. 2a S. 330; Widmer (Fn. 4), 52; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo (Fn. 8), 464.

<sup>13</sup> Vgl. oben Fn. 9.

<sup>14</sup> Vgl. dazu (sowie zur Beweisfrage) auch das Urteil des Bundesgerichts 5C.209/1999 vom 6.1.2000 betr. indische Grosseltern.

<sup>15</sup> Bei schwieriger Durchsetzbarkeit kann der Anteil des schwer Belangbaren den Verwandten auf gleicher Stufe anwachsen; BGE 60 II 266 E. 2 S. 267; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo (Fn. 8), 464; Widmer (Fn. 4), 52; BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 23; Banzer (Fn. 4), 162.

<sup>16</sup> BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 5.

schen der Fürsorgebehörde einerseits und der Vormundschaftsbehörde, welche die Interessen des bevormundeten Beklagten zu wahren hat, andererseits leistet der Beklagte aus Verwandtenunterstützungspflicht monatlich Fr. 2250.– an die Fürsorgebehörde. Da der Anspruch aus Verwandtenunterstützung kraft Subrogation insoweit auf das Gemeinwesen übergeht, als dieses Sozialhilfeleistungen erbringt<sup>17</sup>, hätte die Tochter für die Vergangenheit nur den Fr. 4500.– übersteigenden Betrag einklagen können. Im restlichen Umfang wäre die Klage mangels Aktivlegitimation ohne weiteres abzuweisen gewesen<sup>18</sup>. Für die Zukunft sieht dies allerdings anders aus<sup>19</sup>. Der Anspruch auf künftige Unterstützung steht dem Bedürftigen zu, da ja das Gemeinwesen insoweit noch keine Leistungen erbracht hat<sup>20</sup>. Das hat zur Folge, dass im Verlauf des Prozesses Monat für Monat für die betreffende Unterstützungsrate die Aktivlegitimation vom Bedürftigen auf das Gemeinwesen übergeht. Prozessual ist diese Situation nicht leicht zu handhaben. Eine interessante (und m.E. sinnvolle) Lösung für dieses Problem scheint das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz gefunden zu haben, sprach es doch der Klägerin den vom Beklagten (bzw. von der Vormundschaftsbehörde) anerkannten Betrag von Fr. 2250.– monatlich vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils an zu<sup>21</sup>.

### c) Unbilligkeit gemäss Art. 329 Abs. 2 ZGB

Vom Beklagten nicht geltend gemacht wurde der Einwand, die Leistung von Unterstützungsbeiträgen erscheine wegen besonderer Umstände als unbillig i.S.v. Art. 329 Abs. 2 ZGB. Mit diesem Einwand hätte die Klage eventuell ebenfalls abgewehrt werden können, wobei allerdings zu bedenken ist, dass die Gerichte in der Praxis mit der

Annahme der Unbilligkeit eher zurückhaltend sind<sup>22</sup>. Bisher wurde die Frage der Unbilligkeit fast ausschliesslich dann diskutiert, wenn die persönlichen Beziehungen zwischen der belangten und der unterstützungsbedürftigen Person stark belastet waren<sup>23</sup>. Man könnte sich aber durchaus fragen, ob nicht auch andere Umstände geeignet wären, die Unbilligkeit zu begründen. Im vorliegenden Fall hat die klagende Tochter vom Vater im Alter von 18 Jahren (im Jahr 1990), vermutlich im Zusammenhang mit ihrer Heirat, einen Erbvorbezug von Fr. 800 000.– erhalten. Rund 13 Jahre später war dieses (immerhin nicht unbeträchtliche) Vermögen aufgebraucht. Leider lässt sich dem Urteil nicht entnehmen, weshalb von diesem Vermögen nichts mehr vorhanden ist. Erscheint es wirklich als billig und daher ohne weiteres als hinnehmbar, dass jemand, der einen derart grossen Erbvorbezug erhalten und diesen relativ rasch verbraucht hat, vom Schenker ein paar Jahre später auch noch beträchtliche Verwandtenunterstützungsbeiträge verlangt? Jedenfalls wäre es interessant gewesen zu erfahren, wie das Bundesgericht diese Situation beurteilt hätte<sup>24</sup>.

### 3. Die im Prozess thematisierten Aspekte der Verwandtenunterstützung

Im Zentrum des Interesses stehen in casu drei Aspekte der Verwandtenunterstützung. Das Bundesgericht macht wichtige, weit über den konkreten Fall hinausreichende Aussagen zu seiner *Kognition in Verwandtenunterstützungsprozessen*, zur *Notlage der Klägerin* und zur *Leistungsfähigkeit des Beklagten*. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden.

#### a) Entscheidungsfindung nach Recht und Billigkeit

Im Zusammenhang mit Art. 328 f. ZGB soweit ersichtlich neu und von eminenter Bedeutung ist die Aussage des Bundesgerichts, über die Fragen der *günstigen Verhältnisse aufseiten des Pflichtigen*, der *Not des Berechtigten*, der *Erforderlichkeit* und der *Angemessenheit* habe das Sachgericht nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu

<sup>17</sup> Art. 329 Abs. 3 i.V.m. Art. 289 Abs. 2 ZGB.

<sup>18</sup> Siehe oben Fn. 2 sowie BGE 123 III 161 (betreffend Kinderalimente und Subrogation des Gemeinwesens).

<sup>19</sup> Immerhin könnte man sich fragen, ob eine an sich unterstützungsbedürftige Person ein schützenswertes Interesse hat, künftige Unterstützungsbeiträge einzuklagen, wenn mit genügender Sicherheit feststeht, dass auch künftig das Gemeinwesen Sozialhilfeleistungen erbringen wird. In einem Fall, in dem die Grosseltern des Klägers freiwillig Leistungen erbrachten, wurde das Interesse des Enkels, von seinen Eltern künftig Unterhaltsbeiträge zu verlangen, verneint und sein Einwand, damit werde eine unzulässige «subrogation anticipée extra legem» eingeführt, verworfen (Urteil des Bundesgerichts 5C.55/2004 vom 19.7.2004, E. 3.1 und 3.2).

<sup>20</sup> Das Gemeinwesen kann frühestens vom Zeitpunkt der Subrogation an gegen den Pflichtigen vorgehen (Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Band II/2/2/2, Bern 1997, Art. 289 ZGB N 90; siehe auch BGE 123 III 161 E. 4b S. 163). Vgl. aber vorstehend Fn. 19.

<sup>21</sup> Obwohl gemäss Art. 329 Abs. 3 i.V.m. Art. 279 Abs. 1 ZGB Unterstützungsleistungen für ein Jahr vor Klageerhebung eingeklagt werden können; Hegnauer (Fn. 8), Rz. 29.15; BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 29; Widmer (Fn. 4), 53 f.; KGer GR PKG 1997, 13 ff.; zurückhaltend Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 07.108 f.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.209/1999 vom 6. Januar 2000, E. 4a; BGE 106 II 287 E. 3c S. 294 f.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 5C.298/2001 vom 21. Februar 2002, Pra 2002 Nr. 70, E. 2; vgl. auch Thomas Koller, Gibt es eine (rechtlich relevante) «Pflicht» des Vaters, während der Pubertät des Sohnes durch vermehrte Präsenz in dessen Leben den Entfremdungsprozess zu stoppen?, JusLetter 8. April 2002, passim; Hegnauer (Fn. 8), Rz. 29.13; Widmer (Fn. 4), 51; Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 07.78.

<sup>24</sup> Obwohl es nach h.M. irrelevant ist, ob der Bedürftige die Notlage selbst verschuldet hat, sollte dieser Aspekt zumindest im Rahmen der Unbilligkeit diskutiert werden; vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 12.

entscheiden<sup>25</sup>. Bei derartigen Ermessensentscheidungen steht den kantonalen Instanzen ein relativ weites Beurteilungsspielraum zu, da sich das Bundesgericht bei der Überprüfung grosse Zurückhaltung auferlegt<sup>26</sup>. Im Bundesprivatrecht kann dies aus zwei Gründen problematisch sein. So besteht einerseits die Gefahr, dass das Bundesgericht seine Kognition faktisch auf eine (vielleicht etwas erweiterte) *Willkürprüfung* einschränkt, obwohl es an sich im Berufungsverfahren das angefochtene kantonale Urteil in rechtlicher Hinsicht voll überprüfen könnte und müsste<sup>27</sup>. Damit verbunden ist andererseits das Risiko einer «Föderalisierung von Bundesprivatrecht», was besonders in einem derart sensiblen Bereich wie der Verwandtenunterstützung äusserst problematisch wäre<sup>28</sup>. Denn gerade beim Institut der Verwandtenunterstützungspflicht, zu dem es wenig Bundesgerichtsurteile gibt, ist es für die Rechtssicherheit von grosser Bedeutung, dass sich eine bundesweit möglichst einheitliche Bemessungspraxis heranzubildet. Zudem könnten sich bei einer Föderalisierung der Rechtsprechung stossende Ungleichheiten ergeben: Je nach Kanton, in dem der Ansprecher wohnt<sup>29</sup>, sähe sich der potenziell Pflichtige höheren oder weniger höheren Unterstützungsrisiken ausgesetzt (was theoretisch gar zu einer Art *Unterstützungstourismus* innerhalb der Schweiz führen könnte)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> E. 1, zweiter Absatz.

<sup>26</sup> BGE 137 III 26 E. 12.2.2 S. 31; 130 III 504 E. 4.1 S. 508; 129 III 380 E. 2 S. 382; 128 III 428 E. 4 S. 432; 127 III 153 E. 1a S. 155.

<sup>27</sup> Die unzulässige Nichtausschöpfung der Kognition gilt als formelle Rechtsverweigerung; BGE 115 Ia 5 E. 2b S. 6; vgl. auch BGE 116 Ib 270 E. 3 S. 273 ff.; BGE 130 II 449 E. 3 f. S. 451 ff.

<sup>28</sup> In BGE 107 II 406 E. 2c S. 410 betont das Bundesgericht, dass die Festsetzung des Mündigenunterhalts i.S.v. Art. 277 Abs. 2 ZGB nach Recht und Billigkeit gemäss Art. 4 ZGB zu erfolgen habe (wie im zu besprechenden Entscheid fällt auch dort schon der Terminus «Ermessen des Sachrichters»). Im Sinne der Rechtsgleichheit, einer für den Betroffenen vernünftig prognostizierbaren («berechenbaren») Rechtsanwendung und der einheitlichen Durchsetzung des materiellen Bundeszivilrechts ist die Bildung von fallgruppenbezogenen Richtlinien aber sehr bedeutsam (*Heinz Hausheer/Manuel Jaun*, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 4 ZGB, N 24). Diese sollen als «widerlegbare Regeln im Sinne von Richtigkeitsvermutungen» (*Hausheer/Jaun* [a.a.O.], Art. 4 ZGB, N 24) der Rechtsunsicherheit entgegenwirken, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung als wichtigste Quelle solcher Regeln zu betrachten ist. Im Gegensatz zum Kindes- und eherechtlichen Unterhalt besteht zur Verwandtenunterstützung aber keine derart reichhaltige Praxis, welche als Richtlinie bei der Bemessung miteinbezogen werden könnte und an welche sich die unteren Instanzen zu halten hätten.

<sup>29</sup> Gemäss Art. 17 lit. b GestG besteht für Unterstützungsklagen zwingend ein Gerichtsstand am Wohnsitz einer Partei. Möglich wäre daher ein Prozess am Wohnsitz des Pflichtigen; in der Praxis wird die bedürftige Partei indessen regelmässig an ihrem eigenen Wohnsitz klagen.

<sup>30</sup> Bereits seit längerem bestehen ähnliche stossende Unterschiede aus *faktischen* Gründen. Es ist bekannt, dass in gewissen Kantonen die Sozialhilfe leistenden Gemeinden deutlich schärfer auf potenziell unterstützungspflichtige Verwandte regressieren als Gemeinden in andern Kantonen (siehe z.B. die äusserst hohe Regressrate im Kt. Aargau bei *Widmer* [Fn. 4], 293 ff.). Wer das Pech hat, einen unterstützungsbedürftigen Verwandten in einem «regressfreundigen» Kanton zu haben, hat ein wesentlich höheres Risiko, in einen Verwandtenunterstützungsprozess verwickelt zu werden. Allerdings sind vor diesem Hintergrund auch die kantonal unterschiedlichen Sozialhilfensätze zu beachten.

Die Zukunft wird weisen müssen, wie das Bundesgericht die im vorliegenden Fall verbal betonte Zurückhaltung in der Überprüfung kantonaler Entscheide praktisch handhaben wird. In casu hat es das Urteil einer Vorinstanz, die – m.E. zu Recht – in jeder Hinsicht sehr «pflichtigenfreundlich» entschieden hat, als im Rahmen des Ermessensspielraums liegend bezeichnet<sup>31</sup>. Man darf gespannt darauf sein, wie das Bundesgericht urteilen wird, wenn es einen Entscheid einer «unterstützungsfreundlichen» (bzw. «gemeinwesen- oder fiskusfreundlichen») kantonalen Instanz zu überprüfen haben wird.

#### b) Die Notlage des Unterstützungsbedürftigen

Der Anspruch auf Verwandtenunterstützung setzt eine *Notlage* der Berechtigten voraus und geht auf die Leistung, die zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist<sup>32</sup>. Was das im Einzelnen bedeutet, ist umstritten<sup>33</sup>. Gemäss Lehre und Rechtsprechung umfasst der Unterstützungsanspruch die Verschaffung von Nahrung, Kleidung, Wohnung und ärztliche Betreuung, gegebenenfalls auch die Kosten des Massnahmenvollzugs bei Straffälligen etc.<sup>34</sup>. Wie viel das ausmacht, ist anhand einer *Bedarfsrechnung* zu ermitteln, wobei man in der Praxis regelmässig nicht darum herumkommt, mit gewissen Annahmen und *Pauschalansätzen* zu arbeiten<sup>35</sup>, soweit nicht im Einzelfall konkrete Kosten (z.B. resultierend aus dem Aufenthalt des Bedürftigen in einem Heim, einer Drogenentzugseinrichtung oder einer Strafanstalt) nachgewiesen werden. Gleichzeitig begrenzt der Notbedarf des Klägers auch dessen Anspruch; mehr kann er nicht verlangen, selbst wenn der Pflichtige mehr leisten könnte<sup>36</sup>. Dies wirft naturgemäss sofort die Frage auf, welche Pauschalansätze bei der Ermittlung des *unterstützungsrechtlichen Notbedarfs* in Betracht kommen.

In den Fünfzigerjahren hat das Bundesgericht den Standpunkt vertreten, den unterstützungspflichtigen Verwandten dürfe im Rahmen von Art. 328 f. ZGB mehr zugemutet werden als den Sozialhilfebehörden. Im Wesentlichen wurde seinerzeit entschieden, der Anspruch des Bedürftigen

<sup>31</sup> E. 2.3, 2.4 und 3.4, jeweils letzter Absatz.

<sup>32</sup> Art. 328 Abs. 1 und Art. 329 Abs. 1 ZGB.

<sup>33</sup> Vgl. *Widmer* (Fn. 4), 48 ff.; *Banzer* (Fn. 4), 107 ff. und 168 ff., *Hausheer/Brunner* (Fn. 8), N 0783 ff.

<sup>34</sup> Siehe zum Ganzen oben Fn. 4.

<sup>35</sup> Vgl. *Widmer* (Fn. 4), 223 ff.

<sup>36</sup> BGE 83 II 7 E. 1 S. 8; *Hausheer/Brunner* (Fn. 8), N 0793; BSK ZGB I-Th. *Koller* (Fn. 1), Art. 328/329 N 10; *Handkomm-Schwander* (Fn. 8), ZGB 328, N 3.

aus Verwandtenunterstützung liege über dem «armenrechtlichen» Existenzminimum und könne nach den Richtlinien über den betriebsrechtlichen Notbedarf ermittelt werden<sup>37</sup>. Dieser betriebsrechtliche Notbedarf war damals offenbar höher als das sozialhilferechtlich massgebende Existenzminimum. Gleichzeitig hielt das Bundesgericht aber auch fest, die Auffassung, der Berechtigte habe gar Anspruch auf eine über dem betriebsrechtlichen Notbedarf liegende Lebenshaltung, erwecke Bedenken<sup>38</sup>.

In den Siebzigerjahren ging das Bundesgericht einen entscheidenden Schritt weiter, indem es das betriebsrechtliche Existenzminimum im Rahmen des Verwandtenunterstützungsrechts als *Untergrenze* dessen bezeichnete, was dem Unterstützungsberechtigten zustehe (während es sich zum Verhältnis dieses betriebsrechtlichen Existenzminimums zum sozialhilferechtlichen Notbedarf nicht mehr äusserte)<sup>39</sup>. In der Folge gab es Stimmen in der Literatur, welche geltend machten, bei der Ermittlung der Leistung, die gemäss Art. 329 Abs. 1 ZGB zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich sei, sei der betriebsrechtliche Notbedarf in Analogie zur (damaligen) scheidungsrechtlichen Bedürftigkeitsrente nach aArt. 152 ZGB um einen (generellen) Zuschlag von 20% zu erhöhen<sup>40</sup>. Allerdings blieb diese Meinung nicht unumstritten<sup>41</sup>.

Der hier zu besprechende Fall gibt dem Bundesgericht – endlich einmal, ist man geneigt zu sagen – Gelegenheit, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen und verschiedene Punkte klarzustellen. Zum einen äussert sich das Bundesgericht dabei zum *Verhältnis zwischen sozialhilferechtlichem Existenzminimum, betriebsrechtlichem Existenzminimum und unterstützungsrechtlichem Notbedarf*. Zum andern setzt sich die II. Zivilabteilung in Lausanne – soweit ersichtlich erstmals – mit der Frage auseinander, ob die zu aArt. 152 ZGB entwickelte Rechtsprechung auf Verwandtenunterstützungsfälle übertragen werden kann.

aa) Von zentraler Bedeutung ist zunächst die Aussage des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen sozialhilferechtlichem Existenzminimum und un-

terstützungsrechtlichem Notbedarf. In diesem Punkt ändert das Bundesgericht mit aller nur wünschenswerten Klarheit seine frühere, in den Fünfzigerjahren begründete Praxis, führt es doch aus, dass an der Rechtsprechung, wonach die Verwandtenunterstützung weiter gehe als die Sozialhilfe, nicht festgehalten werden könne<sup>42</sup>. Damit steht nunmehr fest, *dass das sozialhilferechtliche Existenzminimum auf jeden Fall die obere Grenze des Anspruchs auf Verwandtenunterstützung darstellt*<sup>43</sup>.

Interessant (und überzeugend) ist, dass das Bundesgericht diese Rechtsprechungsänderung mit den in der Literatur in neuerer Zeit geäusserten grundsätzlichen Bedenken gegen das Institut der Verwandtenunterstützung begründet<sup>44</sup>. Damit schliesst sich die II. Zivilabteilung zum einen der in der Lehre gegen die Verwandtenunterstützungspflicht als solche vorgebrachten Kritik jedenfalls dem Prinzip nach an. Zum andern bekennt es sich so letztlich zu einer *restriktiven Handhabung dieses in der Tat nicht mehr zeitgemässen Rechtsinstituts*<sup>45</sup>. Die Zukunft wird weisen müssen, welche Auswirkungen eine solche restriktive Haltung bei andern Problemen haben wird, die sich aus der Anwendung von Art. 328 f. ZGB ergeben, so etwa bei der Auslegung des Begriffs der Unbilligkeit gemäss Art. 329 Abs. 2 ZGB<sup>46</sup>.

bb) Die «Herabstufung» des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs auf das sozialhilferechtliche Existenzminimum als Obergrenze ist dem Bundesgericht wohl deshalb leicht gefallen, weil dieses Existenzminimum heute in keiner Weise mehr vergleichbar ist mit dem tiefen «armenrechtlichen» Existenzminimum der Fünfzigerjahre<sup>47</sup>. Die heutigen Bedarfswerte, mit denen die Sozialhilfebehörden rechnen – insbesondere die in vie-

<sup>37</sup> E. 2.4, zweiter Absatz.

<sup>38</sup> Anders noch bei *Banzer* (Fn. 4), 116 f. und BGE 81 II 247, welche aber noch vom so genannten armenrechtlichen Existenzminimum ausgingen; vgl. auch *Hausheer/Brunner* (Fn. 8), N 07.22.

<sup>39</sup> E. 2.4, erster und zweiter Absatz, mit Verweisen auf BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 3 ff. und *Widmer* (Fn. 4), 33 f. sowie die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 1996 I 1, S. 166 f.

<sup>40</sup> Siehe neben den oben in Fn. 44 erwähnten Quellen auch *Erwin Carigiet*, Überblick über die Rückerstattungspflicht und die familienrechtlichen Unterstützungspflichten, ZöF 1987 50 ff.; *Pascal Coullery*, Das Recht auf Sozialhilfe, Diss. Bern 1993, 76 f.; *Otto Stebler*, Die heutige Problematik der Verwandtenunterstützungspflicht und der armenrechtlichen Rückerstattungsforderung, ZöF 1971 102 ff.; für Deutschland etwa *Christoph Becker*, Generationensolidarität in Deutschland zwischen öffentlicher Altersvorsorge, Unterhaltspflicht und Testierfreiheit, ZNR 2000 425 ff.

<sup>41</sup> Vgl. zum Postulat, im Hinblick auf die generelle Fragwürdigkeit des Instituts der Verwandtenunterstützungspflicht rechtfertige es sich, den Begriff der Unbilligkeit ausdehnend zu interpretieren, BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 19; siehe dazu auch oben Fn. 24.

<sup>42</sup> Vgl. *Hausheer/Brunner* (Fn. 8), N 07.22; *Widmer* (Fn. 4), 47.

<sup>37</sup> Vgl. dazu BGE 81 II 427.

<sup>38</sup> BGE 83 II 7 E. 1 S. 9.

<sup>39</sup> BGE 101 II 21 E. 3 S. 24.

<sup>40</sup> *Edwin Bigger*, Die familienrechtliche Unterstützungspflicht und ihre Geltendmachung, in: St. Gallische Konferenz der öffentlichen Fürsorge (KÖF), Referate zum Weiterbildungskurs 1993, Geltendmachung von finanziellen Ansprüchen im Fürsorgebereich, St. Gallen 1993, 5; *Charlotte Gysin*, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basel/Genf/München 1999, 193, widersprüchlich allerdings 200; zurückhaltend *Hausheer/Brunner* (Fn. 8), N 07.24.

<sup>41</sup> In Frage gestellt bei BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 10.

len Kantonen verwendeten so genannten SKOS-Richtlinien<sup>48</sup> – liegen, wie das Bundesgericht ausführt<sup>49</sup>, in der Regel über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum, d.h. das Verhältnis zwischen diesen beiden Notbedarfsrechnungen hat sich im Verhältnis zu den Fünfzigerjahren umgekehrt. Das wirft die Frage auf, ob heute immer noch das betriebsrechtliche Existenzminimum für die Ermittlung des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs herangezogen werden kann.

cc) In diesem Zusammenhang kommt das Bundesgericht zunächst mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit zum Ergebnis, dass der in der Lehre zum Teil propagierte generelle Zuschlag zum betriebsrechtlichen Notbedarf im Umfang von 20% nicht in Betracht kommt<sup>50</sup>. Zwar hält es in seinen Erwägungen wörtlich bloss fest, dass es keinen Ermessensfehler bedeute, wenn die Vorinstanz den von der Klägerin verlangten Zuschlag (von 10%) nicht gewährt habe<sup>51</sup>. In seiner Begründung für dieses Ergebnis geht aber das Bundesgericht klar über eine Ermessensprüfung hinaus. Sachlich zutreffend und überzeugend reiht es den Verwandtenunterstützungsanspruch nach Art. 328 f. ZGB in das gesamte familienrechtliche «Unterhaltssystem» ein und kommt dabei zum Schluss, dass die verwandtschaftliche Solidarität weniger weit gehe als die nacheheliche (scheidungsrechtliche) Solidarität<sup>52</sup>. Dementsprechend umfasst der Anspruch auf Verwandtenunterstützung weit weniger als scheidungsrechtliche Unterhaltsansprüche. Für einen 20%-Zuschlag in Anlehnung an die – in der Scheidungsrechtsrevision abgeschaffte – scheidungsrechtliche Bedürftigkeitsrente nach aArt. 152 ZGB bleibt somit offenkundig kein Raum.

<sup>48</sup> «Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe» der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, 2005.

<sup>49</sup> E. 2.4, zweiter Absatz in fine; vgl. auch Widmer (Fn. 4), 16.

<sup>50</sup> Siehe dazu oben Fn. 40.

<sup>51</sup> E. 2.4, zweiter Absatz in fine.

<sup>52</sup> E. 2.3, zweiter Absatz; Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 07.24; Widmer (Fn. 4), 240.

Problematisch, hier aber nicht relevant sind allerdings die Äusserungen des Bundesgerichts in E. 2.3 in fine zum Verhältnis zwischen Verwandtenunterstützungspflicht und Ausbildungsunterhalt gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB. Nähme man das Bundesgericht wörtlich, so würde der Anspruch des mündigen Kindes auf Ausbildungsunterhalt weniger weit gehen als der Anspruch des Bedürftigen auf Unterstützung, weil der Solidaritätsgedanke zwischen Eltern und mündigem Kind noch weiter gehend abgeschwächt sei. Das wäre indessen sachlich nicht einleuchtend (zutreffend daher E. 3.3 erster Absatz in fine). Der Ausbildungsunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB ist gleichsam die Verlängerung des Unmündigenunterhalts nach Abs. 1 in die erste Phase des Erwachsenenlebens des Kindes hinein und hat seine Wurzeln darin, dass in der heutigen Zeit die Wenigsten bei Erreichen der Mündigkeit bereits über eine angemessene Ausbildung verfügen. Der Ausbildungsunterhalt ist weit verbreitet und wird von einem ganz besonderen Solidaritätsgedanken zwischen Eltern und Kindern geprägt, während die Verwandtenunterstützung eine Ausnahme bildet und sich mit dem Gedanken der familiären Solidarität kaum noch rechtfertigen lässt.

dd) Damit ist an sich immer noch offen, ob der unterstützungsrechtliche Notbedarf im Rahmen des den kantonalen Sachinstanzen zustehenden Ermessensspielraums höher als der betriebsrechtliche angesetzt werden könnte. Aufgrund der skizzierten Erwägungen des Bundesgerichts ist aber klar, dass ein allfälliger Zuschlag zum betriebsrechtlichen Existenzminimum deutlich unter 20% liegen müsste.

Offenbar will das Bundesgericht den kantonalen Sachgerichten einen solchen Zuschlag nicht grundsätzlich verwehren, führt es doch aus, die kantonalen Instanzen würden den ihnen zustehenden Ermessensspielraum nicht verletzen, wenn sie unterstützungsrechtlich auf einen Bedarf abstellten, der anhand der Kriterien für die Gewährung von Sozialhilfe berechnet worden sei und damit in der Regel über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum liege<sup>53</sup>. Diese Aussage darf indessen nur zurückhaltend interpretiert werden. Denn im vorliegenden Fall hat das Obergericht des Kantons Zürich den unterstützungsrechtlichen Notbedarf der Klägerin (ermessensfehlerfrei) mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum gleichgesetzt und auf die sozialhilferechtlichen Bedarfsermittlungszahlen nicht zurückgegriffen. Ob das Bundesgericht im Verwandtenunterstützungsrecht sozialhilferechtliche Bedarfsermittlungszahlen als im Rahmen des Ermessens liegend betrachten würde, wenn diese im Einzelfall deutlich über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum (aber auch deutlich unter der Grenze von 120% des Letzteren) liegen, lässt sich daher nicht mit Sicherheit sagen<sup>54</sup>.

ee) Als Fazit lässt sich festhalten: Das sozialhilferechtliche Existenzminimum bildet auf jeden Fall die Obergrenze des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs<sup>55</sup>. Zudem liegt der unterstützungsrechtliche Notbedarf deutlich unter 120% des betriebsrechtlichen Existenzminimums. Nach wie vor dürfte wohl gelten, dass das betriebsrechtliche Existenzminimum die Untergrenze des unterstützungsrechtlichen Notbedarfs darstellt<sup>56</sup>. Im Übrigen steht die Ermittlung dieses Notbedarfs, der nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Obergrenze dessen bildet, was der

<sup>53</sup> E. 2.4, zweiter Absatz.

<sup>54</sup> Wobei wiederum die durch die Anwendung von Art. 4 ZGB geschaffene unklare Rechtslage zu bedauern ist; siehe dazu oben Fn. 28.

<sup>55</sup> E. 2.4, zweiter Absatz: «Es ist [...] nicht ersichtlich, weshalb sich der zu Unterstützungszahlungen gemäss Art. 328 ZGB Verpflichtete einen höheren Bedarf des Berechtigten anrechnen lassen muss als das Gemeinwesen.»

<sup>56</sup> So schon BGE 101 II 21; 81 II 427; Widmer (Fn. 4), 47; BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 10.

Pflichtige auch bei höchster Leistungsfähigkeit schuldet<sup>57</sup>, im Ermessen der kantonalen Instanzen. Dieser Ermessensspielraum ist allerdings, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ausserordentlich klein. Unter diesen Umständen wäre nach meinem Dafürhalten der Praxis am besten gedient, wenn sich die Sachinstanzen – wie in casu das Obergericht des Kantons Zürich – bei der Beurteilung von Verwandtenunterstützungsfällen ausschliesslich am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientieren würden.

- c) Die Leistungspflicht des Unterstützungspflichtigen, insbesondere im Verhältnis zu seinem Recht auf Aufbau und Erhaltung einer angemessenen Vorsorge

Mit der Scheidungsrechtsrevision wurde nicht nur die Unterstützungspflicht in der Seitenlinie abgeschafft, sondern gleichzeitig auch die Unterstützungspflicht der Verwandten in gerader Linie wesentlich eingeschränkt. Nach geltendem Recht sind Aszendenten und Deszendenten nur zur Leistung verpflichtet, wenn und soweit sie in *günstigen Verhältnissen* leben<sup>58</sup>. Mit dem Kriterium der günstigen Verhältnisse wird die Leistungsfähigkeit des Belangten umschrieben. Wie das Bundesgericht zutreffend ausführt, ist die so verstandene Leistungsfähigkeit einerseits eine *Anspruchsvoraussetzung*, bestimmt gleichzeitig aber auch *den Umfang der (maximal) geschuldeten Unterstützung*<sup>59</sup>. Mit andern Worten schuldet der Pflichtige selbst bei ausgewiesenem Bedarf des Bedürftigen nur so viel, wie er ohne Eingriff in die günstigen Verhältnisse leisten kann.

aa) Was dies konkret bedeutet, ist allerdings umstritten. Das Kriterium der günstigen Verhältnisse war vor der Scheidungsrechtsrevision Anspruchsvoraussetzung und Anspruchsbegrenzung für die Unterstützungspflicht der Geschwister<sup>60</sup>. Das Bundesgericht hat in seiner langjährigen Rechtsprechung zur Unterstützungspflicht der Seitenverwandten festgehalten, unter günstigen Verhältnissen sei «Wohlstand» zu verstehen. Dementsprechend bestand eine Unterstützungspflicht der Geschwister nur insoweit, als die Unterstützungsbeiträge *ohne wesentliche Beeinträchtigung einer wohlhabenden Lebensführung* aufgebracht werden konnten<sup>61</sup>. Nach meinem Dafürhalten

lässt sich diese alte Rechtsprechung heute auf die Unterstützungspflicht der Aszendenten und Deszendenten übertragen<sup>62</sup>. In der Literatur wird diese Auffassung indessen nicht durchwegs geteilt; so wird etwa im Wesentlichen unter Berufung auf die Materialien zur Scheidungsrechtsrevision geltend gemacht, das Kriterium der günstigen Verhältnisse müsse heute bei Verwandten in gerader Linie weniger restriktiv interpretiert werden als früher bei Geschwistern<sup>63</sup>.

In casu hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage (bedauerlicherweise) nicht geäußert. Die von der II. Zivilabteilung dafür gegebene Begründung, der Beklagte habe seine grundsätzliche Leistungspflicht anerkannt, überzeugt nicht<sup>64</sup>. Denn das Kriterium der günstigen Verhältnisse ist wie erwähnt nicht bloss Anspruchsvoraussetzung, sondern auch Anspruchsbegrenzung. Und um den Umfang der Leistungspflicht wurde ja gestritten.

bb) Ein Gesichtspunkt von zentraler Bedeutung hat in der Literatur zur neurechtlichen Verwandtenunterstützungspflicht nicht überall Beachtung gefunden. Von günstigen Verhältnissen kann nur die Rede sein, wenn den *Vorsorgeinteressen des Belangten* hinreichend Rechnung getragen wird<sup>65</sup>. Nach der Revision von Art. 328 ZGB kann nach meinem Dafürhalten kein Zweifel mehr bestehen, dass der Anspruch des Belangten auf Bildung einer guten Vorsorge Vorrang haben muss vor dem Anspruch des Klägers auf Verwandtenunterstützung<sup>66</sup>. Denn von günstigen Verhältnissen kann keine Rede sein, wenn der Pflichtige nicht über eine ausgebaute Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge verfügt bzw. wenn mit dem auf Art. 328 f. ZGB gestützten Zugriff seine Vorsorge wesentlich beeinträchtigt würde<sup>67</sup>. Das Bundesgericht hat dies im Ansatz bereits in den Fünfzigerjahren mit Bezug auf die seinerzeitige Unterstützungspflicht der Geschwister anerkannt, die wie dargelegt ebenfalls vom Kriterium der günstigen Verhältnisse abhängig war<sup>68</sup>. Seit der Schei-

<sup>57</sup> BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 15b; gl. M. Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 4; vgl. auch Hegnauer (Fn. 8), Rz. 29.11; Markus Krapf, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder, Diss. Freiburg 2004, Rz. 9.

<sup>58</sup> Widmer (Fn. 4), 39.

<sup>59</sup> E. 3.2, erster Absatz.

<sup>60</sup> Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 5; vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 16; unberücksichtigt bei Widmer (Fn. 4), passim.

<sup>61</sup> So explizit Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 5.

<sup>62</sup> Ausführlich BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 16.

<sup>63</sup> Siehe dazu BGE 82 II 197 E. 4 S. 203, wo das Bundesgericht ausdrücklich ausführte, dass vom belangten Bruder abgeschlossene *Lebensversicherungen* mit einem (damaligen) Rückkaufswert von Fr. 9000.– nicht über die *gebotene Vorsorge für die Zukunft* hinaus gingen, auch wenn man berücksichtige, dass er als Beamter *pensionsberechtigt* sei.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 83 II 7 E. 1 S. 8 f.

<sup>58</sup> Art. 328 Abs. 1 ZGB.

<sup>59</sup> E. 3.2 am Anfang.

<sup>60</sup> Siehe aArt. 328 Abs. 2 ZGB.

<sup>61</sup> BGE 73 II 142 E. 3 S. 144; Hegnauer (Fn. 8), Rz. 29.11; Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 0763; vgl. auch BGE 42 II 537 E. 2/3 S. 540 f.; Karl Anderegg, Unterstützungspflicht, SJK Nr. 637 (1981), 5; BGE 82 II 197.

dungsrechtsrevision hat sich aber die Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht zu dieser Problematik äussern können. Der vorliegende Fall gibt dem Bundesgericht nun Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

In casu hätte das Einkommen des Belangten unter Berücksichtigung seiner eigenen Bedürfnisse<sup>69</sup> nicht ausgereicht, um die eingeklagten Unterstützungsbeiträge zu bezahlen. Die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen beurteilt sich indes gemäss jahrzehntelanger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht allein gestützt auf das Einkommen, sondern auch gestützt auf sein Vermögen<sup>70</sup>. Wenn das Einkommen des Belangten zur Deckung des Notbedarfs des Unterstützungsbedürftigen nicht ausreicht, muss daher unter Umständen auch ein *Vermögensverzehr* in Betracht gezogen werden; ein genereller Anspruch auf ungeschmälerter Erhaltung des Vermögens des potenziell Pflichtigen besteht nicht<sup>71</sup>.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte das Bundesgericht präzisierend festgehalten, dass Unterstützungspflichtige gezwungen werden könnten, auch ihr Kapital anzugreifen, *sofern nicht ihr eigenes Auskommen dadurch in naher Zukunft gefährdet werde*<sup>72</sup>, wobei das Bundesgericht in den von ihm zu beurteilenden Fällen stets einen gewissen Vermögensverzehr als zumutbar erachtete. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass sich diese Entscheide durchwegs auf die altrechtliche Verwandtenunterstützungspflicht in gerader Linie bezogen, die noch nicht an das Kriterium der günstigen Verhältnisse geknüpft war, von den Belangten also deutlich mehr Mitteleinsatz verlangte als das heutige Recht. Dieser Umstand allein hätte schon dazu führen müssen, die Frage der Zu-

mutbarkeit des Vermögensverzehrs unter neuem Recht wesentlich zurückhaltender zu beurteilen als früher<sup>73</sup>. In casu deutet dies das Bundesgericht denn auch zu Recht an, indem es ausführt, bei der vormaligen scheidungsrechtlichen Bedürftigkeitsrente nach aArt. 152 ZGB habe der Pflichtige sein *Vermögen zur Bezahlung der Rente nur einsetzen müssen, soweit es nicht zur Sicherung seiner weiteren Existenz intakt bleiben müsse*, und dem nach Art. 328 f. ZGB Unterstützungspflichtigen könne keinesfalls mehr, sondern eher weniger abverlangt werden<sup>74</sup>.

cc) Bei dieser (an sich schon wichtigen) Aussage lässt es aber das Bundesgericht nicht bewenden. Vielmehr hält es darüber hinaus ausdrücklich fest, dass die *wirtschaftliche Sicherung des Pflichtigen im Alter berücksichtigt werden müsse und dass daher an die Stelle einer kurzfristigen Betrachtung eine Beurteilung auf längere Sicht trete*<sup>75</sup>. Dementsprechend stimmt die II. Zivilabteilung der Auffassung des Obergerichts des Kantons Zürich zu, das im angefochtenen Urteil entscheidend auf die wirtschaftliche Sicherung des Beklagten im Alter abgestellt hat. Damit hat das Bundesgericht erstmals mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit entschieden, dass *die Erhaltung der Vorsorge des Belangten ein entscheidendes Kriterium bei der Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit darstellt*<sup>76</sup>. Dasselbe wird aber auch für den *Aufbau der Vorsorge* gelten müssen, soweit die Vorsorge des Belangten nicht bereits durch vorhandenes Vermögen und bestehende Vorsorgeanwartschaften gesichert ist; d.h., bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Beklagten ist stets auch mitzuberücksichtigen, ob und inwieweit dieser sein Einkommen für die Sicherung seiner künftigen Existenz (sowie gegebenenfalls der Existenz seiner Familie) im Alters-, Hinterlassenen oder Invaliditätsfall benötigt<sup>77</sup>.

Selbstredend kann man aus dem hier diskutierten Entscheid nicht ableiten, ein potenziell Pflichtiger könne überhaupt nie gezwungen werden, auf sein Vermögen zu greifen, um Unterstützungsleistungen zu erbringen. Der Anspruch des Belangten geht nicht generell auf Erhaltung seines Vermögens, sondern bloss auf Erhaltung oder Ausbau einer *angemessenen* Vorsorge. Die Angemessenheit der Vorsorge ist dabei wiederum nach dem Kriterium der günstigen Verhältnisse zu beur-

<sup>69</sup> Dem Urteil lässt sich nicht entnehmen, ob bzw. in welchem Masse bei der Ermittlung des Bedarfs des Beklagten dem Umstand Rechnung getragen wurde, dass der Pflichtige einen Anspruch darauf hat, auch nach Bezahlung der Unterstützungsbeiträge in günstigen Verhältnissen zu leben. Immerhin wird im Bundesgerichtsentscheid ausgeführt, bei der Bedarfsrechnung sei ein monatliches Taschengeld von Fr. 1600.– und ein monatliches Feriengeld von Fr. 200.– berücksichtigt worden. Die erste Zahl spricht dafür, dass wohl dem Kriterium der günstigen Verhältnisse Rechnung getragen worden ist, während die zweite Zahl – jedenfalls für sich genommen – unverständlich ist, denn mit Fr. 2400.– pro Jahr kann sich auch eine allein stehende Person keine grossen Ferien leisten. Nichts ableiten lässt sich aus dem Gesamtbetrag von monatlich Fr. 8600.–, da die konkreten Bedürfnisse des Beklagten (Wohnungsgrösse, Gesundheitszustand etc.) nicht bekannt sind.

<sup>70</sup> BGE 59 II 1 und 59 II 410; zuletzt: Urteil 5C.209/1999 vom 6. Januar 2000, E. 5a; A. Egger, Zürcher Kommentar (ZK-Egger), Bd. II.2, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, 2. A., Zürich 1943, N 33 zu [a]Art. 328 ZGB; Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 07.56.

<sup>71</sup> Wobei aber bei selbstgeäußertem Vermögen Vorsicht angebracht ist, ansonsten sich ein potenziell Pflichtiger mit einer verschwenderischen Lebensführung der Verwandtenunterstützung entledigen könnte; vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 15c; Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 4.

<sup>72</sup> So ausdrücklich BGE 59 II 410 S. 411 und 59 II 1 E. 3c S. 4 sowie Urteil 5C.209/1999 vom 6. Januar 2000, E. 5a; sinngemäss auch BGE 58 II 328 E. 2 S. 331; vgl. ZK-Egger (Fn. 70), N 34 zu [a]Art. 328 ZGB.

<sup>73</sup> In diese Richtung auch Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 4.

<sup>74</sup> E. 3.3, erster Absatz.

<sup>75</sup> E. 3.3, zweiter Absatz.

<sup>76</sup> Vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 15c und 16; Handkomm-Schwander (Fn. 8), ZGB 328, N 4 f.

<sup>77</sup> BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 16.

teilen; dem Belangten muss es ermöglicht werden, auch nach Eintritt eines Vorsorgefalls noch im Wohlstand zu leben<sup>78</sup>. Demgemäss hat der potenziell Pflichtige Anspruch auf einen sehr *umfassenden (aber nicht unbegrenzten) Vorsorgeschutz*.

#### 4. Schlussbemerkung

Das hier besprochene Urteil bildet in verschiedener Hinsicht einen *Meilenstein* im Verwandtenunterstützungsrecht. Nun bleibt nur noch zu hoffen, dass die kantonalen Sachgerichte bei der Beurteilung und vor allem auch die kommunalen Fürsorgebehörden beim Geltendmachen von Verwandtenunterstützungsansprüchen diesem höchstrichterlichen Entscheid künftig Rechnung tragen werden. Insbesondere Letztere sind in der Praxis gerne geneigt, sich bei Auseinandersetzungen mit potenziell Pflichtigen auf die Empfehlungen in den SKOS-Richtlinien zu berufen<sup>79</sup>. Diese Richtlinien berücksichtigen indessen (auch in der revidierten Fassung von 2005) gewisse Gesichtspunkte wie z.B. den Anspruch des Belangten auf Aufbau und Erhaltung eines umfassenden Vorsorgeschutzes nicht bzw. nicht genügend<sup>80</sup>. Sozialfürsorgebehörden sollten daher die Empfehlungen der SKOS bei der Geltendmachung von

Verwandtenunterstützungsansprüchen nur mit Zurückhaltung anwenden<sup>81</sup>.

Ein Wermutstropfen bleibt. In casu besteht das Vermögen des Beklagten praktisch ausschliesslich aus einer (vermieteten) Liegenschaft. Inwieweit sich das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz von einer in der Praxis weit verbreiteten Hemmung leiten liess, dem Pflichtigen keine (zusätzliche) hypothekarische Belastung einer Liegenschaft zuzumuten, lässt sich dem Urteil des Bundesgerichts nicht entnehmen. Das Bundesgericht selbst erklärt, dass hier eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Unterhaltspflichtigen, deren Vermögen nicht einseitig aus Immobilien bestehe, nicht vorliege<sup>82</sup>. Es lässt sich allerdings nicht ausschliessen, dass die Vorinstanz einen Vermögensverzehr als zumutbar erachtet hätte, wenn der Beklagte über Wertschriften oder Barvermögen verfügt hätte. Eine derartige Ungleichbehandlung zwischen Belangten mit Sachvermögen (Immobilien, Gemäldesammlungen, Jachten etc.) einerseits und mit Geldvermögen andererseits wäre indessen nicht angängig<sup>83</sup>. Man darf daher gespannt sein, wie sich die verwandtenunterstützungsrechtliche Lage präsentieren wird, wenn die Gerichte einmal einen vergleichbaren Fall eines Beklagten mit Geldvermögen zu beurteilen haben werden.

<sup>78</sup> Vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 16.

<sup>79</sup> Vgl. Widmer (Fn. 4), 179.

<sup>80</sup> Nicht explizit berücksichtigt werden Aufbau und Erhaltung der Vorsorge (SKOS-Richtlinien 2005, H.4-1 f.), jedoch spielt das Alter des Pflichtigen bei der Berechnung des anrechenbaren Vermögensverzehrs eine Rolle (a.a.O., H.4-1) und es werden gewisse Vorbehalte bei der Veräusserung von bestimmten Vermögenswerten angebracht (insb. bei Grundeigentum; a.a.O., F.4-3).

<sup>81</sup> BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 17 ff.; Vorbehalte äussert auch Widmer (Fn. 4), 177 f.; vgl. auch Hausheer/Brunner (Fn. 8), N 0722.

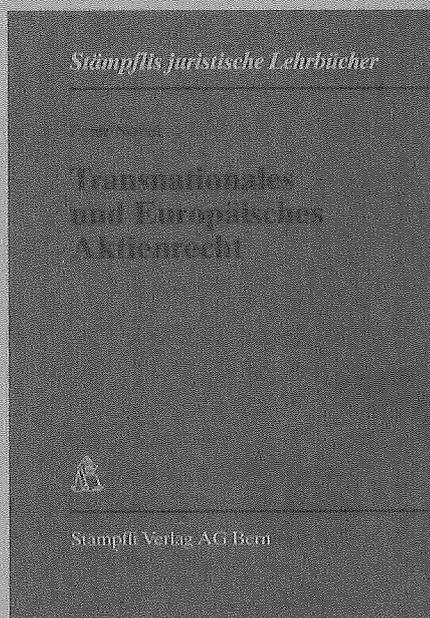
<sup>82</sup> E. 3.4 in fine.

<sup>83</sup> Vgl. BSK ZGB I-Th. Koller (Fn. 1), Art. 328/329 N 18.

Prof. Dr. Peter Nobel

## Transnationales und Europäisches Aktienrecht

Stämpflis juristische Lehrbücher SjL  
ca. 950 Seiten, broschiert,  
ca. CHF 228.-/€150.70  
ISBN 3-7272-0795-7



Ausgangspunkt ist der kapitalmarktinduzierte Harmonisierungsdruck in aktienrechtlichen Fragen. Einerseits nimmt die Internationalisierung der Verhältnisse und Strukturen zu, andererseits resultiert aus der Internationalität eine materielle Parallelisierung der Betrachtungsweisen und letztlich auch der rechtlichen Regeln. Heute bezeichnen wir als «Internationales Gesellschaftsrecht» ein reichhaltiges Gebiet, das nicht mehr nur die klassischen internationalprivatrechtlichen Fragen der Anknüpfung gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse umfasst. In einer Welt von grenzüberschreitend organisierten Konzernen kommt dem internationalen Konzernrecht, im völkerrechtlichen Rahmen auch dem Investitionsschutz, eine bedeutende Rolle zu. Mit Blick auf die Entwicklung in der EU ist die kapitalmarktrechtlich orientierte Gesellschaftsrechtsharmonisierung von enormer Bedeutung. Hier sind Fragen der Corporate Governance und der Transparenz, aber auch die Orientierung an internationalen Standards (etwa in der Rechnungslegung und der Revision) zentrale Anliegen. Dazu gehören auch Belange der Emission und sogar des Anteilhandels, die im Zuge der Entmaterialisierung der Wertpapiere in grenzüberschreitende Dimensionen vorstossen. Weitere europäische Neuerungen sind die Geburt einer Europäischen Aktiengesellschaft und die Verabschiedung der Übernahmerrichtlinie. Schliesslich sind auch die Berührungspunkte relevant, die sich für europäische Unternehmen im Kontakt mit dem US-Wertpapiermarkt ergeben können.

Zu beziehen bei:

**Buchstämpfli**

Versandbuchhandlung

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

3001 Bern

Telefon 031 300 66 77

Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

**Stämpfli**

Verlag AG

www.staempfliverlag.com

