

Dr. Christophe Herzig

## Kindesunterhalt versus freie Selbstverwirklichung

---

Der Beitrag befasst sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Kindes auf seinen Unterhalt und dem Recht des Unterhaltsschuldners auf freie Selbstverwirklichung in Form eines Berufswechsels oder einer Zweitausbildung. Dabei wird aufgezeigt, dass das Recht auf Kindesunterhalt vorgeht und bei der konkreten Unterhaltsfestsetzung gegebenenfalls von einem hypothetischen Einkommen auszugehen ist.

---

Rechtsgebiet(e): Familienrecht. Eherecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Christophe Herzig, Kindesunterhalt versus freie Selbstverwirklichung, in: Jusletter 1. Oktober 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Primat des Kindesunterhalts
  - A. Kindeswohl als oberste Maxime
  - B. Kindesunterhalt als Menschenrecht und höchstpersönliches Recht
  - C. Vernachlässigung von familiären Unterhaltspflichten
  - D. Festlegung des Kindesunterhalts
    1. Allgemeines
    2. Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners im Besonderen
      - a. Allgemeines
      - b. Einkommen im Besonderen
        - aa. Nettoeinkommen
        - bb. Hypothetisches Einkommen im Zusammenhang mit einem Berufswechsel oder einer Zweitausbildung
- III. Würdigung

## I. Einführung

[Rz 1] Die Zahl der Haushalte von alleinerziehenden Eltern mit Kindern unter 16 Jahren hat gemäss Bundesamt für Statistik zwischen 1970 und 2000 von rund 36'000 auf rund 90'000 um das Zweieinhalbfache zugenommen. Von den Alleinerziehenden sind mehr als vier Fünftel Frauen.<sup>1</sup>

[Rz 2] Während sich hauptsächlich der alleinerziehende Elternteil persönlich um das Kind kümmert, muss der andere Elternteil, der selber nicht mit dem Kind zusammenlebt, einen Beitrag in Geld an den Unterhalt des Kindes leisten. In diesem Zusammenhang kommt es gerade bei jungen Vätern (seltener auch bei Müttern), die einen Berufswechsel oder eine Zweitausbildung anvisieren, häufig zu einer Kollision zwischen ihrer Kindesunterhaltungspflicht und ihrem Recht auf Selbstverwirklichung.

[Rz 3] Dabei stellen sich insbesondere (junge) Väter des Öfteren auf den Standpunkt, dass sie aufgrund ihres angestrebten Berufswechsels oder einer Zweitausbildung nur noch tiefere oder gar keine Kinderalimente mehr zu bezahlen in der Lage und entsprechend die Unterhaltsbeiträge anzupassen seien.

[Rz 4] Deshalb stellt sich in diesen relativ häufig vorkommenden Konstellationen für die Gerichte und die Behörden die Frage nach der Rangordnung zwischen dem Recht auf Selbstverwirklichung – in Form der freien Berufswahl bzw. einer Zweitausbildung – des Unterhaltsverpflichteten einerseits und dem Recht des Kindes auf seinen Unterhalt andererseits.

## II. Primat des Kindesunterhalts

### A. Kindeswohl als oberste Maxime

[Rz 5] Die Schweizerische Bundesverfassung hält in Art. 11 Abs. 1 BV explizit fest, dass Kinder und Jugendliche

Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben. Kinder sollen sich in unserer Gesellschaft möglichst gut entwickeln, entfalten und so zu starken, neugierigen und offenen Persönlichkeiten heranwachsen können. Folglich hat das Kindeswohl sowohl dem Gesetzgeber als auch den rechtsanwendenden Behörden besonders am Herzen zu liegen. Das Kindeswohl ist für sie eine Maxime, die sie stets vor Augen haben müssen.<sup>2</sup>

[Rz 6] Das Bundesgericht hält in diesem Kontext fest, dass das Kindeswohl Verfassungsrang besitzt und in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn gilt.<sup>3</sup> Mithin ist das Kindeswohl als oberste Maxime auch für das Unterhaltsrecht massgebend.<sup>4</sup>

### B. Kindesunterhalt als Menschenrecht und höchstpersönliches Recht

[Rz 7] Die elterliche Unterhaltungspflicht ist als gesetzliche Wirkung des Kindesverhältnisses untrennbar mit der Person des Kindes und dessen Eltern verknüpft. Der Unterhaltsanspruch des Kindes ist von seinem Zweck her höchstpersönlicher Natur. Dieses höchstpersönliche Recht des Kindes gehört zu den Menschenrechten (vgl. Art. 6 und 27 UN-KRK<sup>5</sup>) und ist mehr als blosser Rechtspflicht. Vielmehr ist der Kindesunterhalt ein in der Natur des Menschen angelegtes Bedürfnis, das in einer zunehmend loser strukturierten Gesellschaft besonderen gesetzlichen Schutzes bedarf.<sup>6</sup>

### C. Vernachlässigung von familiären Unterhaltspflichten

[Rz 8] Gemäss Art. 217 Abs. 1 StGB wird, wer seine familienrechtlichen Unterhaltspflichten nicht erfüllt, obschon er über die entsprechenden Mittel verfügt oder verfügen könnte, auf Antrag, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

<sup>1</sup> Einsehbar unter: [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische\\_karten/gleichstellungsatlas/familien\\_und\\_haushaltsformen/einelternfamilien.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische_karten/gleichstellungsatlas/familien_und_haushaltsformen/einelternfamilien.html) (zuletzt besucht am 8. August 2012).

<sup>2</sup> HERZIG CHRISTOPHE, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg 2012, Zürich/Basel/Genf 2012 (AISUF, Bd. 318), N 1.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_376/2011 vom 13. September 2011 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_482/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 4.1.1; BGE 4C.178/2005 vom 20. Dezember 2005 E. 4.4.2; BGE 132 III 359 (373) E. 4.2.2; BGE 129 III 250 (255) E. 3.4.2; HERZIG, a.a.O., N 1; vgl. auch Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, UN-KRK, SR 0.107; Entscheidung des Obergerichts LU 3B 11 25 vom 15. Juli 2011 sowie 11 07 23 vom 27. März 2007 (E. 6.4.2); SCHWEIGHAUSER JONAS, Vorbemerkungen zu Art. 295–302 ZPO, N 3, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010.

<sup>4</sup> SCHWENZER INGEBORG, Kommentar zu Art. 125 ZGB, N 58, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 2. Aufl., Bern 2010 (nachfolgend zit. FamKomm/Autor).

<sup>5</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes, UN-KRK, SR 0.107.

<sup>6</sup> HERZIG, a.a.O., N 809; vgl. zur höchstpersönlicher Natur des Unterhaltsanspruchs auch HAUSHEER HEINZ/SPYCHER ANNETTE (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 06.02.

[Rz 9] Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung muss der Unterhaltspflichtige in einem Umfang einer entgeltlichen Tätigkeit nachgehen, welcher ihm die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten erlaubt. Gegebenenfalls hat er sogar seine Stelle oder seinen Beruf zu wechseln.<sup>7</sup> A fortiori kann es auch geboten sein, den Beruf nicht zu wechseln bzw. eine Zweitausbildung nicht zu absolvieren, damit der Unterhaltsschuldner seinen Verpflichtungen (weiterhin) nachkommen kann. Deshalb wird die freie berufliche Tätigkeit durch die Pflicht des Unterhaltsschuldners, für seine Familie aufzukommen, beschränkt.<sup>8</sup>

[Rz 10] Demgemäss kann sich der Unterhaltsschuldner auch strafbar machen, wenn er aus eigenem Entschluss darauf verzichtet, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen. Deshalb verlangt Art. 217 StGB vom Schuldner unter Strafandrohung, dass er alles unternimmt, was von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, um sich hinreichende Einnahmen zu verschaffen. Somit sind Alimentenschuldner generell verpflichtet, sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten das notwendige Geld zur Erfüllung der Kinderunterhaltsbeiträge zu beschaffen. Folglich muss der Schuldner gewisse Einschränkungen seiner Lebensführung in Kauf nehmen und sein Recht auf Selbstverwirklichung bzw. freie Berufswahl ist beschränkt.<sup>9</sup>

## D. Festlegung des Kindesunterhalts

### 1. Allgemeines

[Rz 11] Für die Unterhaltsfestsetzung ist vom einschlägigen Bundesprivatrecht als materielle Grundlage des familienrechtlichen Unterhaltes auszugehen, wobei der Kindesunterhalt auf Art. 276 ZGB basiert und sich nach Art. 285 ZGB bemisst.<sup>10</sup>

[Rz 12] Gemäss Art. 285 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und *Leistungsfähigkeit der Eltern* entsprechen.<sup>11</sup>

[Rz 13] Der Elternteil, der nicht mit dem Kind zusammenlebt, muss gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB grundsätzlich einen Beitrag in Geld an den Unterhalt des Kindes leisten.<sup>12</sup> Dabei muss sich das Kind gestützt auf Art. 276 Abs. 3 ZGB seinen Arbeitserwerb (Art. 323 Abs. 2 ZGB) oder andere Mittel – insbesondere Stipendien, Erträge des Kindesvermögens (Art. 319 Abs. 1 ZGB, nicht aber Art. 321 Abs. 1 ZGB) – an den Unterhalt anrechnen lassen, soweit dies zumutbar ist. Diese Ausnahmebestimmung ist jedoch aufgrund des Vorrangs der elterlichen Unterhaltspflicht restriktiv auszulegen und kommt lediglich zur Anwendung, wenn die wirtschaftliche Lage des Kindes deutlich besser ist als jene der Eltern und diese zudem ihr Existenzminimum nur knapp decken können.<sup>13</sup>

### 2. Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners im Besonderen

#### a. Allgemeines

[Rz 14] Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners bestimmt sich grundsätzlich nach seinem Einkommen einerseits und seinem Existenzbedarf andererseits.<sup>14</sup>

#### b. Einkommen im Besonderen

##### aa. Nettoeinkommen

[Rz 15] Das Einkommen des Unterhaltsverpflichteten setzt sich in erster Linie aus seinem Nettoerwerb zusammen.<sup>15</sup>

##### bb. Hypothetisches Einkommen im Zusammenhang mit einem Berufswechsel oder einer Zweitausbildung

[Rz 16] Falls der Unterhaltsschuldner es unterlässt, das ihm zumutbare Einkommen zu erwirtschaften, muss bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit vom hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, welches er durch Ausübung einer tragbaren Mehranstrengung real erzielen könnte.<sup>16</sup>

[Rz 17] Folgerichtig bleibt auch die mit einem freiwilligen Berufswechsel bzw. einer Zweitausbildung verbundene

<sup>7</sup> BGE 126 IV 131 (133) E. 3aa; BGE 114 IV 124 (124) E. 3b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6S.248/2004 vom 28. Oktober 2004 E. 3.2; TRECHSEL STEFAN/CHRISTENER-TRECHSEL CHARLOTTE, Kommentar zu Art. 217 StGB, N 13, in: Trechsel Stefan et al. (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2008; BOSSHARD THOMAS, Kommentar zu Art. 217 StGB, N 5, in: Wiprächtiger Hans/Niggli Marcel Alexander (Hrsg.), Strafrecht II, Basler Kommentar, Basel 2007 (nachfolgend zit. BaK/Autor).

<sup>8</sup> BGE 126 IV 131 (133) E. 3aa; BGE 114 IV 124 (124) E. 3b.

<sup>9</sup> BGE 126 IV 131 (134) E. 3cc.

<sup>10</sup> BGE 135 III 66 (70) E. 4; HAUSHEER/SPYCHER, N 06.01; vgl. allgemein zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kindesunterhalt HERZIG CHRISTOPHE/IMBACH SANDRA/JENNY TABEA, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht, in: Rumo-Jungo Alexandra/Foutoulakis Christiana/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Der neue Familienprozess, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 163 ff., N 265 ff. sowie AEBI-MÜLLER REGINA, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 13. August 2012, Rz 144 ff.

<sup>11</sup> BGE 137 III 118 (120) E. 2.3; BGE 135 III 66 (70) E. 4; ROELLI BRUNO/

MEULI-LEHNI ROSWITHA, Kommentar zu Art. 285 ZGB, N 1 ff., in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012; BREITSCHMID PETER, Kommentar zu Art. 285 StGB, N 3 ff., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2010 (nachfolgend zit. BaK/Autor).

<sup>12</sup> BGE 137 III 118 (120) E. 2.3.

<sup>13</sup> BaK/BREITSCHMID, Art. 285 StGB, N 28; HERZIG, a.a.O., N 626 und im Besonderen zum freien Kindesvermögen N 57 ff.

<sup>14</sup> FamKomm/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB, N 20.

<sup>15</sup> FamKomm/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB, N 21.

<sup>16</sup> BGE 137 III 118 (120) E. 2.3 und E. 3.1; BGE 128 III 4 (4) E. 4a; BGE 117 II 16 (17) E. 1; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2004 vom 22. April 2004 E. 2; vgl. auch FamKomm/WULLSCHLEGER, Art. 285 ZGB, N 26; MICHEL MARGOT, Kommentar zu Art. 285 ZGB, N 5, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Basel 2012; MEIER PHILIPPE/STETTNER MARTIN, Droit de la filiation, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009, N 982.

*Einkommenseinbusse* für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit *unbeachtlich*. So kann sich der Unterhaltsverpflichtete insbesondere nicht auf eine ausbildungsbedingte Leistungsunfähigkeit berufen, wenn die bisherige Ausbildung eine ausreichende Erwerbstätigkeit ermöglicht.<sup>17</sup> Das ist in diesem Zusammenhang schliesslich auch die logische Konsequenz der Beschränkung des Rechts auf Selbstverwirklichung bzw. freie Berufswahl.

[Rz 18] In diesem Kontext gilt es hervorzuheben, dass im Verhältnis zu minderjährige Kindern besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind.<sup>18</sup>

### III. Würdigung

[Rz 19] Art. 217 StGB gebietet, dass der Schuldner der Kinderalimente seinen angestammten Beruf nicht aufgibt und entsprechend weder eine Zweitausbildung noch einen Berufswechsel initiiert, falls er dadurch nicht mehr in bisheriger Art und Weise für den angemessenen Kindesunterhalt aufkommen kann. Deshalb macht er sich strafbar, wenn er aus eigenem Entschluss darauf verzichtet, seine Arbeitskraft im Rahmen des Zumutbaren optimal ökonomisch zu nutzen. Dem unterhaltsverpflichteten Elternteil ist es in der Regel ohne Weiteres zumutbar, seinen angestammten Beruf weiterhin auszuüben. Mithin ist aufgrund des *Primats des Rechts auf Kindesunterhalt* sein Recht auf Selbstverwirklichung – sei dies das Bedürfnis, eine Zweitausbildung zu absolvieren oder einen Berufswechsel anzustreben – beschränkt.

[Rz 20] Sollte sich der Unterhaltsschuldner dennoch entschliessen, seinen erlernten Beruf aufzugeben, um sich einer Zweitausbildung oder einem Berufswechsel widmen zu können, muss er seinem Kind weiterhin adäquate Unterhaltsbeiträge bezahlen, die auf seinem bisherigen Einkommen basieren. Ermöglicht nämlich die bisherige Ausbildung dem Schuldner der Kinderalimente eine ausreichende Erwerbstätigkeit, bleibt die mit einem freiwilligen Berufswechsel bzw. einer Zweitausbildung verbundene Einkommenseinbusse für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit unbeachtlich. Dies gilt umso mehr, wenn die Kinder noch minderjährig sind, da in einem solchen Fall besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind.

---

Dr. iur. Christophe Herzig, von 2008–2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht I an der Universität Freiburg i.Üe.; 2011 Gerichtsschreiber i.V. beim Regionalgericht Bern-Mittelland und seit 2012 Substitut bei Anliker Flückiger Lehmann, Bern; 2012 Promotion (Dr. iur.).

---

\* \* \*

---

<sup>17</sup> BeK/HEGNAUER, Art. 285 ZGB, N 56.

<sup>18</sup> BGE 137 III 118 (121) E. 3.1; BeK/HEGNAUER, Art. 285 ZGB, N 56 i.V.m. N 58.