

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 845 *Pasqualina Perrig-Chiello/Bina Knöpfli/Urs Gloor:*  
Späte Scheidungen: Fakten, Gründe und Auswirkungen
- 867 *Marianne Hammer-Feldges/Franziska Schnyder:* Trennung und  
Scheidung im Alter: Eine Wiederbelebung von Art. 117 ZGB?
- 884 *Myriam Grütter:* Der Vorsorgeausgleich nach der Pensionierung
- 909 *Christiana Fountoulakis/Adrien Gabellon:* Le régime des biens  
des partenaires enregistrés
- 933 *Daniel Steck:* Massnahmen von Gesetzes wegen für urteils-  
unfähige Personen: Vertretung durch den Ehegatten,  
die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner
- 960 *Marc Spescha:* Die familienbezogene Rechtsprechung im  
Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab August 2012  
bis Ende Juli 2013

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 999 Literatur – Littérature – Letteratura

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER  
MICHELLE COTTIER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

Margareta Baddeley  
Daniel Bähler  
Richard Barbey  
Katerina Baumann  
Peter Breitschmid  
Linus Cantieni  
Laura Cardia-Vonèche  
Jeanne DuBois  
Joseph Duss-von Werdt  
Roland Fankhauser  
Christiana Fountoulakis  
Elisabeth Freivogel  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Marianne Hammer-Feldges  
Monique Jametti Greiner  
Susanne Leuzinger-Naef  
Peter Liatowitsch  
Ueli Mäder  
Andrea Maihofer  
Alexandra Rumo-Jungo  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser  
Daniel Steck  
Thomas Sutter-Somm  
Rolf Vetterli



## IMPRESSUM

14. Jahrgang – Année – Anno; November – Novembre – Novembre 2013  
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811

**Herausgeberinnen** Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: [Ist.schwenzer@unibas.ch](mailto:Ist.schwenzer@unibas.ch)  
**Editrices**

**Editrici** Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: [Ist.buechler@rwi.uzh.ch](mailto:Ist.buechler@rwi.uzh.ch)

Ass.-Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: [Michelle.Cottier@unibas.ch](mailto:Michelle.Cottier@unibas.ch)

**Schriftleitung** Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: [aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch](mailto:aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch), [fampira-ius@unibas.ch](mailto:fampira-ius@unibas.ch)

**Redaktion** Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel Bähler, Oberrichter; Richard Barbey, juge cantonal; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid; Dr. iur. Linus Cantieni, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Kreis Bülach Süd; lic. phil. Laura Cardia-Vonèche, sociologue; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. phil. Joseph Duss-von Werdt; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; lic. iur. Elisabeth Freivogel, LL.M., Advokatin; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur. Monique Jametti Greiner, Vizedirektorin Bundesamt für Justiz; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; Prof. Dr. phil. Ueli Mäder, Soziologe; Prof. Dr. phil. Andrea Maihofer; Prof. Dr. iur. Alexandra Rumo-Jungo; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.

**Verlag** Stämpfli Verlag AG,  
**Editions** Wölflistrasse 1, Postfach 5662,  
**Edizioni** CH-3001 Bern  
Telefon: ++41 31 300 66 66

Telefax: ++41 31 300 66 88  
E-Mail: [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com)  
Internet: [www.staempfliverlag.ch](http://www.staempfliverlag.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift FamPra.ch vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal FamPra.ch. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

**Inserate** Stämpfli Publikationen AG,  
**Annonces** Inseratemanagement, Wölflistrasse 1,  
**Inserti** Postfach 8326, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 84  
Telefax: ++41 31 300 63 90  
E-Mail: [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

**Abonnemente** Stämpfli Publikationen AG,  
**Abonnements** Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1,  
**Abbonamenti** Postfach 8326, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 66 66  
Telefax: ++41 31 300 63 90  
E-Mail: [abonnemente@staempfli.com](mailto:abonnemente@staempfli.com)

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 378.– (Print und Online), Online Sfr. 299.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 75.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 384.–, Online Sfr. 299.–  
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8% MWSt.

---

**Adressen – Adresses – Indirizzi**

Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis  
 Université de Fribourg  
 Beauregard 11  
 1700 Freiburg

Adrien Gabellon,  
 MLaw  
 Tavernier Tschanz  
 11bis rue Toepffer  
 1206 Genf

Dr. iur. Urs Gloor  
 RechtsanwaltAdvokaturbüro Gloor & Partner  
 General Wille-Strasse 351  
 8706 Meilen

Myriam Grütter  
 Oberrichterin  
 Obergericht des Kantons Bern  
 Hochschulstrasse 17  
 3001 Bern

Marianne Hammer-Feldges, Rechtsanwältin  
 Fürsprecherin und Notarin  
 Anshelmstrasse 22  
 3005 Bern

Bina Knöppli, MA,  
 Universität Bern  
 Institut für Psychologie  
 Fabrikstrasse 8  
 3012 Bern

Prof. Dr. phil. Pasqualina Perrig-Chiello,  
 Universität Bern  
 Institut für Psychologie  
 Fabrikstrasse 8  
 3012 Bern

lic. iur. Franziska Schnyder  
 Fürsprecherin, Fachanwältin  
 Familienrecht SAV  
 Effingerstrasse 4a  
 3001 Bern

lic. iur. Marc Spescha  
 Rechtsanwalt  
 Langstrasse 4  
 8004 Zürich

Dr. iur. Daniel Steck  
 aOberrichter  
 Hasenweg 3  
 8606 Greifensee

Für die Übersetzungen:

deutsch/französisch  
 LT Lawtank GmbH  
 Juristische Dienstleistungen – Legal Services –  
 Services juridiques – Servizi giuridici  
 Laupenstrasse 4  
 PO Box 7049  
 3001 Bern  
 www.lawtank.ch  
 info@lawtank.ch

deutsch/italienisch, französisch/italienisch  
 Avv. Igor Bernasconi  
 Studio legale bernasconi  
 Via Ronchetto 5  
 6904 Lugano

---

Die Richtlinien für Textbeiträge  
 sind im Internet unter  
[www.fampra.ch](http://www.fampra.ch) einzusehen.

Les lignes directrices pour les  
 textes des collaborateurs exté-  
 rieurs peuvent être consultées  
 sur Internet à l'adresse  
[www.fampra.ch](http://www.fampra.ch).

La direttiva per i testi dei colla-  
 boratori esterni può essere con-  
 sultata su Internet all'indirizzo  
[www.fampra.ch](http://www.fampra.ch).

Für unaufgefordert eingesandte  
 Textbeiträge wird keine Verant-  
 wortung übernommen.

Nous n'assumons aucune res-  
 ponsabilité pour les textes  
 envoyés spontanément.

Non si assume alcuna respon-  
 sabilità per i testi inviati spon-  
 taneamente.

---

## **Trennung und Scheidung im Alter: Eine Wiederbelebung von Art. 117 ZGB?**

*Marianne Hammer-Feldges, Rechtsanwältin, Bern*

*Franziska Schnyder, Fürsprecherin, Fachanwältin Familienrecht SAV, Bern*

*Mitarbeit: Janine Müller, MLaw, Anwaltspraktikantin, Bern*

---

**Stichwörter:** *Ehescheidung, Ehetrennung, Eheschutzverfahren, formelle und materielle Rechtskraft, Gütertrennung, altrechtliche Güterverbindung, Begünstigungen und Verfügungsmöglichkeiten nach güterrechtlicher Auseinandersetzung, Auswirkungen auf Sozialversicherungs- und Steuerrecht.*

**Mots clefs:** *Divorce, séparation de corps, procédure de protection de l'union conjugale, force de chose jugée formelle et matérielle, séparation de biens, union des biens de l'ancien droit, libéralités et pouvoir de disposer après la liquidation du régime matrimonial, répercussions sur le droit des assurances sociales et le droit fiscal.*

---

### **I. Einleitung**

Die Lebenserwartung nimmt stetig zu und auch die gesundheitliche Verfassung im Alter bleibt immer länger gut.<sup>1</sup> Daraus hat sich ein historisch neuer Lebensabschnitt entwickelt, der nach Eintritt ins Pensionsalter nicht selten noch weitere 20 bis 30 Jahre dauern kann. Immer mehr ältere Menschen stellen dabei fest, dass sie nicht mehr Jahrzehnte bis zum Tod des Partners mit diesem zusammenleben möchten. Auch die Aufnahme verbindlicher neuer Paarbeziehungen älterer Menschen ist nicht mehr einfach «exzentrische Ausnahme, sondern ein immer häufigeres Phänomen».<sup>2</sup> Das hat Auswirkungen auf bestehende, langjährige Ehen.

Laut Statistik trennen sich immer mehr Paare nach einer langen Ehedauer oder lassen sich scheiden.<sup>3</sup> 1984 wurde im Durchschnitt nach 11,5 Ehejahren geschieden, 2009 war es nach 14,5 Ehejahren. 1981 liessen sich 1850 Paare nach über 20 Ehejahren scheiden, was 16,62% aller Scheidungen entspricht, 2011 waren es 4993 Paare oder 28,42% aller Scheidungen.<sup>4</sup>

---

1 Vgl. WANNER/SAUVAIN-DUGERDIL/GUILEY/HUSSY, Alter und Generationen, Das Leben in der Schweiz ab 50 Jahren, Neuenburg 2005, 63.

2 ZENZ, Autonomie und Familie im Alter – (k)ein Thema für die Familienrechtswissenschaft, FamPra.ch 2001, 201, 213 f.

3 Vgl. PERRIG-CHIELLO/KNÖPFLI/GLOOR in diesem Heft, 845 ff.

4 Vgl. Tabelle Scheidungen nach Ehedauer und zusammengefasste Scheidungsziffer, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/06/06.html> (30.06.2013).

Bei diesen Alterstrennungen bzw. -scheidungen muss oftmals auf andere Bedürfnisse Rücksicht genommen werden. Es handelt sich zumeist um Paare, die den grössten Teil ihres bisherigen Lebens miteinander verbracht und das Projekt Familie miteinander getragen haben. Diesen Paaren kann es wichtig sein, dass beide auch im Alter abgesichert bleiben. Sie wollen zwar eine dauerhafte Trennung, aber keinen clean break.<sup>5</sup> Das über lange Jahre gelebte und erarbeitete Familiensystem soll nicht (mehr) aufgelöst werden. Gleichzeitig sollen aber die Finanzen geregelt und sauber getrennt werden, die bei diesen Ehen eng verwoben sind. Dabei stellt sich die Frage, wie im Rahmen des geltenden Familienrechts auf diese Situation reagiert werden kann. Die Kombination aus dauerhafter – und nicht nur vorsorglicher – Trennung, ohne jedoch den letzten Schritt der Scheidung zu vollziehen, entspricht grundsätzlich der Ehetrennung gemäss Art. 117 ZGB.

## **II. Art. 117 ZGB als Modell für die dauerhafte Auflösung der Paarbeziehung ohne Auflösung der Ehe im Alter?**

Die Scheidungsrechtsrevision<sup>6</sup> hat die Ehetrennung als Institut beibehalten. Einerseits sollten die Ehegatten die Trennung wählen können, um eine (religiös verpönte) Scheidung zu vermeiden. In diesem Sinne war die Ehetrennung gemäss Art. 117 ZGB denn auch lange als «Katholikenscheidung» bekannt. Andererseits sollte es ausdrücklich auch betagten Eheleuten möglich sein, sich zu trennen, ohne ihre erb- und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche zu verlieren.<sup>7</sup> In der Folge sind aber verschiedene Kommentatoren von der Annahme ausgegangen, dass Art. 117 ZGB ein Überbleibsel ohne Relevanz bleiben werde.<sup>8</sup>

Führt die Trennung nach Art. 117 ZGB zu Recht ein Mauerblümchendasein oder könnte sie doch ein Instrument für die dargestellten spezifischen Interessen älterer Menschen sein? Ergeben sich mit der Ehetrennung möglicherweise Nebenefekte, die zwar nicht direkt angestrebt, aber durchaus erwünscht sind, an die bisher jedoch kaum gedacht wurde?

---

5 Obwohl viele dieser Ehegatten wieder eine neue Partnerin oder einen neuen Partner haben, bleibt die Eheschliessungsquote der über 60-jährigen mit 545 von 42 083 Trauungen (1,29%) doch relativ bescheiden; vgl. Tabelle Eheschliessende nach gegenseitigem Alter, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html> (30.06.2013).

6 Inkrafttreten 1. Januar 2000.

7 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15.11.1995, 94.

8 BaslerKomm/STECK, Art. 117 ZGB, N 2; VETTERLI, Scheidung im Alter, FS Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 239, 243, wo der Autor die Ehetrennung als ein historisches Relikt ohne praktischen Nutzen sieht.

### III. Die Ehetrennung nach Art. 117 ZGB

#### 1. Im Allgemeinen

Die Ehetrennung nach Art. 117 ZGB wird in aller Regel als gemeinsamer Antrag eingereicht. Wäre ein Ehegatte mit der Ehetrennung nicht einverstanden oder möchte eine Partei die Scheidung, so stünde auch die eheschutzrichterliche Regelung der Trennung offen.<sup>9</sup> In einer strittigen Situation dürfte mindestens eine Partei den vollständigen Bruch und damit nach Ablauf der Trennungszeit die Scheidung anstreben. Auch wenn sich die Ehegatten auf den Weiterbestand der Ehe verständigt haben, steht es selbstverständlich jeder Partei frei, die Trennungsklage bis zur Urteilsberatung in eine Scheidungsklage umzuwandeln<sup>10</sup> oder später noch die Scheidung zu verlangen.<sup>11</sup>

Die Bestimmungen über das Scheidungsverfahren sind für die Ehetrennung sinngemäss anwendbar.<sup>12</sup> Damit verweist das Gesetz auf das Verfahren entsprechend Art. 274 ff. ZPO, beziehungsweise Art. 111–115 ZGB. Die Ehegatten können die Trennung unter denselben Voraussetzungen wie die Scheidung verlangen.<sup>13</sup>

Mit der Ehetrennung tritt von Gesetzes wegen die Gütertrennung ein.<sup>14</sup> Im Übrigen finden die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen sinngemäss Anwendung.<sup>15</sup> Mit anderen Worten richtet sich die Ehetrennung nach Art. 117 ZGB formell nach der Scheidung, materiell sind dagegen die Eheschutzbestimmungen anwendbar. Es handelt sich also bei Art. 117 f. ZGB um einen Eheschutz im Kleid der Scheidung.

#### 2. Abgrenzung von Ehetrennung und Trennung im Eheschutzverfahren

##### a) Abänderung

Die Eheschutzmassnahmen sind nach Lehre und Rechtsprechung vorsorgliche Massnahmen<sup>16</sup> und werden entsprechend im Summarverfahren behandelt.<sup>17</sup> Eheschutzentscheide werden formell rechtskräftig, wenn kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht, erwachsen wegen ihres provisorischen Charakters aber gerade nicht in materielle Rechtskraft<sup>18</sup> bzw. nur in beschränkte materielle Rechts-

9 Art. 175 f. ZGB.

10 Art. 294 Abs. 2 ZPO.

11 Art. 117 Abs. 3 ZGB.

12 Art. 294 ZPO.

13 Art. 117 Abs. 1 ZGB.

14 Art. 118 Abs. 1 ZGB.

15 Art. 118 Abs. 2 ZGB.

16 Vgl. statt vieler HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010, N 09.74; BGE 133 III 393, 396 f.

17 Art. 172–179 ZGB i. V. m. Art. 271 Bst. a ZPO.

18 Und sind nicht berufungsfähig, BGE 133 III 393, 396; BGE 127 III 474, 477.

kraft.<sup>19</sup> Das Beweisverfahren ist abgekürzt, Tatsachen sind bloss glaubhaft zu machen.<sup>20</sup> Dagegen wird die Ehetrennung zufolge Art. 117 f. ZGB mit sämtlichen diesbezüglichen Konsequenzen im ordentlichen Verfahren durchgeführt.<sup>21</sup>

Das hat insbesondere Einfluss auf die Abänderbarkeit. Nach Art. 268 ZPO können vorsorgliche Massnahmen geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände geändert haben. Das entspricht dem Wortlaut von Art. 179 ZGB.<sup>22</sup> Obwohl es zur Abänderung des Eheschutzentscheides einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung der Verhältnisse bedarf, ist ein solcher Entscheid leichter abänderbar als ein im ordentlichen Verfahren ergangenes Urteil bzw. eine dem Urteil gleichgestellte gerichtlich genehmigte Vereinbarung. Die Abänderung des Eheschutzentscheides kann wegen falscher Würdigung des Sachverhaltes erfolgen – eine Konsequenz des abgekürzten Beweisverfahrens, das ein «verzerrtes Bild der Realität» zur Folge haben kann; im Ergebnis so etwas wie eine «erleichterte Revision».<sup>23</sup>

Eheschutzrichterliche Trennungen sind also im Gegensatz zur Trennung nach Art. 117 ZGB von der strengen Wirkung der materiellen Rechtskraft ausgenommen<sup>24</sup> und damit leichter abänderbar. Zudem fallen die getroffenen Massnahmen – mit Ausnahme vor allem der Gütertrennung und der Kindesschutzmassnahmen<sup>25</sup> – von Gesetzes wegen dahin, sobald die Parteien ihr Zusammenleben wieder aufnehmen.<sup>26</sup> Die auf Krisensituationen ausgerichtete eheschutzrichterliche Trennung ist dann nicht mehr adäquat.<sup>27</sup> Ein Ehetrennungsurteil ergeht hingegen im ordentlichen Verfahren und erwächst mit der formellen auch in materielle Rechtskraft. Der Entscheid kann vom Gericht nicht mehr widerrufen beziehungsweise ohne neuen Prozess, welcher von den Parteien angestrengt werden müsste, nicht abgeändert werden. Ziehen die Ehegatten nach einer Ehetrennung wieder zusammen, könnte erst eine Abänderungsklage die materiell rechtskräftigen Regelungen des Ehetrennungsentscheides aufheben. Die Ehe bleibt ohne Abänderung rechtlich getrennt, die Gütertrennung und auch die Unterhaltsregelung bleiben bestehen.

Zwar bleibt den nach Art. 117 ZGB getrennten Ehegatten jederzeit die Möglichkeit der Scheidung. Durch das ordentliche Verfahren erhält die Trennung aber mehr Gewicht als ein Eheschutzentscheid, der im Summarverfahren ergeht und wie der

---

19 Vgl. Kurzkomentar ZPO/OBERHAMMER, Art. 268 ZPO, N 1.

20 Vgl. Kurzkomentar ZPO/OBERHAMMER, Art. 268 ZPO, N 1.

21 Art. 294 ZPO mit Verweis auf Art. 274–293 ZPO.

22 Art. 179 Abs. 1 ZGB, 1. Halbsatz, vgl. aber unten.

23 FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 179 ZGB, N 3; BernerKomm/HASHEER/REUSSER/GEISER, Art. 179 ZGB, N 8a.

24 DIKE-Komm-ZPO/ZÜRCHER, Art. 268 ZPO, N 1 ff.; BGE 116 II 21, 23, E. 1; bestätigt in BGer, 20.09.2011, 5A\_417/2011, E. 1.2.

25 Sowie Verfügungsbeschränkungen und Schuldneranweisung, FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 179 ZGB, N 6.

26 Art. 179 Abs. 2 ZGB; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 179 ZGB, N 6.

27 BaslerKomm/HASENBÖHLER/OPEL, Art. 179 ZGB, N 11.

Name sagt, die Ehe und damit die Beziehung der Parteien schützen will. Die Parteien erleben sich nach der Trennung nach Art. 117 ZGB eher als «geschieden» denn als «verheiratet». Die güterrechtliche Auseinandersetzung ist zudem mit Blick auf eine spätere Scheidung oder den Todesfall eines Ehegatten materiell rechtskräftig vollzogen.

#### b) Güterrecht

Ein wesentlicher Unterschied im Verhältnis zum Eheschutz betrifft das Güterrecht. Während im Eheschutzverfahren die Gütertrennung nur dann angeordnet werden kann, wenn es den Umständen gemäss gerechtfertigt ist,<sup>28</sup> tritt mit der Ehetrennung von Gesetzes wegen Gütertrennung ein.<sup>29</sup> Sind sich die Parteien über die Aufteilung des ehelichen Vermögens einig, können in der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch Dispositionen zu Gunsten eines Ehegatten vereinbart werden. Es herrscht Verhandlungsgrundsatz,<sup>30</sup> das Gericht hat die Vereinbarung nur noch auf offensichtliche Unangemessenheit hin zu überprüfen.<sup>31</sup>

Für die Anordnung der Gütertrennung im Eheschutzverfahren sind konkrete Anhaltspunkte dafür gefordert, dass die Eheleute nicht mehr vernünftig miteinander wirtschaften können. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der eine Ehegatte anschickt, das gemeinsame Vermögen zu veräussern und damit die Errungenschaft zu vermindern.<sup>32</sup> Eine Vorverlegung der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf den Zeitpunkt der Trennung würde der gesetzlichen Regelung des Zeitpunktes der Auflösung des Güterstandes<sup>33</sup> zuwiderlaufen. Der finanziell besser gestellte Ehegatte

28 Vgl. der Vollständigkeit halber auch Art. 182 ff. ZGB für die Anordnung der Gütertrennung während des Zusammenlebens. Im Gegensatz zu dem dort geforderten wichtigen Grund braucht es bei getrennt lebenden Ehegatten nur einen rechtfertigenden Grund. In der Regel wird diese Voraussetzung immer erfüllt sein, da die Beendigung der Wohngemeinschaft als Anzeichen dafür gilt, dass auch die eheliche Wirtschaftsgemeinschaft ihren Sinn verloren haben könnte (BernerKomm/HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 176 ZGB, N 38). Oft wird eine Gütertrennung aber dennoch ohne Weiteres angeordnet, wenn ein Ehegatte die Scheidung anstrebt (OGer SO, SJZ 2001, 581 f.; OGer ZH, ZR 2001 (100), 80; OGer ZH, ZR 2004 (100), 3).

29 Art. 118 Abs. 1 ZGB.

30 Art. 277 Abs. 1 ZPO.

31 Art. 279 Abs. 1 ZPO.

32 Eine (unerwünschte) Vermögensverschiebung muss nicht unbedingt in böser Absicht erfolgen. Eine Altersdemenz oder eine Altersgutmütigkeit (Opfer von Enkeltrickdieben) kann sich auch (selbst-)schädigend auswirken. Vgl. zur Thematik NZZ Nr. 23, 29.01.2010, 15; TRACHSEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule, AJP 2013, 169. Vgl. zudem KGer SG, ZBJV 2002, 71 ff. und BGE 116 II 21, 29 ff., E. 5 für Beispiele, bei denen nicht mehr vernünftig miteinander gewirtschaftet werden konnte resp. wo das Interesse an einer Gütertrennung überwog, da ein Ehepartner zur eigenständigen Gestaltung seiner Zukunft Kapital benötigte.

33 Art. 204 Abs. 2 ZGB.

soll nicht einfach die Sparquote für sich behalten dürfen, nur weil er sich später scheiden lassen möchte.<sup>34</sup>

Die Anordnung der Gütertrennung ist eine eheschutzrichterliche Massnahme,<sup>35</sup> über die sich die Ehegatten in ihrer Vereinbarung einigen und die sie dem Gericht zur Genehmigung vorlegen können. Dem Eheschutzgericht ist es aber wie gesagt insbesondere verwehrt, die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen.<sup>36</sup> Die Parteien können jedoch im Hinblick auf eine spätere güterrechtliche Auseinandersetzung ein Inventar aufnehmen.<sup>37</sup> Sollten sich die Ehegatten über die Aufteilung des ehelichen Vermögens hingegen nicht einigen können und auch die Aufnahme eines Inventars nicht als zielführend erachten, so bleibt ihnen für eine vorgezogene güterrechtliche Auseinandersetzung mit Hilfe des Gerichtes keine andere Möglichkeit, als einen ordentlichen Prozess anzustrengen.<sup>38</sup>

Im Gegensatz dazu tritt bei der Ehetrennung die Gütertrennung von Gesetzes wegen ein und die güterrechtliche Auseinandersetzung wird im Ehetrennungsverfahren durchgeführt bzw. die betreffende Vereinbarung gerichtlich genehmigt. Nach langer Ehedauer und gemeinsamer Kasse sind die Finanzen der Parteien naturgemäss oft eng verwoben. Die Entflechtung und die dauerhafte Aufteilung der Vermögenswerte kann gerade, wenn im Alter keine nennenswerte Errungenschaft mehr hinzukommt, hilfreich sein.<sup>39</sup> Sollte es später doch zur Scheidung kommen, ist dieser Punkt schon geregelt. Die vollzogene Gütertrennung wird materiell rechtskräftig und zeitigt also mit Blick auf eine allfällige spätere Scheidung *res iudicata* Wirkung. So können etwa gemeinsame eheliche Liegenschaften per Urteil bzw. Urteilssurrogat zugeteilt werden. Entsprechendes lässt sich auch bei der Trennung im Eheschutzverfahren vollziehen, allerdings in einem öffentlich beurkundeten Ehevertrag.

#### c) Exkurs zur altrechtlichen Güterverbindung<sup>40</sup>

Unabhängig davon, ob die güterrechtliche Auseinandersetzung im Ehetrennungs-, im Scheidungs- oder in einem erbrechtlichen Verfahren erfolgt, bietet sie, wenn es sich um die Auseinandersetzung der altrechtlichen Güterverbindung handelt, regelmässig grössere Schwierigkeiten. Im Studium wird sie kaum gelehrt und in der Praxis kommt sie so selten vor, so dass vieles nicht mehr geläufig ist.

---

34 FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB, N 41.

35 Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

36 BGE 116 II 21, 24; bestätigt in BGer, 24.08.2012, 5A\_198/2012, E. 8.5.3.

37 Art. 195a ZGB.

38 BGE 116 II 21, 24; FamKomm Scheidung/VETTERLI, Art. 176 ZGB, N 43.

39 Vgl. auch unten III. 4. c).

40 Vgl. BernerKomm/LEMP, Art. 194–214 aZGB, Bern 1968.

## aa) Zum Übergangsrecht

Nach Art. 9e SchIT ZGB konnten die Ehegatten unter Güterverbindung bis spätestens 31.12.1988 durch Einreichung einer gemeinsamen schriftlichen Erklärung beim Güterrechtsregisteramt vereinbaren, die Güterverbindung beizubehalten. Art. 10b SchIT ZGB sieht ferner vor, dass Ehegatten, welche die Güterverbindung in einem Ehevertrag geändert hatten, durch Einreichung einer gemeinsamen Erklärung zum ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wechseln konnten.

## bb) Zur güterrechtlichen Auseinandersetzung

Die Gütermassen, bestehend aus dem Frauengut, aufgeteilt in Sondergut<sup>41</sup> und eingebrachtes Gut,<sup>42</sup> und aus dem Mannesgut, aufgeteilt in die Errungenschaft,<sup>43</sup> das eingebrachte Gut<sup>44</sup> und das Sondergut.<sup>45</sup> Das Sondergut der Ehefrau fällt nicht unter den Begriff des ehelichen Vermögens.<sup>46</sup> Ist nicht klar, welcher Gütermasse ein Vermögenswert angehört, so wird vermutet, er gehöre zum Mannesgut<sup>47</sup> und dort wiederum zum ehelichen Vermögen (Errungenschaft oder eingebrachtes Gut).<sup>48</sup>

Gegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung bildet ausschliesslich das eheliche Vermögen, d.h., das Sondergut wird vorab ausgeschieden. Die Auseinandersetzung erfolgt in drei Schritten: Zunächst erfolgt die Eigentumsausscheidung. Die noch vorhandenen eingebrachten Vermögenswerte der Frau erhält sie in natura zurück, der Rest bleibt Eigentum des Ehemannes,<sup>49</sup> wie erwähnt auch, was nicht als eingebrachtes Frauengut nachzuweisen ist.<sup>50</sup> Danach erfolgt die Aussonderung der

---

41 Art. 191 aZGB; Gegenstände zum ausschliesslichen persönlichen Gebrauch, Vermögenswerte des Frauenguts, mit denen die Ehefrau einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt, Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit.

42 Art. 195 Abs. 1 aZGB; Voreheliches Vermögen und alles, was der Ehefrau während der Ehe unentgeltlich zukommt.

43 Errungenschaft ist alles, was weder zum Sondergut noch zum eingebrachten Gut der Ehefrau oder des Ehemannes gehört (BernerKomm/LEMP, Art. 195 aZGB, N 44), d.h. u.a. Erträge aus eingebrachtem Gut, Arbeitserwerb des Ehemannes.

44 Alles, was dem Ehemann (sein Sondergut ausgenommen) zu Beginn des Güterstandes gehörte und während der Ehe unentgeltlich dazugekommen ist (BernerKomm/LEMP, Art. 195 aZGB, N 42).

45 Art. 191 Abs. 1 Ziff. 1 aZGB; Gegenstände zum ausschliesslichen persönlichen Gebrauch.

46 Art. 194 Abs. 2 aZGB; gemäss Lehre und Rechtsprechung dasjenige des Ehemannes auch nicht (BernerKomm/LEMP, Art. 194 aZGB, N 4).

47 Art. 196 Abs. 1 aZGB.

48 Art. 193 aZGB.

49 Bei *Scheidung* sind indessen möglichst die Verhältnisse wieder herzustellen, die bei der Heirat bestanden: Die gemäss Art. 201 Abs. 3 aZGB ins Eigentum des Ehemannes übergegangenen Vermögenswerte der Ehefrau kommen ihr wieder zu. Vgl. TUOR, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., Zürich 1968, 148.

50 Vgl. TUOR (Fn. 49), 192.

Gütermassen innerhalb des Mannesgutes in eingebrachtes Gut und Errungenschaft und schliesslich, nach Gegenüberstellung der Ersatzforderungen, die Teilung.<sup>51</sup>

Resultiert ein Vorschlag, so wird ein Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und zwei Drittel dem Ehemann oder seinen Erben zugewiesen.<sup>52</sup> Der Vorschlagsanteil der Ehefrau besteht in einer Geldforderung.

Resultiert ein Rückschlag, so trägt ihn allein der Ehemann oder seine Erben; die Ehefrau nur, wenn sie den Rückschlag nachweislich verursacht hat.<sup>53</sup>

### 3. Abgrenzung von Ehetrennung und Scheidung

Die Ehetrennung unterscheidet sich von der Scheidung betreffend Regelungsinhalt. Die Ehegatten bleiben weiterhin verheiratet, mit allen erbrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen.

Die Scheidung hebt als Auflösung des Ehestatuts das gesetzliche Erbrecht, den Pflichtteilsschutz des überlebenden Ehegatten und die – vor Rechtshängigkeit errichteten – Verfügungen von Todes wegen auf.<sup>54</sup> Auch die sozialversicherungsrechtliche Absicherung beider Ehegatten entfällt grundsätzlich. Diese mit dem Ehestatut verbundene Rechtsstellung und damit die Absicherung der Ehegatten bleibt bei der Ehetrennung aufrechterhalten und ermöglicht ihnen zudem, ihre adäquaten Verfügungen zu treffen (vgl. unten Ziffer 4).

Mit der Ehetrennung wird der eheliche Unterhaltsbeitrag nach Art. 163 ff. ZGB und nicht nach Art. 125 ZGB bestimmt. Allerdings sind auch die Kriterien zufolge Art. 125 Abs. 2 ZGB zu beachten, wenn eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens nicht mehr zu erwarten ist.<sup>55</sup> Bei älteren Ehepaaren im Rentenalter wird der in Art. 125 Abs. 1 ZGB vorgesehene Vorsorgeunterhalt regelmässig kein Thema mehr sein. Damit dürfte der eheliche Beitrag an den Unterhalt der wirtschaftlich schwächeren Partei regelmässig höher ausfallen als ein nahehelicher Unterhalt. Die eheliche Solidarität ist auch in finanziellen Belangen höher als die (abnehmende) naheheliche Solidarität.<sup>56</sup>

51 Vgl. TUOR (Fn. 49), 192.

52 Art. 214 Abs. 1 aZGB.

53 Art. 214 Abs. 2 aZGB.

54 Art. 120 Abs. 2 ZGB; wenn hingegen aus einer erbrechtlichen Verfügung klar hervorgeht, dass sie gerade im Hinblick auf die Scheidung errichtet wurde, so muss die Verfügung auch nach der Scheidung Bestand haben können, vgl. FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 120 ZGB, N 9. Vgl. auch Art. 130 ZGB: Grundsätzlich ist der naheheliche Unterhalt weder aktiv noch passiv vererblich. Allerdings steht es den Parteien frei, in der Scheidungskonvention eine passive Vererblichkeit zu vereinbaren. Vgl. dazu (insbesondere auch bezgl. Formvorschriften und Steuerfolgen) FANKHAUSER, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011, N 428 ff.

55 Vgl. Kurzkomentar ZPO/OBERHAMMER, Art. 163 ZPO, N 2.

56 Vgl. BRUDERMÜLLER, Die rechtsethische Begründung des nahehelichen Unterhalts, in: SCHWENZER/BÜCHLER, Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, 1 ff.

An die Voraussetzungen für die Abänderbarkeit eines ehelichen Unterhalts können nicht die gleichen Massstäbe gelegt werden wie an die Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente. Mit der Scheidung wird das Rechtsverhältnis Ehe definitiv aufgelöst. Die scheidungsrechtlichen Leistungen äussern sich folglich zu den Nachwirkungen der geschiedenen Ehe und wurden in einem ordentlichen Verfahren bereits unter Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen festgelegt.<sup>57</sup> Nach den bei der Ehetrennung anwendbaren Bestimmungen des Eheschutzrechtes ist daher im Gegensatz zur Regelung des nachehelichen Unterhaltes auch eine Erhöhung des Unterhaltes möglich.<sup>58</sup>

#### 4. Verfügungsmöglichkeiten nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung

Möchten sich die Parteien nach einer Ehetrennung und damit nach der Anordnung der Gütertrennung und der erfolgten güterrechtlichen Auseinandersetzung begünstigen und für das Alter absichern, stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Auf die wichtigsten wird im Folgenden kurz hingewiesen.<sup>59</sup>

##### a) Ehevertragliche Begünstigungen

Die Wahl eines andern Güterstandes widerspricht dem Institut der Ehetrennung, würde also, zumal die Gütertrennung von Gesetzes wegen gilt, die Aufhebung der Ehetrennung mittels Abänderungsverfahren bedingen.

##### b) Erbrechtliche Begünstigungen, Problematik der Fehlplanung

Mit der Ehetrennung wird die güterrechtliche Auseinandersetzung vollzogen. Die nach langen Ehejahren oft sowohl umfangreiche als auch komplexe güterrechtliche Auseinandersetzung ist damit bereits durchgeführt.<sup>60</sup> Im Todesfall ist lediglich noch die erbrechtliche, allenfalls noch eine gesellschaftsrechtliche Teilung vorzunehmen.

Je nach den Bedürfnissen der Parteien sind letztwillige Dispositionen angezeigt. Insbesondere bei Fortsetzungsfamilien ist eine präzise Analyse der faktischen und rechtlichen Verhältnisse unabdingbar, was regelmässig die Abfassung letztwilliger Verfügungen erfordern wird.

57 ZürcherKomm/BRÄM, Art. 179 ZGB, N 10a.

58 Von praktischer Bedeutung ist zudem, dass das Auskunftsrecht gem. Art. 170 ZGB bei der Trennung Bestand hat, bei der Scheidung aber dahinfällt.

59 Ausführlich dazu: AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Bern 2007.

60 Vgl. AEBI-MÜLLER, Güterrecht und Beweis – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, St. Galler Tagung zum Eherecht vom 01.12.2010; AEBI-MÜLLER/JETZER, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, AJP 2011, 287.

Werden Dispositionen in einem Erbvertrag getroffen, muss periodisch überprüft werden, ob diese den Gegebenheiten noch angepasst sind. Sinnvoll wäre es, im Vertrag eine Klausel aufzunehmen, gemäss der sich die Parteien verpflichten, die Angemessenheit der Lösung alle fünf Jahre überprüfen zu lassen.<sup>61</sup> Ein nicht gütlich lösbarer Konflikt der Parteien über die erbrechtliche Regelung liesse sich letztlich durch eine Scheidung beenden.

c) Begünstigung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden

aa) Begründung von gemeinschaftlichem Eigentum

Eine Ehetrennung hindert die Parteien nicht, an einem Vermögenswert Miteigentum zu begründen.<sup>62</sup> Beim Versterben eines Miteigentümers gelangt sein Eigentumsanteil in den Nachlass.

Daneben besteht die Möglichkeit eine Ehegattengesellschaft, in der Regel als einfache Gesellschaft und als Gesamteigentümer einer Liegenschaft, zu begründen oder weiterzuführen.<sup>63</sup> Im Gesellschaftsvertrag<sup>64</sup> sollte klar geregelt sein, was im Todesfall eines Gesellschafters geschieht: Wird die Gesellschaft nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR aufgelöst oder haben die Ehegatten eine qualifizierte Nachfolgeklausel (Akkreszenz) vorgesehen, wonach der andere Gesellschafter eintritt und damit die Liegenschaft zu Alleineigentum erwirbt? Im letzten Fall fällt der Eigentumsanteil des andern nicht in den Nachlass, sondern geht direkt auf den andern Gesamteigentümer über.<sup>65</sup>

bb) Schenkungen

Die Schenkung unter Ehegatten ist eine dauerhafte und wirkungsvolle Vermögensverschiebung. In den meisten Kantonen lösen Schenkungen unter Ehegatten keine Schenkungssteuern aus.<sup>66</sup>

61 Die extreme Bindungswirkung von Erbverträgen kann durch Klauseln gemildert werden, die unter definierten Voraussetzungen ein Zurückkommen auf den Vertrag vorsehen (vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 513 ZGB, N 6).

62 Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 59), Rz. 08.99.

63 Vgl. DIEHL, Die Fortführung der Grundstück-Ehegattengemeinschaft nach der Ehescheidung, FamPra.ch 2013, 428 ff. Entgegen den Ausführungen der Autorin sind die Autorinnen dieses Artikels der Ansicht, dass Eigentum zu gesamter Hand durchaus Vorteile hat: Die Anwacksklausel kann auch nach einer Scheidung oder Trennung explizit vereinbart bleiben, was beim Vorversterben eines Eigentümers zu einer beabsichtigten Vermögensverschiebung zum überlebenden Ehegatten führt.

64 Oft unterlassen es die Ehegatten leider, einen Gesellschaftsvertrag überhaupt abzuschliessen, so dass später notwendige Regelungen (wie insbesondere über die Finanzierung, über spätere Investitionen, usw.) fehlen.

65 Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 59), Rz. 08.120.

66 Vgl. zur Thematik Dossier Erbschafts- und Schenkungssteuern, Stand März 2013, herausgegeben von der Schweiz. Steuerkonferenz SSK, <http://www.estv.admin.ch/dokumentation/00079/00080/00736/index.html?lang=de> (10.07.2013).

Zu beachten sind einerseits die beschränkenden Pflichtteilsbestimmungen des Erbrechts, andererseits von Seiten des Schenkers das verletzte Vertrauen durch die nachträgliche Scheidungsklage des Beschenkten.<sup>67</sup>

d) Begünstigung von neuen Partnerinnen oder Partnern bzw. der Kinder

Nach erfolgter güterrechtlicher Auseinandersetzung kann aber auch die Begünstigung der eigenen (meist gemeinsamen) Kinder und, aufgrund der neuen Lebensverhältnisse, diejenige der neuen Partnerin oder des neuen Partners im Vordergrund stehen. Es konkurrieren verschiedene Interessen. Der Pflichtteilsschutz ist stets zu berücksichtigen.

aa) Verfügungen unter Lebenden

Zu den Möglichkeiten des gemeinschaftlichen Eigentums vgl. vorne.<sup>68</sup> Die Steuerfolgen bei Schenkungen zu Gunsten des Partners oder der Partnerin sind in vielen Kantonen heute gemildert worden.<sup>69</sup> Je nach Sachzusammenhang können die Vereinbarung von Unterhaltsbeiträgen an den Partner oder die Partnerin, die Abgeltung von Pflegearbeit und allenfalls der Abschluss eines Arbeitsvertrages sinnvoll sein.

Damit nach einer allfälligen Wiederverheiratung eine Familienliegenschaft in der ursprünglichen Familie bleibt, können Eigentümer einem gemeinsamen Kind das Grundstück in Anrechnung künftiger Erbschaft zu Eigentum übertragen und sich ein Nutzniessungsrecht einräumen.<sup>70</sup>

bb) Verfügungen von Todes wegen

Dispositionen in Testament und Erbvertrag werden die Bedingung enthalten, dass die Geltung den Bestand der Partnerschaft voraussetzt. Nach erfolgter Gütertrennung besteht der Nachlass des Ehegatten noch aus geteilter oder neu hinzugekommener Errungenschaft (zumeist Vermögenserträge) und aus dem Eigengut. Möglich ist die Zuweisung der freien Quote. Daneben erweisen sich Vermächtnisse zugunsten von Partner oder Partnerin als hilfreiches Instrument, wie auch der Erlass von Teilungsvorschriften, insbesondere betreffend den Hausrat<sup>71</sup> und betreffend die Liegenschaft, die bewohnt worden ist. Die kantonalen Erbschaftssteuern sind einzubeziehen; sie sind heute mehrheitlich ebenfalls herabgesetzt.<sup>72</sup>

67 Art. 249 ff. OR.

68 Vgl. III. 4. c) aa).

69 Vgl. [https://www.credit-suisse.com/ch/privatebanking/beratung/doc/erbrecht\\_steuertabelle\\_de.pdf](https://www.credit-suisse.com/ch/privatebanking/beratung/doc/erbrecht_steuertabelle_de.pdf) (19.08.2013).

70 Zu beachten sind dabei die Bestimmungen über die Anrechnungen des Nutzniessungsrechtes als Einkommen bei der Ausrichtung von Ergänzungsleistungen; Art. 11 Abs. 1 ELG i. V. m. Art. 12 ELV.

71 Vorsicht bezüglich des Interesses der Kinder an Gegenständen.

72 Eine beachtliche Anzahl der Kantone erhebt keine Erbschaftsteuer mehr, viele haben die Sätze herabgesetzt, vgl. Fn. 66 und 69.

## 5. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

### a) Alters- und Hinterlassenenversicherung

Haben beide Ehegatten einen Anspruch auf eine Altersrente, wird die Summe beider Renten auf maximal 150 Prozent des Höchstbetrags der Altersrente gekürzt.<sup>73</sup> Die Kürzung entfällt bei Ehepaaren, deren gemeinsamer Haushalt richterlich aufgehoben wurde.<sup>74</sup> Es spielt dabei keine Rolle, ob die Aufhebung im Eheschutz- oder im Ehetrennungsverfahren erfolgt ist.

Was gilt nun aber, wenn die Parteien wieder zusammenziehen? Kraft Gesetz fallen bekanntlich alle Massnahmen des Eheschutzes – mit Ausnahme der Gütertrennung und der Kindesschutzmassnahmen – bei Wiederaufnahme des Zusammenlebens dahin.<sup>75</sup> Der Eheschutz als vorsorgliche Massnahme hat seinen Zweck erfüllt, der Haushalt ist nicht mehr gerichtlich getrennt und die Renten unterstehen wiederum der Kürzung nach Art. 35 Abs. 1 AHVG.

Ziehen die Parteien hingegen nach einer Ehetrennung wieder zusammen, bleibt das Ehetrennungsurteil aufgrund der materiellen Rechtskraft bestehen. Bereits in der Botschaft wurde übersehen, dass die Ehetrennung gleichermassen Elemente der Scheidung als auch des Eheschutzes aufweist und dass Art. 179 Abs. 2 ZGB deshalb nicht ohne Weiteres analog angewendet werden kann.<sup>76</sup> Dies würde der materiellen Rechtskraft des Ehetrennungsurteils zuwiderlaufen. Vielmehr bleibt der eheliche Haushalt richterlich aufgehoben.<sup>77</sup> Ein nach Art. 117 ZGB getrenntes Ehepaar wird in dieser Hinsicht einem geschiedenen Paar gleichgestellt. Einer nach dem späteren Wiederzusammenziehen der getrennten Ehegatten verfügten Rentenkürzung fehlte daher die rechtliche Grundlage. Das Bundesamt für Sozialversicherung führt hingegen in seiner Wegleitung die Plafonierung bei Vorliegen einer Hausgemeinschaft wieder ein.<sup>78</sup> Bisher liegt keine höchstrichterliche Entscheidung darüber vor. Die Volkswahlinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» möchte bei der AHV die Plafonierung der Renten generell abschaffen.<sup>79</sup>

---

73 Art. 35 Abs. 1 AHVG. Zurzeit wird die maximale Vollrente beider Ehegatten von CHF 4680.00 pro Monat auf CHF 3510.00 gekürzt.

74 Art. 35 Abs. 2 AHVG; damit werden die Ehegatten Einzelpersonen und Konkubinatspaaren gleichgestellt (vgl. KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 35 AHVG, N 2).

75 Art. 179 Abs. 2 ZGB.

76 Eine zusätzliche Bestimmung, welche die Dauer der Ehetrennung regeln sollte, gab es nur im Vorentwurf. Der Botschaft ist zu entnehmen, dass sich eine solche Bestimmung im Hinblick auf die Privatautonomie der Parteien erübrige. Vgl. hierzu Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 7), 94.

77 Vgl. zur formellen und materiellen Rechtskraft Ziff. III. 2. hievor.

78 Bundesamt für Sozialversicherung, Wegleitung über die Renten (RWL) in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Version 7, Stand 01.01.2013, Rz. 5511, <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/75/lang:deu/category:23> (30.06.2013).

79 <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis404.html> (30.06.2013) und <http://www.familieninitiativen-cvp.ch/initiativen/heiratsstrafe-abschaffen/> (30.06.2013).

## b) Ergänzungsleistung

Wird beiden Ehegatten eine AHV-Rente oder einem Ehegatten eine AHV-Zusatzrente ausbezahlt, so hat bei gerichtlicher Trennung der Ehe jeder Ehegatte einen eigenen Anspruch auf Ergänzungsleistungen. Ehegatten, denen weder eine eigene noch ein Zusatzrente zusteht, haben bei Trennung der Ehe keinen Anspruch auf Ergänzungsleistungen.<sup>80</sup>

Mit der Ehetrennung entfällt demnach die Kürzung der anrechenbaren Auslagen für die Berechnung des Bedarfs der Ergänzungsleistung.<sup>81</sup>

Als getrennt gelten Ehegatten, wenn die Ehe gerichtlich getrennt ist. Ziehen die Parteien wieder zusammen, bleibt die Ehe kraft materieller Rechtskraft des Ehetrennungsurteils gerichtlich getrennt und die Eheleute wären sozialversicherungsrechtlich wie Konkubinatspaare zu behandeln.<sup>82</sup>

## c) Berufliche Vorsorge

### aa) Nachträgliche Scheidung und Vorsorgeausgleich nach Art. 124 ZGB<sup>83</sup>

Eine Ehetrennung hindert eine spätere Scheidung nicht. Erwähnenswert ist im vorliegenden Zusammenhang der Fall der Teilung der beruflichen Vorsorge von Ehepartnern, von denen die eine kurz vor der Pensionierung steht und das ganze in der Ehe erworbene Vorsorgekapital einzuwerfen hat, während die andere bereits lange pensioniert ist und nur noch den «Restwert» der Altersguthaben nach Art. 124 ZGB zu teilen hat.<sup>84</sup> Diese Konstellationen könnten mitunter zu einer stossenden Ungleichbehandlung führen. Diesbezüglich wird die Revision von Art. 124 ZGB Abhilfe schaffen müssen.<sup>85</sup>

### bb) Problematik der Rente der abgeschiedenen Witwe

Anspruchsvoraussetzung für eine Hinterlassenenrente eines Ehegatten nach der Scheidung ist nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 BVV2, dass die Ehe mindestens zehn Jahre gedauert hat und dem geschiedenen Ehegatten bei der Scheidung eine

80 Art. 9 Abs. 5 Bst. a ELG i. V. m. Art. 1 ELV.

81 Art. 1 Abs. 4 Bst. a ELV. Statt CHF 28815.00 für den allgemeinen Lebensbedarf für beide Ehegatten, steht jedem je CHF 19210.00 zur Verfügung.

82 Vgl. hierzu aber erneut Fn. 78.

83 Vgl. dazu GRÜTTER in diesem Heft, 884 ff.

84 Die Guthaben bei der beruflichen Vorsorge nehmen mit zunehmendem Alter ab (Kapitalverzehr). Daher ist mit fortgeschrittenem Alter immer weniger nach Art. 124 ZGB zu teilen, vgl. GRÜTTER; Vorsorgeausgleich durch Entschädigung im Alter und bei Invalidität, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, Zürich 2010, 169 ff.

85 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung), [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_vorsorgeausgleich.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_vorsorgeausgleich.html) (20.08.2013).

Unterhaltsrente oder ein Kapitalanspruch für eine lebenslängliche Rente im Sinne von Art. 125 ZGB zugesprochen worden ist.<sup>86</sup> Allerdings sind nur die Leistungen im Obligatorium geschuldet, was für den geschiedenen Witwer respektive für die geschiedene Witwe eine erhebliche finanzielle Einbusse zur Folge hat.<sup>87</sup> – Eine als Rente ausgestaltete Entschädigung nach Art. 124 ZGB führt nicht zu einem Ersatz durch eine Hinterlassenenrente.<sup>88</sup> Mit einer Ehetrennung bleiben die Parteien gerade zivilstandsrechtlich verheiratet, womit die Hinterlassenenrente gesichert ist. Dies wiederum führt zu einer entscheidenden finanziellen Altersabsicherung und gereicht vor allem älteren Personen zum Vorteil. Diese Art der Absicherung wäre im Falle der Scheidung nicht mehr denkbar.

#### d) Gebundene Selbstvorsorge

Es gibt verschiedene Formen der gebundenen Selbstvorsorge: die reine Sparvorsorge, die reine Risikoversicherung oder eine Kombination beider Elemente.<sup>89</sup> Allen Formen ist gemeinsam, dass sie steuerlich privilegiert sind.<sup>90</sup>

Die gebundene Selbstvorsorge setzt einerseits Erwerbstätigkeit voraus und andererseits, dass der Vorsorgenehmer das AHV-Alter noch nicht erreicht hat.<sup>91</sup> Von Bedeutung ist hier die Begünstigtenordnung nach Art. 2 BVV3, wonach die Witwe oder der Witwer den Nachkommen vorgeht; die Nachkommen sind lediglich dann anspruchsberechtigt, wenn es keinen überlebenden Ehegatten gibt. Für die geschiedene Witwe bzw. den Witwer ist der Anspruch durch die feste Begünstigtenordnung beschränkt und setzt zudem eine erhebliche Unterstützung durch Erblasser oder Erblasserin voraus.<sup>92</sup> – Auch in dieser Konstellation eine Besserstellung des getrennten gegenüber dem geschiedenen Ehegatten.

86 Art. 19 Abs. 3 BVG; Art. 20 BVV2; seit BGer, 06.09.2011, 9C\_35/2011 berechtigt auch eine zeitlich beschränkte Unterhaltsrente zu einer (Geschiedenen-)Witwenrente, wenn sie zur Zeit des Todes des Unterhaltsschuldners noch geleistet werden musste.

87 Vgl. RUMO-JUNGO, Berufliche Vorsorge bei Scheidung: alte Probleme und neue Perspektiven, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, Zürich 2010, 34 ff. Zur Besserstellung der geschiedenen Witwe gemäss der BVG-Revision vgl. Fn. 85.

88 Vgl. GEISER, Revisionsbedarf beim Vorsorgeausgleich, FS Bucher, Zürich 2009, 186 f.; GRÜTTER/GEISER, Reformbedarf in der zweiten und dritten Säule, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Scheidungsrecht. Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Zürich 2008, 67, 70.

89 Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 59), Rz. 09.37.

90 Art. 82 BVG.

91 Ausnahmsweise und bei Fortsetzung der Erwerbstätigkeit längstens bis fünf Jahre danach, Art. 7 Abs. 3 BVV3.

92 Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 59), Rz. 09.40 ff.; Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 BVV3.

## 6. Steuerrechtliche Aspekte

### a) Einkommensteuern

Die gemeinschaftliche Ehegattenbesteuerung setzt voraus, dass die Ehe rechtlich *und* tatsächlich ungetrennt ist.<sup>93</sup> Die Einkommen der Ehegatten werden unabhängig von ihrem Güterstand für die Ermittlung des steuerbaren Einkommens zusammengezählt.<sup>94</sup> Leben die Ehegatten tatsächlich *oder* rechtlich getrennt, unterliegen sie der Individualbesteuerung. Wenn die Parteien nach einem Eheschutzentscheid wieder zusammenziehen, entfällt die Individualbesteuerung. Sie sind dann weder tatsächlich noch rechtlich getrennt.

Durch die materielle Rechtskraft des Ehetrennungsurteils bleiben die Parteien nach einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts dagegen rechtlich getrennt und unterstehen weiterhin gestützt auf Art. 9 DBG der Individualbesteuerung.<sup>95</sup> Rechtlich müsste folglich die sog. Heiratsstrafe<sup>96</sup> in den seltenen Fällen von wieder zusammenlebenden und gemäss Art. 117 ZGB getrennten Ehegatten entfallen.<sup>97</sup> Dies selbstredend unter Vorbehalt des Sachverhaltes einer Gesetzesumgehung.

### b) Besteuerung der Unterhaltsbeiträge

Unterhaltsbeiträge, die eine steuerpflichtige Person anlässlich einer Scheidung, einer gerichtlicher Trennung oder eines Eheschutzentscheides erhält, sind steuerbar.<sup>98</sup> In Kantonen, die eine Flat-Tax<sup>99</sup> kennen, führen diese Beträge zu einer anderen (i. e. tieferen) Steuerbelastung als in Progressionskantonen,<sup>100</sup> in welchen die erhaltenen Unterhaltsbeiträge bei älteren Steuerpflichtigen, die wenig Sozialabzüge geltend machen können, höhere Steuerfolgen auslösen. Diesen Steuerfolgen, wie im Übrigen auch der möglichen steuerlichen Auswirkung des Trennungszeitpunktes, ist bei der Unterhaltsregelung Rechnung zu tragen.<sup>101</sup>

Allerdings steht fest, dass die Rechtsgrundlage der Unterhaltsbeiträge, ob zufolge Trennung oder Scheidung zu leisten, an der Besteuerung nichts ändert.

93 Handkommentar zum DBG/RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 9 DBG, N 12.

94 Art. 9 DBG resp. entsprechende kantonale Steuergesetze (z. B. Art. 10 BE-StG; § 9 BS-StG; Art. 20 SG-StG; § 7 ZH-StG).

95 Handkommentar zum DBG/RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 9 DBG, N 15.

96 Obwohl der Bundesrat die Initiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» zur Annahme empfiehlt, dürfte das Projekt doch noch längere Zeit auf seine Umsetzung warten. Im Vernehmlassungsverfahren wurde die Vorlage zur Abschaffung der Heiratsstrafe von den Interessenvertretern zerzaust. Das Projekt ist vorläufig sistiert (vgl. <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=de&msg-id=49028> Medienmitteilung vom 29.05.2013).

97 Dies selbstredend unter Vorbehalt des Sachverhaltes der Gesetzesumgehung.

98 Art. 23 Bst. f. DBG (resp. Art. 28 Bst. f. BE-StG).

99 Z. B. Basel-Land und Basel-Stadt.

100 Z. B. Bern.

101 Vgl. BÄHLER, Unterhalt bei Trennung und direkte Steuern, ZBJV 2002, 16 ff.

#### IV. Fazit

Die schon fast in Vergessenheit geratene Ehetrennung nach Art. 117 ZGB birgt insbesondere für ältere Ehepaare einige Vorteile in sich:

Aufgrund verschiedener Dispositionsmöglichkeiten können sich die Ehegatten auch nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung begünstigen und damit im Alter finanziell absichern, ohne das gemeinsame Leben weiterzuführen.

Beim Tode eines Ehegatten nach der Ehetrennung ist die Bestimmung des Nachlasses auch nach langer Ehe dank der bereits vorweggenommenen güterrechtlichen Auseinandersetzung wesentlich vereinfacht.

Durch die Fortführung der Ehe bleiben nebst dem ehelichen Unterhaltsrecht auch die sozialversicherungsrechtliche und die erbrechtliche Rechtsstellung der Ehegatten bestehen.

Die Regelung des Getrenntlebens durch ein Ehetrennungsurteil hat zufolge seiner materiellen Rechtskraft eine höhere Beständigkeit als ein Eheschutzentscheid.

Schliesslich bleibt mit der Ehetrennung nach Art. 117 ZGB der Institutsgedanke der Ehe erhalten. Gerade Personen, für die eine Scheidung nach langer Ehezeit nicht in Frage kommt,<sup>102</sup> können so eine für sie passende, einvernehmliche Lösung finden. Auch die Interessen eines neuen Partners bzw. einer neuen Partnerin lassen sich einbeziehen.

Damit wird gerade den Bedürfnissen älterer Ehegatten, die eine gütliche Einigung anstreben, Rechnung getragen.

---

**Zusammenfassung:** *Mit der gestiegenen Lebenserwartung ist von einem neuen Lebensabschnitt mit neuen rechtlichen Anforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten auszugehen. Älteren Ehegatten, die zwar nicht mehr zusammen leben, sich aber aus unterschiedlichen Beweggründen nicht scheiden lassen möchten, steht die Möglichkeit offen, einvernehmlich eine Ehetrennung durchzuführen. Letztere wird mit den Möglichkeiten der Trennung im Eheschutzverfahren und der Scheidung verglichen. Die Ehetrennung gemäss Art. 117 ZGB birgt für die Ehegatten aufgrund der direkt angeordneten Gütertrennung den Vorteil, ihre finanziellen Verflechtungen aufzuheben, nicht aber auf erbrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Absicherungen verzichten zu müssen. Als formell und materiell rechtskräftiges Urteil ist das Trennungsurteil von höherer Beständigkeit als ein Eheschutzentscheid. Die Trennung wird von den Ehegatten als definitiv empfunden und ist damit besser als Alternative zur Scheidung geeignet.*

---

<sup>102</sup> Auch religiöse oder kulturelle Gründe kommen in Frage oder die persönliche Überzeugung, die Ehe «in guten wie auch in schlechten Zeiten» aufrechterhalten zu wollen; Personen auch, denen die Auffassung von der Ehe als (kündbarer) Vertrag völlig fremd ist.

**Résumé:** *Avec l'allongement de l'espérance de vie, on peut parler de l'émergence d'une nouvelle tranche de vie avec son lot de nouvelles exigences juridiques et de possibilités d'aménagement. Les époux d'un certain âge qui, même s'ils ne vivent plus ensemble, ne souhaitent pas divorcer, pour toutes sortes de raisons, ont la possibilité de se séparer d'un commun accord. Cette possibilité est comparée à la séparation dans le cadre de la procédure de protection de l'union conjugale et au divorce. La séparation de corps selon l'art. 117 CC présente, pour les époux, l'avantage de supprimer leurs liens financiers, en raison de la séparation de biens qui est directement prononcée, sans toutefois que ceux-ci ne doivent renoncer à la protection offerte par le droit des successions et le droit des assurances sociales. Le jugement de séparation de corps, en tant que jugement pourvu de la force de chose jugée formelle et matérielle, offre une plus grande stabilité qu'une décision de protection de l'union conjugale. Les époux perçoivent la séparation comme étant définitive, ce qui en fait une meilleure alternative au divorce.*

---