

## Aktuelles aus dem Zivilrecht

In dieser Ausgabe des LEXpress Zivilrecht wollen wir Ihnen einige aktuelle Themen aus verschiedenen Bereichen des Zivilrechts – neue gesetzliche Regelungen und aktuelle Gerichtsentscheide – vorstellen.

Vorab sind im Bereich des Familienrechts am 1. Januar 2017 Änderungen in Kraft getreten. Neu eingeführt wurde der sogenannte Betreuungsunterhalt. Er steht den Kindern zu, deren Eltern sich getrennt haben. Voraussetzung ist, dass ein Elternteil die Kinder persönlich betreut und deshalb nicht mit einem vollen Arbeitspensum erwerbstätig ist.

Neue Bestimmungen gelten seit diesem Jahr auch für die Aufteilung der Vorsorgeguthaben von Ehegatten bei der Scheidung. Die Regelungen für die Aufteilung der Guthaben bei den Pensionskassen und Freizügigkeitseinrichtungen sind angepasst und flexibler ausgestaltet worden.

In einem neuen Leitentscheid aus dem Bereich des Arbeitsrechts hat das Bundesgericht im Dezember 2016 die fristlose Entlassung eines wegen Krankheit zu 100 % arbeitsunfähigen Arbeitnehmers geschützt, weil dieser die Arbeitgeberin nicht rechtzeitig über seine Abwesenheit informiert hatte.

Wir hoffen, Ihr Interesse geweckt zu haben und wünschen Ihnen bei der Lektüre viel Spass.



## Betreuungsunterhalt

Solange Eltern als Ehepaar oder im Konkubinat zusammen leben, einigen sie sich in aller Regel bilateral über die Betreuung, die Erziehung und die Bezahlung der Kosten ihrer Kinder. Unterhaltsbeiträge sind in dieser Zeit deshalb grundsätzlich nicht zu bezahlen. Sie kommen nach der Trennung der Eltern zum Tragen.

### Bisheriges Recht

Trennen sich (verheiratete oder nicht verheiratete) Eltern, war schon bisher zu regeln, wann sich die Kinder bei welchem Elternteil aufhalten und wer ihre Kosten trägt. Es war festzulegen, wer die Kinderkosten bezahlt und in welchem Umfang der andere Elternteil sich mit Unterhaltsbeiträgen (Kinderalimenen) daran beteiligt.

Bei der Trennung von verheirateten Eltern war zusätzlich zum Kinderunterhalt zu klären, ob bzw. in welcher Höhe ein Ehegatte dem anderen persönlichen Unterhalt bezahlen muss (Ehegattenunterhalt). Dies z. B. als Ausgleich dafür, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte (in der Regel die Ehefrau und Mutter) wegen der Betreuung der Kinder nicht oder nicht voll berufstätig ist und entsprechend nicht genügend eigene Erwerbseinkünfte erzielt, um ihren Lebensunterhalt finanzieren zu können (vgl. Art. 125 ZGB).

Trennte sich ein Konkubinatspaar, waren nur die Kinderalimenen zu regeln. Einen Ausgleich für die persönliche Betreuung der Kinder durch einen Elternteil kannte das alte Recht nicht. Das hatte zur Folge, dass nicht verheiratete, getrennt lebende Mütter regelmässig (voll) erwerbstätig sein mussten, um ihre eigenen Lebenskosten decken zu können. Sie konnten es sich finanziell nicht «leisten», nicht oder nur mit einem reduzierten Pensum erwerbstätig zu sein, um die Kinder persönlich zu betreuen. In diesem Punkt waren die Kinder von Eltern, die nie verheiratet waren, schlechter gestellt als die Kinder von geschiedenen Eltern. Mit dem Betreuungsunterhalt hat der Gesetzgeber diese Ungleichbehandlung beseitigt und den Kinderunterhalt unabhängig vom Zivilstand der Eltern ausgestaltet.

### Neues Recht

Der neue Gesetzestext schreibt vor, dass der Kinderunterhalt auch der Gewährleistung der Betreuung der Kinder durch die Eltern oder durch Dritte dient (vgl. Art. 285 Abs. 2 ZGB).

Für die Kosten der Fremdbetreuung (Krippe, Tagesschule, Mittagstisch usw.) ergeben sich keine Änderungen. Sie stellen effektive Kosten der Kinder dar, an denen sich beide Elternteile beteiligen müssen. Der Ausgleich erfolgt über die Unterhaltszahlungen.

Die Änderung betrifft die persönliche Betreuung der Kinder durch einen Elternteil, sofern diese ein reduziertes Arbeits-

pensum und eine Erwerbseinbusse zur Folge hat. Mit dem Betreuungsunterhalt werden die Kosten der Eigenbetreuung abgegolten. Der Betreuungsunterhalt steht den Kindern zu, nicht dem Elternteil, der sie betreut.

Zur Berechnung des Betreuungsunterhalts macht der Gesetzgeber kaum Vorgaben. Er überlässt es vielmehr und ausdrücklich der Praxis und den Gerichten, angemessene Lösungen zu finden. Derzeit wird heftig über die Berechnung des Betreuungsunterhalts diskutiert und gestritten. Verschiedene Berechnungsmethoden stehen im Raum:

- Nach einer Berechnungsmethode sind die Betreuungskosten und der Betreuungsunterhalt gestützt auf Pauschalbeträge festzusetzen. Sie geht davon aus, dass die Betreuungskosten im Monat z. B. CHF 3'200 betragen, wenn der Elternteil nicht erwerbstätig ist und die Kinder zu 100 % persönlich betreut. Ist der Elternteil mit einem Pensum von 50% erwerbstätig, betragen die Betreuungskosten entsprechend CHF 1'600 pro Monat (50% von CHF 3'200). Die Höhe der effektiven Lebenshaltungskosten und der effektiven Einkünfte des Elternteils spielen bei dieser Methode keine Rolle.
- Eine andere Methode sieht vor, dass die effektiven Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils erhoben werden. Davon ist der Anteil der Eigenbetreuung zu entschädigen. Betragen die Lebenshaltungskosten der betreuenden Mutter z. B. CHF 4'000 pro Monat, und betreut sie die Kinder zu 100% selber, stellen diese Kosten den Betreuungsunterhalt dar. Ist die Mutter zu 50% erwerbstätig, reduziert sich der Betreuungsunterhalt um die Hälfte auf CHF 2'000.

Bei der Bestimmung der Höhe ihres Arbeitspensums sind die Elternteile mit der Obhut über die Kinder nicht frei. Von ihnen wird verlangt, dass sie ihr Pensum mit zunehmendem Alter der Kinder sukzessive ausbauen und bis auf 100% erhöhen. Bisher galt verbreitet die sog. 10/16-Regel. Sie sieht vor, dass es einer Mutter zumutbar ist, mit einem 50%-Pensum erwerbstätig zu sein, sobald das jüngste Kind 10 Jahre alt ist. Voll berufstätig soll sie sein, sobald das jüngste Kind das 16. Altersjahr erreicht hat. Neu wird argumentiert, dass sich der Umfang der Erwerbstätigkeit der Mutter nicht nach dem Alter der Kinder, sondern nach ihrer Schulstufe zu richten hat. So soll ein Erwerbspensum von 40–50% zumutbar sein, wenn das jüngste Kind in die Primarschule eintritt. Mit seinem Übertritt in die Oberstufe soll die Mutter das Erwerbspensum auf 100% erhöhen.

### Auswirkungen auf hängige Trennungen und Scheidungen

Der neue Betreuungsunterhalt hat zur Folge, dass bei laufenden Trennungen und Scheidungen höhere Unterhaltsbeiträge für die Kinder und tiefere Unterhaltsbeiträge für den Ehegatten festgesetzt werden. Es wird eine Verschiebung vom Ehegattenunterhalt zum Kindesunterhalt geben. Im Total werden die monatlichen Unterhaltszahlungen in etwa gleich hoch sein wie unter dem alten Recht.

Trennen sich Eltern, die nicht verheiratet waren, kann der Betreuungsunterhalt zu erheblich höheren Kinderalimenten führen. Für die Zeit bis zur vollen Erwerbstätigkeit der Mütter werden zahlreiche Väter ihren Kindern mit dem Betreuungsunterhalt höhere Unterhaltsbeiträge bezahlen müssen als nach bisherigem Recht.

### **Auswirkungen auf frühere Trennungen und Scheidungen**

Für die meisten geschiedenen Eltern und ihre Kinder wird trotz der neuen gesetzlichen Regelungen das bestehende Scheidungsurteil weitergelten. Sieht dieses Unterhaltsbeiträge für die Kinder und die geschiedene Ehefrau vor, ist es nur anzupassen, wenn sich die Verhältnisse seit der Scheidung erheblich verändert haben (vgl. Art. 13c SchlT ZGB).

Waren die Eltern nicht verheiratet, kann eine Anpassung der geltenden Kinderunterhaltsbeiträge und eine Festlegung des Betreuungsunterhalts verlangt werden. Dies kann zu einer Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge führen.

### **Schlussfolgerungen**

Im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt und seiner Berechnung sind derzeit verschiedene wichtige Fragen offen und umstritten. Es wird noch etwas dauern, bis die ersten Gerichtsurteile dazu vorliegen und Leitplanken für die Praxis vorgeben.

Aber auch bis dahin können sich die getrennt lebenden Eltern über den Betreuungsunterhalt einigen. Es empfiehlt sich, eine einvernehmliche Lösung anzustreben und nur dann vor Gericht zu ziehen, wenn die Auffassungen der Eltern zu stark voneinander abweichen und eine Einigung nicht möglich ist.

## **Teilung der Vorsorgeguthaben bei der Scheidung**

Für die Aufteilung der Vorsorgegelder (Guthaben bei den Pensionskassen und Freizügigkeitseinrichtungen) gelten die folgenden Grundsätze:

- Die Guthaben, welche die Ehegatten während der Ehe geäuft haben, werden hälftig geteilt.
- Von der hälftigen Teilung ausgenommen sind die Einkäufe, die ein Ehegatte aus seinem Eigengut getätigt hat.
- Geteilt werden die bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens gebildeten Guthaben (bisher erfolgte die Teilung auf den Zeitpunkt des Scheidungsurteils, was bisweilen dazu geführt hat, dass Scheidungsverfahren in die Länge gezogen wurden, um mehr Pensionskassengelder erhältlich zu machen).
- Gegenseitige Ansprüche der Ehegatten werden verrechnet, sodass nur eine Vorsorgeeinrichtung eine Überweisung vornehmen muss.
- In einer Scheidungskonvention kann neu von der hälftigen Teilung abgewichen werden, wenn eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewähr-

leistet ist. So kann ein (teilweiser) Verzicht eines Ehegatten z. B. bewilligt werden, wenn ihm im Rahmen der Scheidung andere Vermögenswerte zugeteilt werden, aus denen er seinen Lebensabend finanzieren kann.

- Bei Vorliegen wichtiger Gründe kann das Gericht einem Ehegatten weniger als die Hälfte zusprechen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn eine hälftige Teilung wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung oder wegen der Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten unbillig wäre.
- Mehr als die Hälfte der Vorsorgegelder kann das Gericht demjenigen Ehegatten zusprechen, der nach der Scheidung die Kinder betreut.
- Als wichtige Änderung wird das Vorsorgekapital neu auch aufgeteilt, wenn ein Ehegatte bei der Scheidung bereits eine Rente erhält.  
Bezieht ein Ehegatte vor dem Pensionsalter eine Invalidenrente, erfolgt die Aufteilung auf dem Weg, dass eine hypothetische Austrittsleistung berechnet und geteilt wird. Erfolgt die Scheidung nach dem Pensionsalter, hat das Gericht die Rente nach Ermessen aufzuteilen. Es berücksichtigt dabei insbesondere die Dauer der Ehe und die Vorsorgebedürfnisse der beiden Ehegatten. Nach der Teilung erhalten die geschiedenen Ehegatten je eine eigene Rente. Der Tod eines Ex-Ehegatten hat keinen Einfluss auf die Rente des anderen. Bisher muss der Ausgleich über den nahehelichen Unterhalt erfolgen, der mit dem Tod des Verpflichteten wegfällt.
- Bereits geschiedene Ehegatten, die als Vorsorgeausgleich lebenslänglich Unterhaltsbeiträge erhalten, können innerhalb eines Jahres beim Gericht beantragen, dass es ihnen eine eigene Rente zuspricht.

## **Fristlose Entlassung des Arbeitnehmers wegen verspäteter Meldung der Arbeitsunfähigkeit**

In einem Entscheid vom 1. Dezember 2016 hat das Bundesgericht die fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers als gerechtfertigt beurteilt, welche die Arbeitgeberin deswegen ausgesprochen hatte, weil der Arbeitnehmer an drei Tagen unentschuldig seiner Arbeit fern geblieben war. Das Arztzeugnis, welches dem Arbeitnehmer eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100% bescheinigte und welches der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin nachträglich – just am Tage der fristlosen Entlassung – zugestellt hat, vermochte an der Zulässigkeit der fristlosen Entlassung nichts zu ändern. Der dafür notwendige wichtige Grund ergab sich aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin nicht rechtzeitig über seine Abwesenheit informiert hatte. Eine vorgängige Verwarnung des Arbeitnehmers war nicht nötig.

Dem Urteil (4A\_521/2016) liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Arbeitgeberin und Arbeitnehmer haben im Mai 2013 einen als «Leih-Arbeitsvertrag» betitelten Arbeitsvertrag geschlossen,

dessen Zweck es war, den Arbeitnehmer für eine unbestimmte Anzahl Einsätze als Sicherheitswärter an einen Drittbetrieb (Einsatzbetrieb) zu verleihen. Der Arbeitsvertrag war vom 1. Juli 2013 bis zum 31. Dezember 2014 befristet, konnte aber auch bereits auf einen früheren Zeitpunkt unter Einhaltung der entsprechenden Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden.

Der Arbeitnehmer blieb seiner Arbeit im Einsatzbetrieb ab dem 7. Juli 2014 fern und meldete sich weder bei der Arbeitgeberin noch beim Einsatzbetrieb ab. Die Arbeitgeberin versuchte den Arbeitnehmer am 8. und am 9. Juli 2014 mit insgesamt 13 Telefonanrufen sowohl auf das Geschäfts- als auch auf das Privathandy vergeblich zu kontaktieren. Der Arbeitnehmer war für die Arbeitgeberin telefonisch nicht erreichbar.

Darauf sprach die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 9. Juli 2014 die fristlose Kündigung aus und begründete diese damit, dass der Arbeitnehmer drei Tage unentschuldig der Arbeit ferngeblieben war und sämtliche Versuche, ihn zu kontaktieren, gescheitert waren. Am selben Tag, ebenfalls am 9. Juli 2014, stellte der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin ein Arztzeugnis zu, worin ihm für die Zeit vom 7. bis zum 13. Juli 2014 wegen Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiert wurde. Das Arztzeugnis ging am 10. Juli 2014 bei der Arbeitgeberin ein.

Sowohl das erstinstanzlich zuständige Bezirksgericht Frauenfeld als auch das darauf vom Arbeitnehmer angerufene Obergericht des Kantons Thurgau haben die fristlose Entlassung für gerechtfertigt erachtet und die vom Arbeitnehmer dagegen eingereichte Klage abgewiesen. Das Bundesgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Wörtlich führt das Bundesgericht in seinen Urteilsabwägungen unter anderem aus (E. 2.2.3):

*«Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag jederzeit fristlos auflösen. Folglich kann der Arbeitgeber die fristlose Entlassung auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aussprechen, trotz zeitlicher Kündigungsbeschränkung nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für die ordentliche Kündigung [...]. Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf das Gericht aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für die fristlose Entlassung anerkennen. Mit dem Begriff der unverschuldeten Verhinderung wird auf Art. 324a OR verwiesen, der unter anderem Krankheit des Arbeitnehmers als Grund für ein berechtigtes Fernbleiben von der Arbeit nennt [...]. Ob im Zeitpunkt der Entlassung eine solche Verhinderung vorliegt, beurteilt sich einzig aufgrund der tatsächlichen Situation des Arbeitnehmers. Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Entlassung um die Verhinderung des Arbeitnehmers wusste [...].»*

Im konkreten Fall befand das Bundesgericht, dass der Arbeitnehmer vom 7. bis 9. Juli 2014 aufgrund einer Krankheit unver-

schuldet arbeitsunfähig war und damit seiner Arbeit entschuldigt fernblieb (E. 3.3). Weil die unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung nach Art. 337 Abs. 3 OR keinen Grund für die fristlose Entlassung darstellen kann, kam als Grund für die fristlose Entlassung damit nur der Umstand in Frage, dass der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin bzw. den Einsatzbetrieb nicht umgehend über seine Abwesenheit am Arbeitsplatz orientiert hatte (E. 3.4).

Die Pflicht des Arbeitnehmers, seinen Arbeitgeber über nicht vorhersehbare Absenzen, wie beispielsweise eine Krankheit, umgehend zu informieren, ergibt sich laut Bundesgericht bereits aus der in Art. 321a Abs. 1 OR statuierten Treupflicht des Arbeitnehmers. Im konkreten Fall wurde diese Informationspflicht zusätzlich dadurch bekräftigt und insoweit präzisiert, als in einer klaren Weisung im Mitarbeiterhandbuch der Arbeitgeberin ausdrücklich festgehalten ist, dass sich der Arbeitnehmer bei Verhinderung sofort bei seinem direkten Vorgesetzten im Einsatzbetrieb und am ersten Tag auch bis 08.00h bei der Arbeitgeberin abzumelden habe. Den vom Arbeitnehmer begangenen Verstoß gegen diese Informationspflicht hat das Bundesgericht im konkreten Fall als genügend schwere Verfehlung erachtet, um eine fristlose Entlassung auch ohne vorgängige Verwarnung des Arbeitnehmers als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dazu hat das Bundesgericht wörtlich ausgeführt (E. 3.5):

*«Es ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, namentlich der Funktion des Beschwerdeführers [Arbeitnehmer] als Sicherheitswärter, bei der eine umgehende Abmeldung bei Abwesenheit am Arbeitsplatz aufgrund der von der Vorinstanz zutreffend dargelegten Gründen besonders wichtig ist, der klaren Weisung der Beschwerdegegnerin [Arbeitgeberin] im Mitarbeiterhandbuch über das Verhalten bei einer Absenz, dem nochmaligen ausdrücklichen Hinweis über diese Meldepflicht durch den damaligen Vorgesetzten des Beschwerdeführers [Arbeitnehmer] im Oktober 2013 und unter Beachtung, dass dem Beschwerdeführer [Arbeitnehmer] ein Geschäftshandy zur Verfügung gestanden ist und die Beschwerdegegnerin [Arbeitgeberin] ihn während der Abwesenheit insgesamt 13 Mal vergeblich zu erreichen versuchte, die nicht umgehende Meldung der Abwesenheit am Arbeitsplatz als schwerwiegende Verfehlung einstufte.»*

Dass er sich aufgrund seiner Krankheit oder aus anderen Gründen nicht bei der Arbeitgeberin bzw. beim Einsatzbetrieb habe abmelden können, hat der Arbeitnehmer sodann im konkreten Fall gar nicht geltend gemacht. Vielmehr hat er im Gegenteil sogar behauptet, er habe sich am Tag der Erkrankung bei seinem Vorgesetzten im Einsatzbetrieb telefonisch und per SMS abgemeldet, konnte allerdings den Beweis für diese Behauptung (z. B. mittels Verbindungsnachweisen) nicht erbringen. Unter dem Strich hat der Arbeitnehmer mit dieser (unbewiesenen) Behauptung sogar gleich selber bestätigt, dass es ihm

einerseits trotz seiner Krankheit möglich gewesen wäre, die Arbeitgeberin bzw. den Einsatzbetrieb über seine Abwesenheit am Arbeitsplatz zu informieren, und dass er sich andererseits seiner Pflicht, seine Arbeitgeberin bzw. den Einsatzbetrieb umgehend über die Abwesenheit zu informieren, sehr wohl bewusst gewesen ist (E. 3.5).

Das Bundesgericht hat deshalb das vom Arbeitnehmer angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau mit folgender Begründung bestätigt (E. 3.5):

*«Es ist damit zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der vorliegenden konkreten Situation zum Schluss kam, der Beschwerdeführer [Arbeitnehmer] habe durch sein Verhalten eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, so dass die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zerstört und die Fortsetzung des Arbeitsvertrags der Beschwerdegegnerin [Arbeitgeberin] nicht mehr zumutbar gewesen war. Damit erweist sich die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers [Arbeitnehmer] vom 9. Juli 2014 auch ohne vorgängige Verwarnung als gerechtfertigt.»*

VOSER RECHTSANWÄLTE

lic. iur. Barbara Sramek

lic. iur. Patrick Bühlmann