

führen. Gemäss Bundesgericht kann ein solches Resultat in bestimmten Konstellationen über das Rechtsmissbrauchsverbot korrigiert werden. Dies wird vom Obergericht des Kantons Aargau bereits praktiziert.

7.3 Zuordnung der Unterhaltsforderung und Möglichkeit der Hinzurechnung

Meines Erachtens kann ein sachgerechtes Resultat der Problematik über die Zuordnung der Unterhaltsforderung zum Eigengut der Gläubigergattin sowie über die Subsumierung des «vom Schuldnergatten verbrauchten Gläubigergattenunterhalts» als Hinzurechnung gemäss Art. 208 Ziff. 2 ZGB und damit über dessen Zuordnung als Aktivum der Errungenschaft des Schuldnergatten erreicht werden.

8. Was tun, solange Unklarheit betreffend die konkrete Berücksichtigung der Forderungen/Schulden zwischen Ehegatten in der güterrechtlichen Auseinandersetzung besteht?

Folgende nicht abschliessende Auswahl von Möglichkeiten besteht:

- Wo es mit der Zahlungsmoral des Schuldnergatten von Beginn weg schlecht steht: Gütertrennung beantragen, ev. bereits im Eheschutzverfahren gestützt auf Art. 176 Ziff. 3 ZGB.

- Strikte Durchführung von Lohnpfändung und Anweisung an den Arbeitgeber bei nicht regelmässiger Zahlung von Unterhaltsbeiträgen, was nicht zur einvernehmlichen Lösung von Trennung und Scheidung beitragen dürfte.
- Alle offenen Forderungen in die güterrechtliche Auseinandersetzung einbringen.
- In den Scheidungskonventionen klar festhalten, welche Forderungen (allenfalls) noch offen sind, falls Zahlungsfristen gewährt werden; in Scheidungskonventionen nicht erwähnte Forderungen gelten gestützt auf Art. 215 Abs. 2 ZGB als getilgt.
- Unterhaltsgläubigerinnen auf die Möglichkeit von Darlehen zur Zwischenfinanzierung ihres Unterhalts aufmerksam machen, insbesondere auf die Auswirkungen von Darlehen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung.
- Prüfen, ob im aktuellen Fall Unterhalt mit Eigengut (zwischen-)finanziert wurde, weil der Unterhalt nicht oder nicht rechtzeitig bezahlt wurde – bejahendenfalls Ersatzforderung des Eigenguts der Gläubigergattin gegen die Errungenschaft der Gläubigergattin gemäss Art. 209 Abs. 1 ZGB geltend machen.
- Prüfen, ob im aktuellen Fall ausstehender Unterhaltsforderungen eine Hinzurechnung gemäss Art. 208 Ziff. 2 ZGB geltend gemacht werden muss.
- Einvernehmliche, faire Lösungen aushandeln, wo dies möglich ist. ■

Annegret Lautenbach-Koch* und Diego R. Gfeller**

Machiavellistische Mittel in familienrechtlichen Verfahren

Stichworte: Familienrecht, Strafrecht, Strafprozessrecht, Beweisrecht, Prozessbetrug, Sexualdelikte, Gewaltschutz

Der vorliegende Aufsatz ist eine Erweiterung des von Rechtsanwältin lic. iur. Annegret Lautenbach-Koch anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung «Familienrecht – Verfahrensrechtliche Aspekte» der Universitäten St. Gallen und Luzern am 9. März 2012 im Kongresshaus Zürich gehaltenen Vortrags.

1. Einführung/Problemstellungen

Norman Mailer soll einmal gesagt haben, dass man von einer Frau nichts weiss, bis man ihr vor Gericht begegnet. Das Gesagte gilt selbstredend auch für Männer. Und ganz besonders gilt es, wenn in familienrechtlichen Prozessen Strafrecht im Spiel ist.

Der vorliegende Aufsatz will Schnittstellen zwischen Scheidungsprozess und Strafrecht darstellen. Des Weiteren wird auf

die Möglichkeiten und Gefahren des taktischen Einsatzes des Strafrechts als Waffe hingewiesen.

Wichtig ist dabei folgende Vorbemerkung: Der Einsatz des Strafrechts im Zuge familienrechtlicher Prozesse führt zu einer Eskalation einer sonst schon schwierigen Situation. Der Rückgriff auf das Strafrecht ist aus diesem Grund nur mit grösster Zurückhaltung vorzunehmen. Das damit zerbrochene Geschirr lässt sich kaum je wieder flicken. Die folgenden Zeilen sind somit weniger als Handbuch der Prozessführung zu verstehen denn als Anwendung des lateinischen Sprichworts: «Si vis pacem, para bellum» (Wenn Du Frieden willst, bereite den Krieg vor).

2. Beweisbeschaffung qua Straf(prozess)-recht

In familienrechtlichen Prozessen besteht oft die Schwierigkeit, dass das vermutete und behauptete Einkommen/Vermögen der

* Lic. iur., Fachanwältin SAV Familienrecht, Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte, Zürich. www.peyerpartner.ch

** Dr. iur., Substitut bei Peyer Partner Rechtsanwälte, Zürich.

Gegenpartei nicht (mehr) eruiert werden kann. Ursache hierfür ist häufig, dass aufgrund einer vorbestehenden längeren Trennung (möglicherweise mit Eheschutzverfahren und daraus resultierender getrennter Besteuerung) kein faktischer «Zugriff» auf die entsprechenden Kontoauszüge des Ehegatten mehr möglich ist. Bankvollmachten des Gatten werden in solchen Fällen typischerweise widerrufen. Es fragt sich deshalb, wie die eigene Vermutung vor Gericht bewiesen werden kann. Eines der möglichen Mittel der vorprozessualen Beweissicherung ist der taktische Einsatz des Strafrechts. Die Beweisbeschaffung auf diesem Weg hat gewisse Vorteile: So ist man beispielsweise nicht auf die Mitwirkung der Gegenpartei angewiesen. Während bei zivilrechtlichen Editionsverfügungen keine Möglichkeit der zwangsweisen Vollstreckung besteht, wenn sich die Gegenpartei partout weigert, Belege zu edieren, ist die faktische Mitwirkung bei einer Hausdurchsuchung nicht nötig. Sind die Unterlagen erst einmal beschlagnahmt, kann bei entsprechender prozessualer Stellung Einsicht in die Strafakten genommen werden, und die Unterlagen können Eingang in den Zivilprozess finden. Dass diese Art der Beweisbeschaffung für die Klientschaft kostengünstiger ist als die detektivische Arbeit des eigenen Anwalts, ist ein offenes Geheimnis, das aber nur auf wenig Gegenliebe auf Seiten der Staatsanwaltschaft stösst.

Voraussetzung für die Beweisbeschaffung durch die Strafverfolgung ist jedoch, dass das Verfahren der Polizei resp. der Staatsanwaltschaft genügend schmackhaft gemacht werden kann. Man muss – technisch gesprochen – einen hinreichenden Tatverdacht wecken (sowohl für Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 309 StPO als auch für die Anordnung einer Hausdurchsuchung nach Art. 244 StPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt für den hinreichenden Tatverdacht bei einer Strafanzeige, die von einem Rechtsanwalt eingereicht wurde, dass die Anschuldigungen «nicht als völlig ungläubhaft oder ohne jeden Zweifel unbegründet»¹ erscheinen, zumal einem Rechtsanwalt die Tragweite eines solchen Schrittes bewusst sein müsse und er diesen nicht ohne Grund unternehme.

Damit die Beweismittel aber Eingang in den familienrechtlichen Prozess finden können, muss dem Anzeiger prozessual Parteistellung zukommen, weil das Akteneinsichtsrecht im hängigen Verfahren hieran geknüpft ist (Art. 101 StPO). Zwar stehen auch «anderen Verfahrensbeteiligten» gem. Art. 105 Abs. 2 StPO diejenigen Rechte zu, die sie zur Wahrung ihrer Interessen bedürfen. Dies setzt aber ein entsprechendes Interesse im Strafverfahren voraus. Wer eine Straftat anzeigt, ohne weitergehend involviert zu sein, dem ist lediglich auf Anfrage hin mitzuteilen, ob ein Strafverfahren eingeleitet und wie es erledigt wird (Art. 301 Abs. 2 StPO); weitergehende Verfahrensrechte stehen dem Anzeigerstatter i.d.R. nicht zu (Art. 301 Abs. 3 StPO).

Delikte, die ein Verfahren auslösen können, welche den Anzeigerstatter zur Akteneinsicht legitimieren, sind primär die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen des Gatten. Wenn der Scheidung ein Eheschutzverfahren vorausging, ist sodann auch die Vernachlässigung von Unterhaltspflichten i.S.v. Art. 217

StGB eine mögliche Anlasstat. Auch Urkundendelikte sind nach hier vertretener Ansicht geeignet, ein Akteneinsichtsrecht zu bewirken (vgl. dazu unten Ziff. 3). Zu verneinen wäre ein Akteneinsichtsrecht hingegen etwa dann, wenn ein Gatte Anzeige wegen Insiderhandels nach Art. 161 StGB einreicht. Der Anzeigerstatter ist diesfalls (zumindest in der Regel) weder geschädigt noch sonst dergestalt verfahrensbeteiligt, dass er Beweise für einen bevorstehenden familienrechtlichen Prozess beschaffen lassen könnte.

Gangbar, aber risikobehaftet ist sodann der Weg über die Steuerdelikte. Wenn die Vermutung besteht, dass bereits während der Zeit der gemeinsamen Besteuerung ein höheres Einkommen erzielt wurde als deklariert, kann eine Steuerhinterziehung angezeigt werden. Dies ist aber unbedingt als straflose Selbstanzeige einzureichen (Art. 175 Abs. 3 DBG)! In diesem Verfahren sind beide Parteien involviert, und somit können relevante Dokumente und Belege über das Akteneinsichtsrecht gewonnen werden.

3. Verringerung des Einkommens/ Unterdrückung von Urkunden

Ein häufig festzustellendes Phänomen in familienrechtlichen Verfahren (insbesondere bei jenen, die eine längere Vorlaufzeit haben) ist, dass sich das Einkommen des nachmaligen Unterhaltspflichtigen auf erschreckende Art vermindert, obwohl nicht ersichtlich ist, was die Gründe dafür sein könnten. Akzentuiert ist dies bei Selbständigerwerbenden und Inhabern von Einmann-Gesellschaften, da diese durch «Buchführungskniffe» das Einkommen relativ einfach steuern können. Auch die Werthaltigkeit des Vermögens kann auf diese Weise beschönigt oder, was häufiger ist, schlechtergedet werden. Dies kann auf legale, aber auch auf illegale Art erfolgen. Solange die Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung eingehalten werden, liegt keine strafbare Handlung vor. Oft vergessen wird aber, dass die ordnungswidrige Führung von Geschäftsbüchern eine Straftat darstellt (Art. 325 StGB). Hier kann allenfalls mit einer entsprechenden Strafanzeige der Hebel angesetzt werden. Leider dürfte sich das Interesse der Verfolgungsbehörde in engen Grenzen halten, handelt es sich bei Art. 325 StGB lediglich um eine Übertretung. Da aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Bilanzen und Erfolgsrechnungen erhöhte Glaubwürdigkeit besitzen (Art. 957 OR; vgl. etwa BGE 122 IV 25), liegt wohl häufig nicht lediglich eine Übertretung nach Art. 325 StGB, sondern eine Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB vor. Gleiches gilt aufgrund der zwischenzeitlich verschärften Rechtsprechung auch bei fingierter Rechnungsstellung (vgl. den zur Publikation vorgesehenen Bundesgerichtsentscheid vom 24. Mai 2012: 6B_571/2011). Die Anzeige dieser Straftaten ist in aller Regel aber erst während dem laufenden Zivilprozess möglich, da die Urkunden erst zu diesem Zeitpunkt vorgelegt werden.

Die Erfahrung zeigt, dass während laufenden Verfahren relevantes Einkommen respektive Vermögen häufig auch «lediglich» verheimlicht wird. Hier wird also nicht mit buchhalterischen Kniffen, sondern durch blosses Schweigen (und allenfalls Abstreiten)

¹ BGE 106 IV 413, 419; vgl. auch BSK-StPO-Omlin, Art. 309 N 27.

die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit tiefer dargestellt als sie in Wirklichkeit ist. Es stellt sich die Frage, ob dies allenfalls als Urkundenunterdrückung i.S.v. Art. 254 StGB zu qualifizieren ist. Mit dieser Norm wird nämlich das Vereiteln des Beweisführungsrechts unter Strafe gestellt. Während die Tatbestandsvarianten beschädigen, vernichten und entwenden zwar in rechtlicher Hinsicht einfach, im Alltag aber selten sind, ist das Beiseiteschaffen von Urkunden wohl häufiger anzunehmen, aber dogmatisch schwieriger zu erfassen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung gilt nämlich die blossige Weigerung, eine Urkunde herauszugeben, noch nicht als Beiseiteschaffen i.S.v. Art. 254 StGB. «Die blossige Nichterfüllung einer rechtlich durchsetzbaren Herausgabepflicht genügt für das Beiseiteschaffen somit nicht.»²

Werden dem Scheidungsrichter falsche Urkunden vorgelegt, liegt darin ein (Prozess)Betrug i.S.v. Art. 146 StGB.³ Wird dies während des laufenden Prozesses (inkl. vor der zweiten Instanz) bemerkt, handelt es sich um einen versuchten Betrug. Ist der Prozess bereits rechtskräftig und auf der Grundlage der gefälschten Urkunden entschieden worden, liegt ein vollendeter Betrug vor und es kann gem. Art. 328 ZPO Revision verlangt werden. Es kann somit prozesstaktisch sinnvoll sein, auch nach dem Ende des Scheidungsprozesses noch ein Auge auf den Ex-Gatten zu werfen; oder zumindest auf seine Finanzen. Emotional hingegen ist von einem solchen Vorgehen dringend abzuraten.

Dogmatisch schwieriger zu beurteilen ist, ob das Verheimlichen von Einkommen ebenfalls als Betrug i.S.v. Art. 146 StGB qualifiziert werden kann. Dies führt zum nächsten Thema:

4. Lügen vor Gericht

Weniger gravierend, aber häufiger als die Verwendung von falschen Urkunden ist das Lügen vor Schranken. Gewisse Lügen sind emotional bedeutsam, während sie juristisch weitgehend bedeutungslos sind, bspw. Lügen zum Vorliegen einer Fremdbeziehung. Andere Lügen sind emotional weniger bedeutsam, ziehen aber juristische und finanzielle Konsequenzen nach sich. Dies gilt namentlich bezüglich Lügen hinsichtlich des massgeblichen Einkommens und zum Vermögen.

Das Problem hierbei ist, dass solche Lügen, selbst wenn sie aufgedeckt werden, für den Lügenden quasi folgenlos sind. Der Grund für die weitgehende Folgenlosigkeit von Lügen vor Schranken ist, dass im Gerichtsalltag bei familienrechtlichen Prozessen der Sachverhalt massgeblich über die richterliche Fragepflicht erstellt wird. Eigentliche Parteibefragungen unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht nach Art. 191 ZPO sind eher selten. Noch seltener sind Beweisaussagen nach Art. 192 ZPO. Mit aus diesem Grund gibt es auch quasi keine Verurteilungen wegen falschen Beweisaussagen gem. Art. 306 StGB. Gemäss Strafurteilsstatistik 2011 gab es in den letzten 25 Jahren niemals mehr als 12 Verurteilungen wegen Art. 306 StGB pro Jahr!

Wie verhält es sich aber mit dem Vorwurf des Prozessbetrugs, der von Anwälten so gerne angerufen wird? Das Bundesgericht

definiert den Prozessbetrug als «arglistige Täuschung des urteilenden Gerichts durch unwahre Tatsachenbehauptungen der Prozessparteien, die darauf abzielen, dieses zu einem das Vermögen der Prozesspartei oder Dritter (materiell unbegründet) schädigenden Entscheid zu bestimmen» (BGer 6B_748/2008 vom 16. Februar 2009, E. 3.7). Allzu oft scheint auch dieser Vorwurf aber nicht zu Verurteilungen zu führen. Es stellt sich die Frage: Warum?

Der Grund hierfür dürfte im Tatbestandsmerkmal der Arglist liegen. Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass einfache Lügen, plumpe Tricks und leicht überprüfbare Angaben nicht genügen, um das Tatbestandselement der Arglist zu erfüllen. Bei Lügen muss vielmehr ein ganzes Lügengebäude vorliegen, oder die behaupteten Tatsachen müssen schwer überprüfbar sein. Weil beim Prozessbetrug ein Gericht getäuscht wird, also eine Behörde mit besonderen Kenntnissen, Mitteln und Befugnissen, dürfte der Prozessbetrug durch blosses Lügen kaum je erfüllt sein. Daran ändert sich nach hier vertretener Ansicht auch dann nichts, wenn die Lüge als Beweisaussage i.S.v. Art. 192 ZPO und unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 306 StGB erfolgt ist. Aus einer einfachen Lüge wird durch die Androhung von Strafen nicht plötzlich ein Lügengebäude. Vielmehr bedarf es auch in der Beweisaussage weiterer Momente zur Begründung der Arglist, wie etwa einem Lügengebäude oder dem Einsatz von falschen Urkunden.⁴

Solange keine Urkunden gefälscht werden, besteht somit quasi keine Verurteilungsfahrgefahr in strafrechtlicher Hinsicht. Aber auch zivilprozessual droht eigentlich keine Gefahr. Soweit die Gegenpartei Behauptungen zum Einkommen resp. Vermögen aufstellt, die tiefer sind als in Wirklichkeit, kann weiter geschwiegen werden. Eine Verweigerungshaltung führt im schlimmsten Fall zu einer Umkehr der Beweislast bzw. die Behauptungen der Gegenpartei werden als erstellt erachtet. Überbietet die Gegenpartei, können die Unterlagen nötigenfalls noch nachgereicht werden. «Der Prozess geht nicht verloren, weil die Partei [...] gelogen [hat], sondern weil – allenfalls – der Anspruch aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nicht besteht».⁵

Daraus folgt – ganz machiavellistisch – dass blosses Lügen oder Verschweigen prozesstaktisch geradezu geboten sein kann. Im besten Fall fliegt die Lüge nicht auf. Im schlimmsten Fall legt man offen, was sich nicht mehr verheimlichen lässt. Es versteht sich von selbst, dass es standesrechtlich nicht zulässig ist, entsprechend zu instruieren bzw. wissentlich falsche Tatsachenbehauptungen aufzustellen.⁶ Und wer denkt, wir rufen mit der Darlegung dieser einfachen Fakten zur Begehung von Straftaten auf, dem sei zugerufen: honni soit qui mal y pense!

2 BSK-StGB-II-Boog, Art. 254 N 7 mit Hinweis auf BGE 90 IV 136.

3 BGer 6B_748/2008 vom 16. Februar 2009, E. 3.7.

4 Gl.M. G. NAEGELI, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 6–7/2010, S. 296.

5 Siehe Fn. 4.

6 Vgl. Art. 12 lit. a BGFA; NAEGELI, a.a.O., S. 292; FELLMANN, Art. 12 N 37 BGFA, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2005.

5. Illegale Beweisbeschaffung

Die Mittel des Strafprozessrechts können, wie dargelegt, bei der Beschaffung von Beweismitteln helfen. Denkbar ist aber auch die umgekehrte Situation, dass Beweismittel ihrerseits durch strafbare Handlungen erlangt worden sind. Zu nennen sind etwa die Beschaffung des Beweismittels durch Verletzung des Schriftgeheimnisses (Art. 179 StGB), Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179^{bis} StGB), unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen (Art. 179^{ter} StGB) oder unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143^{bis} StGB). Es ist anzunehmen, dass solches Verhalten nicht so selten vorkommt. Weniger häufig dürften Beweismittel durch Delikte gegen Leib und Leben oder gegen die Freiheit erlangt werden.

Es stellt sich die Frage, ob durch strafbare Handlungen erlangte Beweismittel Eingang in die Prozessakten finden dürfen. Einschlägig ist diesbezüglich Art. 152 Abs. 2 ZPO. Dieser Artikel hält im Grundsatz fest, dass solche Beweismittel nicht berücksichtigt werden dürfen. Wie bei den meisten juristischen Grundsätzen ist auch hier der Grundsatz wohl eher die Ausnahme. Art. 152 Abs. 2 ZPO hält nämlich fest, dass die Beweismittel gleichwohl berücksichtigt werden dürfen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Illegal erlangte Beweismittel dürfen also unter Umständen berücksichtigt werden. Wann aber überwiegt das Interesse an der Wahrheitsfindung jenes nach der Rechtmässigkeit der Beweisbeschaffung? Die Lehre hat diesbezüglich einige Kriterien entwickelt. Für die vorliegende Frage ist namentlich das Kriterium der Prozessmaxime von Bedeutung.⁷ Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime ist das Interesse an der Wahrheitsfindung sehr begrenzt und es liegt (nach hier vertretener Ansicht) grundsätzlich kein überwiegendes Interesse an der Wahrheitsfindung vor. Dies gilt etwa für güterrechtliche Fragen. Kommt hingegen die Untersuchungsmaxime zur Anwendung, so ist zu unterscheiden, ob die eingeschränkte Untersuchungsmaxime oder die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime massgeblich ist. Gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, wie beispielsweise im Recht des naheheulichen Unterhalts, so sind solche Beweismittel eher zuzulassen als im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime. Kommt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (beispielsweise im Kindsrecht), so dürfte das Interesse an der Wahrheitsfindung jenes an der Rechtmässigkeit der Beweisbeschaffung in der Regel überwiegen. Weil sich aber in Scheidungsverfahren die Akten und Beweismittel nicht nach Massgabe von Prozessmaximen trennen lassen, werden die illegal beschafften Beweismittel auch dort Berücksichtigung finden, wo an sich Verhandlungsmaxime gilt und die Berücksichtigung an sich unzulässig wäre.

6. Die dunkle Seite der Macht

Die ultimative Waffe, wenn die letzte Eskalationsstufe eines Konflikts nach dem Schema von Friedrich Glasl (Gemeinsam in den Abgrund) erreicht ist, liegt in der falschen Anschuldigung von

Sexualdelikten; namentlich begangen an Kindern. Die Folgen einer solchen Anzeige sind enorm und zwar auf menschlicher wie auch auf juristischer Ebene.

Wird ein Sexualdelikt an einem Kind angezeigt und ist die Anzeige genügend glaubhaft, dass ein Verfahren eröffnet wird (eine Hürde, die nicht sehr hoch ist), ist eine unverzügliche Verhaftung und Gewaltschutzmassnahme (im Kanton Zürich nach § 3 GSG) so sicher wie das Amen in der Kirche. So hält die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich in ihren Weisungen für das Vorverfahren (WOSTA; Stand 1. Januar 2012, S. 231) fest, dass bezüglich häuslicher Gewalt (worunter auch Verletzungen der sexuellen Integrität fallen) der Grundsatz gelte, dass «ermittelt statt vermittelt wird». Die Verlängerung einer Gewaltschutzmassnahme stellt typischerweise ebenfalls kein Problem dar. Mit diesem Mittel wird zugleich der Weg für die Obhuts- und Sorgerechtszuteilung geebnet. Denn: Aufgrund des Kontinuitätsprinzips ist es eine (traurige) Realität, dass die einmal gewählte Obhutsregelung quasi in Stein gemeisselt ist und im weiteren Verlauf des Scheidungsprozesses meist nicht mehr geändert wird. Dass lediglich etwa 30 % aller im Zuge von familienrechtlichen Streitigkeiten vorgebrachten Anschuldigungen substantiiert werden, ist dabei nicht einmal von Bedeutung, denn das Ziel der falschen Anschuldigung ist nicht die Verurteilung, sondern die Vor-Verurteilung. Zudem ist durch Studien erwiesen, dass auch nachweisliche Falschbezeichnungen die gerichtliche Entscheidung beeinflussen. So führen in beinahe $\frac{2}{3}$ aller Fälle auch nicht-bestätigte Missbrauchsverwürfe zu einer Einschränkung des Besuchsrechts, und in mehr als 40 % der Fälle von falschen Bezeichnungen beeinflussten diese trotzdem den Ausgang von Sorgerechtsentscheidungen!⁸

Wird die Anzeige noch mit Hinweisen auf Besitz von kinderpornografischem Material aufgepeppt, ist die Sichtung des Computers ebenfalls gesichert, womit wiederum die Möglichkeit geschaffen wird, Beweismittel für die Unterhaltsfrage zu sichern. Dies ist aber nicht einmal zwingend notwendig, denn mit der Obhutszuteilung, die ja mit der Anschuldigung ipso facto bereits entschieden ist, wird auch die Dauer und Höhe des Unterhalts gleichsam präjudiziert.

Als geradezu «zwingend» erscheint eine Missbrauchsanzeige bei Ausländerinnen, die weniger als 3 Jahre in der Schweiz wohnen, keine Kinder haben, und denen bei Scheidung oder Trennung der Verlust der Aufenthaltsbewilligung droht. Mit einer Anzeige wegen eines sexuellen oder tätlichen Angriffs des Gatten gegen sie selbst wird ihr die Fremdenpolizei vom Hals gehalten und die Unterstützung von kampferprobten Frauenorganisationen ist ihr ebenso sicher.

Ein gewisses Indiz dafür, dass das Mittel der falschen Anschuldigung von sexuellen Handlungen mit Kindern im Scheidungsprozess vermehrt eingesetzt wird, kann darin gesehen werden, dass die Strafurteilsstatistik in den letzten 25 Jahren beinahe eine Ver-

⁷ Vgl. etwa RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009, N 327 ff.

⁸ Vgl. dazu die Studie von BUSSE/STELLER/VOLBERT, Missbrauchsverdacht in familiengerichtlichen Verfahren, Praxis der Rechtspsychologie, S. 10 (Sonderheft 2), Berlin 2000, passim. Die Studie basiert auf einer Analyse von Verfahrensakten aus 1352 Besuchsrechts- und 1500 Sorgerechtsfällen aus Berlin.

dreifachung der Urteile wegen Art. 303 StGB belegt (140 im Jahr 1984 gegenüber mehr als 400 im Jahr 2009), während im gleichen Zeitraum die Verurteilungen wegen sexuellen Handlungen mit Kindern gar rückläufig war.

7. Fazit

Der kurze Abriss hat gezeigt, dass es tatsächlich strafrechtliche und strafprozessuale Mittel gibt, mit denen familienrechtliche

Prozesse beeinflusst werden können. Klar ist aber, dass der Einsatz dieser Mittel den Prozess auf verschiedenen Ebenen (rechtlich wie emotional) eher verkompliziert als vereinfacht. Für den Einsatz des Strafrechts für familienrechtliche Prozesse muss somit gelten, was für das Strafrecht per se gilt: Er muss ultima ratio bleiben. ■

Bettina von Koenig*

Der Lohn der Unternehmergattin aus Praktikersicht

Stichworte: Unterhaltsbeiträge, Regelung des Getrenntlebens, Ehescheidung, Altersvorsorge, Steuern, Strafrecht, Eigenversorgungskapazität, Leistungsfähigkeit, hypothetisches Einkommen, Beweislast

I. Einführung

Die Behandlung des Lohns der Ehefrau des Aktionärs einer Aktiengesellschaft führt bei der Regelung der Unterhaltsbeiträge regelmässig zu Diskussionen.¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Unternehmergattin im Betrieb nie gearbeitet hat, sondern nur aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen auf der Lohnliste des Betriebes stand. Die damit verbundenen Vorteile – Altersvorsorge über 1. und 2. Säule, Steueroptimierung über Säule 3a – erscheinen verführerisch, können bei der Trennung der Ehegatten für den Unternehmer aber schwerwiegende unterhaltsrechtliche und nachteilige steuerliche sowie strafrechtliche Konsequenzen haben.

Unterhaltsrechtlich ist die zentrale Frage dabei die, wie der bisherige Lohn der Unternehmergattin bei der Festlegung ihres persönlichen Unterhaltsbeitrages zu behandeln ist.² Werden die fiktiven Lohnzahlungen fortan als hypothetisches Einkommen³ der Ehefrau aufgerechnet oder wird der Proforma-Lohn bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unternehmers berücksichtigt?

Tatsächlich können bezüglich des persönlichen Unterhalts verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden: Zu berücksichtigen ist, ob die Unternehmergattin im Betrieb arbeitet oder nicht, ob sie einen marktüblichen Lohn bezieht oder nicht, ob der Ehemann Haupt- oder Minderheitsaktionär ist sowie das Bestehen eines Einzelzeichnungs- oder Kollektivzeichnungsrechts des Ehemannes. Dabei kann sich, je nach konkretem Fall, eine Vielzahl von Konstellationen ergeben, die je nach Ausgang des Beweisverfahrens denkbar unterschiedliche Folgen bezüglich des persönlichen Unterhalts haben können. Die nachfolgenden Aus-

führungen erheben diesbezüglich keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern betreffen Grundkonstellationen. Herrn Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER danke ich an dieser Stelle sehr herzlich für die kritische Durchsicht dieses Beitrages.

II. Grundkonstellation 1: Ehemann ist Hauptaktionär und Verwaltungsratspräsident, Ehefrau arbeitet im Betrieb und bezieht marktüblichen Lohn

Vergleichsweise unproblematisch ist der Fall, dass die Ehefrau im Betrieb des Unternehmers vollschichtig oder in Teilzeit mitarbeitet und einen marktüblichen Lohn bezieht. Kommt es zur Trennung der Ehegatten und scheidet die Ehefrau aus dem Betrieb aus,⁴ wird ihr bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich ein hypothetisches Einkommen in Höhe ihres bisherigen Lohns angerechnet. Voraussetzung dafür ist, dass die Erzielung des bisherigen Einkommens für die Ehefrau möglich und zumutbar ist. Bei der Beantwortung dieser Frage spielen die Kriterien Alter, Gesundheit und die Situation auf dem Arbeitsmarkt die entscheidende Rolle.⁵ Sind diese Kriterien nicht oder nur teilweise erfüllt, kann die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens allenfalls nur zum Teil in Frage kommen. Die Frage, welcher Partei die Beweislast⁶ für ein hypothetisch anzurechnendes Einkommen zukommt, ist differenziert zu beantworten: Sie kann sowohl die unterhaltsverpflichtete als auch die unterhaltsberechtigte Partei treffen, je nach dem ob es um eine Ausweitung des Arbeitspensums, die Beibehaltung des bisherigen Arbeitspensums auch ausserhalb des Familienbetriebes oder aber um eine Einschränkung des Arbeitspensums der Ehefrau geht.

* Dr. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Advokaturbureau Rossi · von Koenig, St. Gallen.

1 Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für den umgekehrten Fall Unternehmerin/Unternehmergatte.

2 Das Bundesgericht hat das Thema jüngst in 5A_848/2010 angesprochen, sich jedoch aufgrund mangelhafter Sachverhaltsfeststellungen im kantonalen Verfahren dazu inhaltlich nicht geäussert.

3 BGE 128 III 4, E. 4a.

4 Regelmässig durch Kündigung, Art. 335 OR.

5 Handbuch des Unterhaltsrechts, Prof. Dr. Heinz Hausheer/Dr. Annette Spycher (Hrsg.), 2. Auflage 2010, Stämpfli Verlag, Bern, Rz. 05.82, Rz. 01.52 ff. Art. 8 ZGB.