

Regina E. Aebi-Müller

## **Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht**

---

Der Beitrag fasst die wichtigsten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht im Kalenderjahr 2020 zusammen (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Im Zentrum stehen unterhaltsrechtliche Fragen, insbesondere ein wichtiger «Methodenentscheid». Im Übrigen geht es einmal mehr darum, dem am Familienrecht interessierten Praktiker einen raschen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis zu bieten. Berücksichtigt wurden alle in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten bzw. zur Publikation vorgesehenen Urteile sowie ausgewählte im Internet zugängliche Entscheide.

---

Beitragsart: Rechtsprechungsübersicht

Rechtsgebiete: Familienrecht. Ehrerecht; Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitievorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 1. März 2021

## Inhaltsübersicht

1. Familienrechtlicher Unterhalt (Ehegattenunterhalt, Scheidungsunterhalt, Kindesunterhalt)
  - 1.1. Methodik der Unterhaltsberechnung
    - 1.1.1. Grundsätze des Kindesunterhalts; Aufteilung des Barunterhalts unter Berücksichtigung des Naturalunterhalts
    - 1.1.2. Grundsätze der Berechnung des Barunterhalts
    - 1.1.3. Umsetzung der zweistufigen Methode
    - 1.1.4. Konkurrenz von Unterhaltsansprüchen
    - 1.1.5. Überschussverteilung und Sparquote
    - 1.1.6. Der konkrete Fall
    - 1.1.7. Bemerkungen
  - 1.2. Betreuungsunterhalt bei Arbeitsunfähigkeit des betreuenden Elternteils
  - 1.3. Minderjährigenunterhalt, Beteiligung an den wirtschaftlich günstigen Verhältnissen eines Elternteils
  - 1.4. Rangfolge der Unterhaltsansprüche: Nachehelicher Unterhalt geht Volljährigenunterhalt vor
  - 1.5. Aufteilung Kindesunterhalt nach Erreichen der Volljährigkeit
  - 1.6. Nachehelicher Unterhalt: Rente und/oder Kapital bei fehlender Altersvorsorge
  - 1.7. Genehmigung einer Eheschutzvereinbarung; Mankoteilung
  - 1.8. Hypothetisches Einkommen bei irreversibler Einkommensverminderung
  - 1.9. Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem)
    - 1.9.1. Rückerstattung des Prozesskostenvorschusses
    - 1.9.2. Entscheid über Prozesskostenvorschuss am Ende des Verfahrens
  - 1.10. Schuldneranweisung betreffend Invalidenrente
  - 1.11. Rechtskraft des Unterhaltsentscheids bei Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen
2. Beweis und Verfahren im Kontext des Familienunterhalts
  - 2.1. Beweiserhebung als Pflicht des Gerichts beim Minderjährigenunterhalt
  - 2.2. Novenrecht im Berufungsverfahren
    - 2.2.1. Gleichzeitige Beurteilung von Kindes- und Ehegattenunterhalt
    - 2.2.2. Grosszügiges Novenrecht auch bei sehr günstigen Verhältnissen
3. Vorsorgeausgleich bei Scheidung
  - 3.1. Arbeitgeberreserven bleiben im Vorsorgeausgleich unberücksichtigt
  - 3.2. Vorsorgeausgleich bei Invalidität; Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht
  - 3.3. Rententeilung nach Ermessen
  - 3.4. Unterhälftige Teilung «aus wichtigen Gründen»
  - 3.5. Wirtschaftliche Situation nach der Scheidung als Grund für Abweichen von hälftiger Teilung
4. Kindesrecht
  - 4.1. Anfechtung Kindesverhältnis: Anwendbares Recht
  - 4.2. Impfentscheid bei gemeinsamer elterlicher Sorge
  - 4.3. Alternierende Obhut in strittigen Fällen
  - 4.4. Kindesanhörung; antizipierte Beweiswürdigung
5. Erwachsenenschutzrecht
  - 5.1. Beistandschaft oder Vorsorgeauftrag?
  - 5.2. Fürsorgerische Unterbringung
    - 5.2.1. Verhältnismässigkeit der dauerhaften FU
    - 5.2.2. Interkantonale Zuständigkeit für Beschwerde gegen ärztlich angeordnete FU
  - 5.3. Beschwerdelegitimation
    - 5.3.1. Kein schutzwürdiges Interesse des Sohnes i.S.v. Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG
    - 5.3.2. Aufsicht über die KESB; Beschwerdelegitimation

## 1. Familienrechtlicher Unterhalt (Ehegattenunterhalt, Scheidungsunterhalt, Kindesunterhalt)

[1] Vorbemerkung: In der Berichtsperiode hat das Bundesgericht zahlreiche Urteile gefällt, die für mehrere oder alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien bedeutsam sind. Daher wird nachfolgend nicht nach der materiell-rechtlichen Grundlage des familienrechtlichen Unterhalts unterschieden, sondern nach der konkreten Rechtsfrage, die zu beantworten war. Von besonderer Relevanz ist das nachfolgend vergleichsweise ausführlich zusammengefasste Urteil, mit dem das Bundesgericht sich (endgültig) vom Methodenpluralismus im Unterhaltsrecht verabschiedet und zugleich fast schon lehrbuchartig die Berechnung des Unterhalts erläutert.

### 1.1. Methodik der Unterhaltsberechnung

[2] Seit einiger Zeit hat das Bundesgericht in Aussicht gestellt, dem Methodenpluralismus im Unterhaltsrecht ein Ende bereiten zu wollen. Gelegenheit dazu hatte es im Urteil 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 (zur Publikation vorgesehen).<sup>1</sup> Der Entscheid betrifft die Scheidung eines Ehepaars, das bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts fünf Jahre verheiratet gewesen war. Die Ehegatten haben ein gemeinsames Kind, das bei der Trennung im Jahr 2010 beim Vater in der ehemaligen Familienwohnung verblieben war. Das erstinstanzliche Scheidungsurteil erging im Jahr 2017. Bestritten war zuletzt nur noch die Verpflichtung der Mutter zur Leistung von Kindesunterhalt. Da der Entscheid grundsätzliche Methodenfragen anspricht, werden nachfolgend die wichtigsten Themen separiert zusammengefasst.

#### 1.1.1. Grundsätze des Kindesunterhalts; Aufteilung des Barunterhalts unter Berücksichtigung des Naturalunterhalts

[3] Der Entscheid enthält einerseits Ausführungen zu den **Grundsätzen des Kindesunterhalts**.<sup>2</sup> Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB hat das Kind Anspruch auf «**gebührenden Unterhalt**». Dieser Begriff wurde vor der Revision des Kindesunterhaltsrechts vom Gesetzgeber lediglich im Kontext des ehelichen und nachehelichen Unterhalts verwendet. Mit Bezug auf den Barunterhalt des Kindes bedeutet er, «dass durch die Geldleistungen der Eltern nicht nur der unmittelbare Lebensunterhalt des Kindes, sondern auch spezifische Bedürfnisse eines jeden Kindes wie beispielsweise sportliche, künstlerische oder kulturelle Tätigkeiten abzudecken sind [...].»<sup>3</sup> Dabei sind bei der Bemessung des Barunterhalts sowohl die Bedürfnisse des Kindes als auch die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern von Bedeutung: «Der gebührende Unterhalt des Kindes ist somit (wie der gebührende eheliche und nacheheliche Unterhalt) eine von den konkreten Mitteln abhängige dynamische Grösse, indem auch es von einer überdurchschnittlichen Leistungsfähigkeit profitieren und an einer gehobenen Lebensstellung der Eltern teilhaben soll.»<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Dieselben Parteien standen sich auch im Urteil des Bundesgerichts 5A\_313/2019 im Kontext vorsorglicher Massnahmen gegenüber; hier hielt die Berechnung der Vorinstanz «vor dem Willkürverbot stand» (E. 3.2.); inskünftig dürfte allerdings auch im Kontext von Eheschutz und Massnahmentscheiden ein Abweichen von der Methodik des Bundesgerichts kaum mehr zulässig sein.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_313/2019 vom 11. November 2020, E. 5.

<sup>3</sup> a.a.O., E. 5.3., m.H. auf die Botschaft des Bundesrates.

<sup>4</sup> a.a.O., E. 5.4.

[4] Das Bundesgericht bestätigt sodann seine Rechtsprechung, wonach **Bar- und Naturalunterhalt** gleichwertig sind, sodass bei getrenntlebenden Eltern und alleiniger Obhut eines Elternteils dieser seinen Unterhaltsbeitrag vollständig in natura erbringt und der Geldunterhalt im Regelfall ausschliesslich vom anderen Elternteil zu bezahlen ist. Hingegen sind bei alternierender Obhut «die finanziellen Lasten bei ähnlicher Leistungsfähigkeit umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen zu tragen [...], bei je hälftigen Betreuungsanteilen proportional zur Leistungsfähigkeit [...] und bei gleichzeitig asymmetrischen Betreuungsumfang und Leistungsgefälle entsprechend der sich daraus ergebenden Matrix, wobei es sich dabei nicht um eine rein rechnerische Operation handelt, sondern die vorgenannten Grundsätze in Ausübung von Ermessen umzusetzen sind [...].»<sup>5</sup>

### 1.1.2. Grundsätze der Berechnung des Barunterhalts

[5] Mit Bezug auf die Methode der Unterhaltsberechnung erinnert das Bundesgericht daran,<sup>6</sup> dass bislang einzig für die Kategorie des **Betreuungsunterhalts** eine bestimmte Methode, nämlich die **Lebenshaltungskostenmethode**<sup>7</sup> verbindlich vorgegeben wurde.

[6] Mit Bezug auf den **Barunterhalt des Kindes** wurde vom Bundesgericht bislang lediglich bei einem Methodenmix korrigierend eingegriffen. In Zukunft soll indessen auch für den Barunterhalt kein Methodenpluralismus mehr toleriert werden. Dies führt dazu, dass gewisse, in der Praxis teilweise immer noch angewandte Methoden nunmehr ausgedient haben: Zunächst einmal haben abstrakte bzw. Quotenmethoden und Prozentregeln in der Kindesunterhaltsberechnung nichts mehr verloren;<sup>8</sup> sie sind zu schematisch und in der Praxis ohnehin unüblich geworden. Vielmehr ist auch beim Barunterhalt stets beim Kind, und zwar an dessen **Lebenshaltungskosten** anzuknüpfen, was bedeutet, dass von den Richtlinien zur Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums auszugehen ist. Andere Tabellen («Zürcher Tabellen», «SKOS-Richtlinien») werden vom Bundesgericht als Grundlage der Unterhaltsberechnung explizit verworfen.<sup>9</sup> Ebenfalls verworfen wird für den Barunterhalt des Kindes die einstufig-konkrete Methode, wobei das Bundesgericht dies primär mit den damit verbundenen Beweisschwierigkeiten begründet.<sup>10</sup>

[7] Im Folgenden schliesst sich das Bundesgericht der **zweistufigen Methode mit Überschussverteilung** an – diese soll «künftig auch für den Barunterhalt des Kindes schweizweit einheitlich zur Anwendung» gelangen.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> a.a.O., E. 5.5., m.H. auf die jüngste Rechtsprechung. Vgl. insbesondere das Urteil des Bundesgerichts 5A\_1032/2019 vom 9 Juni 2020 E. 5.4.1.: «Teilen die Eltern die Betreuung des Kindes [...] unter sich auf, haben sie sich – wiederum grundsätzlich – umgekehrt proportional zum jeweils eigenen Betreuungsanteil am Geldunterhalt zu beteiligen.»

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 6.1.

<sup>7</sup> Dazu schon BGE 144 III 377 E. 7.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 6.2.

<sup>9</sup> a.a.O., E. 6.4.

<sup>10</sup> a.a.O., E. 6.5.

<sup>11</sup> a.a.O., E. 6.6.

### 1.1.3. Umsetzung der zweistufigen Methode

[8] Die zweistufige Methode setzt die Feststellung der zur Verfügung stehenden Mittel (effektive oder hypothetische Einkommen) und den Bedarf der von der Unterhaltsberechnung betroffenen Personen voraus, wobei der Bedarf sich aus den konkreten Bedürfnissen und den verfügbaren Mitteln ergibt.<sup>12</sup> Im Einzelnen:

[9] Bei der **Einkommensermittlung** sind sämtliche Einkommensbestandteile einzubeziehen, und zwar auch dann, wenn ein Elternteil mehr leistet, als er angesichts der konkreten Betreuungsverhältnisse und mit Blick auf das Schulstufenmodell leisten müsste. Einen «Vorabzug» für überobligatorische Einkommenserzielung lehnt das Bundesgericht explizit ab.<sup>13</sup> Gegebenenfalls kann den Besonderheiten des Einzelfalls bei der zweiten Stufe, d.h. bei der Überschussverteilung, ermessensweise Rechnung getragen werden.

[10] Die **Bedarfsermittlung** nimmt die Richtlinien zur Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums zum Ausgangspunkt. Für jedes Kind ist ein Wohnkostenanteil einzusetzen, sodann sind allfällige Fremdbetreuungskosten, Krankenkassenprämien, Schulkosten und besondere Gesundheitskosten hinzuzurechnen. Damit hat es bei **knappen Verhältnissen** sein Bewenden; wenn dieser minimale Bedarf gedeckt ist, liegt auch kein Mankofall (vgl. Art. 287a lit. c ZGB, Art. 301a lit. c ZPO) vor. Anders verhält es sich, wenn die finanziellen Mittel eine **Erweiterung auf das familienrechtliche Existenzminimum** zulassen. Diesfalls sind «die Steuern, ferner eine Kommunikations- und Versicherungspauschale, unumgängliche Weiterbildungskosten, den finanziellen Verhältnissen entsprechende statt am betreibungsrechtlichen Existenzminimum orientierte Wohnkosten, Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts und allenfalls angemessene Schuldentlastung» zu berücksichtigen, «bei **gehobenen Verhältnissen** können namentlich auch über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Krankenkassenprämien und allenfalls private Vorsorgeaufwendungen von Selbständigerwerbenden im Bedarf berücksichtigt werden [...].»<sup>14</sup> Dabei ist zu bedenken, dass mit Bezug auf das Kind bei einer Erweiterung über das betreibungsrechtliche Existenzminimum hinaus auch ein Steueranteil auszuscheiden ist, ferner sind beim Kind der den Verhältnissen entsprechende Wohnkostenanteil und ggf. überobligatorische Krankenkassenprämien einzusetzen. **Unzulässig** ist hingegen ein «**Mix mit der einstufig-konkreten Methode**», insbesondere durch Vervielfachung des Grundbetrages oder «die Berücksichtigung von Zusatzpositionen wie Reisen, Hobbys u.ä.m.; solcher Lebensbedarf ist vielmehr aus dem Überschussanteil zu finanzieren [...].»<sup>15</sup>

[11] Verbleibt nach der Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums ein **Überschuss**, kann der Barunterhalt des Kindes (nicht hingegen der Betreuungsunterhalt) durch Zuweisung eines Überschussanteils weiter erhöht werden.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020, vor E. 7.1.

<sup>13</sup> a.a.O., E. 7.1.

<sup>14</sup> a.a.O., E. 7.2., Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>15</sup> a.a.O., E. 7.2., Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>16</sup> a.a.O., E. 7.2., am Ende; dazu hinten, Rz. 13.

#### 1.1.4. Konkurrenz von Unterhaltsansprüchen

[12] Im Folgenden klärt das Bundesgericht «das Verhältnis der zueinander in Konkurrenz tretenen Unterhaltskategorien».<sup>17</sup> Diese Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Nach **Deckung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums des Unterhaltsschuldners** (keine Mankoteilung!)
- ist **in erster Linie der Barunterhalt des minderjährigen Kindes** zu finanzieren, wobei sich dieser bei engen finanziellen Verhältnissen ebenfalls auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum bezieht.
- Daran schliesst sich ein allfälliger **Betreuungsunterhalt** an, ebenfalls berechnet auf der Grundlage des betreibungsrechtlichen Existenzminimums.
- In dritter Linie ist der **eheliche bzw. nacheheliche Unterhalt** zu decken, soweit der berechtigte Ehegatte bzw. geschiedene Ehegatte nicht bereits durch allfälligen Betreuungsunterhalt sein betreibungsrechtliches Existenzminimum decken kann.<sup>18</sup>
- Wenn und soweit das vorhandene Einkommen (einschliesslich hypothetisches Einkommen) ausreicht, erfolgt sodann bei allen Beteiligten eine **Aufstockung des betreibungsrechtlichen auf das familienrechtliche Existenzminimum**, wobei «etappenweise vorzugehen ist, indem z.B. in einem ersten Schritt allseits die Steuern berücksichtigt werden und dann auf beiden Seiten eine Kommunikations- und Versicherungspauschale eingesetzt wird etc.»<sup>19</sup>
- Der **Volljährigenunterhalt** muss hingegen (vorbehältlich Art. 276a Abs. 2 ZGB) «nicht nur hinter dem betreibungs-, sondern hinter dem familienrechtlichen Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder zurückstehen».<sup>20</sup>

#### 1.1.5. Überschussverteilung und Sparquote

[13] Denkbar ist, dass nach Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums aller Beteigter immer noch Mittel vorhanden sind. Ein solcher **Überschuss**, ist «ermessensweise auf die daran Berechtigten zu verteilen.»<sup>21</sup> Hier gilt «als neue Regel eine Verteilung **nach grossen und kleinen Köpfen [...]**.»<sup>22</sup> Damit ist in Lehre und Rechtsprechung regelmässig gemeint, dass den minderjährigen Kindern (volljährige Kinder haben keinen Anteil am Überschuss, dazu Rz. 22) ein halb so grosser Überschussanteil zugestanden wird wie den Eltern.<sup>23</sup> Indessen darf diese Verteilregel nicht schematisch angewandt werden, vielmehr sind «sämtliche Besonderheiten des konkreten Falles wie Betreuungsverhältnisse, überobligatorische Arbeitsanstrengungen, spezielle Bedarfspositionen u.ä.m. zu berücksichtigen [...].»<sup>24</sup> Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

---

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020, E. 7.3.

<sup>18</sup> Dies ergibt sich nicht aus dem hier besprochenen Entscheid, sondern aus BGE 146 III 169; dazu hinten, Rz. 27 ff.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.3.

<sup>20</sup> a.a.O., E. 7.3.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.3.

<sup>22</sup> a.a.O., E. 7.3., Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>23</sup> Vgl. die konkrete Berechnung des Bundesgerichts, a.a.O., E. 8.3.1.

<sup>24</sup> a.a.O., E. 7.3.

[14] Vor der Überschussverteilung ist zunächst eine **nachgewiesene Sparquote** vom Überschuss in Abzug zu bringen. Von einer Sparquote wird dann gesprochen, wenn die Beteiligten bislang sparsamer gelebt haben als es die Verhältnisse an sich zulassen würden.<sup>25</sup> Dabei ist zu bedenken, dass eine während des Zusammenlebens tatsächlich vorhandene Sparquote nach Aufnahme des Getrenntlebens in der Regel durch die Mehrkosten der getrennten Haushalte teilweise aufgebraucht wird. Daher darf nicht unbesehen die bisherige Sparquote zum Abzug zugelassen werden.<sup>26</sup> Vielmehr sollten in Sachlagen, in denen die Beteiligten in einer ersten Phase zusammengelebt haben, die **Mehrkosten eines zweiten Haushalts** zuerst zu Lasten der bisherigen Sparquote gehen, bevor die Beteiligten bei sehr wohlhabenden Verhältnissen die frühere Lebenshaltung einschränken müssen. Im Übrigen liegt auf der Hand, dass ein minderjähriges Kind «selbstredend nicht im Rahmen der Überschussverteilung Anspruch auf eine Lebensführung geltend machen [kann], welche diejenige der Eltern bzw. den angestammten Standard vor einer Trennung der Eltern überschreitet.»<sup>27</sup>

[15] **Abweichungen** von der Überschussverteilung nach grossen und kleinen Köpfen, die nicht nur mit Blick auf eine Sparquote, sondern «aus mannigfaltigen Gründen» erfolgen können, sind jedenfalls im Unterhaltsentscheid stets zu **begründen**.<sup>28</sup>

#### 1.1.6. Der konkrete Fall

[16] Im Sachverhalt, der im konkreten Entscheid<sup>29</sup> zu beurteilen war, hatte das Kantonsgericht den Überschuss strikt nach dem Prinzip der «grossen und kleinen Köpfe» geteilt, obwohl der Vater nicht nur die Obhut über das minderjährige Kind innehatte, sondern daneben auch (zufolge «überobligatorischer» Erwerbstätigkeit) ein erheblich grösseres Einkommen erzielte als die Mutter. Aufgrund der konkreten Sachlage war kein nachehelicher Unterhalt geschuldet.

[17] Dem Naturalunterhalt, d.h. der tatsächlichen Betreuung durch einen Elternteil, ist beim Barunterhalt Rechnung zu tragen. Bei vorhandener Leistungsfähigkeit muss grundsätzlich der nicht obhutsberechtigte Elternteil den Barunterhalt des Kindes finanzieren.<sup>30</sup> Davon ist nur – aber immerhin – dann abzuweichen, «wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere [...].»<sup>31</sup> Auf diese allgemeinen Ausführungen folgt die konkrete und illustrative Berechnung des Unterhaltsanspruchs des Kindes in zwei Phasen.<sup>32</sup>

#### 1.1.7. Bemerkungen

[18] Die methodische Klärung und die umfassende – schon lehrbuchhaft anmutende – Begründung sind zu begrüssen. Auch wenn man in Einzelpunkten anderer Auffassung sein mag als das Bundesgericht – es überwiegt eindeutig der Nutzen einer nunmehr schweizweit einheitlichen und

---

<sup>25</sup> a.a.O., E. 7.3.

<sup>26</sup> Vgl. dazu auch BGE 140 III 485 E. 3.5.2., auf den der hier besprochene Entscheid verweist.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.3., zweitletzter Absatz.

<sup>28</sup> a.a.O., E. 7.3., Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020.

<sup>30</sup> a.a.O., E. 8.1.; vgl. auch hinten, Rz. 30 ff.

<sup>31</sup> a.a.O., E. 8.1.

<sup>32</sup> a.a.O., E. 8.3.1. und 8.3.2.

nachvollziehbaren Methodik. Der familienrechtliche Praktiker wird allerdings – je nach Kanton – gezwungen sein, lieb gewordene Gewohnheiten und Tabellen für die Unterhaltsberechnung aufzugeben oder anzupassen. Auf folgende **Besonderheiten**, die bei der Lektüre des im Druckformat 16 Seiten umfassenden Urteils leicht übersehen werden können, ist hier nochmals hinzuweisen:

[19] Erstens lohnt es sich, die **Umschreibung des familienrechtlichen Existenzminimums** genau zu betrachten. So ist insbesondere die Ausscheidung eines Steueranteils für die Kinder<sup>33</sup> nicht ganz einfach. Ungewohnt kann auch die Ausscheidung eines Beitrages an die Vorsorge bei Selbständigerwerbenden erscheinen.<sup>34</sup> Nicht die Rede ist – entgegen der Gewohnheit gewisser kantonaler Gerichte – von einer pauschalen Erhöhung des Grundbetrages des betreibungsrechtlichen Existenzminimums um 20% bei guten Verhältnissen; vielmehr findet eine Erweiterung – sofern und soweit die Verhältnisse dies zulassen – nur mit Bezug auf **konkrete Ausgabenposten** statt (z.B. Steuern, grosszügigere Wohnkosten, überobligatorische Krankenkasse usw.) und im Übrigen sind erweiterte Grundbedürfnisse aus dem Überschussanteil zu decken.

[20] Als Ausgangspunkt für alle Unterhaltsberechnungen müssen zudem künftig die **Existenzminimum-Richtlinien der Schweizerischen Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten** dienen – auf diese verweist das Bundesgericht explizit<sup>35</sup> und die Anwendung anderer Tabellen scheidet damit künftig aus.

[21] Ins Auge springt sodann, dass das Bundesgericht für den **Betreuungsunterhalt** zwar bei diesen Tabellen, d.h. beim betreibungsrechtlichen Existenzminimum ansetzt,<sup>36</sup> aber nicht unbedingt darauf beschränkt ist. Bei ausreichenden Verhältnissen ist daher für den Betreuungsunterhalt das nunmehr durch das Bundesgericht konkret umschriebene **familienrechtliche Existenzminimum des betreuenden Elternteils** massgeblich; dieser hat somit Anspruch auf die erwähnten Zusatzpositionen, durch die das betreibungsrechtliche Existenzminimum bedeutende Erweiterungen erfährt.<sup>37</sup> Erst wenn sich darüber hinaus die Fragen nach der Verteilung eines Überschusses stellt, ist der Betreuungsunterhalt davon ausgenommen: «Der Betreuungsunterhalt bleibt hingegen auch bei überdurchschnittlichen Verhältnissen auf das familienrechtliche Existenzminimum beschränkt [...].»<sup>38</sup> Ein Überschussanteil kann vom anspruchsberechtigten Elternteil nur, aber immerhin im Rahmen des ehelichen oder (nach Auflösung einer lebensprägenden Ehe) nachehelichen Unterhalts beansprucht werden.

[22] Das konkrete Urteil befasst sich zwar nicht vertieft mit dem **Volljährigenunterhalt**, hält diesbezüglich allerdings doch einige Grundsätze fest. Zunächst klärt es, dass hier – analog zum Betreuungsunterhalt – maximal vom **familienrechtlichen Existenzminimum** auszugehen ist. Das volljährige Kind hat daher – anders als das minderjährige Kind – **keinen Anspruch auf Beteiligung an einem Überschuss**.<sup>39</sup> Das ist zwar dem Grundsatz nach vertretbar. Nach hier vertretener Auffassung sollte jedoch ausnahmsweise eine Gleichbehandlung mit dem minderjährigen Geschwister erfolgen, wenn das erst gerade volljährig gewordene Kind noch im selben

---

<sup>33</sup> a.a.O., E. 7.2.; vorne, Rz. 10.

<sup>34</sup> a.a.O., E. 7.2.

<sup>35</sup> a.a.O., E. 7.2., am Anfang.

<sup>36</sup> a.a.O., zu Beginn von E. 7.2.

<sup>37</sup> So schon BGE 144 III 377 E. 7.1.4., wo sich das Bundesgericht indessen noch nicht auf eine detaillierte Umschreibung des familienrechtlichen Existenzminimums festlegte.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.2.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.2, letzter Absatz.

Haushalt wohnt. Zu denken ist exemplarisch an die 18-jährige Kantonsschülerin, die mit ihrer Mutter und dem 16-jährigen Bruder zusammenlebt, die beide Anspruch auf eine wohlhabende Lebensführung i.S. eines erheblichen Überschussanteils haben. Das knapp volljährige Kind in dieser Sachlage auf das Wohlwollen der Eltern zu verweisen, scheint der Rezendentin unangebracht.<sup>40</sup>

[23] Zudem präzisiert das Bundesgericht<sup>41</sup> seine bisherige Rechtsprechung, wonach **im Kontext des Volljährigenunterhalts** dem Unterhaltsschuldner ein um 20% erweiterter Notbedarf zu belassen ist. Neu verbietet sich die Berücksichtigung einer solchen Pauschale. Vielmehr ist auch hier der Anknüpfungspunkt, d.h. das **familienrechtliche Existenzminimum** der übrigen Beteiligten, konkret und in Abhängigkeit von den konkreten Verhältnissen zu berechnen und zu decken, bevor das volljährige Kind berücksichtigt wird.

## **1.2. Betreuungsunterhalt bei Arbeitsunfähigkeit des betreuenden Elternteils**

[24] Ist der obhutsberechtigte Elternteil aus gesundheitlichen Gründen vollständig arbeitsunfähig, so führt die Kinderbetreuung nicht zu einer Erwerbseinbusse. Daher ist in dieser Sachlage auch kein Betreuungsunterhalt geschuldet, hält das Bundesgericht im Urteil **5A\_503/2020** vom 16. Dezember 2020 fest: Der Betreuungsunterhalt ist nämlich nicht als Entschädigung für die dem Kind gewidmete Zeit konzipiert, sondern gleicht, begrenzt auf das Existenzminimum, den Einkommensverlust zufolge Kinderbetreuung aus.<sup>42</sup> Die Eltern waren nie verheiratet gewesen, sodass die alleine sorge- und obhutsberechtigte Mutter auch keinen Anspruch auf ehelichen bzw. nachehelichen Unterhalt geltend machen konnte.

## **1.3. Minderjährigenunterhalt, Beteiligung an den wirtschaftlich günstigen Verhältnissen eines Elternteils**

[25] Das **Urteil des Bundesgerichts 5A\_102/2019** vom 12. Dezember 2019 ist in Fünferbesetzung, aber vor dem neuen Methodenentscheid (vorne, Rz. 2 ff.) ergangen. In casu ging es um die Berechnung des Barunterhalts für das Kind unverheirateter, gutsituerter Eltern. Unterhaltspflichtig mit Bezug auf den Barunterhalt war nur der Vater.

[26] Die Vorinstanz hatte die Methode der Grundbedarfsberechnung mit Überschussverteilung angewandt (was nach wie vor zutreffend sein dürfte; dazu vorne, Rz. 7 ff.). Dem hielt der Kindsvater entgegen, in Wirklichkeit diene der dem Kind zugesprochene Barunterhalt teilweise dem Unterhalt der Mutter. Das Argument wird vom Bundesgericht verworfen: Anders als der Betreuungsunterhalt **dient der Barunterhalt**, auch ein grosszügig bemessener, **dem Kind** und nicht dem obhutsberechtigten Elternteil. Daher war nicht zu beanstanden, dass das Kind am Überschuss des Vaters beteiligt wird. Dabei erfolgte allerdings aufgrund der konkreten Verhältnisse (der Überschuss des Vaters betrug monatlich über Fr. 25'000) nicht eine Aufteilung «nach gros-

---

<sup>40</sup> Vgl. auch Art. 276a Abs. 2 ZGB zur ausnahmsweisen Gleichstellung von minder- und volljährigen Kindern in «begündeten Fällen»; die Norm betrifft allerdings direkt nur die Rangfolge des Unterhalts.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts **5A\_311/2019** vom 11. November 2020 E. 7.3.

<sup>42</sup> Urteil des Bundesgerichts **5A\_503/2020** vom 16. Dezember 2020 E. 3.

sen und kleinen Köpfen», vielmehr wurde das Kind lediglich im Umfang von 5% am Überschuss des Vaters beteiligt. Das Bundesgericht bestätigt diese von der Vorinstanz angewandte Berechnung. Korrigiert wurde der Entscheid nur (aber immerhin!) dahingehend, dass als Grundlage für die Überschussbeteiligung ausschliesslich der Überschuss des unterhaltpflichtigen Vaters, nicht aber derjenige der Mutter zu beachten war.

#### **1.4. Rangfolge der Unterhaltsansprüche: Nachehelicher Unterhalt geht Volljährigenunterhalt vor**

[27] Die Rangfolge der Unterhaltsansprüche war bereits vor dem soeben zusammengefassten Entscheid Gegenstand von **BGE 146 III 169** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_457/2018 vom 11. Februar 2020). Dabei ging es um die Scheidung einer lebensprägenden Ehe mit volljährigen Kindern; die Mittel reichten nicht zur Deckung aller Unterhaltsansprüche bzw. Existenzminima. Der geschiedene Ehemann verlangte nachehelichen Unterhalt, die Frau verweigerte die Zahlung unter Verweis auf die Unterhaltsbedürfnisse der volljährigen, in Ausbildung befindlichen Kinder.

[28] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor Inkrafttreten von Art. 276a ZGB (vgl. BGE 132 III 209 E. 2.3.) geht der Scheidungsunterhalt dem Volljährigenunterhalt vor. Zu prüfen war entsprechend im vorliegenden Urteil, ob die Gesetzesrevision zu einer Anpassung der Rechtsprechung führen muss. Dies ist nicht der Fall: Nach dem Wortlaut von Art. 276a Abs. 1 ZGB geht die Unterhaltpflicht gegenüber *minderjährigen* Kindern den anderen Unterhaltpflichteten vor. Dieser Absatz war in casu nicht einschlägig, da die Kinder volljährig sind. In Art. 276a Abs. 2 ZGB geht es nicht um das Verhältnis zum (geschiedenen) Ehegatten, sondern darum, dass ausnahmsweise minder- und volljährige Kinder gleichbehandelt werden können; angesprochen ist mit anderen Worten das Verhältnis zwischen Geschwistern.<sup>43</sup>

[29] Für das Verhältnis volljähriger Kinder zum (geschiedenen) Ehegatten bleibt es daher bei der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts: Nach der Deckung des Minderjährigenunterhalts ist der Ehegattenunterhalt bzw. der nacheheliche Unterhalt zu decken, bevor bei ausreichenden Mitteln (vgl. dazu vorne, Rz. 23) die Bedürfnisse volljähriger Kinder befriedigt werden.

#### **1.5. Aufteilung Kindesunterhalt nach Erreichen der Volljährigkeit**

[30] Wie das Bundesgericht auch unter dem revidierten Kindesunterhaltsrecht mehrfach festgehalten hat, erbringt der Inhaber der alleinigen Obhut seinen Anteil an den Kindesunterhalt in Form von Naturalunterhalt, weshalb er grundsätzlich nicht auch noch einen Teil des Barunterhalts übernehmen muss.<sup>44</sup> Dies gilt selbst dann, wenn dem obhutsberechtigten Elternteil nach der Schulstufenregel ein Vollzeiterwerb zugemutet werden kann, d.h. nach Vollendung des 16. Altersjahrs des jüngsten Kindes.<sup>45</sup>

[31] Sobald das Kind volljährig wird, darf allerdings **kein Naturalunterhalt** mehr berücksichtigt werden. Dies hält das Bundesgericht im Urteil 5A\_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.4.2 fest: Auch

---

<sup>43</sup> BGE 146 III 169 E. 4.2.2.3.

<sup>44</sup> Vgl. dazu schon vorne, Rz. 17.

<sup>45</sup> Exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 5A\_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.2.; dazu REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 24. Februar 2020, Rz. 63.

eine tatsächlich fortbestehende Mehrbelastung desjenigen Elternteils, bei dem das volljährig gewordene Kind wohnt, darf nicht mehr berücksichtigt werden. Vielmehr sind bei dieser Sachlage «beide Elternteile im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in gleicher Weise verpflichtet [...].»

[32] Dies kann dazu führen, dass der zuvor obhutsberechtigte und damit Naturalunterhalt leistende Elternteil nunmehr einen Teil bzw. einen grösseren Teil des Barunterhalts übernehmen muss.<sup>46</sup> Betrifft das Urteil jüngere Kinder, scheint es allerdings unrealistisch, viele Jahre vor deren Volljährigkeit zu antizipieren, wie sich Einkommen und Bedarf des betreuenden Elternteils entwickeln werden.<sup>47</sup> Die Parteien sind bei dieser Sachlage auf eine spätere Einigung oder gegebenenfalls auf ein Abänderungsverfahren zu verweisen.

## **1.6. Nachehelicher Unterhalt: Rente und/oder Kapital bei fehlender Altersvorsorge**

[33] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_712/2019 vom 16. April 2020 ist nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Es wird hier erwähnt, um auf ein Problem aufmerksam zu machen, das sich in gewissen Fällen stellt: Die Ehe der Parteien hatte über 30 Jahre gedauert, vier heute erwachsene Kinder waren daraus hervorgegangen. Die Ehegatten hatten Gütertrennung vereinbart und es war keine berufliche Vorsorge zu teilen. Der geschiedene Ehemann wurde zu einem lebenslänglichen Unterhalt von monatlich Fr. 13'000 an die geschiedene Ehefrau verurteilt. Eine Absicherung für das Vorsterben des geschiedenen Ehemannes erfolgte hingegen nicht – was die geschiedene Ehefrau mit dem Risiko zurücklässt, dass sie sich nach dem Tod des Ex-Mannes mit einer bescheidenen AHV-Rente würde begnügen müssen. Nach Auflösung einer offenkundig lebensprägenden Ehe, die in sehr wohlhabenden Verhältnissen geführt wurde, ist das für die geschiedene Ehefrau eine beängstigende Perspektive.

[34] Darauf nahmen die befassten Gerichte allerdings keine Rücksicht: Da mit dem zugesprochenen Unterhalt der gebührende Unterhalt gedeckt war, unterlag die Ehefrau mit ihrem Anliegen, zusätzlich eine Abfindung für die Vorsorgelücke in der Höhe von Fr. 2'000'000 zu erhalten, vor allen Instanzen. In entsprechenden Sachlagen dürfte es daher klüger sein, zum vornherein eine **Kapitalleistung an Stelle der Rente** (Art. 126 Abs. 2 ZGB) zu verlangen. Ob die Voraussetzungen einer Kapitalabfindung («besondere Umstände») in casu vorgelegen haben, ist aus dem bundesgerichtlichen Urteil nicht ersichtlich.

## **1.7. Genehmigung einer Eheschutzvereinbarung; Mankoteilung**

[35] Bekanntlich können die Ehegatten nicht nur für die Scheidungsfolgen, sondern bereits für die Regelung des Getrenntlebens eine Vereinbarung treffen. Wenn dies im Rahmen eines Eheschutzverfahrens geschieht, fragt sich, unter welchen Umständen das Eheschutzgericht die Vereinbarung genehmigen darf. Damit befasst sich das Bundesgericht in seinem Urteil 5A\_1031/2019 vom 26. Juni 2020.

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch Urteils des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 8.5.

<sup>47</sup> Dazu wiederum das Urteil des Bundesgerichts 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 8.5.

[36] Zunächst einmal ist **Art. 279 Abs. 1 erster Halbsatz ZPO analog** anzuwenden,<sup>48</sup> d.h., die Vereinbarung betreffend das Getrenntleben wird nur genehmigt, wenn sich das Gericht «davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist». Zur Prüfung einer allfälligen offensichtlichen Unangemessenheit muss das Eheschutzgericht an sich **nur eine grobe Prüfung** der tatsächlichen Grundlagen der Vereinbarung vornehmen.

[37] In casu führt die Vereinbarung dazu, dass ins Existenzminimum des Unterhaltsschuldners eingegriffen wird, somit eine **Mankoteilung** stattfindet, die das Gericht in einem autoritativen Entscheid nicht anordnen dürfte. Die Mankoteilung ist indessen, wie das Bundesgericht klarstellt, nicht per se ein Grund für eine Nichtgenehmigung der Vereinbarung. Allerdings ist zu klären, ob die Ehefrau bei zumutbarer Anstrengung ein höheres Einkommen erzielen könnte. Trifft dies nämlich zu, dann würde sich ein Eingriff ins Existenzminimum des Ehemannes unter Willkürgesichtspunkten verbieten.<sup>49</sup>

[38] Der Beschwerdeführer machte sodann geltend, er habe die Vereinbarung in einer **Stress-situation** unterzeichnet, der für die Genehmigung erforderliche freie Wille und reifliche Überlegung hätten nicht vorgelegen. Auch insofern ist Art. 279 Abs. 1 ZPO auf Eheschutzvereinbarungen zwar grundsätzlich analog anwendbar.<sup>50</sup> Allerdings scheiterte die Argumentation des Beschwerdeführers an Beweisproblemen.

[39] Mit Bezug auf die **Kinderbelange**, die der Verfügung der Eltern bekanntlich entzogen sind (Art. 296 Abs. 3 ZPO), hat die Übereinkunft der Ehegatten nur den Charakter eines gemeinsamen Antrages, «den das Gericht in seine Entscheidung einfließen lässt [...].»<sup>51</sup> Wegen des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und der Offizialmaxime ist das Gericht an einen solchen Antrag weder zugunsten der Kinder noch zugunsten der Eltern gebunden. Ein Eingriff ins Existenzminimum des Schuldners mit Bezug auf den Minderjährigenunterhalt wäre nicht zulässig.<sup>52</sup>

[40] Den Erwägungen des Bundesgerichts ist grundsätzlich beizupflichten. Der Klarheit halber ist dazu anzumerken, dass die Ehegatten selbstredend nach wie vor nicht verpflichtet sind, jede Vereinbarung betreffend das Getrenntleben gerichtlich genehmigen zu lassen. Welche Bedeutung einer aussergerichtlichen Vereinbarung mit Bezug auf den Ehegattenunterhalt im Rahmen eines späteren Prozesses zukommt, musste das Bundesgericht vorliegend nicht beurteilen.

## 1.8. Hypothetisches Einkommen bei irreversibler Einkommensverminderung

[41] Als Regel gilt, dass im Kontext der Familienunterhaltsberechnung ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden darf, wenn ein solches Einkommen tatsächlich erzielt werden könnte. Ist eine Verminderung des Einkommens tatsächlich unumkehrbar, darf ein hypothetisches Einkommen allerdings angerechnet werden, wenn eine **Schädigungsabsicht** vorliegt.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1031/2019 vom 26. Juni 2020 E. 2.2.

<sup>49</sup> a.a.O., E. 3.3.3.

<sup>50</sup> a.a.O., E. 4.2.

<sup>51</sup> a.a.O., E. 2.2.

<sup>52</sup> a.a.O., E. 5.1.

<sup>53</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB; dazu BGE 143 III 233 E. 3.4.

[42] Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_403/2019 vom 12. März 2020 stand im Kontext von Minderjährigenunterhalt die Unterhaltpflicht der Mutter in Frage, die als Pflegefachfrau tätig ist. Sie hatte ihre vergleichsweise gut bezahlte Stelle in einem Spital aufgegeben, um eine wesentlich schlechter bezahlte Anstellung an einem anderen Spital anzutreten. Sie machte für den Stellenwechsel arbeitsmarkttechnische Gründe sowie die Kinderbetreuung geltend. Dies hatte ihr die Vorinstanz jedoch nicht abgenommen – es fehle an objektiv nachvollziehbaren Gründen für die freiwillige Kündigung der besser bezahlten Stelle, weshalb ihr ein hypothetisches Einkommen aufzurechnen sei.

[43] Für das Bundesgericht genügt dies zur Begründung der Aufrechnung eines nunmehr nicht mehr erzielbaren Einkommens jedoch nicht: Eine eigentliche Schädigungsabsicht i.S. des Rechtsmissbrauchs darf **nicht leichthin unterstellt** werden. Es wären «eindeutige Indizien notwendig, welche unzweifelhaft darauf schliessen lassen, dass sie ihre Anstellung gerade deshalb aufgegeben hat, um dem Beschwerdegegner zu schaden.»<sup>54</sup> Das Urteil der Vorinstanz erwies sich daher als qualifiziert fehlerhaft.

## 1.9. Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem)

### 1.9.1. Rückerstattung des Prozesskostenvorschusses

[44] Der Prozesskostenvorschuss ist lediglich eine **vorläufige Leistung**, die «im Familienprozess die Waffengleichheit zwischen den Parteien» garantieren soll Dies hält BGE 146 III 203 (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 6.4) fest. In casu hatte der Beschwerdeführer für das Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000 bezahlt. Ein solcher Vorschuss soll dem Empfänger ermöglichen, seine Interessen vor Gericht wahrzunehmen. Aus dem bloss vorläufigen Charakter der Leistung «folgt, dass der Ehegatte, der den Vorschuss geleistet hat, je nach Ausgang des Verfahrens den Vorschuss grundsätzlich zurückfordern oder verlangen kann, dass das Geleistete an güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des anderen Teils angerechnet werde [...].»<sup>55</sup>

[45] Da diese **Rückerstattungspflicht im materiellen Ehrerecht** begründet ist, hat sie mit der abschliessenden Verteilung der Prozesskosten i.S.v. Art. 106 ff. ZPO nichts zu tun. Vielmehr ist darüber erst im Rahmen der Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 f. ZPO) zu befinden: «Wird dem Ehegatten, der vom andern einen Vorschuss erhalten hat, im Endurteil beispielsweise eine Parteientschädigung zugesprochen, so ist diese mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen [...]. In gleicher Weise muss ein Ehegatte zur Rückerstattung der vom anderen Ehegatten vorgeschosstenen Beträge verpflichtet werden können, falls er aufgrund der definitiven gerichtlichen Kostenverteilung seine eigenen Anwaltskosten selbst zu tragen hat [...]. Das Gesagte ändert freilich nichts daran, dass sich eine vollständige Rückerstattung im konkreten Fall als unbillig (Art. 4 ZGB) erweisen kann. Die Billigkeit, eine Partei in einem Rechtsstreit unter Ehegatten von der Rückerstattung der provisio ad litem ganz oder teilweise zu befreien, muss sich aus dem Vergleich der wirtschaftlichen Situation der Parteien nach Ausgang des Scheidungsprozesses ergeben; eine **Abweichung vom Grundsatz der Rückerstattung** rechtfertigt sich nur

---

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_403/2019 vom 12. März 2020 E. 4.3.2.

<sup>55</sup> BGE 146 III 203 E. 6.3; vgl. auch E. 6.4.

dann, wenn der unterstützungsbedürftigen Person aufgrund der im Einzelfall gegebenen Umstände nicht zugemutet werden kann, den erhaltenen Prozesskostenvorschuss in vollem Umfang zurückzubezahlen [...].»<sup>56</sup>

[46] Wegen dieser Einzelfallbetrachtung schadete es dem Beschwerdeführer nicht, dass er nicht bereits im Kontext des Güterrechts die Anrechnung des Vorschusses verlangt hatte.

### 1.9.2. Entscheid über Prozesskostenvorschuss am Ende des Verfahrens

[47] Eine schöne **Zusammenfassung** zur provisio ad litem findet sich sodann im Urteil des Bundesgerichts 5A\_590/2019 vom 13. Februar 2020. Hier betraf der Vorschuss ein Eheschutzverfahren. Das erstinstanzliche Gericht hatte zunächst die Pflicht der gesuchstellenden Ehefrau zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses aufgeschoben. Im Hauptsachenentscheid im Eheschutzverfahren hielt es dann dafür, mit dem Entscheid sei das Gesuch um eine provisio ad litem nunmehr gegenstandslos geworden. Der Berufung der Ehefrau war kein Erfolg beschieden, weshalb sie ans Bundesgericht gelangte. Strittig war dabei einzige ihr Begehrungen um Zusprache einer provisio ad litem für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren.

[48] In früheren Entscheiden hatte das Bundesgericht dafür gehalten, dass im Scheidungsprozess, wenn das **Verfahren zum Abschluss gelangt** ist, das Gericht keinen Vorschuss mehr zusprechen könne. Nur für den Fall, dass zuvor ein Vorschuss gewährt worden sei, könne noch die Abrechnung darüber erfolgen.<sup>57</sup> Wie das Bundesgericht jetzt präzisierend festhält, impliziert diese Rechtsprechung nicht, dass in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt nicht über das Gesuch der Ehefrau entschieden werden müsste. Denn wenn, wie im konkreten Fall, diejenige Partei, die den Vorschuss beantragt hat, zur (teilweisen) Tragung der Prozesskosten verurteilt wird, stellt sich die Frage, ob sie überhaupt **über die nötigen Mittel verfügt**, um diese Kosten zu tragen. Es erwies sich daher in casu als geradezu willkürlich, das Gesuch der Ehefrau als gegenstandslos abzuschreiben.

[49] Das Bundesgericht hat diese Sichtweise sogleich im Urteil 5D\_66/2020 vom 14. August 2020 bestätigt.

## 1.10. Schuldneranweisung betreffend Invalidenrente

[50] **BGE 146 V 265** (= Urteil des Bundesgerichts 9C\_444/2019 vom 14. Mai 2020) betrifft folgenden Sachverhalt: Der Schuldner von Ehegatten- und Kindesunterhalt ist Bezüger einer Invalidenrente. Im Scheidungsurteil erfolgte eine Schuldneranweisung i.S.v. Art. 291 ZGB mit Bezug auf den Kindesunterhalt an die Adresse der Sozialversicherungsanstalt. Diese weigerte sich indessen, dem Urteil Folge zu leisten. Das Bundesgericht bestätigt, dass die zivilrechtliche **Schuldneranweisung auch gegenüber einem Sozialversicherer zulässig** ist, wobei die Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 ATSG nicht erfüllt sein müssen. Diese letztgenannte Norm betrifft die Auszahlung an eine gegenüber dem IV-Rentner unterstützungspflichtige Person und ist in der vorliegenden Sachlage nicht einschlägig.

---

<sup>56</sup> a.a.O., E. 6.3., Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>57</sup> So u.a. Urteil des Bundesgerichts 5A\_819/2017 vom 20. März 2018 E. 11.

## **1.11. Rechtskraft des Unterhaltsentscheids bei Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen**

[51] **BGE 146 III 284** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_714/2019 vom 3. Juni 2020) stellt klar, dass Unterhaltsentscheide der zweiten kantonalen Instanz im Rahmen eines Betreibungsverfahrens vollstreckt werden können, auch wenn dagegen die Beschwerde in Zivilsachen erhoben wurde. Dieser kommt keine aufschiebende Wirkung zu, es sei denn, das Bundesgericht habe der Beschwerde auf Antrag einer Partei hin oder von Amtes wegen diese Wirkung zuerkannt.

## **2. Beweis und Verfahren im Kontext des Familienunterhalts**

### **2.1. Beweiserhebung als Pflicht des Gerichts beim Minderjährigenunterhalt**

[52] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_899/2019 vom 17. Juni 2020 leitet gewissermassen nahtlos vom Kindesunterhalt zu Verfahrensfragen, insbesondere zum Beweis über. Die Festsetzung der Unterhaltsleistungen erfolgte in casu ursprünglich unter Berücksichtigung eines in der Schweiz erzielten Erwerbseinkommens des unterhaltpflichtigen Vaters. Als dieser nach Deutschland zog und dort ein deutlich tieferes Einkommen erzielte, war strittig, ob diese Einkommensreduktion zu einer Anpassung der Unterhaltsbeiträge führen muss oder ob dem Beschwerdeführer weiterhin ein Einkommen in der früheren Höhe angerechnet werden darf.

[53] Das Bundesgericht erinnert zunächst an seine Rechtsprechung zur **Ausschöpfung der Leistungsfähigkeit** im Unterhaltsrecht: «Nach der Rechtsprechung kann insbesondere ein (an sich zulässiger) Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz zumutbar wäre. Dem unterhaltpflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um sich andere persönliche oder berufliche Wünsche zu erfüllen.»<sup>58</sup>

[54] Die Vorinstanz hatte dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe keine Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz glaubhaft gemacht und seine Behauptung, er habe keine neue Stelle in der Schweiz mit vergleichbarem Gehalt gefunden, sei unbelegt geblieben. Das Obergericht auferlegte es damit «dem Beschwerdeführer, die (tatsächlichen) Voraussetzungen darzulegen, aus denen sich der Untergang bzw. die (betragsmässige) Reduktion des Unterhaltsanspruchs der Beschwerdegegnerin ergebe [...].»<sup>59</sup> Dies ist, wie das Bundesgericht festhält, im Bereich der **uneingeschränkten Untersuchungsmaxime**, wie sie beim Kindesunterhalt gilt, unzulässig, muss doch das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen. «Zwar ändert der Untersuchungsgrundsatz nichts daran, dass im Falle der Beweislosigkeit das Gericht gemäss Art. 8 ZGB nach Beweislastgesichtspunkten entscheidet [...]. Entsprechend hätte der Beschwerdeführer als die eine Anpassung der Unterhaltsbeiträgefordernde Partei die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen [...]. Aus dem Untersuchungsgrundsatz folgt aber die **Pflicht des Gerichts, von sich aus alle tatsächlichen Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidwesentlich sind, und diese unabhängig von den Anträgen der Parteien zu erheben.**»<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_899/2019 vom 17. Juni 2020 E. 2.2.2.

<sup>59</sup> a.a.O., E. 3.3.2.

<sup>60</sup> a.a.O., E. 3.3.2., Hervorhebung hinzugefügt.

[55] Das Obergericht hätte sich somit nicht mit pauschalen Aussagen zur Möglichkeit einer Erzielung eines Erwerbseinkommens in der Schweiz begnügen dürfen. Es hätte vielmehr **eigene Abklärungen zu den persönlichen Verhältnissen** des Beschwerdeführers und konkreten Möglichkeiten der Aufnahme einer bestimmten Erwerbstätigkeit in der Schweiz treffen müssen. Da das Obergericht dies unterlassen hat, fehlt es «an einer Sachverhaltsbasis, welche das Urteil zu stützen vermag. Darin liegt eine willkürliche Anwendung von Bundesrecht.»<sup>61</sup>

## 2.2. Novenrecht im Berufungsverfahren

### 2.2.1. Gleichzeitige Beurteilung von Kindes- und Ehegattenunterhalt

[56] Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime im Kindesrecht hat auch Auswirkungen auf das Novenrecht. Wie bereits in BGE 144 III 349 klargestellt wurde, gilt im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (insbes. Kindesunterhalt) das strenge Novenrecht (Art. 317 ZPO) nicht. Dies trifft, wie das Bundesgericht im Jahr 2020 unter anderem im Urteil 5A\_67/2020 vom 10. August 2020 festgehalten hat,<sup>62</sup> auch für den Ehegatten- bzw. Scheidungsunterhalt zu, wenn dieser gleichzeitig mit Kindesunterhalt zu beurteilen ist. Korrigiert die Berufungsinstanz den Sachverhalt mit Bezug auf die für den Kindesunterhalt wesentlichen Faktoren der Unterhaltsberechnung, so sind daher die korrigierten Zahlen auch dem Ehegatten- bzw. nachehelichen Unterhalt zugrunde zu legen. Die entsprechenden Anträge müssen selbstverständlich gestellt und beziffert werden (Dispositionsmaxime).<sup>63</sup>

### 2.2.2. Grosszügliches Novenrecht auch bei sehr günstigen Verhältnissen

[57] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2. stellt sodann klar, dass sich eine Unterscheidung danach, ob sehr günstige oder knappe Verhältnisse in Frage stehen, verbietet. Selbst wenn die Lebenshaltungskosten vollständig gedeckt sind, können somit im Kontext des Minderjährigenunterhalts Noven bis zur Urteilsberatung ungeachtet der Voraussetzungen von Art. 317 ZPO vorgebracht werden.

## 3. Vorsorgeausgleich bei Scheidung

### 3.1. Arbeitgeberreserven bleiben im Vorsorgeausgleich unberücksichtigt

[58] Arbeitgeberreserven in der beruflichen Vorsorge werden aus Mitteln gebildet, die der Arbeitgeber über seine Pflichten hinaus der Pensionskasse auf Anrechnung an seine künftige Beitragspflicht bezahlt. In BGE 146 III 73 (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_130/2019 vom 11. Dezember 2019)<sup>64</sup> war strittig, ob diese Beträge bei der Berechnung der zu teilenden Austrittsleistungen

---

<sup>61</sup> a.a.O., E. 3.3.4.

<sup>62</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_67/2020 vom 10. August 2020 E. 3.3.2.; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020 E. 5.2.4.

<sup>63</sup> Dazu u.a. das Urteil des Bundesgerichts 5A\_970/2017 vom 7. Juni 2018 E. 3.2. betr. Verschiebungen zwischen Ehegatten- und Kindesunterhalt.

<sup>64</sup> Siehe zu diesem Entscheid die zustimmende Besprechung durch MARC HÜRZELER, Szs 2020, S. 321 f.

bei Ehescheidung zu berücksichtigen sind oder nicht. Die Frage ist zu verneinen. Die Zahlungen dienen nämlich der künftigen Beitragspflicht des Arbeitgebers und betreffen nicht die vom Arbeitnehmer erworbenen Ansprüche i.S.v. Art. 122 und 123 ZGB. Arbeitgeberreserven sind mit anderen Worten wie freie Mittel der Vorsorgeeinrichtung zu behandeln.

[59] Das Gesagte gilt auch dann, wenn der Ehegatte als Aktionär und Verwaltungsrat an der Aktiengesellschaft beteiligt ist, die die Arbeitgeberreserven geäufnet hat, zumal vorliegend **kein Durchgriffstatbestand** (i.S. der missbräuchlichen Verwendung der Rechtsfigur der juristischen Person) vorlag. Die Bildung von Arbeitgeberreserven stellt sodann bei dieser Sachlage auch **keine Vermögentsentäusserung** i.S.v. Art. 208 ZGB dar, die unter dem Titel Güterrecht hätte berücksichtigt werden können.

### 3.2. Vorsorgeausgleich bei Invalidität; Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht

[60] **BGE 146 V 95** (= Urteil des Bundesgerichts 9C\_391/2019 vom 23. März 2020) gibt dem Bundesgericht die Gelegenheit, die drei möglichen **Sachlagen beim Vorsorgeausgleich** voneinander abzugrenzen: Die Teilung (1) der *tatsächlichen* Austrittsleistung nach Art. 123 ZGB, die Teilung (2) der Austrittsleistung bei Invalidität vor Erreichen des reglementarischen Rentenalters (Art. 124 ZGB) und der Vorsorgeausgleich bei (3) Invalidenrenten nach dem reglementarischen Rentenalter und bei Altersrenten (Art. 124a ZGB).

[61] Vorliegend war die letzte Situation (Rentenalter) klar nicht gegeben, hingegen war strittig, ob in Anwendung von Art. 123 oder Art. 124 ZGB zu entscheiden war. Der Unterschied liegt darin, dass Art. 123 ZGB auf die tatsächliche Austrittsleistung abstellt, während Art. 124 ZGB bei der hypothetischen Austrittsleistung anknüpft. Bei Letzterer werden zusätzlich Gutschriften (samt Zins) aus der Weiterführung des Alterskontos nach Eintritt der Invalidität berücksichtigt.<sup>65</sup>

[62] Das Scheidungsverfahren war in casu am 19. Februar 2018 eingeleitet worden. Der Ehemann war jedoch bereits im Jahr 2014 schwer erkrankt und hatte sich daraufhin bei der IV zum Leistungsbezug angemeldet – bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens war allerdings das IV-Verfahren noch nicht abgeschlossen. Zu klären war vor diesem Hintergrund, ob die Anwendbarkeit von Art. 124 ZGB den tatsächlichen IV-Rentenbezug voraussetzt, wie dies die Formulierung der Norm («Bezieht ein Ehegatte im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens eine Invalidenrente ...») an sich nahelegt. Das Bundesgericht gelangt nach sorgfältiger Auslegung der Norm zum Schluss, dass der Wortlaut unpräzise ist: Entscheidend ist vielmehr die **Entstehung des Anspruchs** auf eine Invalidenrente, und dieser Zeitpunkt fällt mit dem Eintritt des Vorsorgefalls – d.h. mit dem **Eintritt der Invalidität** – zusammen. Anwendbar war somit Art. 124 und nicht Art. 123 ZGB.

### 3.3. Rententeilung nach Ermessen

[63] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_211/2020 vom 3. November 2020 betrifft eine kinderlose Ehe, die rund 25 Jahre gedauert hatte. Beide Ehegatten standen zum Urteilszeitpunkt im Rentenalter, allerdings verfügte nur der Ehemann über eine BVG-Rente. Unter diesen Voraussetzungen

---

<sup>65</sup> Vgl. die Hinweise in BGE 146 V 95 E. 2.3.

war zu klären, wie die ermessensweise Rententeilung nach Art. 124a ZGB zu erfolgen hat. Dies geschieht, wie das Bundesgericht festhält, jedenfalls weniger schematisch als bei der Teilung der Austrittsleistungen *vor* Eintritt des Rentenalters. Die **Dauer der Ehe** ist bei der Ermessensausübung von Bedeutung, wie der Gesetzgeber in Art. 124a Abs. 1 ZGB schon erwähnt: Wenn die Ehe einen erheblichen Einfluss auf die berufliche Situation der Ehegatten während vieler Jahre hatte und in dieser Zeit der grösste Teil der Austrittsleistung erarbeitet wurde, dann ist dem Grundsatz nach die hälftige Rententeilung angemessen.<sup>66</sup>

[64] Weil jedoch nach dem Eintritt des Rentenalters keine Altersvorsorge mehr gebildet wird und Vorsorgelücken zufolge der Scheidung nicht mehr geschlossen werden können, rechtfertigt sich bei der Rententeilung **nicht das sonst übliche Vorgehen in zwei Schritten**, indem zuerst eine (grundsätzlich hälftige) Rententeilung erfolgt und diese dann über Art. 124b Abs. 2 ZGB mit Blick auf die wirtschaftliche Situation der Ehegatten korrigiert wird. Zu bedenken ist ferner, dass – anders als bei der Unterhaltsrente – eine nachträgliche Abänderung der Rententeilung gesetzlich nicht vorgesehen ist.

[65] Vorliegend hatte die erste Instanz aufgrund der vorliegenden Zahlen festgestellt, dass aufgrund der Ehedauer ein Rentenanteil von Fr. 5'310 zu teilen wäre (während der Ehe erworbener Rentenanteil). Dies war vor Bundesgericht unangefochten. Hingegen blieb umstritten, ob bei der Rententeilung dem Umstand Rechnung getragen werden sollte, dass der in der Schweiz wohnhafte geschiedene Ehemann wesentlich höhere Lebenshaltungskosten hat als die dauerhaft in Thailand wohnhafte geschiedene Ehefrau.

[66] Die erste Instanz hatte der geschiedenen Ehefrau mit Blick auf ihre konkrete Lebenssituation nur gerade einen Rentenanteil von Fr. 1'000 zugesprochen. Die zweite Instanz nahm eine hälftige Teilung der Rente vor mit dem Argument, beide Ehegatten hätten Anspruch auf eine gleichwertige Vorsorge und der Umzug der Ehefrau habe keinen Einfluss auf deren Vorsorgebedürfnisse. Der Beschwerdeführer brachte dagegen vor, bei der durch die kantonale Instanz vorgenommenen Teilung hätte er selber nur einen Überschuss von Fr. 1'473 über seinen familienrechtlichen Bedarf, die geschiedene Ehefrau hingegen einen solchen von Fr. 3'306. Dieses Argument lässt das Bundesgericht nicht gelten: Beim Vorsorgeausgleich gehe es **nicht um die nacheheliche Solidarität**, sondern um die Teilung der während der Ehe geäußneten Vorsorge. Daher sei das Ziel der Teilung nicht die völlige wirtschaftliche Gleichstellung der Ehegatten. Überdies bleibe es den Ehegatten freigestellt, über die im Vorsorgeausgleich zugesprochene Rente nach eigenem Ermessen zu verfügen.<sup>67</sup> Der Ehemann unterlag daher vor Bundesgericht.

[67] Der Entscheid zeigt deutlich, dass die Grundsätze des nachehelichen Unterhalts nicht unbesehen auf die Rententeilung nach Art. 124a ZGB übertragen werden können, obschon diese Bestimmung (neben der Ehedauer) auch auf die konkreten Vorsorgebedürfnisse der beiden Ehegatten verweist. Im Kontext einer (womöglich über das Erreichen des Rentenalters hinaus geschuldeten) Unterhaltsrente nach Art. 125 ZGB wäre die dauerhafte Senkung der Lebenshaltungskosten durch Umzug ins Ausland durchaus ein entscheidrelevantes Element.

---

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_211/2020 vom 3. November 2020 E. 4.1.1., mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Vorsorgeausgleichs.

<sup>67</sup> a.a.O., E. 4.2.

### 3.4. Unterhälftige Teilung «aus wichtigen Gründen»

[68] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_868/2019 vom 23. November 2020 befasst sich mit dem Vorsorgeausgleich bei einer kinderlosen Ehe, die rund 12 Jahre gelebt worden war. Der Ehemann leidet an einer mit seiner HIV-Infektion assoziierten, organischen psychischen Störung. Er war wegen versuchter Vergewaltigung und einfacher Körperverletzung rechtskräftig verurteilt und später verwahrt worden. Ans Bundesgericht gelangte er, weil die kantonale Vorinstanz von der hälftigen Teilung der Austrittsleistung der Ehefrau in Anwendung von Art. 124b Abs. 2 ZGB abgesehen und eine deutlich unterhälftige Teilung angeordnet hatte. Zur Begründung hatte das Gericht auf das **gewalttätige und ehewidrige Verhalten** des Beschwerdeführers während des gemeinsamen Zusammenlebens, auf das vergleichsweise kurze Zusammenleben bei langer Trennungsdauer sowie auf die Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten verwiesen.

[69] Die Anwendung der Ausnahmeregelung von Art. 124b ZGB kommt, wie das Bundesgericht schon mehrfach festgehalten hat,<sup>68</sup> nur «in **besonders stossenden Fällen**» in Betracht.<sup>69</sup> Vorliegend waren diese Voraussetzungen indessen gegeben, zumal auch die Vorsorgebedürfnisse des auf Dauer verwahrten Ehemannes sich kaum abschätzen liessen. Der Vorinstanz war daher keine Ermessensüberschreitung vorzuwerfen, die Beschwerde war abzuweisen.

### 3.5. Wirtschaftliche Situation nach der Scheidung als Grund für Abweichen von hälftiger Teilung

[70] Das Ehepaar, um das es im Urteil des Bundesgerichts 5A\_819/2019 vom 13. Oktober 2020 ging, lebte in Frankreich und wurde dort geschieden. Das erstinstanzliche Scheidungsurteil erging im Jahr 2016, das zweitinstanzliche im Jahr 2017. Die Ehefrau verlangte anschliessend in der Schweiz die hälftige Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge des Ehemannes. Die Genfer Cour de Justice teilte die Austrittsleistung des Ehemannes allerdings nicht hälftig, sondern sprach der Ehefrau nur einen Drittelf zu, dies in Anwendung von Art. 124b Abs. 2 ZGB.

[71] Die blosse **Tatsache, dass die Ehegatten nach der Scheidung wirtschaftlich nicht gleichgestellt** sind, ändert noch nichts am Prinzip der hälftigen Teilung der Austrittsleistungen – einmal mehr betont das Bundesgericht, dass Art. 124b Abs. 2 ZGB die Ausnahme darstelle und der Grundsatz der hälftigen Teilung der Vorsorge nicht ausgehöhlt werden dürfe.<sup>70</sup>

[72] Der Entscheid betrifft auch die grundsätzliche **Frage nach der Ergänzung ausländischer Urteile**: Nach altem Recht konnte ein französisches Scheidungsurteil, mit dem eine prestation compensatoire verfügt wurde, in der Schweiz ergänzt werden, wenn die zugesprochene Vermögenssumme der beruflichen Vorsorge in der Schweiz nicht Rechnung trug. Unter dem neuen Recht sind ausländische Urteile hingegen mit Bezug auf den Vorsorgeausgleich immer ergänzungsbedürftig, und zwar unabhängig davon, ob das ausländische Gericht die in der Schweiz vorhandenen Mittel der beruflichen Vorsorge berücksichtigt hat oder nicht.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. dazu u.a. BGE 145 III 56 zu krass ehewidrigem Verhalten; als Gegenbeispiel Urteil des Bundesgerichts 5A\_694/2018 vom 11. November 2019.

<sup>69</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_868/2019 vom 23. November 2020 E. 4.

<sup>70</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_819/2019 vom 13. Oktober 2020 E. 3.2.1.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> IPRG; dazu schon BGE 145 III 109 E. 4.3 und 5.9.

[73] In casu war nicht erstellt, dass das zweitinstanzliche französische Gericht die Tragweite des Schweizer Vorsorgeausgleichs bzw. der Gesetzesrevision verkannt hätte. Es war daher – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – von der hälftigen Teilung der Austrittsleistungen auszugehen. Das Bundesgericht hob den Entscheid der Genfer Cour de Justice auf und ordnete die hälftige Teilung gleich selber an.

#### 4. Kindesrecht

##### 4.1. Anfechtung Kindesverhältnis: Anwendbares Recht

[74] **BGE 146 III 136** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_222/2018 vom 28. November 2019) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Schweizer A und die Marokkanerin B heirateten 1997 in der Schweiz. Die Familie zog 2009 nach Frankreich, im Jahr 2011 trennte sich das Paar. Im März 2012 brachte B in der Schweiz das Kind C zur Welt, als dessen Vater der Ehemann A in das Zivilstandsregister eingetragen wurde. Genetischer Vater des Kindes ist allerdings unbestritten massen E, der zum Zeitpunkt des hier interessierenden Urteils jedoch bereits verstorben war. Es folgten mehrere Wohnortswechsel der Mutter mit dem Kind. Im November 2015 erhob A in Genf die Vaterschaftsanfechtungsklage. Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage gestützt auf die Fünfjahresfrist des französischen Rechts gut. Die Genfer Cour de Justice hob diesen Entscheid auf und wies die Vaterschaftsklage gestützt auf die relative Einjahresfrist gemäss Art. 256c Abs. 1 ZGB ab. Der Registervater gelangte daher ans Bundesgericht, das über das anwendbare Recht zu befinden hatte.

[75] Nach **Art. 68 IPRG** ist für die Anfechtung des Kindesverhältnisses das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes anwendbar. Dabei ist nach **Art. 69 Abs. 1 IPRG** grundsätzlich der Zeitpunkt der Geburt für die Anknüpfung massgebend. Davon kann nach Abs. 2 derselben Bestimmung bei der Anfechtungsklage abgewichen werden, «wenn ein überwiegendes Interesse des Kindes es erfordert.» Die **Bestimmung, die ausschliesslich das konkrete Interesse des Kindes im Blick hat**, darf nach Auffassung des Bundesgerichts nicht zu eng interpretiert werden.<sup>72</sup> Die Norm ist unabhängig davon anwendbar, ob das Kind oder der Vater auf Anfechtung klagt. Das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zur Zeit der Klageeinreichung ist daher immer anwendbar, wenn das Recht am Geburtsort nach dem Ermessensentscheid des Gerichts für das Kind im Hinblick auf die Etablierung oder Klärung der Vaterschaft ungünstig wäre.

[76] **Im konkreten Fall<sup>73</sup>** hatte die Cour de Justice mit Bezug auf die **Interessen des Kindes** erwogen, dass das Kind mit der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung seinen Familiennamen und das Schweizer Bürgerrecht verlieren würde, was nicht in seinem Interesse sei. Es würde dann nämlich einen anderen Namen als sein Halbbruder tragen und auch das Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren. Zudem verlöre es auch seinen Unterhaltsanspruch und das Erbrecht gegenüber seinem Registervater A. Die Interessen des Kindes sprechen daher für die Anwendung des Schweizer Rechts, das eine Anfechtung zufolge Verwirkung der Frist ausschliesst. Das Bundesgericht schliesst sich dieser Auffassung an und weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.

---

<sup>72</sup> BGE 146 III 136 E. 4.1, m.H. auf die Literatur.

<sup>73</sup> Siehe dazu die nicht amtlich publizierte E. 5 des Urteils des Bundesgerichts 5A\_222/2018 vom 28. November 2019.

#### 4.2. Impfentscheid bei gemeinsamer elterlicher Sorge

[77] Im Ehescheidungsverfahren stellte der Vater dreier Kinder den Antrag, es sei ihm im Sinne einer Kindesschutzmassnahme zu erlauben, die unter der gemeinsamen elterlichen Sorge stehenden Kinder entgegen der Meinung der Kindesmutter gemäss den Richtlinien des BAG impfen zu lassen. Der Antrag wurde von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft begründete dies damit, die fehlende Schutzimpfung stelle keine akute Kindeswohlgefährdung dar, weshalb eine Kindesschutzmassnahme ausgeschlossen sei. Der Vater gelangte gegen diesen Entscheid ans Bundesgericht, das im Urteil 5A\_789/2019 vom 16. Juni 2020 (zur Publikation vorgesehen)<sup>74</sup> dem Vater Recht gab.

[78] Die Impfung ist keine alltägliche oder dringliche Angelegenheit i.S.v. Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB, sodass bei gemeinsamer elterlicher Sorge kein Elternteil alleine handeln kann. Besteht zwischen den Eltern **Uneinigkeit** in einer Angelegenheit, die zwingend von beiden sorgeberechtigten Eltern entschieden werden muss, so sieht das Gesetz allerdings **kein spezifisches Verfahren** vor. Daher kann ein behördlicher Entscheid nur erfolgen, wenn die Meinungsdifferenz der Eltern «einer Gefährdung des Kindeswohls gleichkommt, so dass die Voraussetzungen für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen erfüllt sind [...].»<sup>75</sup>

[79] Eine solche **Gefährdung bejaht** das Bundesgericht, wobei es deutliche Worte an die Vorinstanz richtet: «Der angefochtene Entscheid beruht auf einer Fehlüberlegung, soweit die Vorinstanz aus dem Fehlen eines gesetzlichen Impfobligatoriums den (Umkehr-) Schluss zieht, dass der Verzicht auf die Masernimpfung das Wohl der betroffenen Kinder [...] nicht gefährdet [...].»<sup>76</sup> Es stünden nämlich vorliegend nicht die Voraussetzungen eines allfälligen behördlichen Impfzwangs zur Debatte: «Allein der Umstand, dass mit Bezug auf eine übertragbare Krankheit [...] eine Impfung nicht für obligatorisch erklärt, sondern von der eidgenössischen Gesundheitsbehörde lediglich empfohlen wird, bedeutet nicht, dass es sich auch mit dem Kindeswohl verträgt, auf die Impfung gegen die fragliche Infektionskrankheit zu verzichten.»<sup>77</sup>

[80] Angesichts der Risiken einer Masernerkrankung «erträgt die Frage, ob eine Masernimpfung durchzuführen ist oder nicht, unter den Eltern keine Pattsituation. [...] Können sich die sorgeberechtigten Eltern über diese Massnahme [...] nicht einigen, liegt mithin ein Anwendungsfall **von Art. 307 Abs. 1 ZGB** vor.»<sup>78</sup> Die zuständige Behörde hat somit an Stelle der Eltern zu entscheiden, wobei sie in pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens die Beurteilung des BAG als Richtschnur anwendet. Dem Urteil ist nach Auffassung der Rezensentin uneingeschränkt beizupflichten.

#### 4.3. Alternierende Obhut in strittigen Fällen

[81] Im Jahr 2020 hat das Bundesgericht einige eindrückliche – allerdings nicht amtlich publizierte – Urteile zur alternierenden Obhut gefällt. Allen Entscheiden lag zugrunde, dass die Eltern sich über die Obhut nicht einigen konnten, die alternierende Obhut somit strittig war. Dass eine

---

<sup>74</sup> Siehe zum Entscheid auch HARDY LANDOLT/IRIS HERZOG-ZWITTER, Masernimpfobligitorium in Zeiten der Corona-Pandemie, in: Jusletter 31. August 2020.

<sup>75</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_789/2019 vom 16. Juni 2020 E. 6.2.1.

<sup>76</sup> a.a.O., E. 6.2.4.

<sup>77</sup> a.a.O., E. 6.2.4.

<sup>78</sup> a.a.O., E. 6.2.6., Hervorhebung hinzugefügt.

Einigung oder ein gemeinsamer Antrag der Eltern nicht nötig ist, hat das Bundesgericht bereits früher anerkannt.<sup>79</sup> Die neuste Tendenz geht nun allerdings im Ergebnis praktisch dahin, dass eine alternierende Obhut bei entsprechendem Antrag eines Elternteils die Regel und ein Abweichen davon begründungspflichtig ist. Dazu einige Beispiele aus der reichen Rechtsprechung:

[82] Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_821/2019 vom 14. Juli 2020 hatte die Vorinstanz dem Vater zwar ein ausgedehntes «Besuchsrecht» von drei vollen Tagen zuerkannt, aber keine echte alternierende Obhut. Der Vater obsiegte vor Gericht. Trotz eines andauernden und ausgeprägten Elternkonflikts befand das Bundesgericht, dem Vater sei sowohl im Sinne der Terminologie<sup>80</sup> eine alternierende Obhut zuzugestehen als auch ein zusätzlicher halber Betreuungstag, da dies nicht zu zusätzlichen Konfliktherden (z.B. durch zusätzliche Übergaben der Kinder) führe. Der Entscheid erstaunt umso mehr, als es um ein Eheschutzverfahren ging, sodass das Bundesgericht auf eine Willkürprüfung beschränkt war.

[83] Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 liest man folgenden Satz: «Es steht einer alternierenden Obhut nicht entgegen, wenn die Eltern zur gemeinsamen Entscheidfindung über die Kinderbelange auf die Vermittlung einer Drittperson angewiesen sind [...]. Ferner kann allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, nicht ohne weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Unter diesem Aspekt ist von einer alternierenden Obhut nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft.»<sup>81</sup> Der Entscheid fasst überdies einmal mehr die **Voraussetzungen** einer alternierenden Obhut schön zusammen. In Stichworten: Erziehungsfähigkeit beider Eltern; geografische Situation bzw. Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern; Stabilität i.S. einer Weiterführung der bisherigen Betreuungslösung; Alter des Kindes; Beziehung zu Geschwistern; Einbettung des Kindes in ein weiteres soziales Umfeld; Wunsch des Kindes, selbst wenn dieses noch nicht urteilsfähig ist; Kooperationsfähigkeit der Eltern (in Abhängigkeit von den konkreten Umständen). Dagegen ist die Möglichkeit der persönlichen Betreuung nur dann von Bedeutung, wenn «spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen [...].»<sup>82</sup>

[84] Auch im Urteil des Bundesgerichts 5A\_200/2019 vom 29. Januar 2020 wurde die alternierende Obhut gegen den Willen der Mutter angeordnet mit dem Argument, die Konfliktfelder zwischen den Eltern seien damit nicht grösser als bei der Ausübung des Besuchsrechts. Das

---

<sup>79</sup> BGE 142 III 502; BGE 142 III 617.

<sup>80</sup> Siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 5A\_139/2020 vom 26. November 2020 (zur Publikation vorgesehen) E. 3.2.3., wo klargestellt wird, dass ein Elternteil kein besonderes Rechtsschutzinteresse dartun muss, wenn er – bei gleichbleibenden, ähnlich hohen Betreuungsanteilen beider Eltern – im Urteilsdispositiv eine alternierende Obhut an Stelle eines Besuchsrechts festgehalten haben will.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 E. 4.2.; ähnlich das Urteil des Bundesgerichts 5A\_99/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 4.1.1.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 E. 4.2.

Bundesgericht stellt überdies klar, dass die Kinder auch bei alternierender Obhut nur einen zivilrechtlichen Wohnsitz haben können.<sup>83</sup>

#### 4.4. Kindesanhörung; antizipierte Beweiswürdigung

[85] Bekanntlich wird in der Praxis in ehrenrechtlichen Verfahren zuweilen ohne triftigen Grund auf die an sich zwingende Kindesanhörung verzichtet.<sup>84</sup> In anderen Fällen verzichtet das Gericht auf eine Anhörung gestützt auf eine vorweggenommene (d.h. antizipierte) Beweiswürdigung. Damit befasst sich **BGE 146 III 203** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020).

[86] Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: Die gemeinsame Tochter der Parteien war 8 Jahre alt, als im Jahr 2013 das Scheidungsverfahren anhängig gemacht wurde. Das Kind wurde 2015 im Rahmen dieses Verfahrens zu Hause von einer Fachrichterin angehört. Das erstinstanzliche Scheidungsurteil erging 2018, wobei die Tochter unter Obhut der Mutter gestellt wurde, entgegen dem Antrag des Ehemannes, der die alternierende Obhut verlangt hatte. Die zweite Instanz wies im Jahr 2019 die Berufung mit Bezug auf die beantragte alternierende Obhut ab, wobei auf die beantragte Anhörung der Tochter verzichtet wurde.

[87] Die **Kindesanhörung** in familienrechtlichen Angelegenheiten ist in Art. 298 Abs. 1 ZPO geregelt. Sie findet **von Amtes wegen** statt. Indessen besteht bei Vorliegen entsprechender Anträge «umso mehr eine Verpflichtung, die Anhörung durchzuführen [...]. Das bedeutet nach der bündesgerichtlichen Rechtsprechung, dass das Gericht auf eine Kindesanhörung nicht gestützt auf eine antizipierte Beweiswürdigung verzichten darf [...].»<sup>85</sup>

[88] **Ausnahmen** sind jedoch – abgesehen vom Alter des Kindes und anderen wichtigen Gründen i.S.v. Art. 298 Abs. 1 ZPO – denkbar. Die Pflicht zur Kindesanhörung gilt dort nicht, «wo das Gericht zum Schluss kommt, dass eine Anhörung des Kindes bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein **objektiv untauglich bzw. irrelevant** sind (sog. unechte antizipierte Beweiswürdigung [...]). Daran ändert auch der erwähnte persönlichkeitsrechtliche Aspekt nichts [...], denn auch er zwingt das Gericht nicht zur Durchführung einer Anhörung, die angesichts eines fehlenden Erkenntniswertes einer reinen Formsache gleichkäme. [...] Soweit das Gericht also nicht davon überzeugt ist, dass die Kindesanhörung **keinen Erkenntniswert** haben wird, muss es mithin selbst bei erheblichen Zweifeln darüber, ob dieses Beweismittel etwas bringen wird, eine Anhörung durchführen [...].»<sup>86</sup>

[89] Im konkreten Fall geht das Bundesgericht davon aus, das Obergericht habe nur deshalb von einer (erneuten) Anhörung abgesehen, weil es dem Arbeitszeitmodell des Beschwerdeführers

---

<sup>83</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_200/2019 vom 29. Januar 2020 E. 3.2.2. am Ende; der Vater hatte vergeblich einen wechselnden Wohnsitz je nach konkretem Aufenthaltsort der Kinder beim einen oder anderen Elternteil eingefordert.

<sup>84</sup> Siehe dazu bereits das Urteil des Bundesgerichts 5A\_721/2018 vom 6. Juni 2019; dazu die Zusammenfassung von REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 24. Februar 2020, Rz. 77 f.

<sup>85</sup> BGE 146 III 203 E. 3.3.2.

<sup>86</sup> a.a.O. E. 3.3.2., Hervorhebungen hinzugefügt.

entscheidende Bedeutung zugemessen habe. Der stillschweigende Verzicht auf eine Anhörung erwies sich damit als Anwendungsfall der (zulässigen) unechten antizipierten Beweiswürdigung.

## 5. Erwachsenenschutzrecht

### 5.1. Beistandschaft oder Vorsorgeauftrag?

[90] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_526/2019 vom 4. März 2020 befasst sich mit folgendem Sachverhalt: Die Beschwerdeführerin A hatte einen Vorsorgeauftrag errichtet und darin ihre Bekannte B als Vorsorgebeauftragte für die Bereiche Personensorge, Vermögenssorge und Rechtsverkehr ernannt. Im Anschluss an eine Gefährdungsmeldung der Spitex klärte die KESB die Situation ab und gelangte zum Schluss, dass die betagte Frau zwar hilfsbedürftig sei, aber nicht urteilsunfähig. Daher wurde der Vorsorgeauftrag nicht validiert, sondern eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung errichtet. Als mögliche Beistandin wurde B angefragt. Diese lehnte die Übernahme des Amtes jedoch ab, sodass eine andere Person als Beistand eingesetzt wurde.

[91] Mittels Beschwerde in Zivilsachen verlangte A die Validierung des Vorsorgeauftrages. Sie musste allerdings erfolglos bleiben. Ein Vorsorgeauftrag wird für den Fall der künftigen Urteilsunfähigkeit errichtet und kann daher erst validiert werden, wenn diese eingetreten ist. Stellt die KESB – wie im vorliegenden Fall – zwar die **Hilfsbedürftigkeit, aber nicht** den Eintritt der **Urteilsunfähigkeit** fest, bleibt nur die Errichtung einer Beistandschaft.

[92] Die Erwägungen des Bundesgerichts überzeugen vor dem Hintergrund des konkreten Falls. Indessen liegt das damit verbundene **Problem** auf der Hand: Oftmals tritt eine Urteilsunfähigkeit nicht aufgrund eines akuten medizinischen Problems ein, sondern es geht ihr ein **längerer Verlauf mit zunehmender Hilfsbedürftigkeit** voraus. Ergänzend zur Errichtung eines Vorsorgeauftrages ist daher an eine Vollmacht unter Lebenden i.S.v. Art. 35 Abs. 1 OR zu denken, die explizit über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus Gültigkeit haben sollte und die mit einem auf dieselbe Person ausgestellten Vorsorgeauftrag ergänzt wird. Gemäss Art. 397a OR muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde informieren, sobald eine dauerhafte Urteilsunfähigkeit vorliegt. Diese wird alsdann die Validierung des Vorsorgeauftrages vornehmen. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass eine nahtlose Vertretung und Betreuung durch die gewünschte Person zunächst durch die Regeln der Stellvertretung und anschliessend gemäss Vorsorgeauftrag erfolgt. Wer «auf Nummer sicher» gehen möchte, wird den Vorsorgeauftrag noch mit dem Wunsch (i.S.v. Art. 401 Abs. 1 ZGB) ergänzen, dass im Falle einer Beistandschaftserrichtung (etwa dann, wenn der Vorsorgeauftrag nicht validiert werden kann oder sich als unvollständig erweist) die bezeichnete Person als Beistand einzusetzen sei. Dass die Person, die die Vertretung übernehmen bzw. als Vorsorgebeauftragter oder Beistand amten soll, mit der Übernahme dieser Aufgabe einverstanden sein und daher vorgängig angefragt werden sollte, liegt auf der Hand. Allenfalls drängt sich die Bezeichnung einer Ersatzperson auf.

## 5.2. Fürsorgerische Unterbringung

### 5.2.1. Verhältnismässigkeit der dauerhaften FU

[93] Das Gesetz sieht nicht zwingend vor, dass eine fürsorgerische Unterbringung nur für beschränkte Zeit angeordnet werden könnte. Sind die Voraussetzungen nach Art. 426 ZGB erfüllt, so muss zwar die Unterbringung periodisch durch die Erwachsenenschutzbehörde überprüft werden (Art. 431 ZGB) – eine eigentliche Maximaldauer ist jedoch nicht vorgesehen. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 5A\_567/2020 vom 18. September 2020 E. 2.3 festhält, kann eine Unterbringung auf Dauer zulässig sein, wenn «durch diese wenigstens die Lebensqualität der betroffenen Person erheblich verbessert wird [...].»

[94] Erfolgt die auf Dauer angelegte Unterbringung primär mit dem Zweck der medikamentösen Behandlung, so ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass zwingend abzuklären und im Entscheid der KESB zu erörtern ist, ob die Behandlung auch ambulant erfolgen könnte. Nur wenn dies nicht möglich ist, kann sich eine dauerhafte Unterbringung allenfalls rechtfertigen.<sup>87</sup>

### 5.2.2. Interkantonale Zuständigkeit für Beschwerde gegen ärztlich angeordnete FU

[95] Die Beschwerdeführerin, mit der sich das Urteil des Bundesgerichts 5A\_175/2020 vom 25. August 2020 (zur Publikation vorgesehen) befasste, war während eines Kurzaufenthalts bei ihrer Schwester im Kanton Schwyz durch einen dort praktizierenden Hausarzt fürsorgerisch in eine Klinik in ihrem Wohnkanton St. Gallen eingewiesen worden. Als sie gegen die Einweisung gemäss Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB das Gericht anrufen wollte, kam es zu einem **negativen Kompetenzkonflikt**.

[96] Im ZGB bleibt die Frage unbeantwortet, welcher Kanton für die Beurteilung der Beschwerde gegen die ärztliche Unterbringung zuständig ist, die nicht am Wohnsitz, sondern am Aufenthaltsort der betroffenen Person erfolgt ist. In der Literatur ist die Frage der interkantonalen örtlichen Zuständigkeit nach ärztlicher Einweisung strittig: Ein Teil der Literatur hält das Gericht am Ort der Einweisung für zuständig, eine andere Auffassung spricht sich für das Gericht am Wohnsitz der betroffenen Person aus und eine weitere Auffassung bejaht die Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Einrichtung. Die Gesetzesmaterialien sind in dieser Hinsichtdürftig. Fest steht für das Bundesgericht indessen, dass eine Zuständigkeit am Ort der Einrichtung nicht in Frage kommt, d.h., dass weder Art. 429 Abs. 3 ZGB noch Art. 385 Abs. 1 ZGB analog angewandt werden können. Eine Anknüpfung an die altrechtliche Zuständigkeit am Wohnsitz der betroffenen Person kommt für das Bundesgericht ebenfalls nicht in Betracht, weil das geltende Recht die ärztlich angeordnete FU nicht mehr als eng begrenzte Ausnahme behandle.<sup>88</sup>

[97] Damit bleibt, so das Bundesgericht, nur die Anknüpfung beim Kanton, auf dessen Hoheitsgebiet die FU angeordnet wurde – unabhängig vom Wohnsitz der betroffenen Person und vom Ort der Einrichtung.<sup>89</sup> Die Unterbringung durch einen Arzt ist eine hoheitliche Handlung, selbst wenn es sich beim betreffenden Arzt um einen frei praktizierenden Hausarzt und nicht um einen

---

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_567/2020 vom 18. September 2020 E. 3.1.

<sup>88</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_175/2020 vom 25. August 2020 E. 6.3.1.

<sup>89</sup> a.a.O., E. 6.3.3.

Amtsarzt handelt. Auch aus diesem Grund drängt sich die Zuständigkeit am **Ort des Einweisungsentscheids** auf.<sup>90</sup>

### 5.3. Beschwerdelegitimation

#### 5.3.1. Kein schutzwürdiges Interesse des Sohnes i.S.v. Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG

[98] Das Bundesgericht zeigt sich im Urteil 5A\_687/2019 vom 26. Mai 2020 einmal mehr restriktiv, wenn es um die **Aktivlegitimation betreffend die Beschwerde in Zivilsachen** geht. Die von einer Vertretungsbeistandschaft betroffene Person war die Mutter des Beschwerdeführers. Dieser war mit der Führung der Beistandschaft nicht zufrieden und wollte daher den Beistand durch die KESB auswechseln lassen. Er machte geltend, sein Vermögen sei in vielfältiger Weise mit jedem der verbeiständeten Mutter verbunden, zudem habe er als Erbe ein vermögensrechtliches Interesse. Das Bundesgericht hält dieser Argumentation entgegen, er habe selber die volle Verfügungsgewalt über sein Vermögen und könne sämtliche (u.a. sachenrechtliche) Rechtsbehelfe zu dessen Schutz ergreifen, sodass seine Stellung durch die Beistandschaft nicht stärker betroffen sei als diejenige eines Dritten. Die künftige Erbenstellung wiederum vermittelte nur eine mittelbare Betroffenheit, die für die Beschwerdelegitimation ebenfalls nicht genüge. Auf die Beschwerde in Zivilsachen war daher in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG nicht einzutreten.

#### 5.3.2. Aufsicht über die KESB; Beschwerdelegitimation

[99] Das Erwachsenenschutzrecht schreibt den Kantonen in Art. 441 ZGB vor, dass sie eine Aufsichtsbehörde zu bestimmen haben. Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_422/2020 vom 25. November 2020 musste sich mit dieser genauer befassen. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

[100] A und B hatten zunächst bei der KESB die Interessenkollision eines Beistandes im Zusammenhang mit einem Grundstückverkauf angezeigt. Die KESB sah allerdings keinen Grund für eine Intervention und teilte dies A und B mit. Da sie weder nahestehende Personen der verbeiständeten Person waren und auch kein eigenes rechtlich geschütztes Interesse geltend machen konnten, blieb A und B die Beschwerde i.S.v. Art. 450 ZGB verwehrt. Daher gelangten sie an die durch das kantonale Recht bezeichnete Aufsichtsbehörde gemäss Art. 441 ZGB. Auch diese sah allerdings keinen Grund für ein Einschreiten, sodass sich A und B schliesslich ans Bundesgericht wandten.

[101] Das Bundesgericht fasst zunächst in E. 1.3. die **Rolle der Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 441 ZGB** zusammen. Diese besteht primär darin, die Tätigkeit der KESB zu beaufsichtigen und indirekt auch diejenige der Amtsträger. Die Aufsichtsbehörde hat die einheitliche Anwendung des Rechts zu gewährleisten. Es handelt sich um eine präventive Aufsicht, die insbesondere durch Erlass von generell-abstrakten Weisungen erfolgt. Allerdings kann auch repressiv in Form konkreter Weisungen in die Organisation und Verwaltung eines Mandats eingegriffen werden, wenn die KESB dieses nicht ordnungsgemäss führt. Hingegen ist der Aufsichtsbehörde die unmittelbare Korrektur eines erwachsenenschutzrechtlichen Entscheids verwehrt, denn dafür ist einzig das

---

<sup>90</sup> a.a.O., E. 6.4.

Gericht im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach Art. 450 ff. ZGB zuständig. Die Aufsichtsbehörde kann von Amtes wegen oder aufgrund einer konkreten Anzeige hin tätig werden.

[102] Wer als blosser **Hinweisgeber** vor der Aufsichtsbehörde eintritt, ist **nicht Partei** und kann daher auch nicht an das Bundesgericht gelangen. Da kein Anspruch darauf besteht, dass der Anzeige nachgegangen wird, kann die Aufsichtsbehörde diese nach summarischer Prüfung zurückweisen, ohne dass dem Hinweisgeber damit die Parteistellung eröffnet würde. Um eine solche zu erlangen, muss der Anzeigende einerseits in einer engen und besonderen Beziehung zum strittigen Sachverhalt stehen und andererseits ein schutzwürdiges Interesse am Einschreiten der Aufsichtsbehörde geltend machen können. Sind diese Voraussetzungen gegeben und wurde die Parteistellung durch die Aufsichtsbehörde verweigert, so kann dieser Entscheid dem Bundesgericht im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen zur Überprüfung vorgelegt werden.<sup>91</sup>

[103] Im Folgenden prüft das Bundesgericht, unter welchen Voraussetzungen ein Hinweisgeber im erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren ein **Rechtsschutzinteresse** geltend machen kann, das ihn zunächst zur Parteistellung im Aufsichtsverfahren und gegebenenfalls im Anschluss daran auch zur Beschwerde ans Bundesgericht legitimiert. Im Erwachsenenschutzrecht ist bekanntlich die Beschwerdelegitimation gegen Entscheidungen der Erwachsenenschutzbehörde grosszügig ausgestaltet (Art. 450 ZGB), indem alle Personen aktiv legitimiert sind, die ein rechtlich geschütztes Interesse haben. Steht allerdings diese Möglichkeit gegen einen Entscheid offen, so ist den Hinweisgebern im Sinne des Subsidiaritätsprinzips der verwaltungsrechtliche Weg – d.h. die Parteistellung in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren – wohl verschlossen.<sup>92</sup> Das Bundesgericht lässt die Frage letztlich offen, da A und B die Beschwerdelegitimation ohnehin abzusprechen war. Diese hatten nämlich vor der Aufsichtsbehörde zum Vornherein keine Parteistellung geltend gemacht, sondern diese lediglich aufgefordert, ihre Aufsicht im Zusammenhang mit dem konkreten Fall wahrzunehmen.

---

REGINA E. AEBI-MÜLLER ist ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern.

---

<sup>91</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_422/2020 vom 25. November 2020 E. 1.4.2.

<sup>92</sup> a.a.O., E. 1.4.4.