

Regina Aebi-Müller

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

---

Der vorliegende Beitrag enthält eine konzise Übersicht über die wichtigsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht vom 1. September 2017 bis Ende Dezember 2018 (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Ziel ist es einmal mehr, dem am Familienrecht interessierten Praktiker einen raschen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis zu bieten. Berücksichtigt wurden alle in der amtlichen Sammlung publizierten bzw. zur Publikation vorgesehenen Urteile sowie ausgewählte, nur im Internet zugängliche Entscheide.

---

Beitragsarten: Rechtsprechungsübersicht  
Rechtsgebiete: Familienrecht. Eherecht

Zitiervorschlag: Regina Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 21. Januar 2019

## Inhaltsverzeichnis

1. Eheschliessung und allgemeine Ehwirkungen (inkl. Eheschutz)
  - a. Bigamie; Folgen der Eheungültigkeit
  - b. Abänderung eines Eheschutzentscheids nach Stellenverlust und Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit
  - c. Güterrecht: Bedeutung eines Inventars in einem Ehevertrag; Verbrauch von Eigengut bzw. Errungenschaft
2. Scheidungsnebenfolgen
  - a. Vorsorgeausgleich
    - aa. Verweigerung der Rententeilung «aus wichtigen Gründen»
    - bb. Verzicht auf Vorsorgeausgleich: Voraussetzungen unter neuem Recht
    - cc. Übergangsregelung Vorsorgeausgleich: Stichtag Einreichung Scheidungsbegehren
  - b. Nachehelicher Unterhalt, Zumutbarkeit des Vermögensverzehr
3. Eheschutz- und Scheidungsverfahren
  - a. Formelle Anforderungen an Scheidungsklage
  - b. Dispositionsmaxime betreffend Ehegattenunterhalt
  - c. Anspruch auf Teilurteil im Scheidungspunkt
  - d. Novenrecht bei Geltung der Untersuchungsmaxime
  - e. Erläuterung/Auslegung einer Scheidungskonvention
  - f. Anwendbares Recht betreffend vorsorglichen Scheidungsunterhalt
4. Kindesrecht
  - a. Entstehung und Anfechtung des Kindesverhältnisses
    - aa. Anfechtung Kindesanerkennung: Aktivlegitimation und Zwangsvollstreckung der DNA-Untersuchung
    - bb. Genetische Vaterschaft; Persönlichkeitsverletzung durch Untätigbleiben des Registervaters?
  - b. Recht auf persönlichen Verkehr; Kontaktrecht der Grosseltern
  - c. Aufenthaltsbestimmungsrecht; Umzug eines Elternteils ohne Zustimmung des anderen
    - aa. Unzulässigkeit eines Umzugsverbots gestützt auf Art. 301a ZGB
    - bb. Aufschiebende Wirkung der Berufung bei Neuregelung der Obhut zufolge Umzugs der Mutter
    - cc. Keine zivilrechtliche Sanktion bei Verletzung des Zustimmungserfordernisses
  - d. Obhut und Betreuung
    - aa. Alternierende Obhut: Voraussetzungen
    - bb. Wohnsitz des Kindes bei alternierender Obhut
  - e. Minderjährigenunterhalt
    - aa. Betreuungsunterhalt: Berechnungsmethode
    - bb. Hypothetisches Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils; Betreuungsbedarf (Schulstufenregel ersetzt 10/16-Regel); Rangfolge der Unterhaltsansprüche
    - cc. Rangfolge von Bar- und Betreuungsunterhalt bei Konkurrenz von Kindern, die persönlich bzw. fremdbetreut werden
    - dd. Berechnung des Existenzminimums des verheirateten Unterhaltspflichtigen
  - f. Volljährigenunterhalt
    - aa. Aufteilung des Volljährigenunterhalts auf die Eltern des nicht mehr betreuungsbedürftigen Kindes
    - bb. Anspruch auf Studium im Ausland?
    - cc. Officialmaxime betreffend Volljährigenunterhalt?
    - dd. Rechtsöffnung für im Scheidungsurteil zugesprochenen Volljährigenunterhalt
  - g. Kindesschutz
    - aa. Annäherungsverbot als Kindesschutzmassnahme

- bb. Anordnung einer Mediation als Kinderschutzmassnahme
  - cc. Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts; öffentliche Verhandlung
  - dd. Interkantonale Zuständigkeit der KESB; Vorgehen bei negativem Kompetenzkonflikt
  - ee. Sachliche Zuständigkeit: Abgrenzung zwischen Gericht und KESB
  - ff. Unterbringung in einem Jugendheim, analoge Anwendung der FU-Bestimmungen
  - gg. Beschwerdelegitimation betreffend Pflegekinderbewilligung
5. Erwachsenenschutzrecht
- a. Rechtsbegehren betr. Beistandschaft; Wunsch betreffend eine bestimmte Beistandsperson
  - b. Zwangsmedikation in FU als «Realakt»

## **1. Eheschliessung und allgemeine Ehwirkungen (inkl. Eheschutz)**

### **a. Bigamie; Folgen der Eheungültigkeit**

[Rz 1] Der Sachverhalt, der sich dem Urteil des Bundesgerichts [5A\\_412/2018](#) vom 23. Oktober 2018 (zur Publikation vorgesehen) entnehmen lässt, ist ungewöhnlich: Der Beschwerdeführer war seit 1960 mit seiner ersten Ehefrau verheiratet und ehelichte dennoch im Jahr 1986 eine zweite Ehefrau, die spätere Beschwerdegegnerin. Ab 2008 war eine Klage auf Ehescheidung/Eheungültigkeit in der Schweiz rechtshängig, wobei im Verlaufe des Verfahrens im Jahre 2009 vorsorgliche Massnahmen in Form von Unterhaltszahlungen an die Beschwerdegegnerin angeordnet wurden. Nachdem die zweite Ehe durch ein italienisches Ehenichtigkeitsurteil aufgelöst und das Urteil in der Schweiz anerkannt worden war, wurde das im Jahr 2008 eröffnete Verfahren im Jahr 2017 als gegenstandslos abgeschlossen, womit die vorsorglichen Massnahmen für die Zukunft dahinfielen. Der Beschwerdeführer versuchte bis vor Bundesgericht feststellen zu lassen, dass die vorsorglich angeordnete Unterhaltspflicht auch für die Vergangenheit, d.h. ex tunc, dahingefallen sei.<sup>1</sup>

[Rz 2] Bei einer ungültigen Ehe ist, wie das Bundesgericht einleitend festhält, zwischen dem Statusakt und den Nebenfolgen der Statusänderung zu unterscheiden. Das Ungültigkeitsurteil besagt zwar, «dass gar nie eine (gültige) Ehe bestanden hat; in diesem Sinne hat es Wirkung ex tunc. Hinsichtlich der Nebenfolgen eines solchen Urteils [...] entfaltet auch die ungültige Ehe bis zum Zeitpunkt der Ungültigerklärung die Wirkungen einer gültigen Ehe. Hinsichtlich der Nebenfolgen der Auflösung einer Ehe wirkt das Ungültigkeitsurteil mithin ex nunc» (E. 2.2). Daher hat die Ehe bis zu diesem Zeitpunkt «alle Wirkungen einer gültigen Ehe (Art. 109 Abs. 1 ZGB)» (E. 2.4). Vorsorglich während des Verfahrens auf Ungültigerklärung angeordnete Unterhaltsbeiträge haben ihre materielle Grundlage im Eherecht; anwendbar ist dabei gemäss Art. 4 des Haager Unterhaltsübereinkommens das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Unterhaltsgläubigerin, d.h. das ZGB (E. 2.3). Die vorsorglichen Massnahmen gelten bis zum formellen Abschluss des Verfahrens weiter, «unabhängig davon, ob die Ehe bereits aufgelöst ist» (E. 2.4). Entscheidend für das Ende der Unterhaltspflicht ist somit erst die Rechtskraft des Abschreibungsbeschlusses.

---

<sup>1</sup> Für ältere Urteile siehe die Rechtsprechungsübersicht zum Familienrecht, in: Jusletter 2. Oktober 2017.

## b. Abänderung eines Eheschutzentscheids nach Stellenverlust und Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit

[Rz 3] **BGE 143 III 617** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_857/2016 vom 8. November 2017) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: In einer Ehe mit klassischer Rollenteilung erzielte der Ehemann in der Rechtsabteilung eines Grossunternehmens einen Nettolohn von monatlich CHF 14'450. Auf dieser Grundlage wurden im Eheschutzverfahren Unterhaltsbeiträge an Frau und Kinder festgelegt. Nach Einleitung des Scheidungsverfahrens verlor der Ehemann seine Arbeitsstelle und machte sich nach erfolgloser Stellensuche selbständig. Er beantragte eine Abänderung des Unterhaltsbeitrages für die Dauer des Scheidungsverfahrens.

[Rz 4] Das Bundesgericht erinnert daran, dass eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen voraussetzt, «dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist.» Ein Abänderungsgrund liegt ferner vor, «wenn die tatsächlichen Feststellungen, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen. Schliesslich kann ein Ehegatte die Änderung verlangen, wenn sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmengengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren» (E. 3.1).

[Rz 5] Führt ein **Stellenverlust** zu Arbeitslosigkeit und zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenentschädigung, so liegt mindestens ein Indiz dafür vor, dass eine dauerhafte Veränderung der Verhältnisse vorliegt. Davon kann jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden, wenn ein Ehegatte nach der Kündigung der bisherigen Arbeitsstelle eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, anstatt Arbeitslosengelder zu beziehen (E. 5.2–5.3). Es fragt sich daher, ob es dem betreffenden Ehegatten – anders als beim Bezug der Arbeitslosenentschädigung – zuzumuten ist, mehrere Jahre zu warten, bevor das Gericht die Dauerhaftigkeit der Veränderung beurteilen kann.

[Rz 6] Ein solches Zuwarten rechtfertigt sich jedenfalls nicht in jedem Fall, wie das Bundesgericht festhält. Denn mit einem schematischen Festhalten an einer mehrjährigen Selbständigkeit würde die Eigeninitiative des Unterhaltsschuldners bestraft und Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit behandelt. Daher ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Einkommensveränderung dauerhaft i.S.v. Art. 179 ZGB ist und welches Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit angerechnet werden kann. Entscheidrelevant sind dabei namentlich die Frage der Freiwilligkeit des Stellenverlusts, Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle, Belege über das Einkommen in der neuen Situation als Selbständigerwerbender und ebenso die Erfahrungstatsache, dass es regelmässig zwei bis drei Jahre dauert, bis ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden kann. Der letztere Aspekt kann rechtfertigen, dass im Abänderungsentscheid Anpassungsklauseln aufgenommen werden, die eine laufende Erhöhung des Einkommens bei entsprechender Verbesserung der Einkommenssituation vorsehen (E. 5.4.3).

[Rz 7] Die Ehefrau, Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren, unterlag auch mit Bezug auf ihren Antrag, den Beschwerdeführer zur **Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses** zu verpflichten. Denn dieser Anspruch ergibt sich aus dem materiellen Zivilrecht, nämlich aus der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (vgl. dazu BGE 142 III 36 E. 2.3). Ein entsprechender Antrag hätte daher vor dem zuständigen Sachgericht im kantonalen Verfahren geltend gemacht werden müssen. Im bundesgerichtlichen Verfahren erweist er sich als unzulässig (E. 7). Da gleichzeitig der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zum Anspruch auf Prozesskosten-

bevorschussung ist, war überdies das vor Bundesgericht eingereichte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erfolglos (E. 7).

### c. **Güterrecht: Bedeutung eines Inventars in einem Ehevertrag; Verbrauch von Eigengut bzw. Errungenschaft**

[Rz 8] Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_182/2017** vom 2. Februar 2018 betrifft die zweite Ehe eines Mannes, der nach einer langjährigen, durch Tod aufgelösten Ehe mit gemeinsamen Kindern nochmals heiratete. Nach Auflösung der ersten Ehe war keine erbrechtliche Auseinandersetzung durchgeführt worden. 18 Jahre nach der zweiten Eheschliessung, der Mann war inzwischen 82 Jahre alt, schlossen die Ehegatten einen Ehe- und Erbvertrag. Nachdem der Mann vier Jahre später verstarb, entstand zwischen den Kindern aus erster Ehe und der zweiten Ehefrau ein Streit, der bis vor Bundesgericht ausgetragen wurde. Dabei war u.a. zu klären, ob gewisse im Ehe- und Erbvertrag angeführte Vermögenswerte zum Eigengut der zweiten Ehefrau gehören.

[Rz 9] Bekanntlich können die Ehegatten in einem **Inventar nach Art. 195a ZGB** tatsächliche Feststellungen zu ihren Vermögenswerten treffen. Dabei hat das Inventar unter gewissen Voraussetzungen eine **erhöhte Beweiskraft**: «Die zitierte Norm besagt, dass ein öffentlich beurkundetes Inventar der Vermögenswerte der Ehegatten als richtig vermutet wird, wenn es binnen eines Jahres seit Einbringen der Vermögenswerte errichtet wurde» (E. 3.2.3). Ein solches Inventar lag allerdings nicht vor, und bereits die Vorinstanz hatte dies richtig erkannt. Entsprechend «verschafft der angefochtene Entscheid der Beschwerdegegnerin mit Bezug auf die im Ehevertrag vermerkten Eigengüter [...] gerade nicht den Vorteil einer Beweislastumkehr, wie ihn Art. 195a Abs. 2 ZGB als *gesetzliche* (Richtigkeits-) Vermutung unter der Voraussetzung mit sich bringt, dass das Inventar innerhalb eines Jahres seit Einbringen der Vermögenswerte errichtet wurde» (E. 3.2.3).

[Rz 10] Treffen die in Art. 195a ZGB genannten Voraussetzungen nicht zu – liegt gar kein Inventar vor oder wurde die Jahresfrist nicht eingehalten – dann sind die **Erklärungen der Ehegatten in einem Ehevertrag** aber nicht wertlos. «Die Rede ist [im Entscheid der Vorinstanz] vielmehr von einer **tatsächlichen Vermutung**, die sich gemäss den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen schon dadurch entkräften lässt, dass der Beschwerdeführer Zweifel an der Richtigkeit der ehevertraglichen Feststellungen über die Eigengüter weckt» (E. 3.2.3, Hervorhebung hinzugefügt). Tatsächliche Vermutungen führen mit anderen Worten nicht zur Umkehr der Beweislast, vielmehr geht es um eine Frage der Beweiswürdigung: «Sie mildern die konkrete Beweisführungslast der beweisbelasteten Partei: Der Vermutungsträger kann den ihm obliegenden (Haupt-) Beweis unter Berufung auf die tatsächliche Vermutung erbringen» (E. 3.2.2).

[Rz 11] Das Bundesgericht umschreibt auch gleich die Aufgaben der Gegenpartei: «Um den **Gegenbeweis** zu erbringen, die tatsächliche Vermutung also im beschriebenen Sinne zu entkräften, kann sich der Vermutungsgegner nicht auf blosses Bestreiten beschränken. Er hat für seine Bestreitung seinerseits Umstände unter Beweis zu stellen, die das Gericht davon abhalten sollen, von der Wahrheit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung auszugehen» (E. 3.2.2, Hervorhebung hinzugefügt). Dies hat, wie das Bundesgericht weiter ausführt, hinreichend konkret zu geschehen: «Um die ehevertraglichen Feststellungen über die Eigengüter der Beschwerdegegnerin in Zweifel zu ziehen, genügt es nicht, bestimmte Positionen in allgemeiner Weise anzuzweifeln und pauschale Forderungen nach Abklärungen aufzustellen» (E. 3.2.3).

[Rz 12] Den Erwägungen des Bundesgerichts ist vollumfänglich zuzustimmen. Ergänzend ist der Hinweis anzubringen, dass die rechtliche Qualifikation von Vermögenswerten an sich überhaupt nicht in einen Ehevertrag gehört. Vielmehr sollte sich die Urkundsperson an sich darauf beschränken, tatsächliche Feststellungen bzw. Behauptungen der Ehegatten zur Herkunft bzw. zum Erwerb der Vermögenswerte festzuhalten.

[Rz 13] Strittig war überdies zwischen den Parteien die Frage, ob zur **Finanzierung von Ausgaben**, die eigentlich durch die Errungenschaft zu tragen sind, Eigengut beigezogen worden war. Bekanntlich wird dieses Problem nicht durch die Vermutung von Art. 200 Abs. 3 ZGB geklärt, weil es in dieser Bestimmung lediglich um die güterrechtliche Qualifikation eines bestimmten Vermögenswerts geht. Das Bundesgericht bestätigt allerdings die **natürliche Vermutung**, dass die Ehegatten zur Deckung der laufenden Bedürfnisse in der Regel nicht das Eigengut angreifen. «Es geht also um eine Beweiserleichterung im Streit um die Frage, mit welchen Mitteln eine bestimmte Kategorie von Ausgaben bestritten wird: Von denjenigen Schulden und Vermögensgegenständen, die zur Deckung der laufenden Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft begründet bzw. erworben werden (Vermutungsbasis), wird angenommen, dass die Eheleute dafür nicht auf die Substanz von Vermögenswerten des Eigenguts zurückgreifen (Vermutungsfolge)» (E. 3.3.2).

[Rz 14] Das soeben Gesagte ändert nichts daran, dass **jeder Vermögenswert einer Gütermasse eines Ehegatten zuzuordnen** ist. Daher darf man aus der blossen Tatsache, dass bei Auflösung der Ehe noch Vermögenswerte im Wert des ursprünglichen Eigenguts vorhanden sind, nicht darauf schliessen, das Eigengut sei unangetastet geblieben und der entsprechende Betrag auszuscheiden – das widerspräche Art. 207 Abs. 1 ZGB, wie das Bundesgericht der Vorinstanz entgegenhält: «Entgegen der Ansicht des Obergerichts lässt sich die in Art. 207 Abs. 1 ZGB vorgeschriebene Ausscheidung von Errungenschaft und Eigengut nicht dadurch bewerkstelligen, dass einem Gesamt-Eigengut einfach ein Gesamt-Vermögen des betreffenden Ehegatten gegenübergestellt wird – losgelöst von jeglichen Feststellungen über den Verbleib der als Eigengut qualifizierten Vermögenswerte und unabhängig von der güterrechtlichen Qualifikation der im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstands vorhandenen Vermögensgegenstände» (E. 3.3.3).

## 2. Scheidungsnebenfolgen

### a. Vorsorgeausgleich

#### aa. Verweigerung der Rententeilung «aus wichtigen Gründen»

[Rz 15] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_443/2018 vom 6. November 2018 (zur Publikation vorgesehen) betrifft den Vorsorgeausgleich bei einem Ehepaar, dessen Scheidung erst im Rentenalter ausgesprochen wurde. Die kantonalen Instanzen hatten keine Teilung der beruflichen Vorsorge vorgenommen. Dagegen wehrte sich der Ehemann mittels Beschwerde in Zivilsachen, indem er die Zusprache einer Rente (i.S.v. Art. 124a ZGB), subsidiär eine Kapitalabfindung verlangte. Die Ehegeschichte, die im Entscheid zusammengefasst wird, war über die ganze Ehedauer hin unerfreulich: Die Ehefrau hatte nicht nur praktisch alleine die finanzielle Last der Familie getragen, sie hatte auch die Verantwortung für die Kinder und den Haushalt übernehmen müssen. Vom Ehemann wurden sie und die Kinder schikaniert und geschlagen. Obschon die Ehefrau zum Zeitpunkt der Scheidung finanziell ungleich besser dastand als ihr Mann, hatten die kantonalen Instanzen diesem mit Blick auf Art. 125 Abs. 3 ZGB nachehelichen Unterhalt verweigert. Mit

Bezug auf den Vorsorgeausgleich hatten die kantonalen Instanzen sodann Art. 125 Abs. 3 ZGB analog angewandt.

[Rz 16] Auf die vorliegende Sachlage – Einreichung der Scheidungsklage nach Erreichen des Rentenalters – findet unter dem neuen Recht **Art. 124a ZGB** Anwendung. Die **Rententeilung** findet dabei **nach Ermessen des Gerichts** statt, wobei sich das Gericht in seiner Ermessensausübung auch an den Kriterien nach Art. 124b ZGB orientieren kann (E. 5.1). Eine (vollständige oder teilweise) Verweigerung des Vorsorgeausgleichs ist nach Art. 124b Abs. 2 ZGB aus bestimmten Gründen zulässig. Noch unter der Geltung des alten Rechts hatte das Bundesgericht festgehalten, das Verhalten der Ehegatten während der Ehe stelle keinen Grund für die Verweigerung des Vorsorgeausgleichs dar, habe doch der Gesetzgeber auf eine Parallelnorm zum Unterhaltsrecht (Art. 125 Abs. 3 ZGB) im Vorsorgeausgleich gerade verzichtet (E. 5.2 mit Verweis auf BGE 133 III 497). Das neue Recht lässt die Verweigerung der Teilung aus «wichtigen Gründen» zu, wobei die Verletzung der Unterhaltspflicht durch einen Ehegatten in Art. 124b Abs. 2 ZGB nicht spezifisch genannt wird.

[Rz 17] Nach zutreffender Auffassung des Bundesgerichts ist am Grundsatz festzuhalten, dass das **Verhalten der Ehegatten während der Ehe im Prinzip kein Kriterium** ist, das bei der Anwendung von Art. 124b Abs. 2 ZGB berücksichtigt werden sollte. Es geht beim Vorsorgeausgleich nicht darum, in jedem Einzelfall festzustellen, welcher Ehegatte wie viel zum Unterhalt der Familie beigetragen hat. Hingegen kann unter dem neuen Recht, mit dem der Gesetzgeber gezielt eine Lockerung der bisherigen, strikten Vorgaben (aArt. 123 Abs. 2 ZGB) angestrebt hat, ausnahmsweise einer **besonders schockierenden Situation** Rechnung getragen werden (E. 5.4). Eine solche Sachlage liegt im beschriebenen Sachverhalt vor, die kantonalen Instanzen hatten den Vorsorgeausgleich daher zu Recht verweigert (E. 6).

[Rz 18] Dem Entscheid ist uneingeschränkt zuzustimmen. Zwar hat Art. 124b Abs. 2 ZGB seinem Wortlaut nach nur Situationen der **wirtschaftlichen Unbilligkeit** vor Augen und sollte daher nicht überstrapaziert werden. Wie das Bundesgericht mit Recht feststellt, lässt der Begriff «insbesondere» jedoch einen gewissen Spielraum für weitere Verweigerungsgründe. Der Sachverhalt, der dem vorliegenden Entscheid zugrunde liegt, liesse sich zudem auch ohne weiteres unter das allgemeine **Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB** subsumieren, das im Unterhaltsrecht in Art. 125 Abs. 3 ZGB seine Konkretisierung gefunden hat, im Recht des Vorsorgeausgleichs aber gleichermassen zur Anwendung gelangen kann. Wer nach jahrelangem, krass ehewidrigem Verhalten und grössten Verletzungen der Unterhaltspflicht auf dem gesetzlichen Anspruch auf Rententeilung beharrt, verhält sich widersprüchlich, hat doch der Vorsorgeausgleich seine ratio legis letztlich in der ehelichen Rollenteilung. Ein solches *venire contra factum proprium* ist missbräuchlich und darf keinen Rechtsschutz finden.

#### **bb. Verzicht auf Vorsorgeausgleich: Voraussetzungen unter neuem Recht**

[Rz 19] Im Urteil des Bundesgerichts 5D\_148/2017 vom 13. Oktober 2017 ging es um die Genehmigung eines unter den Ehegatten vereinbarten Verzichts, bei dem das revidierte Recht zum Vorsorgeausgleich anzuwenden war. Die Ehegatten hatten in einer Scheidungskonvention gegenseitig vollständig auf ihre Ansprüche aus Art. 122 ff. ZGB verzichtet. Nachdem der erstinstanzliche Richter die Konvention genehmigt hatte, erhob der Ehemann Berufung und verlangte die Teilung des Vorsorgeguthabens der Ehefrau. Als er in zweiter Instanz unterlag, gelangte er ans

Bundesgericht. Dieses beurteilte die Beschwerde zwar in Fünferbesetzung, wies sie aber schliesslich ab.

[Rz 20] Interessant an den bundesgerichtlichen Erwägungen sind namentlich die Ausführungen zu Art. 124b Abs. 1 ZGB, wonach ein **Verzicht auf die hälftige Teilung** der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen nur, aber immerhin dann zulässig ist, wenn eine «angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt.» Der Wortlaut der zitierten Norm ist, verglichen mit dem bis Ende 2016 geltenden Recht, bewusst weiter gefasst, war doch bisher für den Verzicht eine «entsprechende» (d.h. eine mit der hälftigen Teilung der Guthaben vergleichbare) Vorsorge erforderlich. Die «angemessene» Alters- und Invalidenvorsorge soll, so das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die Botschaft des Bundesrates zur Gesetzesrevision, verhindern, dass der Verzichtende später durch die öffentliche Hand unterstützt werden muss. Zu diesem Zweck muss das Gericht die **Vorsorgesituation in allgemeiner Form beurteilen**, wozu auch das Alter des Betroffenen gehört. Ist bei Einleitung des Scheidungsverfahrens nur eine bescheidene Vorsorge vorhanden, ist zu klären, ob der Betroffene nach der Scheidung eine angemessene Vorsorge aufbauen kann. Bei der Beurteilung fallen alle Vermögenswerte der Ehegatten, einschliesslich der vorehelichen Guthaben, in Betracht (E. 4.1).

[Rz 21] Wie das Bundesgericht weiter festhält, ist der Verzicht oder Teilverzicht auf den Vorsorgeausgleich in der Regel bei Auflösung einer **kinderlosen Kurzehe** unproblematisch. Im konkreten Fall war der Beschwerdeführer überdies mit 42 Jahren noch jung, sodass er in der Lage sein sollte, nachehelich seine Vorsorgesituation angemessen zu verbessern. Dies ist ihm umso mehr zuzumuten, als die Beschwerdegegnerin, zu deren Gunsten er auf den Vorsorgeausgleich verzichtet hatte, zwölf Jahre älter und damit dem Rentenalter schon deutlich näher ist (E. 4.2). Unter den gegebenen Umständen erwies sich der Verzicht als zulässig.

### cc. Übergangsregelung Vorsorgeausgleich: Stichtag Einreichung Scheidungsbegehren

[Rz 22] Ganz unauffällig und gut versteckt im überaus langen Urteil des Bundesgerichts 5A\_819/2017 vom 20. März 2018 findet sich die Stellungnahme zur in der Literatur rege diskutierten Frage der Übergangsregelung im Recht des Vorsorgeausgleichs. Bekanntlich gilt seit dem 1. Januar 2017 – neben zahlreichen weiteren Neuerungen – der neue Stichtag der Einreichung des Scheidungsbegehrens (nArt. 122 ZGB). Das wirft die Frage auf, ob dies auch dann gelten kann, wenn das Scheidungsbegehren (lange) vor Inkrafttreten der Revision eingereicht wurde, nämlich zu einem Zeitpunkt, in dem beide Parteien noch mit dem alten Stichtag (Rechtskraft des Scheidungsurteils) rechnen mussten. Der bundesgerichtliche Entscheid illustriert schön, worum es geht: Das Scheidungsbegehren wurde am 20. Dezember 2010 eingereicht, das erstinstanzliche Urteil erging am 13. September 2016, das zweitinstanzliche Urteil am 31. August 2017.

[Rz 23] Die Übergangsregelung von **Art. 7d Abs. 2 SchlT ZGB** ist (mindestens vordergründig) eindeutig formuliert: «Auf Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten der Änderung [am 1. Januar 2017] vor einer kantonalen Instanz rechtshängig sind, findet das neue Recht Anwendung.» Das Bundesgericht sieht angesichts des klaren Wortlauts keinen Grund, diese Lösung zu hinterfragen: «Le texte clair de l'art. 7d al. 2 Tit.fin.CC ne souffre pas d'interprétation» (E. 10.2.2). Auf die beschriebene Sachlage war daher das **neue Recht** anwendbar. Entsprechend war der massgebliche Stichtag der 20. Dezember 2010.

[Rz 24] Grundsätzlich ist die Aussage, wonach der Gesetzestext klar sei, nachvollziehbar. Für zahlreiche langjährige Scheidungsverfahren führt diese Auslegung indessen zu unvorhersehba-



ren und teilweise sehr erheblichen **Vorsorgelücken**. Das hat das Bundesgericht nicht davon abgehalten, seine Rechtsprechung in mehreren Entscheiden sogleich – und wiederum ohne weitere Ausführungen – zu bestätigen, exemplarisch im Urteil des Bundesgerichts **5A\_710/2017** vom 30. April 2018 E. 5.

## **b. Nachehelicher Unterhalt, Zumutbarkeit des Vermögensverzehr**

[Rz 25] Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_981/2016** vom 16. Oktober 2017 betrifft die Auflösung einer lebensprägenden Ehe. Strittig war dabei die Bemessung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs der Ehefrau für die Zeit zwischen ihrer Pensionierung und jener des sechs Jahre jüngeren Ehemannes. Das Obergericht des Kantons Zürich hatte der Frau für diese Zeitspanne einen monatlichen Vermögensverzehr ihres Barvermögens als Einkommen angerechnet, wodurch sich der Unterhaltsanspruch entsprechend reduzierte.

[Rz 26] Wie sich schon aus Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB ergibt, sind bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs **Einkommen und Vermögen beider Ehegatten** zu berücksichtigen. Von beiden geschiedenen Ehegatten kann unter Umständen erwartet werden, dass sie die Vermögenssubstanz für den Unterhalt angreifen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn das Vermögen für das Alter geäuftet wurde, wie dies namentlich bei Guthaben der Säule 3a oder bei Freizügigkeitskonti zutrifft. Hingegen ist das durch Erbfall erworbene oder in die Familienwohnung investierte Vermögen bei der Festsetzung des Unterhalts grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (E. 3.4). Zudem ist der **Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten** zu beachten: Daher «kann von einem Ehegatten [...] nicht verlangt werden, sein Vermögen anzugreifen, wenn dies nicht auch vom anderen verlangt wird, es sei denn, der andere habe kein Vermögen» (E. 3.4). Und schliesslich ist die Vermögenssubstanz normalerweise auch dann geschützt, wenn das Einkommen aus Arbeit und Vermögen zur Deckung des gebührenden Unterhalts beider Ehegatten ausreicht (E. 2.4).

[Rz 27] Diese Grundsätze hatte das Obergericht verkannt. Zum einen überstieg das Einkommen der Ehegatten insgesamt deutlich deren nacheheliche Unterhaltsbedürfnisse. Zum anderen genügt der pauschale Hinweis nicht, dass Ersparnisse zum Teil auch für das Alter gebildet würden. Vielmehr müsste konkret dargelegt werden, dass der betreffende Vermögensteil für den Verbrauch im Alter angespart worden sei (E. 3.5).

[Rz 28] Der Entscheid ist für die anwaltliche Praxis durchaus von gewisser Relevanz: Verlangt eine Partei von der anderen einen Vermögensverzehr zur Bestreitung des Unterhalts, ist eine detaillierte Erläuterung anzufügen, weshalb dies im Einzelfall zumutbar ist.

## **3. Eheschutz- und Scheidungsverfahren**

### **a. Formelle Anforderungen an Scheidungsklage**

[Rz 29] Böse Zungen behaupten, dass das Zivilprozessrecht nach wie vor nicht vereinheitlicht, sondern von zahlreichen kantonalen Besonderheiten geprägt sei. Dies scheint jedenfalls im Kanton Wallis zuzutreffen, wie aus der Lektüre von **BGE 144 III 54** (= Urteil des Bundesgerichts **5A\_213/2017** vom 11. Dezember 2017) erhellt. Nach (formal aufgehobenem) altem Walliser Prozessrecht war jede Tatsachenbehauptung für sich getrennt aufzuführen und dazu mussten jeweils entsprechende Beweismittel benannt werden. Auf eine diesen Anforderungen nicht genügende

Scheidungsklage trat das erstinstanzliche Gericht nicht ein, das Walliser Kantonsgericht schützte den Nichteintretensentscheid.

[Rz 30] Das Bundesgericht stellt klar, dass für das Eintreten lediglich die **Konformität einer Klageschrift mit Art. 221 Abs. 1 ZPO** verlangt werden darf. Diese Norm ist zwar in den drei Landessprachen leicht unterschiedlich abgefasst. So oder anders gibt es aber keine bundesrechtliche Vorgabe betreffend die Höchstzahl von Worten oder Sätzen pro Vorbringen, es wird auch nicht verlangt, dass jedes Vorbringen nur eine Tatsache enthalten darf oder dass die Tatsachenbehauptungen zwingend nach nummerierten Sätzen geordnet werden müssten (E. 4.1.3.1). Vielmehr ist einzig massgebend die Praktikabilität mit Blick auf die Instruktion des Falls durch das Gericht einerseits und die Klageantwort der Gegenpartei andererseits (E. 4.1.3.5).

## b. Dispositionsmaxime betreffend Ehegattenunterhalt

[Rz 31] Im Urteil des Bundesgerichts **5A\_970/2017** vom 7. Juni 2018 ging es einmal mehr um die Problematik, dass für den Ehegattenunterhalt – nicht aber für den Kindesunterhalt – die **Dispositionsmaxime** gilt. Das ist neuerdings von besonderer Bedeutung für den Fall, dass es zu Verschiebungen zwischen Betreuungs- und Ehegatten- bzw. nahehelichem Unterhalt kommen sollte.

[Rz 32] Im konkreten Fall hatte die Ehefrau im Berufungsverfahren Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 3'630 und CHF 3'700 für die beiden Töchter und CHF 1'000 für sich selber verlangt. Das Appellationsgericht hatte die Unterhaltsbeiträge für die Töchter auf CHF 2'520 und CHF 2'544 festgesetzt und der Ehefrau CHF 3'265 zugestanden. Letzteres ist, wie das Bundesgericht (einmal mehr) klärt, als Verstoss gegen die Dispositionsmaxime unzulässig (E. 3.2). Einer allfälligen Unsicherheit mit Bezug auf die Höhe des Kindesunterhalts muss, wenn *insgesamt* ein Unterhaltsbeitrag in bestimmter Höhe angestrebt wird, mit entsprechenden **Eventualbegehren bezüglich des Ehegattenunterhalts** Rechnung getragen werden. Alles andere ist angesichts der klaren gesetzlichen Ausgangslage und der konstanten Rechtsprechung als grober Anwaltsfehler zu qualifizieren.

[Rz 33] Merke: Das umgekehrte Vorgehen, nämlich eine **Überführung des Ehegattenunterhalts in Betreuungsunterhalt** ist zulässig, selbst wenn sich im Ergebnis die Stellung des Unterhaltsschuldners verschlechtert, gilt doch für das gesamte Kindesunterhaltsrecht, einschliesslich des Betreuungsunterhalts, die **Offizialmaxime** (Urteil des Bundesgerichts **5A\_35/2018** vom 31. Mai 2018 E. 4.3).

## c. Anspruch auf Teilurteil im Scheidungspunkt

[Rz 34] Gleich mehrere höchstrichterliche Entscheide befassen sich mit dem Anspruch auf ein Teilurteil im Scheidungspunkt. Wie die Regeste von **BGE 144 III 298** (= Urteil des Bundesgerichts **5A\_623/2017** vom 14. Mai 2018) festhält, «schliesst der Grundsatz, wonach das Gericht im Entscheid über die Ehescheidung auch über deren Folgen befindet, einen Teilentscheid im Scheidungspunkt nicht aus, wenn die Ehegatten einem Teilentscheid im Scheidungspunkt zustimmen oder wenn das Interesse des einen Ehegatten an einem Teilentscheid im Scheidungspunkt das Interesse des anderen Ehegatten an einem gleichzeitigen Entscheid von Scheidung und Scheidungsfolgen überwiegt».

[Rz 35] Art. 283 Abs. 1 ZPO bringt den **Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils** zum Ausdruck, von dem ausnahmsweise abgewichen werden kann, indem die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 283 Abs. 2 ZPO) oder der Vorsorgeausgleich (Art. 283 Abs. 3 ZPO) in ein separates Verfahren verwiesen werden. Das Bundesgericht befasst sich mit der Entstehungsgeschichte der Norm und rekapituliert seine bisherige Rechtsprechung dazu. Entgegen dem nur scheinbar klaren Wortlaut wird ein **Teilentscheid im Scheidungspunkt nicht ausgeschlossen**.

[Rz 36] Im konkreten Fall hatte der Beschwerdeführer am 4. Juli 2014 die Scheidungsklage rechts-hängig gemacht, die Beschwerdegegnerin hatte in ihrer Klageantwort vom 9. Februar 2015 widerklageweise ebenfalls die Scheidung verlangt. Der knapp 70-jährige Beschwerdeführer beantragte im Jahr 2016 ein Teilurteil über den Scheidungspunkt, da er seine erste Ehefrau, mit der er seit der Trennung von seiner zweiten Ehefrau wieder zusammenlebe, wieder heiraten wolle. Vor diesem Hintergrund prüft das Bundesgericht die auf dem Spiel stehenden **Interessen der Parteien**. Dabei fällt insbesondere das Recht auf Ehe des Beschwerdeführers ins Gewicht, ist doch auch das Zivilprozessrecht verfassungskonform auszulegen (E. 7.2.1). Angesichts seines Alters und des Bedürfnisses nach einer Nachfolgeregelung für sein Unternehmen, die wegen des noch fortbestehenden gesetzlichen Erbrechts der Beschwerdegegnerin erschwert war, wiegt sein Interesse an einem Teilurteil hoch. Da auf der anderen Seite die Beschwerdegegnerin kein rechtlich schützenswertes Interesse auf Einheit des Scheidungsurteils nachzuweisen vermochte, und sich die Auseinandersetzung über die Scheidungsfolgen stark in die Länge zog, überwog das Interesse des Beschwerdeführers an einer baldigen Scheidung (E. 7.2.3). Das Bundesgericht spricht diese gleich selber aus.

[Rz 37] Die neue Rechtsprechung bedeutet konkret, dass das Bundesgericht immer dann, wenn ein Ehegatte ein überwiegendes Interesse an einer Separierung von Scheidung und Scheidungsnebenfolgen geltend machen kann, den Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils auf die **Einheit der Scheidungsnebenfolgen** reduziert. Die Scheidungsnebenfolgen sind untereinander meist verflochten (die Kinderbetreuung hat Auswirkungen auf den Unterhalt, das Güterrecht kann sich auf den Vorsorgeausgleich auswirken usw.) und sind, wenn nicht ein Ausnahmefall nach Art. 283 Abs. 2–3 ZPO vorliegt, nach wie vor in einem einheitlichen Entscheid zu beurteilen.

[Rz 38] Auch im Urteil des Bundesgerichts [5A\\_426/2018](#) vom 15. November 2018 hatte sich die Ehefrau zwar nicht der Scheidung, jedoch einem Teilurteil im Scheidungspunkt widersetzt. Das Scheidungsverfahren war seit 2010 hängig, über die Nebenfolgen wurde erbittert gestritten. Unter diesen Umständen ist der Anspruch auf ein Teilurteil im Scheidungspunkt nicht davon abhängig, ob die überlange Verfahrensdauer auf einer dem Gericht oder der Gegenpartei vorzuwerfenden Verfahrensverzögerung beruht (E. 2.4). Der Erlass eines Teilurteils wirkt sich weder auf die Auskunftspflicht der Ehegatten (Art. 170 ZGB) noch auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, den Vorsorgeausgleich, den nahehelichen Unterhalt oder die Elternrechte und -pflichten aus (E. 3.1). Die Beschwerdegegnerin machte zwar geltend, angesichts der finanziellen Verhältnisse sei die Waffengleichheit zwischen den Parteien nicht gewährleistet und der Beschwerdegegner werde sein Interesse an einem zügigen Abschluss des Verfahrens verlieren, sobald über den Scheidungspunkt separat entschieden sei. Dieser Gefahr ist allerdings, wie das Bundesgericht ausführt, mit einer geeigneten gerichtlichen Prozessleitung entgegenzutreten. Auch auf das Interesse am Fortbestand der gesetzlichen Erbenstellung bis zum vollständigen Verfahrensabschluss, darf sich die Beschwerdegegnerin «nicht in guten Treuen» berufen (E. 3.2.2). Auch in diesem Entscheid obsiegte daher der Beschwerdeführer.

[Rz 39] Siehe zum selben Thema ferner das Urteil des Bundesgericht 5A\_845/2016 vom 2. März 2018, in dem die Frage nach dem Anspruch auf ein Teilurteil allerdings nicht abschliessend entschieden werden musste. Das Bundesgericht macht allerdings bereits in diesem Entscheid klar, dass die Verweigerung eines Teilurteils im Scheidungspunkt durch die erste kantonale Instanz einen **Nachteil rechtlicher Natur** begründet, der i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit **Beschwerde** angefochten werden kann.

#### d. **Novenrecht bei Geltung der Untersuchungsmaxime**

[Rz 40] Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann zulässig, wenn sie sowohl ohne Verzug vorgebracht werden als auch trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon erstinstanzlich vorgebracht werden konnten. Wie das Bundesgericht mehrfach festgehalten hat, gilt dieses strenge Novenrecht auch dann, wenn die soziale Untersuchungsmaxime anwendbar ist (vgl. etwa BGE 142 III 413). Anderes gilt indessen im Bereich der **uneingeschränkten Untersuchungsmaxime**: «Erforscht das Gericht den Sachverhalt [...] von Amtes wegen, können die Parteien im Berufungsverfahren Noven auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind», hält die Regeste von **BGE 144 III 349** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_788/2017 vom 2. Juli 2018) nunmehr fest. Dies ist insbesondere für die Kinderbelange im Scheidungsverfahren von praktischer Bedeutung.

#### e. **Erläuterung/Auslegung einer Scheidungskonvention**

[Rz 41] **BGE 143 III 520** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_510/2016 vom 31. August 2017) lag eine gerichtlich genehmigte Scheidungskonvention zugrunde, die auszugsweise wie folgt lautete: «A.A. [Ehemann] bezahlt [...] einen monatlichen nahehelichen Unterhaltsbeitrag von CHF 2'500.- bis zum Erreichen des ordentlichen AHV-Rentenalters des Ehegatten.» Im Rahmen eines Abänderungsverfahrens wurde der Unterhaltsbeitrag später auf CHF 1'650.- herabgesetzt. Im Abänderungsentscheid findet sich im Abschnitt «Verfahren» der Hinweis, im ursprünglichen Scheidungsurteil sei für die Ehefrau «ein Unterhaltsbeitrag von CHF 2'500 bis zum Erreichen des ordentlichen AHV-Alters des Ehegatten (der Ehefrau)» festgelegt worden. Zwischen den geschiedenen Ehegatten entstand ein Streit darüber, ob der Unterhaltsbeitrag (nur) bis zum Erreichen des Pensionsalters der geschiedenen Ehefrau oder aber bis zur Pensionierung des Ehemannes und damit knapp zwei Jahre länger geschuldet war. Das Erläuterungsverfahren gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, nicht nur wesentliche Grundsätze dieses Verfahrens zu klären, sondern auch die Auslegung gerichtlich genehmigter Scheidungskonventionen zu erörtern.

[Rz 42] Bei der **Erläuterung eines** unklaren, widersprüchlichen, unvollständigen oder in Widerspruch zur Begründung stehenden **Urteilsdispositivs** ist zweistufig vorzugehen: «In einem ersten Schritt prüft das Gericht, ob die Voraussetzungen für eine Erläuterung oder Berichtigung des Entscheids erfüllt sind. Ist dies der Fall, formuliert es in einem zweiten Schritt ein neues Dispositiv» (E. 6.1). Diese Unterscheidung ist für den Rechtsweg von Bedeutung (dazu hinten, Rz. 45).

[Rz 43] Bekanntlich kann die Erläuterung **nicht** der **Urteilskorrektur** dienen, vielmehr geht es lediglich um die Verbesserung formal mangelhafter Formulierungen. Entsprechend tut das Gericht mit der Erläuterung «seinen ursprünglichen authentischen Rechtsgestaltungswillen kund»

(E. 6.2). Daraus ergibt sich wiederum, dass das Gericht nur eigene, von ihm gewollte Anordnungen erläutern kann. Obschon bei der Scheidungskonvention die Willensbildung primär bei den Parteien und nicht beim Gericht liegt, ist die gerichtliche Genehmigung [...] einer Erläuterung zugänglich, weil [...] die Vereinbarung erst rechtsgültig ist, wenn das Gericht die Genehmigung ausgesprochen hat» (E. 6.2). Die **Erläuterung der Scheidungskonvention** bzw. des darauf beruhenden Urteils ist aber – wie das Bundesgericht in Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung (BGer 5A\_493/2011 E. 2) festhält – **inhaltlich keine Vertragsauslegung**. Vielmehr muss der Richter im Erläuterungsverfahren «den mutmasslichen Willen der Parteien [feststellen], aufgrund dessen er die Scheidungskonvention seinerzeit genehmigte. Massgeblich ist also der Parteiwille, wie er vom Gericht verstanden und genehmigt wurde» (E. 6.2).

[Rz 44] Diese Präzisierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist **von erheblicher Tragweite**. Nach der neuen Rechtsprechung ist im Erläuterungsverfahren stets der mutmassliche Parteiwille nach dem Verständnis des Gerichts massgeblich, nicht der tatsächliche Wille der Scheidungsparteien, der in der Konvention allenfalls nur unvollständig oder unpräzise zum Ausdruck gelangt ist. Man wird davon ausgehen müssen, dass damit auch die Entstehungsgeschichte der Konvention, soweit diese dem Gericht nicht bekannt ist, an Bedeutung verliert. Solche Aspekte sind nur noch dann relevant, wenn eine der Parteien einen Willensmangel geltend macht (vgl. Art. 289 ZPO zur Berufung wegen Willensmängeln; Art. 328 ff. ZPO zur Revision eines auf Irrtum, absichtlicher Täuschung oder Furchterregung beruhenden Urteils).

[Rz 45] Sodann nimmt das Bundesgericht auch zum **Rechtsweg** bei der Erläuterung oder Berichtigung eines Entscheids Stellung. Gegen einen erstinstanzlichen Abweisungs- oder Nichteintretensentscheid steht die Beschwerde nach Art. 319 ZPO offen. Ist hingegen nach Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts der Berichtigungs- oder Erläuterungstatbestand erfüllt, so ergeht ein neuer Entscheid, gegen den das in der Sache zutreffende Hauptrechtsmittel erhoben werden kann (E. 6.3; im vorliegenden Fall somit die Berufung). Mit diesem Rechtsmittel kann insbesondere gerügt werden, mit dem Erläuterungsentscheid sei der ursprüngliche Entscheid materiell abgeändert worden. Hingegen kann nicht geltend gemacht werden, das erstinstanzliche Gericht habe seinen Entscheid nicht richtig erläutert. «Denn was er mit seinem eigenen Entscheid zum Ausdruck bringen [...] wollte, vermag nur der erläuternde bzw. berichtigende Richter selbst zu erklären. Über diesen authentischen Entscheidwillen [...] dürfen sich die Rechtsmittelinstanzen nicht hinwegsetzen» (E. 6.4).

[Rz 46] Da im konkreten Verfahren das Abänderungsurteil nur die Höhe, nicht aber die Dauer des Unterhaltsanspruchs zum Gegenstand gehabt hatte, galt es, die Formulierung im ursprünglichen Scheidungsurteil zu erläutern. Und diese ergab, dass in «der Umgangssprache, jedenfalls im Oberwallis, [...] unter dem Begriff «Ehegatte» in der Regel nur der Ehemann verstanden» wird (E. 7).

## f. Anwendbares Recht betreffend vorsorglichen Scheidungsunterhalt

[Rz 47] Der Entscheid **BGE 144 III 368** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_481/2017 vom 24. Mai 2018) betrifft die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem Haager Unterhaltsübereinkommen. Die in der Schweiz wohnhafte Ehefrau verlangte unmittelbar vor Erlass des tschechischen Scheidungsurteils in der Schweiz die Regelung der Scheidungsnebenfolgen und vorsorglichen nahehelichen Unterhalt «bis zur Rechtskraft des Ergänzungsurteils».

[Rz 48] Strittig war das anwendbare Recht, das sich nach dem **Haager Unterhaltsübereinkommen (HUÜ)** bestimmt. Nach Art. 4 Abs. 1 HUÜ ist das innerstaatliche Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Unterhaltsgläubigerin anwendbar. Anders verhält es sich allerdings nach Art. 8 Abs. 1 HUÜ für den nahehelichen Unterhalt, insofern ist das auf die Ehescheidung angewandte Recht massgebend. Da die in der Schweiz wohnhafte (geschiedene) Ehefrau ausdrücklich nahehelichen Unterhalt für die Dauer des Verfahrens um Urteilsergänzung verlangt hatte, erwies sich die Anwendung des schweizerischen Rechts als unhaltbar. Anzuwenden ist in dieser Sachlage vielmehr tschechisches Recht nach Art. 8 Abs. 1 HUÜ.

#### 4. Kindesrecht

##### a. Entstehung und Anfechtung des Kindesverhältnisses

##### aa. Anfechtung Kindeserkennung: Aktivlegitimation und Zwangsvollstreckung der DNA-Untersuchung

[Rz 49] **BGE 143 III 624** (= 5A\_590/2016 vom 12. Oktober 2017) betrifft folgenden Sachverhalt: Nach der Scheidung von seiner rund 30 Jahren jüngeren kosovarischen Ehefrau anerkannte ein Schweizer deren Kind. Dieses erhielt das Bürgerrecht des Anerkennenden. Nachdem das Migrationsamt im Zusammenhang mit der Niederlassungsbewilligung der Kindesmutter feststellte, es habe eine Scheinehe vorgelegen, fochten sowohl die Heimat- wie auch die Wohnsitzgemeinde des Registervaters die Anerkennung an. Der Beklagte widersetzte sich nicht nur dem Rechtsbegehren um Aufhebung des Kindsverhältnisses, sondern verweigerte auch die Mitwirkung an der gerichtlich angeordneten DNA-Begutachtung. Bis vor Bundesgericht war einerseits die Aktivlegitimation der beiden Gemeinwesen, andererseits die zwangsweise Durchsetzung des DNA-Gutachtens strittig.

[Rz 50] Die **Aktivlegitimation zur Anfechtung einer Kindeserkennung** ist in Art. 260a ZGB geregelt. Gemäss dieser Bestimmung kann die Anerkennung von jedermann angefochten werden, der ein Interesse hat, «namentlich [...] von der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden». Vor diesem Hintergrund hatte das Bundesgericht zunächst zu prüfen, ob das Interesse des Kindes, das Kindesverhältnis zum Anerkennenden aufrechtzuerhalten, die Aktivlegitimation einschränkt. Dabei folgt es seinem bewährten Methodenkanon. Der Wortlaut der zitierten Norm setzt für die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde kein unmittelbares Interesse an der Beseitigung der unwahren Anerkennung voraus (E. 3.2). Aus der Entstehungsgeschichte der Norm, die auf die ZGB-Revision von 1976/78 zurückgeht, ergibt sich, dass das Klagerecht des Gemeinwesens seinerzeit zwar umstritten war, jedoch mit Blick auf die Gefahr missbräuchlicher Anerkennungen bewusst beibehalten wurde. Dabei scheiterte in der Expertenkommission ein Antrag, der die Aktivlegitimation des Gemeinwesens davon abhängig machen wollte, dass kein überwiegendes Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung der Vaterschaft bestehe (E. 3.2.1). In der Folge wurde die nun geltende Formulierung von Art. 260a ZGB diskussionslos ins Gesetz überführt. Dennoch wird in der Lehre teilweise eine Berücksichtigung der Kindesinteressen bzw. einer geliebten Vater-Kind-Beziehung bereits mit Blick auf die Aktivlegitimation gefordert (E. 3.3).

[Rz 51] Nach Auffassung des Bundesgerichts ist bei der **Auslegung von Art. 260a Abs. 1 ZGB** zu bedenken, «dass der Gesetzgeber in jüngeren Gesetzgebungsprojekten der Verhinderung des Missbrauchs im Ausländerrecht grosses Gewicht beigemessen hat» (E. 3.4.2; vgl. zum Thema der missbräuchlichen Inanspruchnahme staatlicher Leistungen auch E. 3.4.5). Daher besteht kein

triftiger Grund für ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut. Für die Frage der Aktivlegitimation ist kein Interessennachweis der in der Norm ausdrücklich genannten Kläger erforderlich.

[Rz 52] Das Gesagte bedeutet allerdings nicht, dass das **Kindesinteresse** gänzlich ausser Acht bleibt. Erweist sich nämlich (später) im Anfechtungsprozess, dass der Anerkennende als genetischer Vater des Kindes ausscheidet, «wird die Frage nach den auf dem Spiele stehenden Interessen aktuell» (E. 3.4.4). Im Sachurteil ist somit das Wohl des Kindes durchaus zu berücksichtigen, wodurch auch dessen grundrechtliche Garantien (BV, EMRK und KRK) nach Auffassung des Bundesgerichts hinreichend verwirklicht werden.

[Rz 53] Nicht zur Anfechtung berechtigt ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen. Diese wird in Art. 260a ZGB nicht ausdrücklich genannt, weshalb ein besonderes eigenes Interesse nachgewiesen sein müsste. Ein solches ist nicht ersichtlich, geht es doch bei der Registerwahrheit, die als Begründung für die Aktivlegitimation vorgetragen wurde, um die Gültigkeit der Anerkennung und nicht um deren Wahrhaftigkeit, die Thema des Anfechtungsprozesses ist (E. 4.3).

[Rz 54] In der Sache obliegt den Anfechtungsklägern der Nachweis, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist (Art. 260b Abs. 1 ZGB). Das Bundesgericht bestätigt einmal mehr, dass das **DNA-Gutachten** als Beweismittel von besonderer Bedeutung ist, wobei andere Beweismittel dadurch nicht ausgeschlossen werden und grundsätzlich auch eine blossе Indizienbeweiswürdigung denkbar ist (E. 5.1).

[Rz 55] Im konkreten Fall hatte sich der Vater trotz einer entsprechenden Strafandrohung standhaft geweigert, sich einer DNA-Untersuchung zu unterziehen. Daraus hatte das Obergericht geschlossen, der Beweis, dass der Anerkennende nicht der Vater sei, sei nicht gelungen. Umgekehrt machten die Beschwerdeführer vor Bundesgericht geltend, die Weigerung sei beweiswürdigend so zu werten, dass der Nachweis der Nichtvaterschaft erbracht worden sei. Beide Argumentationslinien erweisen sich als unzutreffend. Zwar darf – und insoweit ist der Vorinstanz zuzustimmen – von der Verweigerung des DNA-Gutachtens nicht ohne weiteres auf das Nichtbestehen der Vaterschaft geschlossen werden (E. 5.2–5.3). Als nicht haltbar erwies sich hingegen die Auffassung des Obergerichts, wonach die zwangsweise Durchsetzung des DNA-Gutachtens ausgeschlossen sei. Das Bundesgericht erinnert daran, dass im Abstammungsprozess die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime gelten, weshalb das Gericht gehalten ist, nach der materiellen Wahrheit zu forschen (E. 5.2.2). Dies erlaubt auch die **Durchführung einer DNA-Untersuchung durch Anwendung direkten Zwangs**. Die für den Grundrechtseingriff erforderliche gesetzliche Grundlage ist seit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO vorhanden, zumal der Eingriff in die körperliche Integrität geringfügig erscheint, das Interesse an der Wahrheitsfindung im Abstammungsprozess die Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen überwiegt und überdies dem Betroffenen vorgängig weniger weit gehende Vollstreckungsmittel angedroht wurden (E. 6).<sup>2</sup> Entsprechend hob das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Durchführung der zwangsweisen DNA-Begutachtung und zur Neuentscheidung an das Bezirksgericht zurück.

[Rz 56] In der publizierten Fassung des bundesgerichtlichen Urteils nicht abgedruckt ist E. 7. Diese befasst sich mit der Abwägung der Interessen des Kindes einerseits und der Anfechtungskläger

---

<sup>2</sup> Vgl. auch schon das Urteil des Bundesgerichts 5A\_492/2016 vom 5. August 2016; dazu REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 2. Oktober 2017, Rz. 47 ff.

andererseits für den Fall, dass die DNA-Untersuchung die Nicht-Vaterschaft des Anerkennenden ergeben sollte. Nach Auffassung des Bundesgerichts gibt es kein «abstraktes, d.h. von den konkreten Umständen unabhängiges Interesse des Kindes, nicht vaterlos zu sein» (E. 7.2). Schützenswert wäre hingegen eine gelebte Vater-Kind-Beziehung, die vorliegend allerdings gerade nicht bestand.

**bb. Genetische Vaterschaft; Persönlichkeitsverletzung durch Untätigbleiben des Registervaters?**

[Rz 57] Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes nach Art. 255 Abs. 1 ZGB gilt unabhängig davon, ob der Ehemann tatsächlich der Erzeuger des Kindes ist. Im Bestreitungsfall regelt Art. 256 Abs. 1 ZGB die **Aktivlegitimation**, die der historische Gesetzgeber bewusst eng gehalten hat: Zur Klage befugt sind lediglich der Registervater selber und das Kind, Letzteres allerdings auch nur dann, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Eltern aufgehört hat. Wer behauptet oder sogar davon überzeugt ist, er sei der genetische Vater des Kindes, hat keine Klagebefugnis. Diese an sich klare Rechtslage rekapituliert BGE 144 III 1 (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_332/2017 vom 18. Dezember 2017).

[Rz 58] Verzichtet der Ehemann auf die Anfechtung der Registervaterschaft, so begeht er durch sein Untätigbleiben gegenüber dem genetischen Vater auch **keine Persönlichkeitsverletzung**, wie das Bundesgericht weiter festhält (E. 4.4).

[Rz 59] Eine andere Frage ist diejenige, ob der mögliche Erzeuger unabhängig von einem Statusprozess einen Anspruch darauf hat, Kenntnis darüber zu erhalten, ob das Kind von ihm abstammt. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist von Lehre und Rechtsprechung anerkannt (E. 4.3); daraus lässt sich aber, so das Bundesgericht, nicht ohne weiteres auf ein spiegelbildliches **Recht des genetischen Vaters** schliessen. Die Frage konnte letztlich offengelassen werden, da die genetische Vaterschaft des Beschwerdeführers offenbar unbestritten und einem allfälligen Kenntnisrecht damit Genüge getan war (E. 4.4.3).

**b. Recht auf persönlichen Verkehr; Kontaktrecht der Grosseltern**

[Rz 60] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_380/2018 vom 16. August 2018 befasst sich mit Art. 274a ZGB, wonach bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände der Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Kind Dritten eingeräumt werden kann, wenn dies dem Kindeswohl dient. Im konkreten Fall hatten die Grosseltern des Kindes nach dem Tod des Kindsvaters die Einräumung eines Kontaktrechts verlangt, weil die Kindsmutter den Kontakt unterbunden hatte.

[Rz 61] Das Bundesgericht rekapituliert zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen von **Art. 274a Abs. 1 ZGB**. Der Tod des Kindsvaters stellt unbestritten einen ausserordentlichen Umstand i.S. der Bestimmung dar. Allerdings muss der Kontakt auch dem Wohl des Kindes und dessen Interessen dienen, d.h. der persönliche Verkehr mit den Dritten muss sich **positiv auf das Kind auswirken**. Es genügt nicht, dass das Kontaktrecht das Kindeswohl nicht beeinträchtigt. Die Interessen der Dritten sind unmassgeblich. Bei Grosseltern darf allerdings «im Allgemeinen angenommen werden, dass der persönliche Verkehr dem Wohl des Kindes dient, zumal bei Versterben des Elternteils auf dieser Seite» (E. 3.2). Die kantonale Vorinstanz hatte diese Fragen eingehend



geprüft und das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, als es das Kontaktrecht bejaht hatte. Die Beschwerde in Zivilsachen war daher abzuweisen.

**c. Aufenthaltsbestimmungsrecht; Umzug eines Elternteils ohne Zustimmung des anderen**

**aa. Unzulässigkeit eines Umzugsverbots gestützt auf Art. 301a ZGB**

[Rz 62] Im Urteil des Bundesgerichts **5A\_1018/2017** vom 14. Juni 2018 geht es um die Frage, ob das Kantonsgericht Wallis einer Mutter zulässigerweise den Umzug nach Freiburg verboten hatte. Die Mutter war zwar alleinige Inhaberin der Obhut. Der gewünschte Umzug würde allerdings das erweiterte Besuchsrecht des Vaters beeinträchtigen, weshalb das Kantonsgericht bestimmt hatte, der Aufenthaltsort der Kinder befinde sich am bisherigen Wohnort im Wallis. Eine solche Anordnung ist indessen unzulässig, wie das Bundesgericht feststellt. Denn im Zusammenhang mit dem Umzugswunsch des obhutsberechtigten Elternteils ist als Prämisse davon auszugehen, dass dieser Umzug stattfinden wird; das Gericht muss sodann darüber befinden, ob und inwiefern die Obhut bzw. das Besuchsrecht der neuen Wohnsituation des umzugswilligen Elternteils anzupassen ist (vgl. dazu schon BGE 142 III 502 E. 2.5). Im konkreten Fall hatte das Gericht gerade umgekehrt zuerst befunden, die Kinder seien der Mutter zur alleinigen Obhut anzuvertrauen. Wenn zugleich der Aufenthaltsort der Kinder im Wallis fixiert wird, dann bedeutet das faktisch ein **unzulässiges Umzugsverbot** an die Adresse der obhutsberechtigten Mutter. Die Sache wurde daher an das Kantonsgericht zurückgewiesen mit dem Auftrag zu klären, welche Regelung der Obhut und des Besuchsrechts bei einem Umzug der Mutter nach Freiburg dem Kindeswohl am besten entsprechen würde.

**bb. Aufschiebende Wirkung der Berufung bei Neuregelung der Obhut zufolge Umzugs der Mutter**

[Rz 63] Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_665/2018** vom 18. September 2018 (zur Publikation vorgesehen) beschäftigt sich mit folgendem Sachverhalt: Die im Wallis wohnhaften Eltern zweier Kinder übten die Obhut alternierend aus, als die Mutter das Gesuch stellte, mit den Kindern nach Thun/BE ziehen und die alleinige Obhut ausüben zu dürfen. Nachdem die erste kantonale Instanz das Begehren gutgeheissen hatte, erhob der Vater Berufung und verlangte die aufschiebende Wirkung. Als das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde, erhob er dagegen wiederum Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 64] Die **Frage der aufschiebenden Wirkung der Berufung** im Zusammenhang mit erstinstanzlichen Obhutsentscheiden ist bekanntlich von erheblicher praktischer Bedeutung. Es ist daher zu begrüssen, dass das Bundesgericht ausführlich (und nicht nur mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt) dazu Stellung nimmt:

[Rz 65] Dass die Aufrechterhaltung der alternierenden Obhut betreffend die schulpflichtigen Kinder nach einem Umzug der Mutter aus dem Kanton Wallis nach Thun nicht möglich ist, steht fest. Ob bei dieser Sachlage einer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist, damit der Aufenthaltsort der Kinder vorerst nicht verändert werden kann, richtet sich primär nach der **Hauptsachenprognose** (E. 4.2). Das Bundesgericht geht insofern von folgenden Regeln aus, die danach

unterscheiden, ob es um den Umzugswunsch eines Alleininhabers der elterlichen Sorge geht oder darum, eine bisher gelebte alternierende Obhut in eine alleinige Obhut umzuwandeln:

[Rz 66] Will der bisher **hauptbetreuende Elternteil** (im Sinne eines Alleininhabers der Obhut) mit dem Kind wegziehen, sollte das Kind «während des Rechtsmittelverfahrens in der Regel bei diesem Elternteil verbleiben und entsprechend ist im Rahmen von Art. 315 ZGB [gemeint ist wohl: Art. 315 ZPO] – je nach Ausgangskonstellation durch Erteilung oder Entzug – die aufschiebende Wirkung zu regeln. Diese sinngemässe Verweisung kann bei der Aufenthaltsfrage des Kindes jedenfalls dann Gültigkeit beanspruchen, wenn es um kleinere und damit noch eher personengebundene Kinder geht und keine Gründe für eine Neuurteilung der Obhut aufgrund der Wegzugspläne des bisher hauptbetreuenden Elternteils ersichtlich sind, so dass die Hauptsachenprognose [...] für die Genehmigung des Wegzuges spricht.

[Rz 67] Gerade anders muss es sich bei einer **alternierenden Obhut** verhalten, weil hier die Ausgangssituation [...] gewissermassen neutral ist, die unverzügliche Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes aber auf den Rechtsmittelentscheid [...] eine stark präjudizierende Wirkung hat [...]. Die aufschiebende Wirkung ist deshalb bei alternierender Obhut mit grosser Zurückhaltung und nur bei wirklicher Dringlichkeit zu verweigern oder zu entziehen, denn bei dieser Ausgangslage tritt – zumal wenn beidseits die Erziehungsfähigkeit als erstellt gilt und auch beide Seiten das Kind weiterhin betreuen möchten und könnten – das Kontinuitätsprinzip in den Vordergrund [...], welches dafür spricht, dass die Aufenthaltsveränderung unter Vorbehalt besonderer Umstände nicht bereits während des Rechtsmittelverfahrens erfolgt [...]» (E. 4.2.1, Hervorhebung hinzugefügt).

[Rz 68] Wie das Bundesgericht weiter festhält, ist eine «generelle Zurückhaltung [...] gegebenenfalls selbst bei einem Wegzug des Kindes mit dem hauptbetreuenden Elternteil, bei der **Auswanderung** zu üben» (E. 4.2.2, Hervorhebung hinzugefügt).

[Rz 69] Die Anwendung der erläuterten Regeln auf den konkreten Fall ergibt, dass die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung der Berufung in willkürlicher Weise verweigert hatte. Da allerdings bis zum Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils bereits neue Tatsachen geschaffen worden waren – insbesondere die Einschulung der Kinder in Thun – erteilt das Bundesgericht dem kantonalen Verfahren nicht ohne Weiteres die aufschiebende Wirkung, sondern weist die Angelegenheit zur Neuentscheidung an das Kantonsgericht zurück (E. 4.4).

### cc. Keine zivilrechtliche Sanktion bei Verletzung des Zustimmungserfordernisses

[Rz 70] **BGE 144 III 10** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_47/2017 vom 6. November 2017) betrifft den heimlichen Umzug der Mutter mit den Kindern aus dem Kanton Aargau nach Bellinzona während einer Abwesenheit des Vaters. Wenige Tage nach dem Wegzug beantragte die Mutter in einem Eheschutzgesuch die alleinige Obhut.

[Rz 71] Das Bezirksgericht stellte die Kinder unter die Obhut der Mutter, gleichzeitig erteilte es ihr die Weisung, ihren Wohnsitz gemeinsam mit den Kindern in einen Umkreis von 1.5 Stunden mit öffentlichem Verkehr zum bisherigen Wohnort zu verlegen. Auf Berufung hin hob das Obergericht diese Weisung ersatzlos auf und legte das Besuchsrecht des Vaters fest. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 72] Das Bundesgericht verwendet auf die obergerichtlichen Erwägungen deutliche Worte: «Was die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechtes und die Auslegung von Art. 301a ZGB an-

belangt, geht der Beschwerdeführer zu Recht davon aus, dass das Obergericht den Inhalt der betreffenden Norm in grundlegender Weise verkannt hat [...]» (E. 4).

[Rz 73] Aufgrund der grossen Distanz zwischen dem bisherigen und dem neuen Wohnort und dem zuvor gemeinsamen Haushalt der Eltern steht für das Bundesgericht fest, dass der Umzug genehmigungsbedürftig gewesen wäre. Diese Feststellung hilft dem Vater noch nicht, wie das Bundesgericht weiter ausführt: Denn die genannte Norm gibt «unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem der Aufenthaltsort der Kinder verlegt wird, dem anderen Elternteil **keine zivilrechtliche Möglichkeit**, die betreffenden Handlungen effektiv zu verhindern oder rückgängig zu machen. Indirekt eine Sanktionierung bewirken könnte eine Obhutsumteilung, wie sie im Zusammenhang mit dem auf missbräuchlichen Motiven beruhenden Wegzug des hauptbetreuenden Elternteils allenfalls zu prüfen ist [...]. Das setzt indes voraus, dass das Kind angesichts der gesamten Umstände beim anderen Elternteil besser aufgehoben wäre und dieser das Kind auch tatsächlich betreuen kann und will» (E. 5, Hervorhebung hinzugefügt). Diese Voraussetzungen waren vorliegend nicht gegeben.

[Rz 74] Zu prüfen war daher nur noch, ob gestützt auf **Art. 307 Abs. 3 ZGB** der Mutter eine **Weisung betreffend den Aufenthaltsort der Kinder** erteilt werden kann. Allerdings handelt es sich dabei «um eine Kindesschutzmassnahme, bei welcher Prüfungsgegenstand und auch Prüfungsinstanz ausschliesslich die Frage der Kindeswohlgefährdung ist. Die auf Art. 301a Abs. 1 ZGB basierende Wegzugsautonomie der Elternteile [...] bleibt deshalb grundsätzlich unberührt. Höchstens indirekt kann eine Rückwirkung auf die Niederlassungsfreiheit gegeben sein insofern, als gegebenenfalls eine Platzierung der Kinder anders als im Haushalt des wegzugswilligen Elternteils nicht in Frage kommt, die Veränderung des Aufenthaltsortes die Kinder in unmittelbare Gefahr gebracht hat und das Rückgängigmachen der Ortsveränderung diese Gefahr beseitigen würde. Eine solche Konstellation wird in der Praxis der absolute Ausnahmefall sein und der Anwendungsbereich von Art. 307 Abs. 3 ZGB ist entsprechend klein» (E. 6). Im vorliegenden Sachverhalt stand das **rechtsmissbräuchliche Verhalten der Mutter** für das Bundesgericht zwar fest (E. 6.3). Das alleine genügt jedoch nicht für eine Kindesschutzmassnahme: Entscheidend ist die Frage, «ob den Kindern selbst eine unmittelbare Gefahr oder ein Schaden droht». (E. 6.4) Dies traf nicht zu.

[Rz 75] Als willkürlich erwies sich allerdings die **Besuchsrechtsregelung**, hatte doch das Obergericht ein praxisübliches Besuchsrecht genügen lassen. Indessen muss die Regelung des persönlichen Verkehrs zwingend auf die **Verhältnisse des Einzelfalls** abstellen. Wird ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände ein gerichtsbliches Besuchsrecht angeordnet, so ist dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung per se willkürlich (E. 7.2).

## d. Obhut und Betreuung

### aa. Alternierende Obhut: Voraussetzungen

[Rz 76] Bereits in BGE 142 III 612 sowie 142 III 617 hat sich das Bundesgericht ausführlich zur alternierenden Obhut und deren Voraussetzungen geäussert.<sup>3</sup> Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_888/2016 vom 20. April 2018 werden diese Kriterien anhand eines konkreten Sachverhalts

---

<sup>3</sup> Dazu AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter vom 2. Oktober 2017, Rz. 77 ff.

nochmals wiederholt und verdeutlicht. Obschon die Mutter in diesem Fall die alleinige Obhut verlangt hatte, bestätigt das Bundesgericht die (im Urteil ausführlich wiedergegebene) Argumentation der Vorinstanz, wonach die alternierende Obhut anzuordnen sei.

[Rz 77] Zu unterscheiden ist dabei zwischen der alternierenden Obhut als solcher und der konkreten Festlegung der Betreuungsanteile:

[Rz 78] Die **alternierende Obhut** kann auch dann angeordnet werden, wenn während des Zusammenlebens eine klare Rollenverteilung gelebt wurde – massgeblich ist nur, dass derjenige Elternteil, der sich in Zukunft an der Betreuung beteiligen will, dafür genügend zeitliche Ressourcen hat. Das traf hier zu, weil der Vater sein Arbeitspensum auf 80% reduzierte. Wie das Bundesgericht unterstreicht, dient die alternierende Obhut nicht nur dem Kindeswohl, sondern birgt auch ökonomische Vorteile, was bei der Beurteilung mitberücksichtigt werden darf (E. 3.3.5).

[Rz 79] Als willkürlich erwies sich dabei einzig, dass die Vorinstanz bei der Klärung der **Betreuungsanteile** die Wochenenden nicht gleichmässig den Eltern zugeteilt, sondern alle Sonntage dem Vater zugewiesen hatte. Eine solche Regelung ist – wenn sie nicht berufsbedingte Gründe hat – «stossend und ungerecht» angesichts der **zentralen Bedeutung der Wochenenden** im familiären Zusammenleben (E. 4.1).

[Rz 80] Positiv zu vermerken ist im Übrigen, dass das Kantonsgericht Basel-Landschaft die **Betreuung** durch den Vater ausdrücklich nicht nur als Recht, sondern auch **als Pflicht** formuliert hatte. Dies ist gerade in Fällen alternierender Obhut mit Blick auf die Berufstätigkeit beider Eltern von Bedeutung.

#### **bb. Wohnsitz des Kindes bei alternierender Obhut**

[Rz 81] Lebt das Kind unter wochenweise alternierender Obhut, kann fraglich sein, wo es seinen Wohnsitz hat. In **BGE 144 V 299** (= Urteil des Bundesgerichts 8C\_716/2017 vom 20. August 2018) war diese Frage im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Familienzulagen strittig. Die Eltern hatten in ihrer Vereinbarung explizit festgehalten, der Wohnsitz des Kindes befinde sich beim Vater in Frankreich.

[Rz 82] Das Familienzulagengesetz stellt für den Fall, dass mehrere Personen für das gleiche Kind anspruchsberechtigt sind, eine Kaskade an Anknüpfungen zur Verfügung:

[Rz 83] Art. 7 Abs. 1 lit. c FamZG stellt darauf ab, wo das Kind «überwiegend lebt», das Gesetz orientiert sich insofern primär am **Obhutsprinzip** (E. 5.2.1). Dabei sind, wie das Bundesgericht festhält, in erster Linie die tatsächlichen Verhältnisse massgeblich. Bei alternierender Obhut mit gleichen Betreuungsanteilen fällt diese Anknüpfung ausser Betracht.

[Rz 84] Zu prüfen war daher, ob i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. d FamZG das Kind seinen **zivilrechtlichen Wohnsitz** bei der Mutter in der Schweiz oder beim Vater in Frankreich hat. Für die Klärung des zivilrechtlichen Wohnsitzes sind weitere Sachverhaltselemente als die Betreuungsanteile entscheidend. Im konkreten Fall kumulierten sich die ausserhäuslichen Aktivitäten des Sohnes in Frankreich, wo er nicht nur die Schule besucht, sondern auch das Musikkonservatorium und den Tennisclub. Der zivilrechtliche Wohnsitz liegt daher in Frankreich.

## e. Minderjährigenunterhalt

### aa. Betreuungsunterhalt: Berechnungsmethode

[Rz 85] Kurz vor Inkrafttreten des neuen Kindesunterhaltsrechts am 1. Januar 2017 breitete sich bei Gerichten und Anwaltschaft sichtliche Nervosität aus: Der Gesetzgeber hat nämlich zwar dem Grundsatz nach dafürgehalten, dass die Betreuung künftig Teil des Kindesunterhalts sein muss. Wie dieser Betreuungsunterhalt berechnet werden sollte, liess er allerdings offen. In zahlreichen Publikationen und noch zahlreicheren Weiterbildungsveranstaltungen wurden verschiedene Berechnungsmethoden entwickelt und vorgestellt und in der Folge kam es im Jahr 2017 zu höchst unterschiedlichen kantonalen Urteilen. Dass das Bundesgericht mit **BGE 144 III 377** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_454/2017 vom 17. Mai 2018) Klarheit geschaffen hat, hat insofern zu grossem Aufatmen geführt – obgleich durchaus nicht alle mit dem Ergebnis glücklich sind.

[Rz 86] Die Erwägungen des Bundesgerichts sollen nachfolgend nicht nachgezeichnet werden, entscheidend ist das **Ergebnis**: Für die Berechnung des Kindesunterhalts folgt das Bundesgericht der **Lebenshaltungskostenmethode**. Danach ist (nach der Klärung der Obhutsfrage) zunächst das Existenzminimum (berechnet nach den betriebsrechtlichen Richtlinien, bei entsprechenden Verhältnissen moderat erweitert zum familienrechtlichen Existenzminimum; vgl. E. 7.1.4) des betreuenden Elternteils festzustellen. In einem zweiten Schritt ist zu klären, ob und inwieweit der betreuende Elternteil sein Existenzminimum durch eigene Einkünfte zu decken vermag, wobei allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (dies in Anwendung der Schulstufenregel, dazu hinten, Rz. 92 ff.). Nur der Fehlbetrag ist als Betreuungsunterhalt geschuldet, oder anders ausgedrückt: **Der Betreuungsunterhalt entspricht der Differenz zwischen dem Existenzminimum des Obhutsberechtigten und dessen Einkommen.**

[Rz 87] Die soeben beschriebene Rechnung wird in vielen Fällen dazu führen, dass ein zu 50 oder 80% erwerbstätiger, alleine obhutsberechtigter Elternteil gar keinen Anspruch auf Betreuungsunterhalt hat. Kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt entsteht auch dann, wenn die Betreuung ausschliesslich zu Zeiten erfolgt, während derer kein Einkommen erzielt würde (typischerweise an Abenden, in den Nächten und an den Wochenenden; vgl. E. 7.1.3).

[Rz 88] Anzumerken ist, dass die Berechnungsweise des Bundesgerichts nicht vollständig übereinstimmt mit der von DANIEL BÄHLER und ANNETTE SPYCHER in zahlreichen Beiträgen und Vorträgen entwickelten, raffinierten Berechnungsmethode. Denn diese Autoren tragen mit einem sogenannten Vorausabzug der Tatsache Rechnung, dass der alleine betreuende Elternteil, der teilszeitlich erwerbstätig ist, im Ergebnis eine höhere Unterhaltslast trägt als der andere Elternteil. Diese Betrachtungsweise, die das Ergebnis der Methode in vielen Sachlagen stark an jenes bei Anwendung der Betreuungsquotenmethode annähert oder sich zuweilen für den betreuenden Elternteil gar als vorteilhafter erweist,<sup>4</sup> scheint das Bundesgericht nicht übernehmen zu wollen. Das ist zu bedauern.

[Rz 89] Die Autorin des vorliegenden Beitrages verhehlt im Übrigen nicht, dass ihr die Betreuungsquotenmethode als wesentlich gerechter erscheint, weil sie insbesondere bei teilszeitlicher Erwerbstätigkeit des alleine obhutsberechtigten Elternteils die Unterhaltslast fairer verteilt und damit dem gesetzlichen Grundsatz, wonach «jeder Elternteil nach seinen Kräften» für den Kin-

---

<sup>4</sup> Exemplarisch die Gegenüberstellung der beiden Berechnungen für einen konkreten Fall in: HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/ REGINA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl. Bern 2018, S. 618 ff., insbes. 631 f.

desunterhalt aufzukommen hat (Art. 276 Abs. 2 ZGB), besser Rechnung trägt. Der Entscheid ist jedoch hinzunehmen, zumal das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung keinen Zweifel daran offenlässt, dass es einen Methodenpluralismus im Kindesunterhaltsrecht nicht dulden wird. Erfreulich am Urteil ist daher insbesondere die **Rechtssicherheit**, die dadurch geschaffen wird. Ob die Begründung des Bundesgerichts, das sich sehr selektiv aus der (durchaus nicht eindeutigen) Botschaft des Bundesrates bedient, aus methodischer Hinsicht überzeugt, soll an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.

[Rz 90] Siehe zu diesem Urteil auch die ausführliche und mit Recht sehr kritische Besprechung durch ALEXANDRA JUNGO, *Das erste Urteil des Bundesgerichts zum Betreuungsunterhalt: das letzte Wort?*, in: Jusletter 13. August 2018.

[Rz 91] Auch wenn die Berechnungsweise des Betreuungsunterhalts nunmehr entschieden ist, lässt der zitierte Entscheid gewisse Fragen offen. Nicht abschliessend geklärt ist insbesondere, wie bei mehreren Kindern mit unterschiedlichem Betreuungsbedarf der Betreuungsunterhalt zu verteilen ist. Andere Fragen wurden zwischenzeitlich beantwortet. So geht das Urteil des Bundesgerichts 5A\_968/2017 vom 25. September 2017 auf die Frage ein, wie der **Betreuungsunterhalt bei alternierender Obhut** zu bemessen ist. Auch bei dieser Sachlage kann ein Betreuungsunterhalt geschuldet sein, nämlich dann, wenn einer der beiden betreuenden Elternteile mit seinem Erwerbseinkommen sein Existenzminimum nicht zu decken vermag, die konkrete Betreuungslösung also nur dann gelebt werden kann, wenn der andere Betreuungsunterhalt leistet (E. 3.1.1).

**bb. Hypothetisches Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils; Betreuungsbedarf (Schulstufenregel ersetzt 10/16-Regel); Rangfolge der Unterhaltsansprüche**

[Rz 92] Im Zusammenhang mit der Frage, ob der alleine obhutsberechtigten Mutter ein hypothetisches Einkommen aufgerechnet werden kann, hat das Bundesgericht seit langen Jahren konstant die 10/16-Regel angewandt. Danach konnte die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu 50% grundsätzlich erst erwartet werden, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hatte. Eine vollzeitliche Erwerbstätigkeit galt als zumutbar, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hatte. Ob diese Regel ihre Begründung im Vertrauensschutz auf die eheliche Rollenteilung (Art. 163 ZGB) oder im Kindeswohl hatte, wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt. Die Literatur hielt die 10/16-Regel seit Längerem für überholt und spätestens seit Inkrafttreten des neuen Kindesunterhaltsrechts wurde eine Korrektur der Rechtsprechung erwartet. Diese ist nun erfolgt: Mit dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_384/2018 vom 21. September 2018 (zur Publikation vorgesehen) hat das Bundesgericht die Regel nunmehr aufgegeben. Angesichts der hohen Bedeutung des Entscheids wird dieser nachfolgend vergleichsweise ausführlich zusammengefasst bzw. wiedergegeben.

[Rz 93] Noch bevor die Frage der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit aufgeworfen wird, äussert sich das Bundesgericht zur **Methodenproblematik im Unterhaltsrecht**: «Methodenpluralismus [ist] für die Zukunft kein gangbarer Weg mehr» (E. 4.1). Dies gilt nicht nur für die Berechnung des Betreuungsunterhalts nach der Lebenshaltungskostenmethode (dazu BGE 144 III 377 E. 7, dazu vorne, Rz. 85 ff.), sondern auch für die Zumutbarkeit der Erwerbsarbeit bei Betreuungspflichten (dazu sogleich) und für das Verhältnis von Betreuungsunterhalt und (nach-)ehelichem Unterhalt.

[Rz 94] Wie das Bundesgericht weiter ausführt, ist beim Kindesunterhalt zwischen **Natural-, Bar- und Betreuungsunterhalt** zu unterscheiden und der Kindesunterhalt ist sodann vom (nach-)ehelichen Unterhalt abzugrenzen. Der Barunterhalt deckt alle (direkten) Kosten für das Kind

ab, einschliesslich eine kostenpflichtige Drittbetreuung (vgl. dazu auch hinten, Rz. 109). Der Betreuungsunterhalt gilt die (indirekten) Kosten ab, die «einem Elternteil dadurch entstehen, dass er aufgrund einer persönlichen Betreuung des Kindes davon abgehalten wird, durch Arbeitserwerb für seinen Lebensunterhalt aufzukommen» (E. 4.3). «Der Naturalunterhalt besteht in der Betreuung und Erziehung des Kindes; er stellt mithin die nichtpekuniäre Komponente des Kindesunterhalts dar. Der Bar- und der Betreuungsunterhalt werden beide in Form von Geldleistung erbracht, wobei wie gesagt der Barunterhalt alle direkten und der Betreuungsunterhalt die indirekten Kinderkosten umfasst. Soweit die Mittel nicht ausreichen, sind die beiden pekuniären Unterhaltskategorien nicht anteilmässig zu kürzen, sondern muss der **Barunterhalt dem Betreuungsunterhalt vorgehen**, weil er der Befriedigung der materiellen Bedürfnisse des Kindes dient, mithin auch wirtschaftlich direkt dem Kind zukommen soll, während der Betreuungsunterhalt wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zugedacht ist und nur indirekt die Bedürfnisse des Kindes (nämlich seine persönliche Betreuung) abdeckt» (E. 4.3, Hervorhebung hinzugefügt). Zudem geht der Kindesunterhalt dem (nach-)ehelichen Unterhalt vor (Art. 276a Abs. 1 ZGB). «Aus den vorhandenen Mitteln ist folglich zuerst der Barunterhalt des Kindes, sodann der Betreuungsunterhalt für das Kind und am Schluss der (nach-)eheliche Unterhalt aufzufüllen» (E. 4.3).

[Rz 95] Im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung bestätigt das Bundesgericht seine konstante Rechtsprechung, wonach im Sinne des **Kontinuitätsprinzips** das elternautonom festgelegte Betreuungskonzept im Trennungsfall – unabhängig vom Zivilstand der Eltern – vorerst für eine gewisse Zeit weitergeführt werden soll (E. 4.5). Damit kann die Frage der Betreuung aber nicht abschliessend geklärt werden: «Soweit an keine gelebte Aufgabenteilung angeknüpft werden kann, was in erster Linie bei nicht in einen gemeinsamen Elternhaushalt geborenen Kindern der Fall sein wird [...], bedarf es in Bezug auf die Betreuung des Kindes und auf die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit für den obhutsberechtigten Elternteil konkreter Regeln. Sodann braucht es diese auch im Zusammenhang mit dem Kontinuitätsprinzip: Die im gemeinsamen Haushalt [...] praktizierte Aufgabenteilung kann nicht in alle Ewigkeit fortgesetzt werden; es würde sonst über die Tatsache hinweggesehen, dass mit der Trennung neue Lebensverhältnisse einhergehen, welche zwangsläufig von denjenigen abweichen, unter denen sich die Eltern auf eine bestimmte Aufgabenteilung verständigt haben [...]» (E. 4.6). Indessen soll «dem die Obhut übernehmenden Elternteil, der sich bislang ganz oder überwiegend der Kinderbetreuung gewidmet hat, die Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit in der Regel nicht sofort zugemutet werden [...]. Dies würde sich nebst den genannten Gründen auch deshalb nicht rechtfertigen, weil die Trennung eine einschneidende Zäsur für das Kind bedeutet, welche zuerst verarbeitet sein will. Eine gleichzeitig mit der Trennung einhergehende Umgestaltung des Betreuungsmodells würde sich deshalb mit dem Kindeswohl schlecht vereinbaren lassen. Wie dies schon bislang der Fall war, sind mithin – in Abhängigkeit vom Grad der Wiederaufnahme oder Ausdehnung, vom finanziellen Spielraum der Eltern und von weiteren Umständen des Einzelfalls – Übergangsfristen zu gewähren, die nach Möglichkeit grosszügig bemessen sein sollen [...]» (E. 4.6).

[Rz 96] Im Folgenden setzt sich das Bundesgericht ausführlich mit der 10/16-Regel und deren Kritik in der Lehre auseinander und nimmt schliesslich die **Schulpflicht zum Ausgangspunkt einer neuen Regelbildung**. Entsprechend ist «für den Normalfall dem hauptbetreuenden Elternteil ab der (je nach Kanton mit dem Kindergarten- oder mit dem eigentlichen Schuleintritt erfolgenden) obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50%, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80% und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres [ein] Vollzeiterwerb zuzumuten» (E. 4.7.6). Dabei handelt es sich jedoch **nur um den**

**Ausgangspunkt der gerichtlichen Ermessensausübung** wie das Bundesgericht betont: Sowohl nach unten (freiwilliger Kindergarten, Kinderkrippe) wie auch nach oben (Fehlen kindergarten- und schulergänzender Angebote) ist von der Regel aufgrund der konkreten Verhältnisse gegebenenfalls abzuweichen (E. 4.7.7). Dabei ist auch dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass die beidseitige Ausschöpfung der elterlichen Erwerbskapazität auch im Kindeswohl liegt. Damit soll jedoch «keine Vermutung zugunsten einer möglichst umfassenden Drittbetreuung des Kindes auch für den vor- sowie ausserschulischen Bereich» aufgestellt werden, sondern lediglich eine richterliche Prüfungspflicht (E. 4.7.7). Zu berücksichtigen ist im Einzelfall beispielsweise auch eine hohe **ausserschulische Betreuungslast** bei mehreren Kindern (E. 4.7.9).

[Rz 97] Die Schulstufenregel soll sodann, wie das Bundesgericht weiter ausführt, auch bei **Auflösung einer ehelichen Gemeinschaft** grundsätzlich gelten, sodass auch eine «Rückverschiebung des Aspektes der Kinderbetreuung in den zwischen den Ehegatten geschuldeten Unterhalt [...] nicht opportun» sei (E. 4.8.1). Daher ist die einvernehmlich vereinbarte «persönliche Betreuung auch älterer Kinder im Trennungsfall vorerst, aber nicht für beliebige Zeit fortzuführen» (E. 4.8.2). «Als Themata des nahehelichen Unterhaltes verbleiben somit die Nachteile, welche durch die Kinderbetreuung entstehen, und quantitativ nicht durch den wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zugeordneten Betreuungsunterhalt abgedeckt sind. Dazu gehört namentlich die Differenz zwischen dem für den Betreuungsunterhalt relevanten familienrechtlichen Existenzminimum [vgl. BGE 144 III 377 E. 7.1.4] und dem gebührenden Unterhalt [...]. Es geht bei diesem um die Fortführung des bisherigen Lebensstandards und um den sog. Vorsorgeunterhalt zum Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge [...]» (E. 4.8.3).

[Rz 98] Die Änderung der Rechtsprechung, insbesondere die abschliessende Klärung der Methodenfrage und die Aufgabe der 10/16-Regel, ist grundsätzlich zu begrüssen. Dennoch drängen sich einige **Kritikpunkte und Hinweise** auf.

[Rz 99] Zunächst ist zu bedauern, dass das Bundesgericht mit der Schulstufenregel die Frage der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens vom **kantonalen Schulrecht** abhängig macht. Dieses weist nach wie vor erhebliche Unterschiede auf. So ist in einigen Kantonen der Deutschschweiz der Besuch des Kindergartens nicht obligatorisch (GR) oder nur ein Jahr (anstatt der üblichen zwei Jahre) ist obligatorisch (so AI, AR, LU, NW, SZ, TI, UR), im Kanton ZG wird nur ein Kindergartenjahr angeboten. Folgt man der bundesgerichtlichen Argumentation, so wäre es beispielsweise einer Mutter im Kanton Graubünden nicht ohne weiteres zumutbar, vor dem Eintritt des Kindes in die erste Klasse eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, obschon die meisten Kinder auch in diesem Kanton (freiwillig) den Kindergarten besuchen. Dass die kantonalen Unterschiede bei der obligatorischen Einschulung auf sachlichen Gründen beruhen, kann jedenfalls nicht ernsthaft vertreten werden. Entsprechend sollte man dem kantonalen öffentlichen Recht keine derart erheblichen Rückwirkungen auf das Zivilrecht zubilligen.

[Rz 100] Noch erheblich grössere Unterschiede zeigen sich bei der Frage, inwiefern die Kantone und Gemeinden die Erwerbstätigkeit der Eltern durch Blockzeiten, Mittagstisch, Hort, Hausaufgabenhilfe und weitere Angebote erleichtern.<sup>5</sup> Die **lokalen Gegebenheiten** müssen bei der Frage,

---

<sup>5</sup> Die Autorin des vorliegenden Beitrages hat noch vor wenigen Jahren in einer Luzerner Vorortsgemeinde mit ihren eigenen Kindern die Erfahrung gemacht, dass die mütterliche Erwerbstätigkeit strukturell behindert wurde, u.a. durch die Einschulung der beiden Kinder in zwei Schulhäuser mit unterschiedlichen Unterrichtszeiten, durch Verzicht auf Blockzeiten, durch das Fehlen eines Mittagstischangebotes und jeglichen anderen Betreuungsangeboten ausserhalb der obligatorischen Schulzeit.



ob die Erzielung eines hypothetischen Einkommens überhaupt möglich ist, selbstverständlich berücksichtigt werden. Darauf weist das Bundesgericht ausdrücklich hin und es ist zu hoffen, dass diese Erwägungen in der kantonalen Rechtsprechung entsprechend Niederschlag finden.<sup>6</sup>

[Rz 101] Überdies ist die **Zumutbarkeit der Inanspruchnahme ausserschulischer Betreuungsangebote** durch die Kinder zu berücksichtigen. Dabei ist u.a. zu bedenken, dass einige Kinder aufgrund ihrer Persönlichkeit mehr Rückzugsmöglichkeiten benötigen als andere. Zudem führt der für die Einschulung massgebliche Stichtag dazu, dass einige Kinder fast ein ganzes Jahr jünger und damit regelmässig auch weniger belastbar sind als Kinder, die ihren Geburtstag unmittelbar nach dem (kantonal wiederum unterschiedlichen) Stichtag feiern. In vielen Fällen dürfte es dem Kindeswohl diametral zuwiderlaufen, dass das Kind gleichzeitig mit dem einschneidenden Ereignis des Kindergarteneintritts auch eine spürbar reduzierte Betreuung durch die bisherige Hauptbezugsperson und die Einführung in ein Hortsystem erlebt. Die Vorstellung, dass ein 50%-Pensum während der Kindergarten-Betreuungszeit ausgeübt werden könne, widerspricht nämlich selbst dann jeglichem Realitätssinn, wenn man die 13 Wochen Ferien und die üblichen Freitage bei Lehrerfortbildungen, Lehrerkonferenzen usw. gänzlich ausser Betracht lässt.

[Rz 102] Zu berücksichtigen sind aber selbstverständlich auch **Faktoren auf Seiten der obhutsberechtigten Person**. Je nach Beruf und Wohnort ist eine Teilzeiterwerbstätigkeit, die sich mit den Bedürfnissen der (gerade erst) schulpflichtigen Kinder in Einklang bringen lässt, kaum denkbar. Dies trifft insbesondere für das – wie dargelegt zu hohe – 50%-Pensum zu, das vom Bundesgericht ab Kindergartenbesuch als zumutbar bezeichnet wird. Die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens setzt selbstredend nach wie vor immer auch voraus, dass ein solches überhaupt erzielt werden kann, indem der **Arbeitsmarkt** entsprechende Stellen und der künftigen Stelleninhaberin die zur Kinderbetreuung erforderliche Flexibilität zur Verfügung stellt.

[Rz 103] Wichtig ist sodann die Feststellung, dass die Schulstufenregel mit dem **Vertrauensschutz** kollidieren kann: Insbesondere bei verheirateten Eltern (eine entsprechende Vereinbarung ist aber auch bei unverheirateten Paaren nicht ausgeschlossen) ist denkbar, dass eine **verbindliche Vereinbarung** besteht, wonach ein Elternteil auch nach der Einschulung der Kinder noch eine gewisse Zeit keiner Erwerbstätigkeit nachgehen wird, um auch bei Krankheit, Ferien und vor bzw. nach der Schule zuverlässig die persönliche Betreuung sicherstellen zu können. Zwar ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine solche Vereinbarung auch nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts weitergelten soll, überhastete Änderungen der Betreuungssituation sind aber jedenfalls zu vermeiden. Auch hier ist zu hoffen, dass die entsprechenden Hinweise des Bundesgerichts, wonach mit **grosszügigen Übergangsfristen** zu rechnen ist, von den kantonalen Gerichten ernst genommen werden. Diese Übergangsfristen sollen, so das Bundesgericht, der **Betreuungskontinuität** dienen und nicht bloss die Stellensuche ermöglichen. Ganz generell ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass das Kontinuitätsprinzip, das in aller Regel dem Kindeswohl entspricht, auch mit Bezug auf die Frage der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit des obhutsberechtigten Elternteils hohe Bedeutung hat (vgl. E. 4.5).

[Rz 104] Schliesslich ist daran zu denken, dass ein Elternteil, der die alleinige Obhut innehat, unabhängig von den eigentlichen Betreuungszeiten erheblichen Mehraufwand hat als der bloss besuchsberechtigte andere Elternteil (Haushalt, Wäsche, Kochen, Einkauf, Hausaufgabenhilfe,

---

<sup>6</sup> Siehe zum Problem, dass kantonale Instanzen zuweilen gerne an schematischen Regeln festhalten, obschon diese dem Einzelfall nicht hinreichend Rechnung tragen, JONAS SCHWEIGHAUSER, Kindesunterhalt – in welche Richtung geht die höchstrichterliche Praxis?, in: Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 38 f.

Taxidienste usw.), und dies auch über den Abschluss des 16. Altersjahres hinaus. Diesem **Naturalunterhalt** muss Rechnung getragen werden, beispielsweise durch eine Entlastung bei der Verteilung des Barunterhalts. Bleibt der Naturalunterhalt unberücksichtigt, führt die Schulstufenregel gerade nicht zu einer i.S.v. Art. 276 Abs. 2 ZGB («jeder nach seinen Kräften») fairen Unterhaltslösung.

[Rz 105] Siehe zum Entscheid auch die ausführliche und mit Recht kritische Urteilsbesprechung von JONAS SCHWEIGHAUSER, *Kindesunterhalt – in welche Richtung geht die höchstrichterliche Praxis?*, in: Jusletter 17. Dezember 2018.

[Rz 106] Seit dem Leitentscheid hat das Bundesgericht die neue Schulstufenregel mehrfach in jüngeren Urteilen angewandt. Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_931/2017 vom 1. November 2018 (in Fünfer-Besetzung) wurde der vorinstanzliche Entscheid gestützt, wonach der Kindesmutter, einer Lehrkraft, erst ab Erreichen des 10. Altersjahrs der jüngeren Tochter ein 50%-Pensum anzurechnen war und sie sich zuvor auf die während der Ehe gelebte Situation, d.h. ein 40%-Pensum, verlassen durfte (E. 3.2.2). Korrigiert wurde der Entscheid der Vorinstanz insofern, als diese keine weitere Stufe vorgesehen und (der alten 10/16-Regel folgend) erst nach vollendetem 16. Altersjahr der Tochter ein 100%-Pensum für zumutbar erachtet hatte. Das Bundesgericht verweist insofern auf seine neue Regel, wonach bei Eintritt des jüngsten Kindes in die Oberstufe eine Erwerbstätigkeit von 80% grundsätzlich zumutbar sei. Es verzichtet aber darauf, selber entsprechend zu entscheiden und weist die Angelegenheit zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurück (E. 3.2.2). Das ist folgerichtig, denn ein **Abweichen von der Schulstufenregel** kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, sodass die Vorinstanz die entsprechenden Umstände klären müssen.

[Rz 107] Auch im Urteil des Bundesgerichts 5A\_968/2017 vom 25. September 2018 waren die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend. Die Vorinstanz hatte sich auf die konkrete Betreuungssituation – eine **alternierende Obhut** – bezogen und festgestellt, bis zum Erreichen des 16. Altersjahrs des (aktuell 10-jährigen) Einzelkindes könne der Mutter im konkreten Fall nicht mehr als die aktuelle und schon während der Ehe ausgeübte Erwerbstätigkeit von 70% angerechnet werden. Dies erwies sich auch unter der neuen Rechtsprechung als bundesrechtskonform.

[Rz 108] Erheblich strenger zeigt sich – noch vor dem erläuterten Leitentscheid – das Urteil des Bundesgerichts 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018: Die beiden ehelichen Kinder waren dem Vater zugeteilt worden, die Mutter wurde kurz nach der Scheidung Mutter eines Kindes, dessen Vater ihr neuer Lebenspartner ist. Bei dieser Sachlage kann der Mutter im Hinblick auf ihre Unterhaltspflicht gegenüber den älteren Kindern zugemutet werden, bereits ein Jahr nach der Geburt des jüngsten Kindes wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Der Entscheid, der angesichts der bisherigen 10/16-Regel mehr als erstaunlich anmutet, ist vor der konkreten Situation – Konkurrenz der Kinder aus zwei Beziehungen, Gleichbehandlungsgebot – zu verstehen und darf daher nicht «als generelle Richtlinie» überinterpretiert werden (so ausdrücklich das Urteil des Bundesgerichts 5A\_384/2018 vom 21. September 2018 E. 4.7.5).

**cc. Rangfolge von Bar- und Betreuungsunterhalt bei Konkurrenz von Kindern, die persönlich bzw. fremdbetreut werden**

[Rz 109] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_708/2017 vom 13. März 2018 betrifft Kinder des Unterhaltsschuldners aus verschiedenen Beziehungen. Wird ein Kind persönlich betreut, während das andere fremdbetreut wird, so ist in Mankosituationen darauf zu achten, dass keine Art der

Betreuung Vorrang vor der anderen hat. **Fremdbetreuungskosten bilden Teil des Barbedarfs des Kindes**, während die Kosten der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil als indirekte Kosten Teil des Betreuungsunterhalts darstellen (E. 4.9). Wird nun allerdings in Mankosituationen bei allen Kindern zuerst der Barbedarf gedeckt, hätte dies «zur Folge, dass fremdbetretene Kinder besser gestellt würden als persönlich betreute, da nur deren Betreuungsbedarf finanziell gesichert würde. Deshalb rechtfertigt es sich, in solchen Fällen die Kosten der Drittbetreuung vom Barbedarf auszunehmen» (E. 4.9).

#### dd. **Berechnung des Existenzminimums des verheirateten Unterhaltspflichtigen**

[Rz 110] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_553/2018 vom 2. Oktober 2018 (zur Publikation vorgelesen) betrifft die Frage, welcher Grundbetrag einzusetzen ist, wenn der gegenüber minderjährigen Kindern unterhaltspflichtige Vater verheiratet ist. Da der Gesetzgeber von einer Mankoteilung bewusst abgesehen hat, ist dem Unterhaltsschuldner sein eigenes Existenzminimum zu belassen. Welcher Grundbetrag bei der Existenzminimumberechnung einzusetzen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen. Beim verheirateten Schuldner ist nur die  **Hälfte des Ehegatten-Grundbetrages** anzurechnen, ferner auch nur «sein Wohnkostenanteil, seine unumgänglichen Berufsauslagen sowie die Kosten für seine Krankenversicherung. Hingegen dürfen bei der Ermittlung des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners weder kinderbezogene Positionen der im gleichen Haushalt wohnenden Kinder oder allfällige Unterhaltsbeiträge noch diejenigen Positionen einbezogen werden, welche den Ehegatten betreffen und für die der Unterhaltsschuldner allenfalls nach den in Art. 163 ff. ZGB enthaltenen Vorschriften aufzukommen hätte» (E. 6.5). Diese bereits unter dem früheren Kindesunterhaltsrecht geltenden Regeln (BGE 137 III 59 E. 4.2.1) gelten weiterhin (E. 6.6–6.7).

#### f. **Volljährigenunterhalt**

##### aa. **Aufteilung des Volljährigenunterhalts auf die Eltern des nicht mehr betreuungsbedürftigen Kindes**

[Rz 111] Wenn ein Kind nicht bzw. nicht mehr auf umfassende Betreuung durch den obhutsberechtigten Elternteil angewiesen und dieser erwerbstätig ist, muss der **Barunterhalt auf die beiden Eltern entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit verteilt** werden. Das scheint eigentlich selbstverständlich, dennoch ist es nützlich, dass das Urteil des Bundesgerichts 5A\_20/2017 vom 29. November 2017 daran erinnert. Denn oftmals wird dem Vater in einem Scheidungsurteil Barunterhalt für das Kind über das Volljährigkeitsalter hinaus auferlegt, ohne dass dabei dem Umstand Rechnung getragen wird, dass die Mutter bei Erreichen des Volljährigkeitsalters (oder schon früher) womöglich ebenso viel an den Unterhalt beitragen könnte.

[Rz 112] Im konkreten Fall musste das Bundesgericht noch in Anwendung des alten Kindesunterhaltsrechts entscheiden. Das ist insofern aber nicht entscheidend, weil die beiden Kinder bereits 15 Jahre alt waren und das Gymnasium besuchten. Die obhutsberechtigte Mutter war zu 70% erwerbstätig und erzielte ein höheres Einkommen als der Vater. Die kantonalen Instanzen hatten Unterhaltsbeiträge des Vaters für die Kinder über deren Volljährigkeit hinaus festgelegt. Der Vater gelangte dagegen erfolgreich ans Bundesgericht: Zwar ist die Betreuung der Kinder ein Unterhaltsbeitrag (hier: der Mutter). Wenn die Kinder aber nicht mehr umfassend der Betreuung bedürfen, entweder wegen ihres fortgeschrittenen Alters oder weil der andere Elternteil einen

Betreuungsanteil übernimmt, so muss dies bei der Verteilung des Barunterhalts berücksichtigt werden (E. 6.2).

**bb. Anspruch auf Studium im Ausland?**

[Rz 113] Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_97/2017 vom 23. August 2017 besteht unter Umständen ein Anspruch des volljährigen Kindes darauf, dass die Eltern ein **Studium im Ausland** finanzieren, wenn dafür gute Gründe sprechen. Sofern das Kind in der Schweiz allerdings günstiger eine vergleichbare Ausbildung absolvieren könnte – dies wird für die Studiengänge der Wirtschafts- und Politikwissenschaften bejaht –, besteht kein Anspruch darauf, in den USA studieren zu können. Dies gilt unabhängig von der finanziellen Situation der Eltern, hat doch der Volljährige nicht Anspruch auf die bestmögliche Ausbildung, die für die Eltern wirtschaftlich tragbar wäre, sondern lediglich eine angemessene, d.h. eine seinen Interessen und Fähigkeiten entsprechende Ausbildung (E. 9).

**cc. Offizialmaxime betreffend Volljährigenunterhalt?**

[Rz 114] Die für Kinderbelange anwendbare Offizialmaxime gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO gilt, wie das Urteil des Bundesgerichts 5A\_524/2017 vom 9. Oktober 2017 festhält, für Volljährigenunterhalt grundsätzlich nicht. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Volljährigkeit während des Verfahrens eintritt und der Sorgerechtsinhaber den Prozess als Prozessstandschafter für das Kind fortführt. Bei dieser Sachlage kann der Kindesunterhalt von Amtes wegen überprüft werden. Die Rechtsmittelinstanz kann diesfalls insbesondere gemäss Art. 282 Abs. 2 ZPO den Kindesunterhalt anpassen, auch wenn nur der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten wurde.

**dd. Rechtsöffnung für im Scheidungsurteil zugesprochenen Volljährigenunterhalt**

[Rz 115] Regelmässig wird im Scheidungsurteil der Kindesunterhalt über die Volljährigkeit hinaus angeordnet, solange das betroffene Kind noch keine angemessene Ausbildung abgeschlossen hat. Bei dieser Sachlage bildet das **Scheidungsurteil** für das volljährig gewordene Kind einen definitiven **Rechtsöffnungstitel**, wie **BGE 144 III 193** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_204/2017 vom 1. März 2018) nunmehr festhält. Dass der Unterhaltsanspruch resolutiv bedingt ist, steht der Rechtsöffnung nicht entgegen. Allerdings steht es dem Unterhaltsschuldner frei, durch Urkunden zweifelsfrei nachzuweisen, dass die Resolutivbedingung des Ausbildungsabschlusses eingetreten ist (vgl. E. 2.2). Im Übrigen wird der Unterhaltsschuldner auf die Möglichkeit einer Abänderungsklage (Art. 286 Abs. 2 ZGB) verwiesen. Der Rechtsöffnungsrichter hat insbesondere nicht zu prüfen, inwieweit dem volljährigen Kind die Erzielung eines (Neben)Erwerbseinkommens zumutbar ist oder ob die Leistung von Volljährigenunterhalt angesichts der persönlichen Beziehungen zwischen Unterhaltsschuldner und Kind unzumutbar ist (E. 2.4.3 und 2.5).

## **g. Kinderschutz**

### **aa. Annäherungsverbot als Kinderschutzmassnahme**

[Rz 116] Das in Fünferbesetzung ergangene Urteil des Bundesgerichts **5A\_103/2018** vom 6. November 2018 hält fest, dass als Kinderschutzmassnahme auch ein Annäherungsverbot in Betracht fällt. Die Vorinstanz hatte erwogen, ein solches Verbot lasse sich im konkreten Fall nicht auf Art. 28b ZGB stützen, da keine Persönlichkeitsverletzung erfolgt oder zu befürchten sei. Dennoch sei das (aufgrund einer Trisomie 21 besonders verletzte) Kind davor zu schützen, dem Vater unvorbereitet ausserhalb des von der Beiständin vorgegebenen Rahmens zu begegnen. Das Kontaktverbot trage auch dazu bei, dass die Besuchskontakte nicht eigenmächtig vom Vater erzwungen würden und sich ausserhalb des begleiteten Rahmens erfolgten. Das Bundesgericht schützt diese Argumentation (E. 4). Unklar bleibt allerdings die materiellrechtliche Grundlage im Kindesrecht, es wird sich wohl um «geeignete Massnahmen» i.S.v. Art. 307 Abs. 1 ZGB handeln.

### **bb. Anordnung einer Mediation als Kinderschutzmassnahme**

[Rz 117] Die Mediation in Kinderbelangen hat zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen, wie das Urteil des Bundesgerichts **5A\_522/2017** vom 22. November 2017 festhält. Einerseits findet sich in den Art. 213 ff. ZPO eine bundesrechtliche Regelung einer **freiwilligen Mediation**, diese ist auch in Art. 314 Abs. 2 ZGB (für das Kinderschutzverfahren) gemeint. Die Anordnung einer Mediation bzw. die Verpflichtung zu einer Therapie ist andererseits gegen den Willen der Eltern als **Kinderschutzmassnahme** i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB zulässig. Die Anordnung einer Kinderschutzmassnahme kann mit einer **Strafandrohung nach Art. 292 StGB** versehen werden, und zwar auch ohne einen entsprechenden Antrag der Parteien (E. 4.7.3.2).

### **cc. Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts; öffentliche Verhandlung**

[Rz 118] Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_463/2017** vom 10. Juli 2018 (zur Publikation vorgesehen) betrifft eine zum Zeitpunkt des letztinstanzlichen Urteils 16-jährige Jugendliche, die nach der Scheidung der Eltern im Jahr 2014 und bis zum Tod der Mutter im Jahr 2016 zusammen mit der mittlerweile volljährigen Schwester bei ihrer Mutter und deren Lebenspartner gelebt hatte. Da beide Elternteile sorgeberechtigt waren, hätte nach dem Tod der Mutter der Vater, nunmehr Alleininhaber der elterlichen Sorge (Art. 297 Abs. 1 ZGB), über den Aufenthaltsort der Tochter bestimmen können. Die Tochter hatte allerdings ausdrücklich den Wunsch geäussert, mit der Schwester beim Lebenspartner der Mutter leben zu dürfen. Dem trug die Kinderschutzbehörde Rechnung, indem sie dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzog. Dagegen wehrte sich der Vater erfolglos bis vor Bundesgericht.

[Rz 119] Strittig war dabei nicht nur der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, sondern auch die Frage, ob das Verwaltungsgericht Solothurn als Vorinstanz mit Recht auf eine **öffentliche Verhandlung** verzichtet hatte. Zwar hat das Prinzip der Justizöffentlichkeit eine herausragende Bedeutung und ist auch durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgesichert, allerdings sind Ausnahmen zulässig (so schon BGE 142 I 188 E. 3). Im Zusammenhang mit der Kinderschutzmassnahme liegt überdies keine familienrechtliche Angelegenheit vor, in der sich zwei Familienmitglieder gegenüberstehen. Daher kann die Öffentlichkeit nicht mit dem pauschalen Hinweis auf den «Schutz des Privatlebens» ausgeschlossen werden (E. 2.5). Hingegen lagen **besondere Gründe für einen**

**Ausschluss der Öffentlichkeit** im konkreten Fall vor. Insbesondere hatte sich die Jugendliche ausdrücklich gegen eine öffentliche Verhandlung ausgesprochen, zudem war sie nach dem Tod der Mutter besonders verletztlich. Der Ausschluss der Öffentlichkeit erwies sich damit als zulässig (E. 2.6).

[Rz 120] In der Sache selber befand das Bundesgericht, die Vorinstanz habe kein Bundesrecht verletzt, indem es bei der Frage des Aufenthalts der Tochter deren Wunsch entscheidende Bedeutung zugemessen hatte. Der **Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts** ist nach Art. 310 ZGB zu beurteilen, wobei diese Massnahme auch dann möglich ist, wenn der Entzug nicht zu einer Wegnahme des Kindes von den sorgeberechtigten Eltern führen soll, sondern auch dann, wenn eine bestehende Pflegelösung fortgeführt werden soll (E. 4.2). Wie diese Betreuungslösung entstanden ist, spielt dabei keine Rolle. Zu prüfen ist bei dieser Sachlage, ob das Wohl des Kindes durch die neu in Aussicht genommene Betreuungsregelung – hier: den Umzug zum Vater – gefährdet würde (E. 4.2). Die Vorinstanz hatte eine solche Gefährdung bejaht und damit das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten (E. 4.4–4.5).

**dd. Interkantonale Zuständigkeit der KESB; Vorgehen bei negativem Kompetenzkonflikt**

[Rz 121] Das Urteil des Bundesgerichts 5E\_1/2017 vom 31. August 2017 klärt die Frage, wie (im Anschluss an BGE 141 III 84) vorzugehen ist, wenn ein **negativer Kompetenzkonflikt** zwischen den Behörden zweier Kantone vorliegt. Die zuerst befasste Behörde hat die Zuständigkeitsfrage der gerichtlichen Beschwerdeinstanz zu unterbreiten. Diese muss gemäss Art. 444 Abs. 4 ZGB angerufen werden, obschon sie nicht verbindlich über die Zuständigkeit der Behörde eines anderen Kantons entscheiden kann.

**ee. Sachliche Zuständigkeit: Abgrenzung zwischen Gericht und KESB**

[Rz 122] Der Beschwerdeführer, der im Zentrum des Urteils des Bundesgerichts 5A\_102/2017 vom 13. September 2017 stand, hatte mit seiner Ehefrau vier gemeinsame Kinder, dazu war er Vater von weiteren vier Kindern aus früheren Beziehungen. Im Jahr 1998 war er wegen mehrfacher sexueller Nötigung und mehrfacher sexueller Handlungen mit seinen Kindern bzw. mehrfacher Schändung zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Im Jahr 2011 hatte das damals zuständige Kantonsgericht Nidwalden ein Gutachten in Auftrag gegeben, das dem Mann eine schwere dissoziale Persönlichkeitsstörung attestierte, die sich in einer mittelgradig bis hohen kriminellen Energie wie Tötlichkeiten und pädophile Handlungen äussert. Das Gutachten sah das Kindeswohl bei unbegleiteten Besuchen des Vaters als gefährdet an. Im Jahr 2015 wurde durch das Bezirksgericht Luzern der Haushalt der Eltern im Rahmen von Eheschutzmassnahmen aufgehoben. Die Kinder wurden unter die Obhut der Mutter gestellt, dem Vater wurde ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt. Nur rund drei Monate später entzog die KESB beiden Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre vier Kinder und platzierte diese fremd. Dem Vater wurden nur noch begleitete Besuche eingeräumt. Dagegen setzte er sich erfolglos zur Wehr, u.a. mit dem Argument der Unzuständigkeit der KESB.

[Rz 123] Die **sachliche Zuständigkeit der KESB zur Neuordnung des Besuchsrechts kurze Zeit nach Erlass eines Eheschutzentscheids** ist indessen in dieser Sachlage gegeben: Das Eheschutzgericht hatte nach Art. 315b Abs. 1 ZGB die Obhut über die Kinder sowie das Besuchsrecht des

Vaters geregelt. Im Anschluss daran war weder ein gerichtliches Verfahren zur Abänderung der Eheschutzmassnahmen noch ein Scheidungsverfahren hängig (vgl. Art. 315b Abs. 1 ZGB). Für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen war daher die Kindesschutzbehörde zuständig (Art. 315 Abs. 1, Art. 315b Abs. 2 ZGB).

**ff. Unterbringung in einem Jugendheim, analoge Anwendung der FU-Bestimmungen**

[Rz 124] Gemäss **Art. 314b Abs. 1 ZGB** sind «die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgerische Unterbringung sinngemäss anwendbar», wenn ein Minderjähriger in einer geschlossenen Einrichtung oder in einer psychiatrischen Klinik untergebracht werden soll. In der Lehre ist umstritten, ob der Verweis – wie der Wortlaut dies nahelegen würde – sämtliche Bestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung betrifft oder aber nur die Verfahrensbestimmungen. Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_243/2018** vom 13. Juni 2018 relativiert die Bedeutung der Frage, da es ohnehin nur um eine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen gehe und unbestritten sei, «dass mit Blick auf Art. 310 Abs. 1 ZGB die Notwendigkeit einer überwachten Erziehung als Unterbringungsgrund miterfasst» sei (E. 2.1).

[Rz 125] Die **Verfahrensbestimmungen** betreffend die fürsorgerische Unterbringung sind jedenfalls **immer sinngemäss** zu beachten. Das bedeutet u.a., «dass gemäss Art. 450e Abs. 3 ZGB bei psychischen Störungen gestützt auf das Gutachten einer sachverständigen Person entschieden werden muss» (E. 2.2). Kein solches Gutachten ist erforderlich, wenn die Unterbringung aus einem anderen Grund als einer psychischen Störung angeordnet wird. Im vorliegenden Fall war der Jugendliche aufgrund einer schwierigen familiären Situation eingewiesen worden, sodass das Fehlen eines Sachverständigengutachtens nicht zu beanstanden war (E. 2.3).

**gg. Beschwerdelegitimation betreffend Pflegekinderbewilligung**

[Rz 126] **BGE 143 III 473** (= Urteil des Bundesgerichts **5A\_88/2017** vom 25. September 2017) betrifft folgenden Sachverhalt: Nachdem die KESB einer Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht mit Bezug auf ihre zwei Kinder entzogen hatte, erteilte die nach kantonalem Recht zuständige Behörde einem Ehepaar die Bewilligung zur Aufnahme der Kinder zur Pflege. Gegen diese Pflegeplatzbewilligung wollte sich die Mutter gerichtlich zur Wehr setzen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn trat allerdings auf ihre Beschwerde nicht ein. Auch vor Bundesgericht blieb die Beschwerdeführerin erfolglos.

[Rz 127] Die Zuständigkeit mit Bezug auf die Pflegeplatzbewilligung steht nach Art. 316 Abs. 1 ZGB den Kantonen zu. Erklärt ein Kanton dafür eine andere Behörde als die Kindesschutzbehörde für zuständig, regelt er auch das Verfahren. Nach dem anwendbaren Recht des Kantons Solothurn ist das Departement des Innern für die Pflegeplatzbewilligung zuständig. Die Anfechtung der diesbezüglichen Entscheide richtet sich nach dem kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz. Dies ist, wie das Bundesgericht festhält, nicht zu beanstanden.

[Rz 128] Im Zusammenhang mit diesem **öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren** sind Dritte, die durch die Pflegekinderbewilligung nicht direkt berechtigt oder verpflichtet werden, nur beschwerdelegitimiert, wenn sie kumulativ ein schutzwürdiges Interesse und eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache nachweisen können (E. 2.3.3). Dies trifft für die Mutter im vorliegenden Verfahren nicht zu, schränkt doch die Pflegekinderbewilligung ihre Rechte nicht ein. Zwar könnte bei Verweigerung der Pflegekinderbewilligung die behördlich

verfügte Unterbringung der Kinder bei *diesen* Pflegeeltern nicht durchgesetzt werden. Das genügt jedoch nicht für die Beschwerdelegitimation. Vielmehr ist die Mutter nur – aber immerhin – berechtigt, den Entscheid der KESB betreffend den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts über alle Instanzen hinweg anzufechten. Dieser Entscheid umfasst zwingend auch die Regelung der Unterbringung, d.h. die Klärung der Fragen, wo das Kind untergebracht werden soll und ob dieser Pflegeplatz geeignet ist. Hingegen besteht kein schutzwürdiges Interesse, die im Kindesschutzverfahren bereits beurteilte Grundsatzfrage der Unterbringung im Zusammenhang mit der Erteilung der Pflegekinderbewilligung unter anderem Titel erneut anzugreifen (E. 2.3.3).

## 5. Erwachsenenenschutzrecht

### a. Rechtsbegehren betr. Beistandschaft; Wunsch betreffend eine bestimmte Beistandsperson

[Rz 129] Mit einer Vermögensverwaltungsbeistandschaft befasst sich das Urteil des Bundesgerichts 5A\_427/2017 vom 6. Februar 2018. Dabei sind aus praktischer Sicht zwei Aspekte von Interesse:

[Rz 130] Zunächst äussert sich das Bundesgericht zu den konkreten Anträgen: Unter dem geltenden Erwachsenenenschutzrecht müssen die Aufgaben des Beistandes stets konkret umschrieben werden. Dies gilt auch für die **Rechtsbegehren im Beschwerdeverfahren**. Im Antrag, es sei entweder keine Massnahme anzuordnen oder eventualiter eine andere Person als Beistand einzusetzen, ist die Anordnung einer weniger einschneidenden Massnahme nicht mitenthalten (E. 2). Daher drängt sich gegebenenfalls auf, im Rechtsmittelverfahren nicht nur die Aufhebung der verfügten Massnahme, sondern in Eventualbegehren eine mildere Form der Beistandschaft (beispielsweise ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit) zu verlangen.

[Rz 131] Von praktischem Interesse sind ferner die Ausführungen des Bundesgerichts zum Umgang mit dem Wunsch der Beschwerdeführerin, ihr 84-jähriger Bruder sei als Beistand einzusetzen. Dessen Alter ist zwar für sich genommen kein Grund, dem Wunsch nicht nachzukommen. Die Vorinstanz hatte die Eignung jedoch zulässigerweise mit dem Einwand verneint, dass **innerfamiliäre Spannungsverhältnisse** bestünden und die Ernennung des Bruders den Konflikt verstärken könnte (E. 3.2). Diesem Aspekt ist auch im Zusammenhang mit der Errichtung eines Vorsorgeauftrages zu bedenken – im konkreten Fall hatte die Beschwerdeführerin nämlich einen Vorsorgeauftrag unter Einsetzung ihres Bruders errichtet, der von der Erwachsenenenschutzbehörde allerdings nicht validiert wurde.

### b. Zwangsmedikation in FU als «Realakt»

[Rz 132] Offenbar bestehen in der psychiatrischen Praxis immer noch Unsicherheiten im Umgang mit der «Behandlung ohne Zustimmung» gemäss Art. 434 ZGB. Ein eindrückliches – wenn gleich rechtlich wenig ergiebiges – Beispiel dafür ist das Urteil des Bundesgerichts 5A\_834/2017 vom 28. November 2017. Der Beschwerdeführer war fürsorglich untergebracht worden und wurde in diesem Rahmen medikamentös behandelt. Im Jahr 2017 rügte er beim Bezirksgericht, er werde unter Androhung der Verlegung in die Isolierzelle zur Einnahme von Medikamenten gezwungen. Es folgte ein Nichteintretensentscheid, wogegen der Betroffene ans Kantonsgericht



Luzern gelangte, allerdings wiederum erfolglos. Von Erfolg gekrönt ist hingegen die Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 133] Die Behandlung des Beschwerdeführers war nicht schriftlich angeordnet worden, da die Klinik davon ausgegangen war, der Beschwerdeführer werde nicht zwangsmediziert. Das Kantonsgericht hatte dazu befunden, es sei bisweilen ein gewisser Druck nötig, um die Patienten zur Einnahme der Medikamente zu bewegen. Darin liege jedoch noch keine Zwangsbehandlung, da dieser Druck nicht jenem entspreche, der mit einer Fixierung des Betroffenen verbunden sei. Mit dieser Auffassung verkennt das Gericht offenkundig den **Begriff der Zwangsbehandlung**. Eine solche liegt schon dann vor, «wenn der Patient unter dem Druck bevorstehenden unmittelbaren Zwangs in die ärztliche Behandlung einwilligt [...] oder nach einer tatsächlich vorgenommenen zwangsweisen Verabreichung von Medikamenten diese im weiteren Verlauf des Aufenthalts «ohne Druck» bzw. «freiwillig» einnimmt.» Zwang liegt ferner vor, wenn «die betroffene Person mit der Verlegung in das Isolierzimmer rechnen muss, wenn sie die verordneten Medikamente nicht einnimmt» (E. 4.1).

[Rz 134] Die Behandlung ohne Zustimmung in Form eines «Realaktes» ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher unzulässig. Die Zwangsbehandlung muss vielmehr immer auf einer **Anordnung i.S.v. Art. 434 Abs. 1 ZGB** beruhen und damit auch den Voraussetzungen dieser Norm genügen (E. 4.2).

[Rz 135] Da die Vorinstanzen den Begriff der «Behandlung ohne Zustimmung» verkannt hatten, stand nicht fest, ob die Vorwürfe des Beschwerdeführers zutreffend waren. Das Bundesgericht weist die Sache daher direkt an die erste Instanz zurück mit dem Auftrag abzuklären, wie es sich damit verhält. Es liefert dem Bezirksgericht auch gleich eine Anleitung dazu mit: «Insbesondere ist der Frage nachzugehen, ob auf den Beschwerdeführer mit einer Verlegung in das Isolierzimmer für den Fall gedroht worden ist, dass er die Medikamente nicht «freiwillig» einnimmt. Sollte sich der Vorwurf als begründet erweisen, hätte die erste Instanz die Sache an die Klinikleitung zurückzuweisen mit dem Auftrag, abzuklären, ob im Fall des Beschwerdeführers ein Behandlungsplan (Art. 433 ZGB) vorliegt und im Weiteren die Voraussetzungen für eine Behandlung ohne Zustimmung des Beschwerdeführers (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZGB) erfüllt sind. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang als Erstes, ob der Beschwerdeführer mit Bezug auf die medikamentöse Behandlung urteilsunfähig ist (mangelnde Krankheits- und Behandlungseinsicht). Ferner wäre durch die Klinikleitung abzuklären, ob die Voraussetzungen von Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZGB gegeben sind» (E. 4.4).

---

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Universität Luzern.