

Regina E. Aebi-Müller

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

---

Der Beitrag fasst die wichtigsten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht im Kalenderjahr 2021 zusammen (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Einmal mehr ist das Ziel, den am Familienrecht interessierten Praktiker:innen einen raschen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis zu bieten. Berücksichtigt wurden alle in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten bzw. zur Publikation vorgesehenen Urteile sowie ausgewählte im Internet zugängliche Entscheide.

---

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Rechtsgebiete: Familienrecht, Ehrerecht, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 14. Februar 2022

## Inhaltsübersicht

1. Eheungültigkeit zufolge Urteilsunfähigkeit
2. Güterrecht
  - 2.1. Gewinnvortrag der Eigenguts-Aktiengesellschaft als Errungenschaft
  - 2.2. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt
  - 2.3. Güterrecht: Dispositionsmaxime im Berufungsverfahren
3. Familienrechtlicher Unterhalt
  - 3.1. Vorbemerkung
  - 3.2. «Lebensprägung» der Ehe und nachehelicher Unterhaltsanspruch
    - 3.2.1. Grundsatz: Bedeutung und Feststellung der Lebensprägung
    - 3.2.2. Lebensprägung bei Kurzehe mit vor der Eheschliessung geborenem Einzelkind
    - 3.2.3. Lebensprägung der Ehe zufolge vorehelichem Konkubinat?
    - 3.2.4. Exemplarisch zum Vorgehen bei nachehelichem Unterhalt
  - 3.3. Eigenversorgung: Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit
    - 3.3.1. Grundsatz: Zumutbarkeit der Eigenversorgung
    - 3.3.2. Exemplarisch zur Unzumutbarkeit der Eigenversorgung nach langjähriger Rollenteilung
  - 3.4. Methodik der Unterhaltsberechnung
    - 3.4.1. Grundsatz: Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung
    - 3.4.2. Zum Begriff des familienrechtlichen Existenzminimums
    - 3.4.3. Zur Berücksichtigung der Steuerlast beim Kindesunterhalt
    - 3.4.4. Zur Überschussverteilung
    - 3.4.5. Keine Teilung der Sparquote
  - 3.5. Beweislast im Unterhaltsrecht
  - 3.6. Hypothetisches Einkommen bei Betreuungspflichten gegenüber einem Kind aus einer anderen Beziehung
  - 3.7. Untersuchungsmaxime im Kontext der Schulstufenregel
  - 3.8. Zumutbarkeit der Anzehrung von Vermögen zur Deckung des Unterhalts
  - 3.9. Festlegung von Kindesunterhalt bei unverheirateten Eltern
  - 3.10. Vorsorglicher Unterhalt ohne selbständigen Unterhaltsprozess?
  - 3.11. Rückwirkung bei Abänderung des Kindesunterhalts
  - 3.12. Voraussetzungen des Volljährigenunterhalts
4. Entstehung des Kindesverhältnisses durch Adoption
  - 4.1. Internationale Adoption eines Minderjährigen
  - 4.2. Volljährigenadoption gegen den Willen der leiblichen Eltern
5. Obhut und Besuchsrecht
  - 5.1. Alternierende Obhut
    - 5.1.1. Vorbemerkungen
    - 5.1.2. Begriff der alternierenden Obhut
    - 5.1.3. Alternierende Obhut oder Besuchsrecht?
    - 5.1.4. Erziehungsgutschriften bei alternierender Obhut
    - 5.1.5. Wohnsitz des Kindes bei alternierender Obhut
  - 5.2. Besuchsrecht
    - 5.2.1. Besuchsrecht der eingetragenen Partnerin?
    - 5.2.2. Umfang des Besuchsrechts
    - 5.2.3. Erzwungene Erinnerungskontakte bei fehlendem Besuchsrecht?
6. Familienrechtliche Verfahren: Einzelfragen
  - 6.1. Psychiatrische Begutachtung der Mutter bei Kindeswohlgefährdung
  - 6.2. Nichtanordnung der Kindesvertretung als Zwischenentscheid
  - 6.3. Prozesskostenvorschuss keine Eintretensvoraussetzung
  - 6.4. Anspruch auf Teilarteil im Scheidungspunkt
7. Erwachsenenschutzrecht
  - 7.1. Vorsorgeauftrag: Nichtvalidierung bei innerfamiliären Spannungen

- 7.2. Vertretungsbeistandschaft; Vertretungsrecht der Ehefrau; Informationsanspruch der Kinder
- 7.3. Fürsorgerische Unterbringung: Sachverständigengutachten bei Beschwerde nach ärztlicher Einweisung
- 7.4. Zwangsernährung bei Anorexie

## 1. Eheungültigkeit zufolge Urteilsunfähigkeit

[1] Das Urteil 5A\_597/2020 vom 7. Mai 2021 betrifft eine unbefristete Eheungültigkeit. Das sind bekanntlich vergleichsweise seltene Sachlagen<sup>1</sup> und entsprechend ist der Entscheid, auch wenn er keine rechtsdogmatischen Streitfragen erörtert, doch erwähnenswert.

[2] Die fragliche Eheschliessung hatte zwischen einem Mann mit Jahrgang 1929 und seiner aus Indien stammenden Haushälterin/Pflegerin mit Jahrgang 1957 stattgefunden. Zum Zeitpunkt der Ziviltrauung im Jahr 2015 bestand für den Ehemann bereits eine Vertretungsbeistandschaft mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit und Vermögensverwaltung. Im Zusammenhang mit der Errichtung eines Testaments zugunsten der späteren Ehefrau war bereits im Jahr 2014 eine Alzheimererkrankung diagnostiziert worden. Nur wenige Tage nach der Trauung teilte der Hausarzt der Erwachsenenschutzbehörde mit, er vermute, dass die Eheschliessung nicht dem freien Willen des Ehemannes entspreche, dass dessen Schwäche ausgenutzt worden sei und eine Scheinehe vorliege. Daraufhin wurde für den Ehemann mittels superprovisorischer Massnahmen eine umfassende Beistandschaft errichtet. Ein medizinisches Gutachten, das rund einen Monat nach der Eheschliessung erstellt wurde, zeichnete das klinische Bild einer mittleren bis schweren kognitiven Beeinträchtigung. Die Tochter des Ehemannes erhob daraufhin eine Ungültigkeitsklage. Das im Rahmen des Gerichtsverfahrens eingeholte Sachverständigengutachten hielt fest, der Ehemann sei bei der Eheschliessung nicht in der Lage gewesen, die Natur und Bedeutung der Ehe zu erfassen oder die Pflichten, die sich daraus ergeben würden. Er habe auch seither seine Urteilsfähigkeit nicht wieder erlangt.

[3] Die erste Instanz wies die Ungültigkeitsklage dennoch ab, hingegen wurde sie zweitinstanzlich gutgeheissen, weil der **Eheungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 2 ZGB** vorliege. Die Ehefrau erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde in Zivilsachen, unterlag allerdings damit. Das Bundesgericht weist zunächst die Kritik an den eingeholten Gutachten zurück<sup>2</sup> und befasst sich anschliessend mit dem für die Eheschliessung erforderlichen Mass der Urteilsfähigkeit. Da aufgrund der neurodegenerativen Erkrankung ein dauerhafter Zustand der Urteilsunfähigkeit (ohne die Möglichkeit von «luciden Intervallen») vorlag, war der Entscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden.

---

<sup>1</sup> Siehe allerdings auch hinten, Rz. 113, wo die fehlende Urteilsfähigkeit bei der Eheschliessung nicht zu einem Ungültigkeitsverfahren führte, aber zum Entfallen der Vertretungsberechtigung der Ehefrau nach Art. 374 ZGB.

<sup>2</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_597/2020 vom 7. Mai 2021 E. 4.

## 2. Güterrecht

### 2.1. Gewinnvortrag der Eigenguts-Aktiengesellschaft als Errungenschaft

[4] Im Urteil 5A\_91/2021 vom 10. November 2021 geht es im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung um die rechtliche Einordnung des Gewinnvortrags einer Aktiengesellschaft des Ehemannes. Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass **zurückbehaltene Gewinne** einer Eigenguts-Aktiengesellschaft eine **Investition der Errungenschaft in das Eigengut** i.S.v. Art. 209 Abs. 3 ZGB darstellen.<sup>3</sup> Dies gilt allerdings nur dann, wenn es sich dabei tatsächlich um einen an sich ausschüttbaren, thesaurierten Gewinn handelt, d.h. um Vermögenswerte, die für den Betrieb der Gesellschaft nicht nötig sind.

[5] Diejenige Partei, die eine Investition der Errungenschaft behauptet (und gestützt darauf einen grösseren Vorschlagsbeteiligungsanteil verlangt), trägt nach Art. 8 ZGB die **Beweislast** dafür, dass es sich um einen thesaurierten Gewinn und nicht um Reserven handelt, die das Gedeihen des Unternehmens dauerhaft sicherstellen sollen.<sup>4</sup> Bekanntlich wird die Frage nach der Beweislast indessen hinfällig, wenn das Gericht einen Sachverhalt als erstellt betrachtet hat. Vorliegend waren die kantonalen Richter beweiswürdigend davon ausgegangen, dass es sich bei den strittigen Beträgen um für den Fortbestand des Unternehmens nicht notwendige Gewinnvorräte handelte, womit die Ehefrau (auch) vor Bundesgericht obsiegte.

### 2.2. Massgeblicher Bewertungszeitpunkt

[6] Im Güterrecht sind bekanntlich verschiedene Zeitpunkte auseinanderzuhalten: Der **Bestand der zu teilenden Errungenschaft** wird mit der Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 204 i.V.m. Art. 207 Abs. 1 ZGB fixiert. Für die **Bewertung der Vermögensgegenstände**, die der Errungenschaft zugehören, ist hingegen gemäss Art. 214 Abs. 1 ZGB der Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung entscheidend; falls diese durch das Gericht erfolgt, ist folglich der Tag der Urteilsfällung massgeblich. Eine abweichende Einigung der Parteien betreffend den Bewertungszeitpunkt ist jedoch nach Lehre und Rechtsprechung zulässig.

[7] Im Sachverhalt, der dem Urteil 5A\_1048/2019 vom 30. Juni 2021 zugrunde lag, erfolgte die Auflösung des Güterstandes durch Anordnung der Gütertrennung im Rahmen eines Eheschutzverfahrens im Jahr 2010. Die güterrechtliche Auseinandersetzung wurde indes nicht im Eheschutzverfahren vorgenommen, sondern erfolgte erst im Kontext des Scheidungsverfahrens, wobei das erstinstanzliche Scheidungsurteil im Oktober 2018 und das zweitinstanzliche Urteil im November 2019 erging. Strittig war vor diesem Hintergrund die **Bewertung eines Aktiendepots** des Beschwerdeführers. Dieses hatte sich im Wert stark entwickelt, was erklärt, dass der Beschwerdeführer vor den kantonalen Instanzen auf eine schon ältere Steuererklärung abststellen wollte (Wert per 31. Dezember 2010 = Fr. 773'120). Die Beschwerdegegnerin hatte hingegen anlässlich der Hauptverhandlung vor erster Instanz eine zu diesem Zeitpunkt acht Tage alte Aufstellung von Börsenkursen eingereicht, die einen erheblich höheren Wert auswiesen (Wert Mitte Oktober 2018 = Fr. 1'353'478). Beide kantonalen Instanzen hatten auf diesen höheren Wert abgestellt.

---

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_91/2021 vom 10. November 2021 E. 4.1.2.

<sup>4</sup> a.a.O., E. 4.1.2.

[8] Vor Bundesgericht änderte der Beschwerdeführer seine Strategie und machte nunmehr geltend, die kantonalen Instanzen hätten auf den Wert exakt am Urteilstag abstellen müssen – zu diesem Zeitpunkt hatte der Wert des Depots bereits wieder rund Fr. 130'000 weniger betragen als gemäss der erwähnten Aufstellung, die die Beschwerdegegnerin eingereicht hatte.

[9] Das Bundesgericht rekapituliert zunächst die massgeblichen Grundsätze zu den massgeblichen Zeitpunkten.<sup>5</sup> Zudem hält es fest, dass die zweite kantonale Instanz mit Recht auf das **Datum des erstinstanzlichen Entscheids** abgestellt habe. Anders hätte nur bei einem reformato-rischen Entscheid vorgegangen werden müssen; diesfalls wäre das Datum des zweitinstanzlichen Urteils massgeblich gewesen.<sup>6</sup>

[10] Vor diesem Hintergrund war zu klären, ob die Aktienkurse börsenkotierter Gesellschaften als offenkundig (gerichtsnotorisch) zu gelten haben. Würde dies nämlich zutreffen, so hätte bereits die erste Instanz – ohne konkretes Vorbringen des Beschwerdeführers – darauf abstellen müssen. Zur aufgeworfenen Frage fehlt bislang ein Bundesgerichtsentscheid, in der Lehre wird darauf kaum eingegangen. Nach welchen Grundsätzen sich das **Vorhandensein oder Fehlen von «Offenkundigkeit»** beurteilt, ist mit Blick auf die Entscheide, die das Bundesgericht im Folgenden resümiert<sup>7</sup>, nicht leicht zu erkennen. Fest steht, dass in der Vergangenheit liegende Aktienkurse börsenkotierter Unternehmen leicht im Internet aufgefunden werden können, indessen ist nicht jede im Internet auffindbare Information auch gerichtsnotorisch. Offenkundig ist hingegen, dass die Aktienkurse – sogar innerhalb eines Tages – starken Schwankungen unterworfen sein können. Den Aktienkursen fehlt sodann – anders als etwa vom Bundesamt für Statistik erhobenen Zahlen – «ein offizieller Anstrich».<sup>8</sup> Jedenfalls, so die Erkenntnis aus Lausanne, «lässt es sich nicht rechtfertigen, Börsenkurse den offenkundigen Tatsachen zuzuordnen.»<sup>9</sup>

[11] Da der Beschwerdeführer vor der ersten Instanz keine Behauptungen zum Wert des Aktiendepots zu einem dem Urteilszeitpunkt wenigstens nahen Zeitpunkt aufgestellt, sondern sich auf den Steuerwert im Jahr 2010 berufen hatte, durfte das erstinstanzliche Gericht auf die Aufstellung der Beschwerdegegnerin abstellen. Daran ändert nichts, dass der darin enthaltene Bewertungszeitpunkt wenige Tage vor dem Urteil lag.<sup>10</sup>

### 2.3. Güterrecht: Dispositionsmaxime im Berufungsverfahren

[12] Die im Güterrecht anwendbare **Dispositionsmaxime** «besagt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Ge- genpartei anerkannt hat», wie das Bundesgericht im **Urteil 5A\_88/2020** vom 11. Februar 2021 rekapituliert. Damit ziehen die Parteien «mit ihren Rechtsbegehren die Grenzen (...), innerhalb deren sich das Gericht mit seiner rechtlichen Beurteilung bewegen darf».<sup>11</sup> Dies gilt nicht nur für das erstinstanzliche, sondern **auch für das Berufungsverfahren**.

---

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1048/2019 vom 30. Juni 2021 E. 3.2.

<sup>6</sup> a.a.O., E. 3.4.

<sup>7</sup> a.a.O., E. 3.6.3–3.6.4.

<sup>8</sup> a.a.O., E. 3.6.6.

<sup>9</sup> a.a.O., E. 3.6.6.

<sup>10</sup> a.a.O., E. 3.7.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2020 vom 11. Februar 2021 E. 8.3.

[13] Im konkreten Fall hatte die Ehefrau im Berufungsverfahren aus Güterrecht Fr. 117'000 gefordert, der Ehemann hatte in der **Berufungsantwort** einen Betrag von Fr. 85'000 anerkannt, in der Duplik dann allerdings verlangt, die Berufung der Ehefrau sei abzuweisen und die Beteiligungsforderung von Fr. 50'000 gemäss erstinstanzlichem Urteil zu belassen. Nun kann allerdings die **Disposition über den Verfahrensgegenstand** nicht widerrufen werden.<sup>12</sup> Entsprechend war der Ehemann auf seinem Zugeständnis zu behaften. Die Berufungsinstanz hätte der Ehefrau somit mindestens den mit der Berufungsantwort zugestandenen güterrechtlichen Betrag zusprechen müssen. Da sie dies nicht getan hatte, war die Beschwerde in Zivilsachen (in diesem Punkt) gutzuheissen.

### 3. Familienrechtlicher Unterhalt

#### 3.1. Vorbemerkung

[14] Das Bundesgericht hat im November 2020 und Februar 2021 in insgesamt fünf amtlich publizierten Entscheidungen den familienrechtlichen Unterhalt massgeblich neu gestaltet. Diese Urteile wurden im Jusletter bereits zusammenfassend dargestellt, darauf kann vorliegend verwiesen werden.<sup>13</sup> Nachfolgend werden die neuen Leitentscheide daher nur in wenigen Worten zusammengefasst und um die jüngsten Urteile ergänzt.

#### 3.2. «Lebensprägung» der Ehe und nachehelicher Unterhaltsanspruch

##### 3.2.1. Grundsatz: Bedeutung und Feststellung der Lebensprägung

[15] Mit Bezug auf den nachehelichen Unterhalt i.S.v. Art. 125 ZGB hatte nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgericht die «Lebensprägung» der Ehe eine eigentliche **Triagefunktion**. Wurde die Lebensprägung bejaht, war das Vertrauen der Ehegatten in den während der Ehe gelebten Standard grundsätzlich (und soweit angesichts der Mehrkosten zweier Haushalte finanziert) zu schützen. Hingegen gab es bei Auflösung der nicht lebensprägenden Ehe keinen Vertrauensschutz, vielmehr war es den geschiedenen Ehegatten diesfalls zumutbar, am vorehelichen Standard anzuknüpfen. Die Abgrenzung der beiden Sachlagen erfolgte in der Praxis unter Zuhilfenahme von **Vermutungen**: Hatte das Paar gemeinsame Kinder oder hatte das eheliche Zusammenleben mehr als 10 Jahre gedauert, wurde die Lebensprägung vermutet; umgekehrt war vermutungsweise von einer nicht lebensprägenden Ehe auszugehen, wenn die kinderlose Ehe weniger als fünf Jahre gedauert hatte.

[16] **BGE 147 III 249** (= Urteil 5A\_907/2018 vom 3. November 2020) weicht sowohl das Prinzip wie auch die Vermutungen auf. Allerdings ist dazu festzuhalten, dass der zu beurteilende Sachverhalt – eine knapp 10-jährige, kinderlose Ehe, während der die Ehegatten berufsbedingt nur kurzzeitig zusammengelebt hatten und eine eigentliche Rollenteilung nicht ersichtlich war – zu

---

<sup>12</sup> a.a.O., E. 8.4.

<sup>13</sup> AEBI-MÜLLER, Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung, in: Jusletter 3. Mai 2021; siehe ferner die Übersicht von BÄHLER, Unterhaltsrecht – Streiflichter auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts, in du-bio 4\_21, S. 6 ff.; MORDASINI/STOLL, Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand, FamPra.ch 2021, S. 527 ff.

aussergewöhnlich ist, um daraus direkt die Konsequenzen der neuen Rechtsprechung zu erkennen. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung wird zeigen, wie das Bundesgericht mit der Lebensprägung – die immerhin auch in neueren Urteilen als Begriff verwendet wird – künftig umgehen will; dazu die folgenden ersten «Trendmeldungen».

### **3.2.2. Lebensprägung bei Kurzehe mit vor der Eheschliessung geborenem Einzelkind**

[17] Im Urteil 5A\_665/2020 vom 8. Juli 2021 ging es um eine Ehe, bei der das einzige gemeinsame Kind einen Monat vor der Eheschliessung zur Welt gekommen war, anschliessend hatte das Zusammenleben nur zwei Jahre gedauert. Wie schon die Vorinstanzen bejahte das Bundesgericht die Lebensprägung, hatte doch die Ehefrau das Arbeitspensum gerade wegen der Kinderbetreuung reduziert.<sup>14</sup>

### **3.2.3. Lebensprägung der Ehe zufolge vorehelichem Konkubinat?**

[18] Das Urteil 5A\_93/2019 vom 13. September 2021 betrifft ein Ehepaar, das 2008 geheiratet hatte und kinderlos geblieben war. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erfolgte 2013. Strittig war im anschliessenden Scheidungsverfahren die Lebensprägung der Ehe. Interessanterweise nimmt das Bundesgericht in diesem Entscheid nicht nur Bezug auf seine neuste (dazu Rz. 16), sondern auch auf die frühere Rechtsprechung zur Bedeutung der Lebensprägung der Ehe. Es hält mit anderen Worten die Unterscheidung zwischen der lebensprägenden Ehe, die Vertrauensschutz verdient, und der nicht lebensprägenden Ehe, die keinen konkreten und nachhaltigen Einfluss auf die Lebensumstände der Ehegatten gehabt hat, weiterhin aufrecht.<sup>15</sup>

[19] Im konkreten Fall war das kantonale Urteil noch vor der Rechtsprechungsänderung ergangen, weshalb es zum vornherein nicht daran gemessen werden durfte. Auch unter der neuen Rechtsprechung von Bedeutung sind indessen die bundesgerichtlichen Erwägungen dazu, unter welchen Umständen ein **voreheliches Konkubinat** bei der Klärung der Lebensprägung von Bedeutung sein kann. Es geht dabei nicht darum, die Dauer des vorehelichen Zusammenlebens zur Ehedauer hinzuzurechnen. Vielmehr kann selbst ein stabiles Konkubinat, das die Kriterien des Bundesgerichts<sup>16</sup> erfüllt, nur in eng begrenzten und qualifizierten Ausnahmefällen bei der Festsetzung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs berücksichtigt werden.<sup>17</sup> Dabei ist zwingend, dass das voreheliche Zusammenleben das Leben der späteren Ehegatten dauerhaft so stark geprägt hat, dass die **Eheschliessung sich als Bestätigung der bereits übernommenen Verantwortung und des bestehenden Vertrauens** darstellt. Dies kann zutreffen, wenn ein Partner auf die Selbstverwirklichung ausserhalb des Haushalts verzichtet hat, um sich in den Dienst des anderen zu stellen und dessen wirtschaftliche Entfaltung entscheidend zu fördern oder gar erst zu ermöglichen, etwa weil er sich um die Kinder des Partners oder um die gemeinsamen Kinder kümmert.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_665/2020 vom 8. Juli 2021 E. 4.3., mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung zur Lebensprägung.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_93/2019 vom 13. September 2021 E. 3.1.

<sup>16</sup> Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft; exemplarisch (allerdings zum Sozialrecht) und m.w.H. BGE 145 I 108 E. 4.4.6.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_93/2019 vom 13. September 2021 E. 5.2.

<sup>18</sup> a.a.O., E. 5.2.

### 3.2.4. Exemplarisch zum Vorgehen bei nachehelichem Unterhalt

[20] Eine schöne Zusammenfassung zum Vorgehen betreffend nachehelichen Unterhalt findet sich im **Urteil 5A\_496/2019** vom 2. Juni 2021: «Bei einer lebensprägenden Ehe (...) ist der Unterhaltsanspruch in drei Schritten zu prüfen: Vorab ist der gebührende Unterhalt zu bestimmen, wofür die massgebenden Lebensverhältnisse der Parteien festzustellen sind. Der gebührende Unterhalt bemisst sich an dem in der Ehe zuletzt gemeinsam gelebten Standard. Auf dessen Fortführung haben bei genügenden Mitteln beide Teile Anspruch; gleichzeitig bildet der betreffende Standard aber auch die Obergrenze des gebührenden Unterhalts. Verunmöglichen scheidungsbedingte Mehrkosten es, den früheren Lebensstandard aufrechtzuerhalten, so hat der Unterhaltsgläubiger Anrecht auf die gleiche Lebenshaltung wie der Unterhaltsschuldner. Sodann ist zu prüfen, inwiefern die Ehegatten diesen Unterhalt je selbst finanzieren können. Der Vorrang der Eigenversorgung ergibt sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 125 Abs. 1 ZGB. Ist sie einem Ehegatten vorübergehend oder dauerhaft nicht möglich bzw. zumutbar, sodass er auf Unterhaltsleistungen des anderen angewiesen ist, muss in einem dritten Schritt dessen Leistungsfähigkeit ermittelt und ein angemessener Unterhaltsbeitrag festgesetzt werden; dieser beruht auf dem Prinzip der nachehelichen Solidarität (...).»<sup>19</sup>

[21] Der Entscheid zeigt exemplarisch, dass die neue Rechtsprechung doch in vielerlei Hinsicht an die bisherige Praxis anknüpft. Indessen ist im Folgenden doch noch auf wesentliche Änderungen hinzuweisen, die künftig zu berücksichtigen sind.

## 3.3. Eigenversorgung: Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit

### 3.3.1. Grundsatz: Zumutbarkeit der Eigenversorgung

[22] Selbst wenn die Ehe lebensprägend war, sodass als «Zielgrösse» der während des Zusammenlebens gelebte Standard dienen kann, hat dies nicht automatisch einen Unterhaltsanspruch zur Folge. Vielmehr ist zu klären, inwieweit jedem Ehegatten eine Eigenversorgung, insbesondere durch Ausdehnung oder Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit, zuzumuten ist. Wie **BGE 147 III 308** (= Urteil 5A\_104/2018) festhält, gilt nämlich neu der **Grundsatz**, dass eine **Erwerbstätigkeit, die tatsächlich möglich ist, auch zumutbar** ist. Damit fällt insbesondere die 45-Jahre-Regel, die schon einige Zeit nicht nur in der Lehre, sondern auch in der Rechtsprechung ins Wanken gekommen war. Ausnahmen von der Zumutbarkeit sind indessen immer noch denkbar. Auch hierzu sind nachfolgend neuste Urteile anzuführen.

### 3.3.2. Exemplarisch zur Unzumutbarkeit der Eigenversorgung nach langjähriger Rollenteilung

[23] Eine **Unzumutbarkeit** der Eigenversorgung (trotz an sich vorhandener Erwerbsmöglichkeit) kann, wie das Bundesgericht bereits in **BGE 147 III 308** festgehalten hat, «beispielsweise bei einem nahe am Pensionsalter stehenden Ehegatten» angenommen werden, ferner ist allenfalls die «Aufnahme nicht standesgemässer Erwerbsarbeiten» unzumutbar, «wo die Ehe aufgrund ver-

---

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_496/2019 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.1.

schiedener Faktoren das Leben eines Ehegatten in entscheidender Weise geprägt hat, indem er auf die (Weiter-)Verfolgung einer eigenen Karriere verzichtet, sich stattdessen aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses dem Haushalt und der Erziehung der Kinder gewidmet und dem anderen Ehegatten während Jahrzehnten den Rücken freigehalten hat, sodass dieser sich ungeteilt dem beruflichen Fortkommen und der damit verbundenen Steigerung seines Einkommens widmen konnte und sich mit diesem ohne Weiteres auch zwei Haushalte finanzieren lassen».<sup>20</sup>

[24] Ein aktuelles Beispiel dazu ist das **Urteil 5A\_747/2020** vom 29. Juni 2021. Die kantonalen Instanzen hatten es der geschiedenen Ehefrau, die sich nach der Heirat im Jahr 1992 nur noch der Familie (u.a. der Erziehung der mittlerweile volljährigen Töchter) gewidmet hatte und die bei der Trennung im Jahr 2010 48 Jahre alt gewesen war, nicht mehr zugemutet, sich wieder ins Erwerbsleben einzugliedern. Die Ehegatten hatten in einigermassen wohlhabenden Verhältnissen gelebt, die Anwendung der einstufigen Methode (mit einem gebührenden Unterhalt der Ehefrau von monatlich über Fr. 17'000) war nicht bestritten und wurde auch vom Bundesgericht akzeptiert. «Aufhorchen» lässt aber, so das Bundesgericht, dass die Vorinstanz «die Zumutbarkeit einer für möglich befindenen Tätigkeit als Hilfskraft mit bescheidenen Verdienstaussichten» verneint.<sup>21</sup> Denn, so liest man weiter, «allein der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin während der Ehe bzw. während des Zusammenlebens in wohlhabenden Verhältnissen lebte und einen kostspieligen Lebensstil pflegte, schliesst nicht aus, ihr auch eine Erwerbstätigkeit zuzumuten, mit der sich gemessen an der bisherigen privilegierten Lebenshaltung nur wenig Geld verdienen lässt.» Daran ändert auch Art. 125 Abs. 2 Ziff. 3 **ZGB** nichts: «Diese Norm hat nicht zum Zweck, Ehegatten in begüterten Verhältnissen bei grundsätzlich gegebener Erwerbsmöglichkeit aus Statusgründen a priori davor zu bewahren, auch mit einer allenfalls wenig einträglichen und mit ihrem sozialen Prestige kaum vereinbar erscheinenden Erwerbsarbeit zu ihrer nachehelichen Eigenversorgung beizutragen. Sie schützt unter dem Blickwinkel der Zumutbarkeit vielmehr diejenigen Ehegatten, die aufgrund einer vom Paar getroffenen Entscheidung ihre berufliche Laufbahn aufgaben, sich Haushalt und Kindererziehung widmeten und den andern Ehegatten in seiner beruflichen Entwicklung auf diese Weise unterstützten».<sup>22</sup> Trotz der in dieser Hinsicht nicht hinreichend deutlichen Begründung des Urteils der Vorinstanz schützt das Bundesgericht das Ergebnis mit dem Hinweis darauf, dass die Ehefrau sich während der Ehe ausschliesslich der Familie gewidmet habe und dem Beschwerdeführer im Haushalt, Haus und Garten «den Rücken freihielte».<sup>23</sup> Entscheidend war mit anderen Worten **nicht das soziale Prestige** als solches, **sondern die langjährige Rollenteilung** – verbunden mit dem Umstand, dass das Einkommen des Ehemannes die Finanzierung zweier Haushalte ohne Weiteres zuließ.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> BGE 147 III 308 E. 5.6.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_747/2020 vom 29. Juni 2021, E. 4.2.4.

<sup>22</sup> a.a.O., E. 4.2.4.

<sup>23</sup> a.a.O., E. 4.2.4.

<sup>24</sup> a.a.O., E. 4.2.3.

### 3.4. Methodik der Unterhaltsberechnung

#### 3.4.1. Grundsatz: Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung

[25] Wie das Bundesgericht gleich in mehreren Entscheidungen festgehalten hat, ist für alle familienrechtlichen Unterhaltsberechnungen künftig ausschliesslich die Methode der **Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung** zulässig.<sup>25</sup>

[26] **Ausnahmen** im Sinne der einstufig-konkreten Bemessung sind zwar nicht ganz ausgeschlossen, sollen aber nur für **aussergewöhnlich günstige Verhältnisse** in Betracht kommen – zudem ist im Unterhaltsentscheid zwingend zu begründen, weshalb von der zweistufigen Methode abgewichen wird.<sup>26</sup> Soweit ersichtlich fehlen aus dem Jahr 2021 neuere Bundesgerichtsentscheide, in denen die Methode eingehend diskutiert wurde. Bei denjenigen Urteilen, die in kantonaler Instanz noch nach der einstufig-konkreten Methode entschieden worden waren, war zum Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Urteils die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts entweder noch nicht publiziert worden oder aber die Parteien hatten die Anwendung der einstufigen Methode nicht kritisiert und waren daher darauf zu behaften.

#### 3.4.2. Zum Begriff des familienrechtlichen Existenzminimums

[27] Wie das Bundesgericht ausführt, ist das familienrechtliche Existenzminimum **keine fixe Grösse**, sondern vom vorhandenen bzw. hypothetischen Einkommen abhängig.<sup>27</sup>

[28] **Ausgangspunkt** sind (ausnahmslos!) die Richtlinien zur Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums. Für jedes Familienmitglied sind daher Grundbetrag, Wohnkostenanteil, KK-Prämien, besondere Gesundheitskosten, Berufskosten, Schulkosten und allfällige Fremdbetreuungskosten zu berechnen.

[29] Wenn die finanziellen Mittel es zulassen, erfolgt eine **Erweiterung** um Steuern, Kommunikations- und Versicherungspauschale, unumgängliche Weiterbildungskosten, etwas höhere Wohnkosten, Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts und allenfalls angemessene Schulden tilgung.

[30] Bei **gehobenen Verhältnissen** können überobligatorische KK und allenfalls private Vorsorgeaufwendungen von Selbständigerwerbenden berücksichtigt werden.

[31] Darüber hinaus sind fixe **Zuschläge zum Bedarf** (etwa in Form einer Erhöhung des Grundbetrages um 20%) **unzulässig**. Ebenso verpönt sind andere, konkrete Erweiterungen durch Berücksichtigung von Reisen, Hobbys usw. Vielmehr sind sämtliche nicht im familienrechtlichen Existenzminimum enthaltenen Lebenshaltungskosten aus dem Überschuss zu finanzieren. Die Hinzurechnung von besonderen Auslagen ausserhalb des familienrechtlichen Existenzminimums führt zu einem in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts verpönten «Methodenmix».<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> BGE 147 III 265 zum Kindesunterhalt; BGE 147 III 301 zum ehelichen Unterhalt; BGE 147 III 293 zum nachehelichen Unterhalt.

<sup>26</sup> BGE 147 III 293 E. 4.5.

<sup>27</sup> Dazu und zum Folgenden u.a. BGE 147 III 265 E. 7.2.

<sup>28</sup> Dazu BGE 147 III 265 E. 7.2.; ferner das Urteil des Bundesgerichts 5A\_365/2019 vom 14. Dezember 2020 E. 5.4.

### 3.4.3. Zur Berücksichtigung der Steuerlast beim Kindesunterhalt

[32] Bereits in **BGE 147 III 265** hielt das Bundesgericht fest, als Bedarfsosten des Kindes sei im familienrechtlichen Existenzminimum ein Steueranteil zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Offen liess das Bundesgericht im genannten Entscheid, wie dieser Steueranteil zu ermitteln ist. Da in der Literatur (mindestens) drei unterschiedliche Berechnungsarten kursieren, ist es zu begrüssen, dass mit **BGE 147 III 457** (= Urteil 5A\_816/2019 vom 25. Juni 2021) diesbezüglich Klarheit geschaffen wird.

[33] Zur **Berechnung des Steueranteils des Kindes** sind die Steuern, die beim unterhaltsempfangenden Elternteil insgesamt anfallen, **proportional** nach den Einkünften dieses Elternteils einerseits und des Kindes andererseits aufzuteilen. Als Einkünfte des Kindes sind dabei insbesondere der Barunterhaltsbeitrag, Familienzulagen, Sozialversicherungsleistungen und ähnliche für den Kindesunterhalt bestimmte Leistungen zu berücksichtigen, ebenso allfällige Erträge aus dem Kindesvermögen. Unberücksichtigt bleiben hingegen das Erwerbseinkommen des Kindes (vgl. Art. 3 Abs. 3 letzter Satz StHG) sowie der Betreuungsunterhalt; letzterer ist wirtschaftlich für den betreuenden Elternteil gedacht und daher diesem als Einkommen zuzurechnen. Machen die so berechneten Einkünfte des Kindes beispielsweise 20% des steuerbaren Haushaltseinkommens aus, so sind 20% der anfallenden Steuern beim Bedarf des Kindes einzusetzen.<sup>30</sup>

[34] Wie das Bundesgericht selber festhält, ist keine der in der Literatur vorgeschlagenen Berechnungsarten perfekt. Auch die soeben beschriebene, vom Bundesgericht nun favorisierte Methodik krankt an verschiedenen **Schwächen**. Zu bedenken ist insbesondere, dass dann, wenn wie soeben beschrieben vorgegangen wird, der dem Kind zugesprochene Barunterhalt teilweise für die Steuern verwendet werden muss. Es muss daher unbedingt iterativ vorgegangen werden, denn die Steuern sollen nicht aus dem Überschussanteil bezahlt werden, sondern bilden bereits Teil des familienrechtlichen Existenzminimus. Eine lesenswerte und **weiterführende Urteilsbesprechung** mit Rechenbeispielen ist zu finden bei: TANJA IVANOVIC, Der Steueranteil im Barunterhalt des Kindes, in: Jusletter 15. November 2021.

### 3.4.4. Zur Überschussverteilung

[35] Das nach den vorgenannten Grundsätzen ermittelte **familienrechtliche Existenzminimum ist**, wie das Bundesgericht in seinen neusten Entscheiden festhält, **dem zur Verfügung stehenden** (tatsächlichen bzw. zumutbaren/hypothetischen) **Einkommen gegenüberzustellen**. Dieses Vorgehen ist allerdings nicht wirklich praktikabel, weil schon für die Ermittlung des familienrechtlichen Existenzminimums feststehen muss, ob die Verhältnisse knapp sind oder ob sie Erweiterungen zulassen oder ob sogar wohlhabende Verhältnisse vorliegen. Es drängt sich daher auf, vor der eigentlichen Rechnung wenigstens überschlagsweise Einkommen und Bedarf zu vergleichen, damit erkennbar wird, ob mit einem erweiterten familienrechtlichen Existenzminimum oder gar mit einem Überschuss gerechnet werden darf.

---

<sup>29</sup> BGE 147 III 265 E. 7.2.

<sup>30</sup> BGE 147 III 457 E. 4.2.3.5.

[36] Zeichnet sich eine **Mangellage** ab, können also mit dem Einkommen nicht alle Unterhaltsbedürfnisse befriedigt werden, ist zu klären, in welcher Rangfolge die Unterhaltsansprüche stehen.<sup>31</sup>

[37] Ergibt der Vergleich zwischen familienrechtlichem Existenzminimum und Einkommen einen **Überschuss**, so ist dieser auf die Beteiligten **nach grossen und kleinen Köpfen aufzuteilen**, d.h. die Kinder erhalten einen halb so grossen Überschussanteil wie die Erwachsenen.<sup>32</sup> Die Überschussverteilung darf aber **nicht allzu schematisch** angewandt werden. Abweichungen sind möglich, u.a. bei Kindern aus erzieherischen Gründen. Auch sonst sind im Kontext der Überschussverteilung (und nur hier!) «sämtliche Besonderheiten des konkreten Falles wie Betreuungsverhältnisse, überobligatorische Arbeitsanstrengungen, spezielle Bedarfspositionen u.ä.m. zu berücksichtigen (...).»<sup>33</sup> Sämtliche Abweichungen von der Aufteilung nach grossen und kleinen Köpfen sind **begründungspflichtig**.<sup>34</sup>

### 3.4.5. Keine Teilung der Sparquote

[38] Mit Bezug auf den ehelichen und nachehelichen Unterhalt bildet der während der ungetrennten Ehe gelebte Standard einerseits die obere Grenze und andererseits – bei vorhandenen Mitteln und lebensprägender Ehe – gleichzeitig die **«Zielgrösse» für den Verbrauchsunterhalt** beider geschiedener Ehegatten. Bekanntlich ist eine Sparquote nicht zu teilen, dies gilt auch weiterhin.<sup>35</sup> Dabei gilt es Zweierlei zu beachten:

[39] Erstens ist es denkbar (und wird relativ häufig zutreffen), dass die Sparquote, die für die Zeit des Zusammenlebens nachgewiesen ist, durch die **Mehrkosten des Zweithaushalts** aufgezehrt wird. Diesfalls kann an der zweistufigen Methode ohne Weiteres festgehalten werden.

[40] Zweitens ist zu bedenken, dass im Kontext der Trennung nicht selten das **Gesamteinkommen durch die Ausdehnung oder Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten erhöht** wird. Bei dieser Sachlage darf nicht das aktuelle Gesamteinkommen unbesehen dem aktuellen familienrechtlichen Existenzminimum gegenübergestellt und der Überschuss pauschal verteilt werden. Vielmehr ist eine **zweite Rechnung** zwingend.<sup>36</sup>

[41] Entsprechend muss die Unterhaltsberechnung «einer allfälligen Sparquote, den Mehrkosten der Trennung und dem zusätzlichen Einkommen dergestalt Rechnung tragen, dass beide geschiedenen Ehegatten möglichst den während ungetrennter Ehe gelebten Standard erreichen und gleichzeitig der Unterhaltsbeitrag nicht dazu führt, dass der Unterhaltsgläubiger nunmehr auf Kosten des Unterhaltsschuldners Ersparnisse bilden kann. Dies geschieht dergestalt, dass **im Sinne einer Kontrollrechnung der Überschuss und die Überschussanteile während des Zusammenlebens ermittelt** werden – auf einen grösseren Überschussanteil hat die Unterhaltsgläubigerin bzw. der Unterhaltsgläubiger keinen Anspruch. Hingegen darf nicht einfach das bisherige Einkommen (vor Wiederaufnahme bzw. Ausdehnung der Erwerbstätigkeit) für die Unterhaltsbe-

---

<sup>31</sup> Dazu BGE 147 III 265 E. 7.3.; AEBI-MÜLLER, Jusletter 3. Mai 2021 (Fn. 13), Rz. 46 ff.

<sup>32</sup> So u.a. BGE 147 III 265 E. 7.3.

<sup>33</sup> a.a.O., E. 7.3.

<sup>34</sup> Exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 5A\_52/2021 vom 25. Oktober 2021 E. 7, wo eine pauschale «Deckelung» des Überschussanteils des Kindes durch das Bundesgericht aufgehoben wurde.

<sup>35</sup> BGE 147 III 265 E. 7.3.

<sup>36</sup> BGE 147 III 293 E. 4.4.

rechnung verwendet und auf diese Weise der gebührende Standard ermittelt werden. Andernfalls würden die Mehrkosten des zweiten Haushalts vernachlässigt und es würde als Zielgröße gerade nicht die Lebenshaltung während des Zusammenlebens erreicht.»<sup>37</sup>

[42] Ein aktuelles **Beispiel** dazu findet sich im **Urteil 5A\_496/2019** vom 2. Juni 2021: Der Beschwerdeführer in dieser Sache hatte sich zu Recht darüber beklagt, «dass das Obergericht im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsanspruchs vom Überschuss ausging, den die Parteien nach der Trennung erzielten, indem es das aktuelle Gesamteinkommen der Familie dem aktuellen Gesamtbetrag gegenüberstellte (...). Soweit dieses Gesamteinkommen die zuletzt während des ehelichen Zusammenlebens erzielten Einkünfte übersteigt, widerspiegelt der daraus resultierende Überschuss nicht den zuletzt gemeinsam gelebten Standard, sondern die Verhältnisse nach der Trennung.»<sup>38</sup>

### **3.5. Beweislast im Unterhaltsrecht**

[43] Eine schöne Zusammenfassung der aktuellen Rechtsprechung zur **Beweislast bei der Unterhaltsberechnung** nach Scheidung findet sich im **Urteil 5A\_1049/2019** vom 25. August 2021: «Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäß hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (...). Geht es um die (erstmalige) Festsetzung des Unterhalts, obliegt es demnach grundsätzlich der fordernden Partei zu beweisen, wie gross ihre wirtschaftliche Leistungskraft (Eigenversorgungskapazität) ist (...). Namentlich trifft den Unterhaltsansprecher die Beweisführungslast, wenn er bestreitet, ein (strittiges) hypothetisches Einkommen tatsächlich erzielen zu können (...).»<sup>39</sup>

### **3.6. Hypothetisches Einkommen bei Betreuungspflichten gegenüber einem Kind aus einer anderen Beziehung**

[44] Zur Beantwortung der Frage, welches Erwerbspensum neben der Kinderbetreuung zumutbar ist, ist als Grundsatz auf die Schulstufenregel (BGE 144 III 481) abzustellen. Darauf kann sich die Mutter gegenüber den älteren Kindern jedoch nicht berufen, wenn in einer neuen Beziehung ein Kind geboren wird. Dies hält das Bundesgericht im **Urteil 5A\_549/2019** vom 18. März 2021 fest.

[45] In casu ging es um die Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen, die mittels Scheidungsurteil im Jahr 2006 festgesetzt worden waren. Die betroffenen Kinder wurden darin unter die Obhut des Vaters gestellt, die Mutter wurde zu Kindesunterhalt verpflichtet. Im Jahr 2013 gebar die Mutter, die inzwischen in einer neuen Beziehung lebte, nochmals ein Kind. Vor diesem Hintergrund war strittig, ob der Unterhaltsentscheid zu Ungunsten der älteren Kinder abgeändert werden kann und welches (hypothetische) Erwerbseinkommen sich die Mutter anrechnen lassen

---

<sup>37</sup> AEBI-MÜLLER, Jusletter 3. Mai 2021 (Fn. 13), Rz. 34 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_496/2019 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 4.4.

muss. Dass nicht die alte 10/16-Regel zur Anwendung gelangen kann, hatte das Bundesgericht bereits in einem ersten Rückweisungsentscheid betreffend dieselben Parteien entschieden.<sup>40</sup>

[46] Im neuen Urteil hält das Bundesgericht der Vorinstanz die in solchen Fällen **massgeblichen Grundsätze** vor Augen: Erstens gilt (auch in der vorliegenden Konstellation), dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil (hier: die Mutter) den gesamten Barunterhalt zu tragen hat. «Zweitens besteht mit Bezug auf die Leistung von Kindesunterhalt eine besondere Anstrengungspflicht», sodass «eine vorhandene Arbeitskapazität voll auszuschöpfen ist (...).»<sup>41</sup> Was drittens die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit angeht, wenn ein Kind aus einer neuen Beziehung zu betreuen ist, so darf sich die Mutter «während des ersten Lebensjahres der persönlichen Betreuung eines Kindes aus der neuen Beziehung widmen, muss dann aber eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, um ihrer Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern aus der früheren Beziehung nachzukommen, welche nicht unter ihrer Obhut stehen. Ob es sich dabei um eine Vollzeitstelle handelt, hängt in erster Linie von den tatsächlichen Möglichkeiten ab (...), aber auch von der Rechtsfrage, was im Einzelfall zumutbar ist.»<sup>42</sup> Zu diesem letzteren Punkt, der an sich besonders interessieren würde, bleibt das Bundesgericht leider wenig konkret, vielmehr bleiben die kantonalen Instanzen weitgehend auf ihr Ermessen verwiesen. Immerhin lässt das Bundesgericht durchblicken, dass auch nach Schuleintritt jedenfalls die Schulstufenregel (die bekanntlich eine Erwerbstätigkeit nur zu 50% bis zum Eintritt in die Oberstufe verlangen würde) nicht anwendbar ist, sondern bereits früher ein Pensum von 80% ins Auge gefasst werden kann, je nach konkreter Situation allenfalls gar ein Vollzeitpensum.<sup>43</sup>

### 3.7. Untersuchungsmaxime im Kontext der Schulstufenregel

[47] Zur Beantwortung der Frage, ab wann und in welchem Pensum eine **Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung** zumutbar ist, gilt bekanntlich seit BGE 144 III 481 die sog. Schulstufenregel. Das Bundesgericht hat seither wiederholt festgehalten, dass diese Regel jedoch nicht unbesehen von den Umständen des Einzelfalls angewandt werden darf. Insbesondere ist unabhängig von der Zumutbarkeit immer auch zu klären, ob ein entsprechendes Pensum tatsächlich geleistet werden kann. Angesichts des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes im Kindesunterhaltsrecht muss das Gericht von Amtes wegen abklären, wie es sich damit verhält, und zwar unabhängig von den Anträgen der Parteien und unabhängig davon, ob die Parteien auf bestimmte Sachumstände ausdrücklich Bezug nehmen oder nicht. Im Fall, der dem Urteil 5A\_702/2020 vom 21. Mai 2021 zugrunde liegt, waren die Vorinstanzen diesen Pflichten nicht nachgekommen. Korrekterweise hätte angesichts der Kindergartenzeiten von 8.15 bis 11.45 Uhr und von 13.35 bis 15.05 Uhr abgeklärt werden müssen, ob eine 50%-Erwerbstätigkeit ohne kostenpflichtige Dritt-betreuungsangebote möglich ist; gegebenenfalls hätten Fremdbetreuungskosten in den Bedarf aufgenommen werden müssen.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018 E. 3.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_549/2019 vom 18. März 2021 E. 3.4.

<sup>42</sup> a.a.O., E. 3.4.

<sup>43</sup> a.a.O., E. 4.4.

<sup>44</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_702/2020 vom 21. Mai 2021 E. 4.4.

### 3.8. Zumutbarkeit der Anzehrung von Vermögen zur Deckung des Unterhalts

[48] Wie das Bundesgericht schon mehrfach entschieden hat,<sup>45</sup> ist der **Unterhalt** der Familie **grundsätzlich aus dem laufenden Einkommen** zu decken. Die Substanz des Vermögens kann ausnahmsweise dann angezehrt werden, wenn die Mittel zur Deckung aller Unterhaltsansprüche nicht ausreichen. Dabei ist ein **Einzelfallentscheid** erforderlich, der sämtliche relevanten Umstände in Betracht zieht. Dazu gehören, wie das Bundesgericht in **BGE 147 III 393** (= Urteil 5A\_582/2018 vom 1. Juli 2021), seine bisherige Rechtsprechung zusammenfasst, «die Bedeutung des anzugreifenden Vermögens, die Funktion und Zusammensetzung desselben sowie das Ausmass des Vermögensverzehrs, und zwar sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Dauer (...), aber auch das Verhalten, das zur Herabsetzung der Eigenversorgungskapazität geführt hat. (...). Mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten ist es unzulässig, von einem Ehegatten zu verlangen, sein Vermögen anzugreifen, wenn dies nicht auch vom anderen verlangt wird, es sei denn, der andere habe kein Vermögen».<sup>46</sup> Sodann ist «klassischerweise» ein Vermögensverzehr zumutbar, wenn die Ehegatten schon bisher ihre Lebenshaltung ganz oder teilweise aus ihrem Vermögen finanziert haben.<sup>47</sup>

[49] Mit Bezug auf die **Art des Vermögens** ist insbesondere die Liquidität von Bedeutung, in zweiter Linie spielt eine Rolle, ob es sich um Errungenschafts- oder Eigengutsvermögen handelt. Nur schwer liquidierbares und insbesondere in die Familienwohnung investiertes Vermögen ist «grundsätzlich nicht zu berücksichtigen».<sup>48</sup> Für das Alter angespartes Vermögen hat gerade die Funktion, den Unterhalt der Ehegatten nach der Pensionierung sicherzustellen, daher darf es zu diesem Zweck verbraucht werden.<sup>49</sup> Hingegen muss durch Erbanfall erworbenes Vermögen grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.<sup>50</sup>

[50] Die weiteren Kriterien sind voneinander abhängig. Die **Grösse des Vermögens** hat einen Einfluss einerseits auf den zumutbaren Vermögensverzehr, steht aber auch in einem Zusammenhang mit der Höhe des zu deckenden Unterhalts. Bei Vorliegen einer **Mankosituation**, wenn also das betreibungsrechtliche Existenzminimum zu decken ist, kann selbst dann auf Ersparnisse gegriffen werden, wenn diese «nicht besonders bedeutend» sind.<sup>51</sup> Eine Mankosituation ist aber nicht immer Voraussetzung des Vermögensverzehrs: «Je nach Höhe des Vermögens kann dieses zur Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums» oder sogar zur Deckung des gebührenden Unterhalts i.S. des zuletzt gelebten Standards herangezogen werden.<sup>52</sup> Zu berücksichtigen ist dabei auch die voraussichtliche **Dauer des Vermögensverzehrs**: Je kürzer dieser nötig ist, umso höher kann der monatlich zu entnehmende Betrag bemessen werden. Ebenfalls ist es zulässig, einmalig auf das Vermögen zu greifen, um unbezahlt gebliebene **Unterhaltsforderungen aus der Vergangenheit** zu begleichen.

---

<sup>45</sup> Exemplarisch BGE 138 III 289 E. 11.1.2.

<sup>46</sup> BGE 147 III 393 E. 6.1.2.

<sup>47</sup> a.a.O., E. 6.1.5.

<sup>48</sup> a.a.O., E. 6.1.3.

<sup>49</sup> a.a.O., E. 6.1.7.

<sup>50</sup> a.a.O., E. 6.1.4.

<sup>51</sup> a.a.O., E. 6.1.6, m.H. auf einen Entscheid, wo das Vermögen rund  $\frac{1}{4}$  Mio. betrug.

<sup>52</sup> a.a.O., E. 6.1.6.

[51] Zur Berechnung der **Höhe des zumutbaren Vermögensverzehrs** gibt es keine allgemeingültigen Vorgaben, mit Ausnahme der Ehegatten in vorerücktem Alter, die sich in einer Mankosituation befinden. Hier ist – in Anlehnung an das Ergänzungsleistungsrecht – der jährliche Verbrauch von einem Zehntel des Reinvermögens, das eine Freigrenze übersteigt, zumutbar.<sup>53</sup>

[52] Im **konkreten Fall** ging es um die Zumutbarkeit eines Vermögensverzehrs bei einem Vermögen in der Höhe von 4.2 Mio, das der Ehemann zum grössten Teil aus Erbanfall erworben hatte. Dieser ist grundsätzlich nicht zum Verbrauch bestimmt. Die Vorinstanz hatte nicht zureichend begründet, inwiefern eine Ausnahmesituation vorlag. Zudem hatte sie sich auf die Rechtsprechung zum Vermögensverzehr bei Ehegatten im Pensionsalter mit einer analogen Anwendung des Ergänzungsleistungsrechts bezogen, obschon in casu die Ehegatten noch weit vom Pensionsalter entfernt waren. Die Beschwerde in Zivilsachen war daher gutzuheissen.

### 3.9. Festlegung von Kindesunterhalt bei unverheirateten Eltern

[53] Das **Urteil 5A\_517/2020** vom 4. Oktober 2021 betrifft eine Vaterschaftsklage, in deren Kontext Kindesunterhalt zugesprochen wurde. Es gibt dem Bundesgericht Gelegenheit zur Klärung bzw. Verdeutlichung verschiedener Rechtsfragen.

[54] Das Kind war am 20. Juli 2016 zur Welt gekommen. Die Mutter hatte am 22. Dezember 2016 eine Vaterschaftsklage eingereicht und gleichentags mittels vorsorglicher Massnahmen Unterhalt seit der Geburt verlangt. Nachdem ein DNA-Gutachten die Vaterschaft des Beklagten mit einer geschätzten Wahrscheinlichkeit von über 99.999% bestätigt hatte, schlossen die Parteien einen Vergleich über die Unterhaltsbeiträge, der als **Anordnung vorsorglicher Massnahmen** ratifiziert wurde.

[55] Am 20. März 2019 erfolgte die Vaterschaftsanerkennung. Am 6. November 2019 erging das **Unterhaltsurteil**, mit dem (rückwirkend auf die Geburt des Kindes) höhere Beiträge zugesprochen wurden als in der erwähnten Vereinbarung vorgesehen, und zwar auch über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus. Die Vorinstanz bestätigte diesen Entscheid, worauf der Kindsvater Beschwerde in Zivilsachen erhob.

[56] Strittig war zunächst, ob mit den kantonalen Entscheiden der Grundsatz der relativen Rechtskraft vorsorglicher Massnahmen verletzt worden war. Das Bundesgericht hält der Argumentation des Beschwerdeführers entgegen, dass der im Rahmen vorsorglicher Massnahmen getroffene Vergleich nicht als Verzicht auf rückwirkende Unterhaltszahlungen ab Geburt verstanden werden könne.<sup>54</sup> Gemäss **Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO** kann der Beklagte, dessen Vaterschaft vermutet wird, zur Zahlung von vorläufigen Beiträgen verurteilt werden. Dabei handelt es sich nicht um Regelungsmassnahmen (wie bei der vorläufigen Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen i.S.v. Art. 303 Abs. 1 ZPO bei feststehendem Kindesverhältnis), sondern um **Massnahmen der vorzeitigen Vollstreckung**. Wenn die Klage anschliessend gutgeheissen wird, stellen die geleisteten vorsorglichen Beiträge einen Vorschuss auf die Forderung des Kindes dar und sind auf diese anzurechnen, bei Klageabweisung sind sie zurückzubezahlen.<sup>55</sup> Entsprechend stellte die Festlegung höherer Unterhaltsbeiträge im Hauptsachenurteil keine Rechtsverletzung dar.

---

<sup>53</sup> a.a.O., E. 6.1.7.

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_517/2020 vom 4. Oktober 2021 E. 3.1.1.

<sup>55</sup> a.a.O., E. 3.2.1.

[57] Strittig war sodann die Frage der Dauer der Unterhaltsbeiträge. Bekanntlich kann das Scheidungsgericht gemäss Art. 133 Abs. 3 ZGB den Unterhalt des zum Scheidungszeitpunkt minderjährigen Kindes **über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus** festlegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollte dies regelmässig geschehen, sogar bei Kindern, die zum Scheidungszeitpunkt noch sehr klein sind.<sup>56</sup> Obschon eine entsprechende Bestimmung für **unverheiratete Eltern** fehlt, sprechen sachliche Gründe dafür, diese Ausgangslage nicht anders zu beurteilen. So ist das Kind nicht gezwungen, gegen den Vater zu gerichtlich vorzugehen, wenn die Ausbildung bis zum 18. Altersjahr nicht abgeschlossen ist; vielmehr muss gegebenenfalls der Vater auf Änderung klagen, wenn er der Auffassung ist, dass die Bedingungen von Art. 277 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt seien.<sup>57</sup>

### 3.10. Vorsorglicher Unterhalt ohne selbständigen Unterhaltsprozess?

[58] Das **Urteil 5A\_1025/2020** vom 30. August 2021 befasst sich mit der Frage, ob vorsorgliche Massnahmen, namentlich die Zusprache von Unterhalt, auch ohne vorgängige Einleitung eines selbständigen Unterhaltsprozesses beantragt werden können. Konkret ging es um ein Kind unverheirateter Eltern, das, vertreten durch seine Mutter, mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen einerseits die Zuteilung der Obhut an die Mutter und andererseits Unterhalt vom Vater verlangt hatte. In erster Instanz war das Kind damit erfolgreich, das Obergericht hob den Entscheid indessen auf.

[59] Unter der Geltung von aArt. 281 Abs. 1 und 2 ZGB war bis zum Inkrafttreten der ZPO klar, dass vorsorgliche Massnahmen nur unter der Voraussetzung der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage beantragt werden konnten. Nach geltendem Recht ist **Art. 303 Abs. 1 ZPO** anwendbar, der wie folgt lautet: «Steht das Kindesverhältnis fest, so kann der Beklagte verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen.» In der Lehre ist strittig, ob das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage weiterhin gilt oder nicht.<sup>58</sup>

[60] Das Bundesgericht hält den Beschwerdeführerinnen zwar zugute, dass «durchaus sachliche Gründe» für die von ihnen vertretene Rechtsauffassung bestehen, Dennoch sei die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, wonach **erst ab Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens vorsorgliche Massnahmen** verlangt werden können, «nicht geradezu unhaltbar.»<sup>59</sup> Weil im Rahmen der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann und die Anwendung von Bundesgesetzen nur auf Willkür überprüft wird, musste die Beschwerde daher erfolglos bleiben. Damit wird das **Urteil 5A\_147/2020** vom 24. August 2020 bestätigt, wo das Bundesgericht Gleiches schon im Kontext eines Gesuches um Prozesskostenvorschuss festgestellt hatte.

---

<sup>56</sup> Exemplarisch: BGE 139 III 401.

<sup>57</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_517/2020 vom 4. Oktober 2021 E. 4.2.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1025/2020 vom 30. August 2021 E. 3.1.

<sup>59</sup> a.a.O., E. 3.3.

### 3.11. Rückwirkung bei Abänderung des Kindesunterhalts

[61] Das Urteil 5A\_971/2020 vom 19. November 2021 befasst sich mit der Frage der rückwirkenden Änderung des Kindesunterhalts zugunsten des Kindes. Bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse kann der Kindesunterhalt gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB angepasst werden. Nach Art. 279 Abs. 1 ZGB besteht mit Bezug auf den Kindesunterhalt die Möglichkeit eines rückwirkenden Entscheids, wobei die Rechtsprechung zur Abänderung eines Scheidungsurteils diese Bestimmung bei einer vom unterhaltsberechtigten Kind verlangten Abänderung analog anwendet. In der Lehre wird weitergehend auch die Anwendung der genannten Norm ausserhalb der Abänderung eines Scheidungsurteils anerkannt. Diese Auffassung wird vom Bundesgericht zwar nicht ausdrücklich bestätigt, aber auch nicht verworfen: Es ist, wie das aktuelle Urteil festhält, jedenfalls nicht willkürlich, Art. 279 Abs. 1 ZGB zugunsten des Kindes analog auch im Rahmen einer Klage auf Änderung eines Unterhaltsbeitrages, der durch Eheschutzmassnahmen oder vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Scheidungsprozesses festgelegt wurde, anzuwenden.<sup>60</sup> Die Rückwirkung kann frühestens auf den Zeitpunkt hin erfolgen, zu dem die geltend gemachten Umstände eingetreten sind.<sup>61</sup>

### 3.12. Voraussetzungen des Volljährigenunterhalts

[62] Das Urteil 5A\_340/2021 vom 16. November 2021 ist ein illustrativer Entscheid zum Volljährigenunterhalt, der die massgeblichen Grundsätze zur Zumutbarkeit bei Kontaktabbruch, zur Berechnung des Anspruchs sowie zu den Unterhaltsanteilen von Vater und Mutter schön und relativ ausführlich erörtert. Hier soll eine kurze Zusammenfassung genügen:

[63] Die Unterhaltsansprecherin hatte eine Berufslehre als Kauffrau abgeschlossen, anschliessend die Berufsmaturität erlangt und dann das Studium an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften angenommen. Um die Finanzierung dieses Studiums ging es vorliegend. Die Ehe der Eltern war im Jahr 2012 geschieden worden.

[64] Das Bundesgericht befasst sich vor diesem Hintergrund mit der Frage der **Zumutbarkeit des Volljährigenunterhalts bei Kontaktabbruch**. Ausgangspunkt ist der Begriff der Zumutbarkeit i.S.v. Art. 277 Abs. 2 ZGB, der nicht nur die wirtschaftlichen Verhältnisse betrifft, sondern auch die persönliche Beziehung zwischen Eltern und Kind umfasst. Dabei ist Art. 272 ZGB zu beachten, der die gegenseitige Pflicht von Eltern und Kindern auf Beistand, Rücksicht und Achtung umschreibt. Ein bewusster, schuldhafter und grundloser Abbruch der Beziehungen, für den alleine das Kind verantwortlich ist, kann zur Unzumutbarkeit des Volljährigenunterhalts führen.<sup>62</sup> Die Beurteilung der Verantwortung kann insbesondere nach einem Scheidungsverfahren heikel sein, wobei gilt: «Je jünger ein Kind ist, desto mehr ist es auf Volljährigenunterhalt angewiesen, aber auch umso weniger ist es dazu fähig, von traumatisierenden Erfahrungen in der Kind-Eltern-Beziehung Abstand zu gewinnen. Entsprechend höhere Anforderungen sind daher an die Einrede der Unzumutbarkeit eines sich darauf berufenden Elternteils zu stellen. Je älter hingegen ein Kind ist, desto weniger ist es im Allgemeinen auf Volljährigenunterhalt angewiesen, aber auch umso eher sollte es in der Lage sein, zu früheren Vorkommnissen Abstand zu gewin-

---

<sup>60</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_971/2020 vom 19. November 2021 E. 5.3.

<sup>61</sup> a.a.O., E. 5.4.2.

<sup>62</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_340/2021 vom 16. November 2021 E. 3.1.

nen.»<sup>63</sup> Vorliegend war von einem erbitterten Scheidungskrieg auszugehen, der die betroffenen Kinder stark belastet hatte. Der fehlende Kontakt war, wie schon die Vorinstanzen festgestellt hatten, jedenfalls nicht alleine der nunmehr volljährigen Tochter anzulasten.

[65] Ausführliche Überlegungen widmet das Bundesgericht der **Bemessung des geschuldeten Unterhaltsbeitrages**. Hier erinnert das Bundesgericht die Vorinstanz zunächst daran, dass die Klärung der wirtschaftlichen Verhältnisse die Sachverhaltsfeststellung und damit die Beweiswürdigung betrifft, sodass eine Zurückhaltung bei der Überprüfung durch die Berufungsinstanz nicht gerechtfertigt ist.<sup>64</sup> Wie das Bundesgericht betont,<sup>65</sup> ist für die Berechnung familienrechtlicher Unterhaltsansprüche die zweistufige Methode anwendbar, indessen ist der Volljährigenunterhalt auf das familienrechtliche Existenzminimum (ohne Überschussanteil) beschränkt, zudem geht er in Mankosituationen den anderen Unterhaltsansprüchen nach.<sup>66</sup>

[66] Gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 Abs. 3 ZGB sind bei der Festsetzung des Kindesunterhalts das Vermögen und die eigenen (auch hypothetischen, d.h. zumutbaren) **Einkünfte des Kindes** zu berücksichtigen. Dabei ist die Zumutbarkeit eines Nebenerwerbs aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse des konkreten Falls zu beurteilen, es geht somit nicht an, pauschal von einem Nebenerwerb von 20% auszugehen.<sup>67</sup>

[67] Weil der Volljährigenunterhalt entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Vater und Mutter zu tragen ist, muss die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beider Elternteile** abgeklärt werden.<sup>68</sup> Dabei ist bei einem volljährigen Kind, das in häuslicher Gemeinschaft mit einem Elternteil lebt, zu bedenken, dass dieser Elternteil bereits einen Unterhaltsbestandteil in Form von «Kost und Logis», d.h. in Form von Naturalleistungen erbringt.<sup>69</sup> Pro memoria: Nicht zu berücksichtigen ist demgegenüber beim volljährigen Kind die persönliche Fürsorge i.S. von Naturalunterhalt.<sup>70</sup>

[68] Weil die Vorinstanz in verschiedener Hinsicht diese bundesrechtlichen Vorgaben verletzt hatte, war der Entscheid aufzuheben und zur Neuberechnung zurückzuweisen.

## 4. Entstehung des Kindesverhältnisses durch Adoption

### 4.1. Internationale Adoption eines Minderjährigen

[69] Das **Urteil 5A\_219/2021** vom 27. August 2021 betrifft eine Einzeladoption eines äthiopischen Kindes (geb. 2016) durch eine in der Schweiz wohnhafte Frau mit Jahrgang 1967. Sie hatte das Kind 2017 in die Schweiz gebracht, wobei sie damit gegen den abschlägigen Entscheid der Behörden betreffend Aufnahme eines Kindes zur Adoption verstossen hatte. Der zuvor in Äthiopien ergangene Adoptionssentscheid war in der Schweiz nicht anerkannt worden, weil die Voraussetzungen gemäss Art. 78 Abs. 1 IPRG nicht erfüllt waren und weil die Abklärungen im Kontext des

---

<sup>63</sup> a.a.O., E. 3.1.

<sup>64</sup> a.a.O., E. 5.3.1.

<sup>65</sup> Siehe schon BGE 146 III 169 und vorne in diesem Beitrag, Rz. 25.

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_340/2021 vom 16. November 2021 E. 5.3.2.

<sup>67</sup> a.a.O., E. 6.3.3.

<sup>68</sup> a.a.O., E. 8.2.

<sup>69</sup> a.a.O., E. 8.2.

<sup>70</sup> Dazu Urteil des Bundesgerichts 5A\_1032/2019 E. 5.4.2.

Anerkennungsverfahrens zahlreiche Verfahrensunregelmässigkeiten ergeben hatten. Die kantonale Vorinstanz hatte befunden, dass die Adoptionsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Zwar würde die Adoption heute im Kindeswohl liegen, aber die Wunschmutter habe diese Sachlage durch ihr eigenmächtiges Vorgehen und insbesondere durch das illegale Verbringen des Kindes in die Schweiz begründet, dies nicht nur unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften, sondern auch in Überrumpelung der kantonalen Behörden. Die Wunschmutter zog den abschlägigen Adoptionsentscheid an das Bundesgericht weiter, unterlag jedoch auch dort.

[70] Zu klären war zunächst, ob die kantonalen Instanzen zulässigerweise von den Schlussfolgerungen des Abklärungsberichts abgewichen waren. Die Adoption darf erst nach «umfassender Untersuchung aller wesentlichen Umstände» ausgesprochen werden (Art. 268a Abs. 1 ZGB), wobei die massgeblichen Umstände in einer nicht abschliessenden Aufzählung gesetzlich umschrieben werden (Art. 268a Abs. 2 ZGB). Bei einem solchen **Abklärungsbericht** (im Französischen «enquête sociale» genannt) handelt es sich nach Auffassung des Bundesgerichts nicht um ein eigentliches Sachverständigengutachten, von dem die Entscheidinstanz nur abweichen dürfte, wenn dafür triftige Gründe ausgewiesen werden. Vielmehr kann ein solches Gutachten, wie sich schon aus dem Wortlaut von Art. 268a Abs. 1 ZGB ergibt, im Zweifelsfall ergänzend zum Bericht eingeholt werden. Vom Abklärungsbericht darf jedenfalls unter weniger strengen Voraussetzungen abgewichen werden als von einem gerichtlichen Gutachten.<sup>71</sup>

[71] Im Folgenden befasst sich das Bundesgericht mit den Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den **Adoptionsvoraussetzungen**, deren Vorliegen die Vorinstanz verneint hatte. Dazu gehört u.a. das einjährige Pflegeverhältnis, dessen Voraussetzungen in der Adoptionsverordnung (SR 211.221.36) näher geregelt sind. Im vorliegenden Fall hatten die kantonalen Behörden die Adoption insbesondere wegen der prekären wirtschaftlichen Verhältnisse der Wunschmutter, wegen des zu grossen Altersunterschiedes (vgl. Art. 264d ZGB) und wegen deren Gesundheitszustandes verweigert. Wegen ihres eigenmächtigen Vorgehens war es der Beschwerdeführerin sodann nach Auffassung des Bundesgerichts verwehrt, sich auf das Kindeswohl zu berufen.<sup>72</sup> Aus demselben Grund blieb auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) erfolglos.<sup>73</sup>

[72] Der Entscheid hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Einerseits ist nachvollziehbar, dass die Adoption letztlich mit dem Argument verweigert wurde, dass eine Bewilligung einzig mit Blick auf die aktuelle Situation des Kindes und dessen Wohl der Umgehung der Adoptionsvorschriften Vorschub leisten könnte und letztlich ein illegales, verantwortungsloses Vorgehen belohnen würde. Andererseits bleibt unklar, was der negative Entscheid konkret für das Kind bedeuten wird – und wie einer möglichen Kindeswohlgefährdung nunmehr begegnet werden kann.

## 4.2. Volljährigenadoption gegen den Willen der leiblichen Eltern

[73] Die Minderjährigenadoption bedarf gemäss Art. 265a ZGB der Zustimmung der leiblichen Eltern des Adoptivkindes. Anders verhält es sich bei der Volljährigenadoption (Erwachsenen-

---

<sup>71</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_219/2021 vom 27. August 2021 E. 5.1.2.

<sup>72</sup> a.a.O., E. 6.

<sup>73</sup> a.a.O., E. 7.

adoption). Zwar sind auf diese weitgehend die Bestimmungen über die Minderjährigenadoption anwendbar, in Art. 266 Abs. 2 zweiter Halbsatz ZGB wird davon «die Bestimmung über die Zustimmung der Eltern» jedoch explizit ausgenommen.

[74] Das Urteil 5A\_686/2020 vom 28. Oktober 2020 betrifft eine Sachlage, in der die Eltern, denen seinerzeit im Kontext des Scheidungsverfahrens die elterliche Sorge entzogen worden war, mit der Adoption ihres Kindes durch die Pflegeeltern nicht einverstanden waren. Wie das Bundesgericht festhält, ist die Einstellung der leiblichen Eltern zur Adoption zwar zu würdigen, dies gemäss Art. 268a<sup>quater</sup> Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. Im Vordergrund steht dabei das Wohl des Adoptivkindes. Das **Anhörungsrecht** verschafft den Eltern hingegen **keine Parteistellung** im Adoptionsverfahren.<sup>74</sup>

[75] Offen lässt das Bundesgericht die in der Lehre aufgeworfene Frage, ob den leiblichen Eltern des volljährigen Kindes darüber hinausgehend ein Anspruch zugestanden werden müsste, überwiegender eigene Interessen an der Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses geltend zu machen<sup>75</sup>, waren doch solche Interessen nicht geltend gemacht worden. Das **erbrechtliche Interesse** an einem Pflichtteilsanspruch ist jedenfalls «kein überwiegendes Interesse, welches die Adoption eines Volljährigen zu Fall bringen könnte».<sup>76</sup> Da aus diesen Gründen den leiblichen Eltern des erwachsenen Adoptivkindes ein Rechtsschutzzinteresse fehlt, sind sie zur Beschwerde in Zivilsachen nicht legitimiert, was zu einem Nichteintretentsentscheid führen muss.<sup>77</sup>

## 5. Obhut und Besuchsrecht

### 5.1. Alternierende Obhut

#### 5.1.1. Vorbemerkungen

[76] In mehreren Entscheiden hat das Bundesgericht gewissemassen seine «Serie» zur alternierenden Obhut fortgesetzt. Bereits in der letztjährigen Entscheidübersicht wurde festgestellt, dass dieses Betreuungsmodell immer mehr zum Regelfall zu werden scheint, sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.<sup>78</sup> In den neusten Urteilen setzt sich das Bundesgericht einerseits mit dem Begriff der alternierenden Obhut auseinander – in Abgrenzung von einem blosen Besuchsrecht – und andererseits mit deren Folgen für die Festlegung des Wohnsitzes und die Erziehungsgutschriften der AHV.

#### 5.1.2. Begriff der alternierenden Obhut

[77] BGE 147 III 121 (= Urteil 5A\_139/2020 vom 26. November 2020) klärt zunächst die Begrifflichkeiten im Kontext der verschiedenen Betreuungsformen. Vor der Revision des Kindesrechts umfasste der Begriff der «Obhut» zweierlei, nämlich «einerseits die rechtliche Obhut als

---

<sup>74</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_686/2020 vom 28. Oktober 2020 E. 2.2.

<sup>75</sup> a.a.O., E. 2.2.

<sup>76</sup> a.a.O., E. 2.3.2.

<sup>77</sup> a.a.O., E. 3.

<sup>78</sup> Siehe dazu AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 1. März 2021, Rz. 81 ff.

das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (...). Andererseits wurde darunter die sog. faktische Obhut verstanden im Sinne des tatsächlichen Zusammenlebens mit dem Kind in einer häuslichen Gemeinschaft (vgl. Art. 301 Abs. 3 ZGB). Der Begriff der Obhut hat damit einen inhaltlichen Wandel erfahren und beschränkt sich auf die faktische Obhut («garde de fait»), d.h. auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dessen Pflege und laufender Erziehung (...).»<sup>79</sup> Wenn beide Eltern **in ähnlichem Umfang** an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, dann ist diese Betreuungsregelung als **alternierende Obhut** zu bezeichnen.<sup>80</sup>

[78] Konkret ging es um einen Fall, bei dem das Scheidungsgericht die Kinder unter die Obhut der Mutter gestellt hatte. Gleichzeitig wurde dem Vater ein derart weitgehendes Besuchsrecht zugestanden, dass die Betreuungsanteile der beiden Elternteile fast identisch waren. Der Vater setzte vor Bundesgericht erfolgreich durch, dass seine Betreuung nicht bloss als Besuchsrecht, sondern als alternierende Obhut bezeichnet wird. Der Antrag auf eine solche «Umbenennung» der Betreuungsregelung setzt, so das Bundesgericht, nicht den Nachweis eines spezifischen Interesses voraus. Liegt eine alternierende Obhut vor, so sind in der Folge die «Betreuungsanteile» zu regeln, der Begriff des Besuchsrechts entfällt.

### 5.1.3. Alternierende Obhut oder Besuchsrecht?

[79] Im Urteil 5A\_67/2021 vom 31. August 2021 bestätigt und verdeutlicht das Bundesgericht, dass die **alternierende Obhut keine hälfte Betreuung voraussetzt**: Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB bzw. Art. 298b Abs. 3<sup>ter</sup> ZGB gelangen «nicht nur dann zur Anwendung, wenn ein Elternteil gegen den Willen des anderen vor Gericht eine (ungefähr) hälfte Betreuung erreichen will. Die Vorschrift gilt allgemein und insbesondere auch dann, wenn ein Elternteil sein Kind auch unter der Woche betreuen möchte, anstatt es nur übers Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen. Denn in diesem Fall dreht sich der Streit nicht mehr nur um den persönlichen Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils mit dem Kind (Art. 273 Abs. 1 ZGB), sondern um Betreuungsanteile im Sinne von Art. 298b Abs. 3<sup>ter</sup> ZGB, mithin um die Obhut selbst (...). Ist ein Elternteil an der Betreuung der Kinder massgeblich beteiligt, so hat das Gericht auch im Urteilsspruch als Betreuungsform grundsätzlich die alternierende Obhut anzuordnen (...).»<sup>81</sup>

[80] Das Bundesgericht wiederholt anschliessend die bereits bekannten **Kritierien**, an denen sich misst, ob eine alternierende Obhut überhaupt in Frage kommt.<sup>82</sup> Insofern ist einzig daran zu erinnern, dass nach der jüngsten Rechtsprechung die **Möglichkeit persönlicher Betreuung** nur dann relevant ist, «falls eine persönliche Betreuung aufgrund spezifischer Bedürfnisse des Kindes erforderlich erscheint oder ein Elternteil selbst in Randzeiten nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (...).»<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_139/2020 vom 26. November 2020 E. 3.2.2.

<sup>80</sup> a.a.O., E. 3.2.3.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_67/2021 vom 31. August 2021 E. 3.1.2, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; fast identisch lautet die Formulierung im Urteil des Bundesgerichts 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021 E. 3.1.2.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_67/2021 vom 31. August 2021 E. 3.1.3, mit Hinweis auf BGE 142 III 612; ferner Urteil des Bundesgerichts 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021 E. 3.1.3.

<sup>83</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_67/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.2. m.w.H. Siehe dazu allerdings auch das Urteil des Bundesgerichts 5A\_648/2020 vom 12. Juli 2021 wo – jedenfalls für jüngere Kinder – die Möglichkeit persönlicher Betreuung doch von Relevanz zu sein scheint.

[81] In den folgenden bündesgerichtlichen Erwägungen bestätigt sich die Tendenz der jüngsten Rechtsprechung, die **alternierende Obhut als Regel** und ein Absehen davon als begründungspflichtig zu beurteilen. Im Ergebnis scheiterte der Beschwerdeführer allerdings, dies primär mit Blick auf das wichtige Kriterium der Kontinuität, hatte doch die Erziehungs- und Betreuungsverantwortung für die Tochter seit deren Geburt ausschliesslich bei der Mutter gelegen und befand sich die Beziehung zum Vater erst im Aufbau.

#### 5.1.4. Erziehungsgutschriften bei alternierender Obhut

[82] Wird eine alternierende Obhut angeordnet, ist im Entscheid zu klären, wem die **Erziehungsgutschriften** angerechnet werden. Auch dazu äussert sich der bereits erwähnte **BGE 147 III 121** (= Urteil 5A\_139/2020 vom 26. November 2020). Bei alternierender Obhut erfolgt die Anrechnung gemäss Art. 52<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 2 AHVV bei beiden Elternteilen hälftig, selbst wenn die Betreuung nicht exakt gleichmässig erfolgt. Sofern sich die Parteien nicht auf eine andere Aufteilung der Erziehungsgutschriften geeinigt haben, hat das Gericht insofern kein Ermessen. Immerhin ist auch der Zweck der Erziehungsgutschriften im Auge zu behalten, «nämlich trotz der Kinderbetreuung den Aufbau einer Altersvorsorge zu ermöglichen».<sup>84</sup> Daraus ist wohl, auch wenn das Bundesgericht dies nicht so explizit formuliert, zu schliessen, dass immer dann, wenn einer der beiden Elternteile durch die Kinderbetreuung in der Erwerbstätigkeit erheblich eingeschränkt ist, auch bei Anordnung der alternierenden Obhut eine nicht hälftige Teilung der Erziehungsgutschriften zu erwägen ist.<sup>85</sup>

[83] Das Bundesgericht hat dies in der Berichtsperiode in einem weiteren Entscheid bestätigt, nämlich im **Urteil 5A\_722/2020** vom 13. Juli 2021. Hier wurde dem Vater, der das Kind zu knapp 40% betreute, nicht nur ein Anspruch auf eine als solche bezeichnete alternierende Obhut eingeräumt, sondern auch die Hälfte der Erziehungsgutschriften zugesprochen.<sup>86</sup>

#### 5.1.5. Wohnsitz des Kindes bei alternierender Obhut

[84] Bei alternierender Obhut ist ferner im Entscheid der Wohnsitz des Kindes zu klären. Wie das Bundesgericht im **Urteil 5A\_310/2021** vom 30. April 2021 festhält, nimmt **Art. 25 Abs. 1 ZGB**, der sich zum abgeleiteten Wohnsitz des Kindes äussert, nur im Falle der **Alleinobhut** explizit auf die Obhut als Anknüpfungspunkt Bezug. Dies hat zur Folge, dass bei einer alternierenden Obhut der Wohnsitz im Streitfall durch das Gericht oder die KESB festzulegen ist. Ausschlaggebend für die behördliche bzw. **gerichtliche Fixierung des Wohnsitzes** ist in solchen Fällen das **Kindeswohl**.

[85] Im zu beurteilenden Sachverhalt hatten die Eltern zum Urteilszeitpunkt in der gleichen Ortschaft ihren Wohnsitz. Zuvor war die Mutter indessen eigenmächtig mit dem Kind dorthin überstiedelt. Der Vater war dann nachgezogen, um die alternierende Obhut weiterhin zu ermöglichen. Unter diesen Umständen ist es sachlich gerechtfertigt, den Wohnsitz beim Vater festzulegen, weil diese Lösung mehr Gewähr für Stabilität bietet.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> BGE 147 III 121 E. 3.4.

<sup>85</sup> Vgl. a.a.O., E. 3.4.

<sup>86</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021 E. 3.6.

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_310/2021 vom 30. April 2021 E. 3.

[86] Der Wohnsitz bleibt trotz der gerichtlichen Festsetzung ein abgeleiteter. Im Entscheid ist daher, wie das Bundesgericht in **BGE 147 III 121** (= Urteil 5A\_139/2020 vom 26. November 2020) klarstellt, nicht der konkrete Wohnort des Kindes zu benennen, sondern es ist zu klären, **bei welchem Elternteil** das Kind seinen Wohnsitz hat. Dies gilt auch dann, wenn zum Urteilszeitpunkt beide Eltern ihren Wohnsitz in der gleichen Ortschaft haben.<sup>88</sup>

## 5.2. Besuchsrecht

### 5.2.1. Besuchsrecht der eingetragenen Partnerin?

[87] Mit **BGE 147 III 209** (= Urteil 5A\_755/2020 vom 16. März 2021) befasst sich das Bundesgericht mit einem Besuchsrecht im Kontext einer eingetragenen Partnerschaft. Die Partnerschaft von A. und B. war im Jahr 2015 begründet worden. Nach künstlichen Befruchtungen im Ausland brachte B. im Jahr 2016 ein Kind und im Jahr 2017 Zwillinge zur Welt. Das Zusammenleben der Partnerinnen wurde im Jahr 2018 beendet. Daraufhin beantragte A. ein Besuchsrecht betreffend die drei Kinder. Die zuständige Kinderschutzbehörde bejahte ein Besuchsrecht, die Genfer Cour de Justice hob diesen Entscheid allerdings auf. A. wandte sich daher an das Bundesgericht.

[88] Da A. nicht rechtlicher Elternteil des Kindes ist, kann sie sich nicht auf Art. 273 ZGB berufen. Als Rechtsgrundlage kommt einzig **Art. 274a ZGB** in Frage, der für die Einräumung eines Besuchsrechts nach dem Gesetzeswortlaut zunächst einmal «ausserordentliche Umstände» voraussetzt.<sup>89</sup> Vor allem aber muss am Besuchsrecht ein Interesse des Kindes bestehen: Es reicht nicht aus, dass der Umgang dem Kind nicht schadet, er muss vielmehr **dem Kindeswohl dienen**. Nur das Interesse des Kindes ist für den Entscheid relevant, unter Ausschluss des Interesses der Person, die das Besuchsrecht verlangt.<sup>90</sup>

[89] Bei gleichgeschlechtlichen Paaren kann das Besuchsrecht insbesondere dann dem Kindeswohl dienen, wenn das Kind eine intensive Beziehung zum Partner bzw. zur Partnerin des Vaters bzw. der Mutter aufgebaut hat und die Aufrechterhaltung dieser Beziehung in seinem Interesse liegt.<sup>91</sup> Die Genfer Cour de Justice war insofern von falschen Kriterien ausgegangen und muss die entscheidrelevanten Faktoren nun noch abklären.

[90] Ergänzend ist beizufügen, dass immer dann, wenn ein **rechtliches Kindesverhältnis** vorliegt, selbstverständlich auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren die normalen Regeln betreffend das Eltern-Kind-Verhältnis gelten. Dies kann nach geltendem Recht nach einer Adoption bzw. Stiefkindadoption zutreffen, nach neuem Recht, d.h. ab Inkrafttreten der Gesetzesbestimmungen zur «Ehe für alle» am 1. Juli 2022, wird das Kindesverhältnis der Ehefrau der Geburtsmutter nach einem fortspflanzungsmedizinischen Verfahren direkt begründet (nArt. 255a ZGB).

---

<sup>88</sup> BGE 147 III 121 E. 3.2.3.

<sup>89</sup> BGE 147 III 209 E. 5.1. mit Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung dazu, in welchen Konstellationen solche ausserordentlichen Umstände bejaht werden.

<sup>90</sup> a.a.O., E. 5.2.

<sup>91</sup> a.a.O., E. 5.2.

### 5.2.2. Umfang des Besuchsrechts

[91] Einmal mehr<sup>92</sup> erinnert das Bundesgericht im **Urteil 5A\_290/2020** vom 8. Dezember 2020 daran, dass der Umfang des Besuchsrechts sich an den konkreten Umständen des Einzelfalls ausrichten muss und Willkür vorliegt, wenn ein Entscheid nur mit der üblichen Praxis begründet wird, obschon «die Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge springen (...).»<sup>93</sup> Zudem ist für das Besuchsrecht oder dessen Ausdehnung kein «vertieftes Einvernehmen» der Eltern erforderlich, wie dies von der Vorinstanz verlangt worden war.<sup>94</sup>

[92] Für die **Ausgestaltung des Besuchsrechts im Einzelfall** ist das Alter des Kindes von entscheidender Bedeutung, u.a. deshalb, weil das Zeitgefühl bei einem Kleinkind anders ist und längere Abstände zur Ungewissheit darüber führen können, ob sie den besuchsberechtigten Elternteil wiedersehen werden.<sup>95</sup> Ferner sind die Bindung an einen Elternteil, die Intensität der Beziehung zum Besuchsberechtigten, die vor der Trennung gelebte Betreuung, die räumlichen Gegebenheiten und zeitlichen Verfügbarkeiten zu berücksichtigen. Schliesslich ist das Verhältnis zwischen den Eltern «für die Umsetzung und namentlich auch den Detaillierungsgrad der Regelung» wichtig.<sup>96</sup>

[93] Konkret ging es um ein Kind, das zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils ungefähr ein Jahr alt war. Die Eltern waren unverheiratet und lebten getrennt. Bei einem Kleinkind sind, wie das Bundesgericht festhält, zwei halbe Tage pro Monat ohne Ferienrecht ein Minimum, das sich auf Grund der konkreten Umstände rechtfertigen muss. Gleches gilt für ein Besuchsrecht bei Schulkindern von zwei Wochenenden und zwei bis drei Wochen Ferien im Jahr.<sup>97</sup>

### 5.2.3. Erzwungene Erinnerungskontakte bei fehlendem Besuchsrecht?

[94] Mit sehr viel älteren, nämlich im Jahr 2004 und 2006 geborenen Kindern, befasst sich das **Urteil 5A\_647/2020** vom 16. Februar 2021. Das Besuchsrecht des Vaters war nach der Scheidung der Eltern konfliktreich (mit mehreren Zivil- und Strafverfahren zwischen den Eltern) und wurde seit 2015 von den Kindern verweigert. Ein Begehrn des Vaters um Vollstreckung des Besuchsrechts wurde abgewiesen. Er verlangte daraufhin bis vor Bundesgericht wenigstens die Anordnung von halbjährlichen Erinnerungskontakten, die mit der Strafandrohung von Art. 292 StGB gegenüber der Mutter für den Fall der Verweigerung der Mitwirkung zu verbinden seien.

[95] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht davon aus, dass es «zwar nicht im freien Belieben des Kindes (steht), ob es persönliche Kontakte zum nicht obhutsberechtigten Elternteil pflegt oder nicht (...).» Dennoch ist ein **gegen den Widerstand des urteilsfähigen Kindes erzwungener Besuchskontakt** mit dem Zweck des Umgangsrechts regelmässig nicht zu vereinbaren, weshalb «der Kindeswille, sofern er autonom gebildet wurde, letztlich respektiert werden soll (...).»<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> Dazu u.a. schon BGE 142 III 481 E. 2.7.

<sup>93</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_290/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 2.2. und 3.2.

<sup>94</sup> a.a.O. E. 3.3.

<sup>95</sup> a.a.O., E. 2.3. und 3.3.4.

<sup>96</sup> a.a.O., E. 2.3.

<sup>97</sup> a.a.O., E. 3.2.

<sup>98</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_647/2020 vom 16. Februar 2021 E. 2.5.1. m.w.H.

[96] Demgegenüber hat der **Erinnerungskontakt eine andere Funktion** als das Besuchsrecht: «Richtig verstanden dienen Erinnerungskontakte einerseits der Verhinderung von pathogenen Spaltungsvorgängen, wo das Kind den Elternteil aus seinem Bewusstsein verbannt, und anderseits der Verhinderung der Verinnerlichung von irrealen Annahmen über den getrennt lebenden Elternteil. Es geht also darum, dem sich entwickelnden Kind zu ermöglichen, sein möglicherweise nicht eigenes Bild seines Elternteils in regelmässigen Abständen einer Überprüfung zu unterziehen (...).»<sup>99</sup>

[97] In der Lehre ist umstritten, ob **erzwungene Erinnerungskontakte** dem Kindeswohl dienlich sind.<sup>100</sup> Daher konnte der Vorinstanz keine bundesrechtswidrige Ermessensausübung vorgeworfen werden, wenn es im konkreten Fall keine Erinnerungskontakte angeordnet hatte. Dennoch ermahnt das Bundesgericht die Kinder «der guten Ordnung halber» und «in ihrem ureigenen Interesse, ihre Haltung gegenüber ihrem Vater gründlich zu reflektieren». <sup>101</sup>

## 6. Familienrechtliche Verfahren: Einzelfragen

### 6.1. Psychiatrische Begutachtung der Mutter bei Kindeswohlgefährdung

[98] Das Urteil 5A\_343/2020 vom 15. Dezember 2020 betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine psychiatrische Begutachtung der Mutter durchgesetzt werden kann. Im Rahmen eines Scheidungsverfahrens hatte der zuständige Gerichtspräsident ein Erziehungsfähigkeitsgutachten betreffend die Eltern in Auftrag gegeben. Die Gutachter empfahlen die zusätzliche psychiatrische Begutachtung und Beratung der Mutter, worauf der Gerichtspräsident eine entsprechende Anordnung erliess. Dagegen setzte sich die Mutter bis vor Bundesgericht erfolglos zur Wehr.

[99] Wie das Bundesgericht festhält, handelt es sich bei der angeordneten psychiatrischen Begutachtung zwar um einen **Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit** (Art. 10 Abs. 2 BV), der einer gesetzlichen Grundlage bedarf, durch ein öffentliches Interesse bzw. dem Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist und sich als verhältnismässig erweist.<sup>102</sup> Umstritten war vorliegend die Verhältnismässigkeit der Anordnung. Nun obliegt im Scheidungsverfahren dem Gericht «eine **besondere Verantwortung für das Kindeswohl**», weshalb bei «hinreichenden Anhaltspunkten für eine Gefährdung» ein öffentliches Interesse vorliegt.<sup>103</sup> Solche Anhaltspunkte lagen in casu vor, denn der betroffene Knabe hatte aufgrund seines Verhaltens erhebliche schulische Schwierigkeiten, die Zusammenarbeit zwischen den Behörden und der Mutter liess zu wünschen übrig und das Kind befand sich in einem starken Loyalitätskonflikt. Entsprechend war die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen.

---

<sup>99</sup> a.a.O., E. 2.5.2.

<sup>100</sup> Vgl. die Hinweise a.a.O., E. 2.1.2. und 2.5.2.

<sup>101</sup> a.a.O., E. 2.6.

<sup>102</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_343/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 5.1.

<sup>103</sup> a.a.O., E. 5.2. (Hervorhebung hinzugefügt).

## 6.2. Nichtanordnung der Kindesvertretung als Zwischenentscheid

[100] Die **Kindesvertretung i.S.v. Art. 299 Abs. 3 ZPO** auf Antrag des urteilsfähigen Kindes ist nur selten Gegenstand höchstrichterlicher Entscheide. Daher ist es erfreulich, dass das Bundesgericht sich mit **BGE 147 III 451** (= Urteil 5A\_123/2020 vom 7. Oktober 2020) wenigstens mit dem Rechtsmittel befasst, das gegen einen abschlägigen Entscheid ergriffen werden kann.

[101] Das kantonale Urteil erging in einem **Verfahren über vorsorgliche Massnahmen** betreffend die Zuteilung der Obhut an die Mutter unter Vorbehalt eines Besuchsrechts des Vaters. Dabei handelt es sich um eine Zivilsache nicht vermögensrechtlicher Natur, die als Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a **BGG** mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden kann. Der (abgewiesene) Antrag des urteilsfähigen Kindes auf Vertretung in diesem Verfahren beendet zwar die Frage über der Kindesvertretung, nicht aber das familienrechtliche Verfahren als solches. Der abschlägige Entscheid bewirkt sodann beim Kind einen **nicht wiedergutzumachenden Nachteil**. Entsprechend folgt der Antrag des Kindes dem Rechtsweg der Hauptsache, was bedeutet, dass die **Beschwerde in Zivilsachen**, nicht aber die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu ergreifen ist.

[102] In der Sache war die Beschwerde abzuweisen, primär wegen der zu wenig präzisen Begründung und appellatorischen Vorbringen der Beschwerdeführerin; die entsprechenden Erwägungen finden sich allerdings nur im nicht amtlich publizierten Teil des Urteils.

## 6.3. Prozesskostenvorschuss keine Eintretensvoraussetzung

[103] Das **Urteil 5A\_568/2020** vom 13. September 2021 (zur Publikation vorgesehen) betrifft folgenden Sachverhalt: Der Ehemann hatte auf Scheidung geklagt, worauf ihn das Gericht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an seine Frau in der Höhe von Fr. 5'000 verpflichtete. Als dieser nicht bezahlt wurde, trat das Gericht – nach Säumnisandrohung – auf die Scheidungsklage nicht ein und begründete dies mit Art. 147 **ZPO**. Das Obergericht des Kantons Zürich schützte auf Beschwerde hin den Entscheid, worauf sich der Ehemann mit Erfolg an das Bundesgericht wandte.

[104] Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wurzelt, wie das Bundesgericht in zahlreichen früheren Entscheiden festgehalten hat, im materiellen Recht.<sup>104</sup> Demgegenüber regelt Art. 147 **ZPO** die Säumnis bei nicht fristgerechter Vornahme von Prozesshandlungen. Weil die **provisio ad litem** gerade **keine Prozesshandlung** (im üblichen Sprachgebrauch des Begriffs) ist, muss ein Nichteintretentscheid schon aus diesem Grund ausscheiden. Die prozessualen Folgen des ausbleibenden Vorschusses bestehen allenfalls darin, dass der Gläubiger-Ehegatte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat.<sup>105</sup>

[105] Zudem wäre – selbst wenn es sich um eine Säumnis i.S.v. Art. 147 Abs. 1 **ZPO** handeln würde – die Rechtsfolge gemäss Art. 147 Abs. 2 **ZPO** grundsätzlich die Fortführung des Prozesses ohne die versäumte Handlung. Für die Auffassung, dass die Nichteistung eines ehrenrechtlichen Prozesskostenvorschusses an den Ehegatten einen Nichteintretentscheid begründen könnte, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Die Argumentation, dass es sich um eine **ungeschrie-**

---

<sup>104</sup> Exemplarisch: BGE 146 III 203 E. 6.3.

<sup>105</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_568/2020 vom 13. September 2021 (zur Publikation vorgesehen) E. 3.1.

**bene Prozessvoraussetzung** handeln könnte, lehnt das Bundesgericht ab.<sup>106</sup> Dies u.a. deshalb, weil es «einer Grundwertung des Scheidungsverfahrensrechts widersprechen» würde, die Zahlung des Prozesskostenvorschusses zur Prozessvoraussetzung zu machen.<sup>107</sup>

#### 6.4. Anspruch auf Teilurteil im Scheidungspunkt

[106] In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das Bundesgericht unter gewissen Voraussetzungen eine **Abweichung vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils** unter gewissen Voraussetzungen zugelassen und insbesondere aus erbrechtlichen Überlegungen und im Hinblick auf eine Wiederverheiratung einem Ehegatten einen Anspruch auf ein Teilurteil im Scheidungspunkt eingeräumt.<sup>108</sup> Das Urteil 5A\_679/2020 vom 1. Juli 2021 gibt Anlass dazu, die Voraussetzungen des Teilurteils in Erinnerung zu rufen. Grundsätzlich gilt: Entweder müssen beide Ehegatten mit dem Teilurteil einverstanden sein oder das Interesse des einen Ehegatten an einem Teilurteil überwiegt das Interesse des anderen Ehegatten an einem gleichzeitigen Entscheid über Scheidung und Scheidungsfolgen.

[107] Im konkreten Fall war «der Scheidungsgrund liquid und unbestritten».<sup>109</sup> Mit einem raschen Abschluss des bereits vier Jahre dauernden Verfahrens war nicht zu rechnen. Auf Seiten des Ehemannes war von einem Interesse an Nachlassplanung auszugehen. Das genügte der Vorinstanz als Grund für ein Teilurteil und das Bundesgericht schliesst sich dieser Einschätzung an. Es ist allerdings nicht zu erkennen, dass der vorliegende Sachverhalt erheblich weiter geht als die bisherigen Entscheide zum Thema. Der Ehemann hatte Jahrgang 1967 und eine Wiederverheiratung war offenbar nicht absehbar. Dass unter diesen Umständen der Anspruch auf ein Teilurteil bejaht wird, ist eine Weiterentwicklung der Praxis.

[108] Merke: Nach Inkrafttreten der **Ebrechtsrevision** am 1. Januar 2023 wird bei liquidem Scheidungspunkt bereits mit der Einleitung der Scheidungsklage der **Pflichtteilsanspruch des Ehegatten** entfallen (nArt. 472 ZGB). Zudem werden auch ehe- und erbvertragliche Begünstigungen des überlebenden Ehegatten wirkungslos (nArt. 120 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB, nArt. 217 Abs. 2 ZGB, nArt. 241 Abs. 4 ZGB). Daher muss offen bleiben, ob die soeben zitierte Rechtsprechung unter dem revidierten Recht Bestand haben kann, ist doch das Interesse an einem Teilurteil nicht mehr mit dem Anliegen der Nachlassplanung zu begründen.

### 7. Erwachsenenschutzrecht

#### 7.1. Vorsorgeauftrag: Nichtvalidierung bei innerfamiliären Spannungen

[109] Dem Urteil 5A\_874/2020 vom 22. Juni 2021 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Wenige Wochen nach der Eröffnung eines Erwachsenenschutzverfahrens nach Eingang einer Gefährdungsmeldung errichtete die betroffene Person einen Vorsorgeauftrag, mit dem sie eine ihrer Töchter als Vorsorgebeauftragte für die Personen- und Vermögenssorge sowie für den Rechtsver-

---

<sup>106</sup> a.a.O., E. 3.2.

<sup>107</sup> a.a.O. E. 3.2. m.H. auf Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO.

<sup>108</sup> Siehe dazu insbes. BGE 144 III 298.

<sup>109</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_679/2020 vom 1. Juli 2021 E. 2.4.

kehr bezeichnete. In der Folge verzichtete die Erwachsenenschutzbehörde aufgrund des Subsidiaritätsprinzips auf behördliche Massnahmen. Knapp zwei Jahre später erfolgten erneut Abklärungen aufgrund einer neuerlichen Gefährdungsmeldung einer anderen Tochter der Betroffenen. Die KESB stellte dabei fest, der erwähnte Vorsorgeauftrag sei nicht gültig errichtet worden. Sie ordnete zudem eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung an unter Beschränkung des Zugriffs der betroffenen Person auf sämtliche Konto- und Depotbeziehungen. Es wurde ein Berufsbeistand ernannt. Gegen diesen Entscheid er hob die als Vorsorgebeauftragte bezeichnete Tochter Beschwerde, wobei sie die Validierung des Vorsorgeauftrages und ein Absehen von weiteren erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen verlangte. Ihr Rechtsmittel blieb erfolglos, ebenso die gegen den Entscheid des Kantonsgerichts erhobene Beschwerde in Zivilsachen.

[110] Die **Beschwerdelegitimation** ist zwar gegeben, da der Tochter durch die Nichtvalidierung des Vorsorgeauftrages verwehrt bleibt, als Vorsorgebeauftragte für ihre Mutter sorgen zu können.<sup>110</sup>

[111] Im Zentrum der Erwägungen sowohl der kantonalen Vorinstanz wie auch des Bundesgerichts steht die Frage der **Eignung der Vorsorgebeauftragten i.S.v. Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB**. Diese misst sich an verschiedenen Kriterien.<sup>111</sup> Im konkreten Fall bestanden schwere innerfamiliäre Konflikte. Zwischen den beiden Töchtern der betroffenen Frau war kein Austausch mehr möglich; die als Vorsorgebeauftragte eingesetzte Tochter nahm, so die Einschätzung der abklärenden Sozialarbeiterin, keine Rücksicht auf die Anliegen und Wünsche der anderen Familienmitglieder, namentlich auch des Ehemannes der Betroffenen. Die starke Zerstrittenheit der Schwestern und die dadurch verursachten emotionalen Turbulenzen bedeuteten zudem für die Betroffene eine Belastung und führten zu einer Verschlimmerung des Krankheitsverlaufs. Aus diesem Grund fehlte es an der Eignung der Schwester. Das Bundesgericht schliesst sich der Einschätzung der Vorinstanz an. Zu betonen ist insbesondere, dass die **Eignungsprüfung** bei der Validierung eines Vorsorgeauftrages **auch das persönliche und familiäre Umfeld** mitberücksichtigen muss und sich nicht auf die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse der eingesetzten Person beschränken kann. Ist zu erwarten, dass die Einsetzung einer Vorsorgebeauftragten aufgrund von Konflikten und Spannungen zur Gefährdung der betroffenen Person führt, so ist die erforderliche Eignung nicht gegeben und, soweit nötig, ein neutraler Beistand einzusetzen.<sup>112</sup>

## 7.2. Vertretungsbeistandschaft; Vertretungsrecht der Ehefrau; Informationsanspruch der Kinder

[112] Auch das **Urteil 5A\_546/2020** vom 21. Juni 2021 ist vor dem Hintergrund schwerster innerfamiliärer Konflikte zu lesen. Zu beurteilen war die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft, die mit der Feststellung verbunden worden war, dass der (frisch angetrauten zweiten) Ehefrau des Betroffenen kein Vertretungsrecht i.S.v. Art. 374 ZGB zukomme. Gegen den Entscheid hatten einerseits der Betroffene und seine Ehefrau Beschwerde in Zivilsachen ergriffen.

---

<sup>110</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_874/2020 vom 22. Juni 2021 E. 1.

<sup>111</sup> Dazu die Erwägungen der Vorinstanz, zusammengefasst: a.a.O., E. 3.

<sup>112</sup> a.a.O., E. 4.

[113] Nach Klärung der Beschwerdelegitimation<sup>113</sup> befasst sich das Bundesgericht mit dem konkreten Sachverhalt. Die Gefährdungsmeldung war von den beiden erwachsenen Kindern aus erster Ehe ausgegangen, die u.a. grössere Geldabflüsse seit der Bekanntschaft mit der zweiten Ehefrau geltend gemacht hatten. Die Vorinstanz hatte dazu erwogen, das **gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten nach Art. 374 ZGB** sei «auf Fälle zugeschnitten, in denen während bestehender Ehedauer der eine Ehegatte urteilsunfähig werde.» Im konkreten Fall sei der Betroffene jedoch «nicht während bestehender Ehe urteilsunfähig geworden, vielmehr habe er seine Fähigkeit, für seine finanziellen Belange eigenverantwortlich zu sorgen, bei Eingehen der Ehe bereits nicht mehr gehabt. Das gesetzliche Vertretungsrecht seiner Ehefrau komme daher nicht zum Tragen.»<sup>114</sup>

[114] Die Beschwerdeführer rügten sowohl das Fehlen eines Sachverständigengutachtens als auch die Beistandschaftserrichtung als solche. Wie das Bundesgericht festhält, ist im Zusammenhang mit der Errichtung einer **Beistandschaft** (anders als bei der fürsorgerischen Unterbringung: dazu Rz. 117 ff.) das **Einholen eines Gutachtens nicht erforderlich**, zumal es sich bei der KESB um eine Fachbehörde handelt und im konkreten Fall ärztliche und behördliche Auskünfte eingeholt worden waren, die eine hinreichende Beurteilung des Schwächezustandes zuließen.<sup>115</sup> Auch die zitierten Feststellungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Vertretungsrecht nach Art. 374 ZGB halten der Kritik der Beschwerdeführer stand.<sup>116</sup> Nicht erfolgversprechend ist sodann im vorliegenden Kontext die Berufung der Beschwerdeführer auf **Art. 166 ZGB**.<sup>117</sup> Den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts ist ergänzend anzufügen, dass diese Gesetzesbestimmung ohnehin – entgegen der missverständlichen Marginalie – nicht ein eigentliches Vertretungsrecht beinhaltet, sondern lediglich die Kreditwürdigkeit eines Ehegatten erhöht, indem die Norm eine solidarische Mithaftung des anderen Ehegatten für bestimmte Geschäfte (insbes. betreffend die laufenden Bedürfnisse der Familie) begründet.<sup>118</sup> Erweist sich die Errichtung einer Beistandschaft als erforderlich, so ist bei einem Familienverhältnis, das äusserst angespannt ist, die Einsetzung einer **neutralen Person als Beistand** sinnvoll.<sup>119</sup>

[115] Strittig war schliesslich die der Beistandin übertragene **Aufgabe, die Kinder** des Betroffenen regelmässig über dessen gesundheitliche Entwicklung und nicht alltägliche Drittkontakte **zu informieren**. Das Obergericht hatte dazu erwogen, dass bis Ende 2018, d.h. bis kurz vor der zweiten Eheschliessung, das Verhältnis der Kinder zum Vater ungetrübt gewesen sei und diese trotz des nunmehr abgebrochenen Kontakts ein legitimes Bedürfnis hätten, über die Befindlichkeit des Vaters Bescheid zu wissen. Eine solche Anordnung stellt aber offenkundig einen Eingriff in die Persönlichkeit und das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** des Betroffenen dar, zumal Gesundheitsdaten datenschutzrechtlich zu den besonders schützenswerten Personendaten

---

<sup>113</sup> Diese kommt auch der Ehefrau zu, der das Vertretungsrecht nach Art. 374 ZGB abgesprochen wird: Urteil des Bundesgerichts 5A\_546/2020 vom 21. Juni 2021 E. 1.3.

<sup>114</sup> a.a.O., E. 3.1.

<sup>115</sup> a.a.O., E. 3.2.2.

<sup>116</sup> a.a.O., E. 3.3.; siehe dazu indessen die berechtigte Kritik von MEIER/HÄBERLI, ZKE 2021, S. 440, wonach ein förmlicher Entzug der Vertretungsbefugnisse nach Art. 376 Abs. 2 ZGB vorzugswürdig gewesen wäre.

<sup>117</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_546/2020 vom 21. Juni 2021 E. 3.4.

<sup>118</sup> Dazu u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, Rz. 8.74.

<sup>119</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_546/2020 vom 21. Juni 2021 E. 3.5.2.

zählen. Eine Einwilligung des Betroffenen, der diesbezüglich als urteilsfähig erachtet wird,<sup>120</sup> lag nicht vor. Wie das Bundesgericht mit Recht feststellt, fehlt überdies eine gesetzliche Grundlage für die Informationspflicht. Obschon nachvollziehbar ist, dass die Kinder ein Mindestmass an Informationen wünschen, ist die entsprechende Anordnung der Vorinstanz rechtlich nicht haltbar.

[116] Dem Bundesgericht ist im Ergebnis beizupflichten. Die auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz gerichtete Argumentation des Bundesgerichts verfängt nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht. Denn die Anordnung der Vorinstanz betraf nicht direkt das Verhältnis unter Privaten. Vielmehr wurde einer amtlichen Mandatsträgerin ein Informationsauftrag erteilt. Entsprechend steht der **öffentlichrechtliche Persönlichkeitsschutz** zur Diskussion. Eine andere Frage, die vom Bundesgericht gar nicht erst angeschnitten wird, ist, ob bei nachgewiesener Urteilsunfähigkeit ein mutmasslicher Wille des Betroffenen unterstellt werden dürfte, wonach seine Kinder wenigstens über minimale Informationen verfügen sollten, sodass beispielsweise bei einer akuten gesundheitlichen Krise oder in der Sterbephase ein Kontakt bzw. ein Abschiednehmen möglich wäre.

### 7.3. Fürsorgerische Unterbringung: Sachverständigengutachten bei Beschwerde nach ärztlicher Einweisung

[117] Das Urteil 5A\_640/2021 vom 13. Oktober 2021 betrifft eine ärztlich angeordnete fürsorgerische Unterbringung für die Dauer von sechs Wochen. Gegen den Unterbringungsentscheid hatte die betroffene Person das Obergericht des Kantons Bern angerufen, das seine Beschwerde allerdings abgewiesen hatte. Erfolgreich war der Beschwerdeführer hingegen vor Bundesgericht. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde in Zivilsachen ein, obschon zum Zeitpunkt des Entscheids die Unterbringung bereits beendet und der Betroffene entlassen war. Der Beschwerdeführer konnte nämlich ein «virtuelles Interesse» geltend machen, da eine rechtzeitige Überprüfung der gestellten Rechtsfrage bei den von Gesetzes wegen nur auf kurze Frist angelegten ärztlichen Unterbringungen kaum möglich wäre.<sup>121</sup>

[118] Die konkret aufgeworfene Rechtsfrage, die das Bundesgericht anschliessend beantwortet, betrifft das Erfordernis einer **Sachverständigenbegutachtung**. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass die Bestimmung von Art. 450e Abs. 3 ZGB, wonach bei psychischen Störungen gestützt auf das Gutachten einer sachverständigen Person entschieden werden muss, **bei ärztlichen fürsorgerischen Unterbringungen** nicht anwendbar sei. Das Bundesgericht zerlegt die Argumentation:

[119] Erstens einmal kann die Beurteilung durch eine Fachrichterin den Bezug eines unabhängigen Gutachters nicht ersetzen<sup>122</sup>; an dieser Rechtsauffassung hält das Bundesgericht auch unter Berücksichtigung einer neueren Lehrmeinung fest. Zweitens ist der Wortlaut von Art. 439 Abs. 3 ZGB, wonach bei der ärztlich angeordneten Unterbringung die Bestimmungen zum Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz «sinngemäß» anwendbar seien, nicht so zu verstehen, dass auf ein Gutachten i.S.v. Art. 450e Abs. 3 ZGB verzichtet werden könnte. Auch dies hat das Bundesgericht schon früher entschieden.<sup>123</sup> Einen triftigen Grund für ein Zurückkommen auf

---

<sup>120</sup> a.a.O., E. 4.4.

<sup>121</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_640/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 1.2.

<sup>122</sup> a.a.O., E. 2.3.2, mit Hinweis auf BGE 140 III 105 E. 2.7.

<sup>123</sup> a.a.O., E. 2.3.3, mit Hinweis auf BGE 143 III 189 E. 3.2.

die bisherige Praxis sieht das Bundesgericht nicht.<sup>124</sup> Dafür wären bekanntlich ernsthafte sachliche Gründe nötig, die hier nicht vorliegen. Vielmehr kann sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf die Gesetzesmaterialien abstützen.<sup>125</sup> Zudem gibt es gute Gründe, weshalb ein Sachverständigengutachten zwar im Kontext des Unterbringungsentscheides (der i.d.R. durch die KESB erfolgt) nicht erforderlich ist, wohl aber bei einer Überprüfung des Unterbringungsentscheids durch ein Gericht.<sup>126</sup> Auch die knappe Bearbeitungsfrist, wonach das Gericht in der Regel innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde entscheiden muss (Art. 450e Abs. 5 ZGB), rechtfertigt nicht einen Verzicht auf die Begutachtung durch eine gerichtsunabhängige Person – zumal das Beschleunigungsgebot nicht nur bei ärztlicher Unterbringung, sondern auch bei Entscheiden der KESB gilt.<sup>127</sup> Entsprechend erwies sich die Beschwerde in Zivilsachen als begründet.

[120] Der Entscheid ist in seiner Deutlichkeit und Klarheit zu begrüßen: Die Fürsorgerische Unterbringung ist ein ausgesprochen einschneidender Entscheid. Bei vielen Betroffenen kommt es zu wiederholten Einweisungen, nicht selten durch eine Ärztin oder einen Arzt, wobei in gewissen Kantonen kein bestimmter Facharzttitel vorgeschrieben ist. Umso wichtiger ist die Möglichkeit einer Überprüfung des Unterbringungsentscheids in einem Verfahren, das alle gesetzlichen (Minimal)Vorgaben von Art. 450e ZGB strikt respektiert und in das die nötige Sachkunde einfliessst.

#### 7.4. Zwangsernährung bei Anorexie

[121] Das Urteil 5A\_1021/2021 vom 17. Dezember 2021 betrifft eine Behandlung ohne Zustimmung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung. Die im Jahr 2003 geborene A leidet seit dem 11. Lebensjahr an einer chronischen langandauernden «Anorexia nervosa». Aufgrund einer Gefährdungsmeldung des behandelnden Spitals ordnete die zuständige KESB eine fürsorgerische Unterbringung an. Daraufhin wurde durch den Chefarzt der Klinik angesichts der akut drohenden schweren Gesundheitsschädigungen eine **Zwangsernährung über eine Sonde** in Magen oder Dünndarm angeordnet, soweit nötig **unter physikalischer Fixierung oder medikamentöser Ruhestellung** der Patientin. Auf Beschwerde hin wurde die Anordnung bestätigt, aber auf maximal 12 Wochen bzw. bis zum Erreichen eines BMI von 13 befristet.

[122] Die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen bleibt erfolglos. Das Bundesgericht prüft zunächst einmal die **Geeignetheit** der Zwangsernährung, bestritt die Beschwerdeführerin doch deren mittel- und langfristigen Nutzen. Dieser wird in der medizinischen Literatur kontrovers diskutiert, indessen musste das Bundesgericht sich nicht im Einzelnen darauf einlassen, weil die Schlüssigkeit des Gutachtens, auf das sich die Vorinstanz gestützt hatte, sowie die Argumentation des Kanton Gerichts zu wenig substantiiert bestritten worden waren.<sup>128</sup>

[123] Auch mit dem Argument, die Massnahme sei **in sachlicher Hinsicht nicht erforderlich**, unterlag die Beschwerdeführerin. Medizinische Zwangsmassnahmen nach Art. 434 Abs. 1 ZGB

---

<sup>124</sup> a.a.O., E. 2.4.

<sup>125</sup> a.a.O., E. 2.4.2.

<sup>126</sup> a.a.O., E. 2.4.3.

<sup>127</sup> a.a.O., E. 2.4.4.

<sup>128</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_1021/2021 vom 17. Dezember 2021 E. 5.2.3.

sind nicht erst bzw. nur dann zulässig, wenn unmittelbar eine akute Lebensgefahr droht.<sup>129</sup> Die Vorinstanz musste sich überdies nicht vorwerfen lassen, die Risiken und Nebenwirkungen zu wenig berücksichtigt zu haben,<sup>130</sup> zumal der Beschwerdeführerin ohne die angeordnete Massnahme der Tod drohte.

[124] Ferner stützt das Bundesgericht die Argumentation der Vorinstanz auch dahingehend, dass die **Verhältnismässigkeit i.e.S.** gegeben sei, dies insbesondere auch mit Bezug auf eine allfällige Fixierung oder medikamentöse Ruhigstellung.<sup>131</sup> Darin liegt keine Verletzung von Art. 3 EMRK und der vorliegende Fall sei, so das Bundesgericht, nicht mit den Fällen von Gefangenen im Hungerstreik vergleichbar: «Während Urteilsfähige letztlich allein über ihr Leben entscheiden können (vgl. z.B. die Möglichkeit, eine Patientenverfügung im Sinn von Art. 370 f. ZGB zu erlassen, welche alsdann sogar über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus zu beachten ist [Art. 372 Abs. 2 ZGB]), steht der Staat gegenüber einer urteilsunfähigen Person in der Pflicht; er hat sie zu schützen – gegebenenfalls eben auch vor sich selbst (Art. 426 ff. ZGB).»<sup>132</sup>

[125] Es ist auf der menschlichen Ebene sehr gut nachvollziehbar, dass sowohl die involvierten Gesundheitsfachpersonen wie auch die KESB und die Gerichte angesichts der drohenden Gesundheitsschäden und des Todes der jungen, urteilsunfähigen Frau die drastische Massnahme der Zwangsernährung für richtig erachtet haben. Dennoch ist der Entscheid **aus rechtlicher Sicht nicht unproblematisch**. Denn Art. 434 ZGB betrifft, wie die systematische Stellung im Gesetz ebenso deutlich zeigt wie die Marginalie, ausschliesslich die Behandlung psychischer Störungen. Für den Entscheid über andere (somatische) Behandlungen von urteilsunfähigen Personen sind hingegen die in Art. 378 ZGB genannten Vertretungspersonen zuständig. Das Legen einer Magensonde behandelt – mindestens in der laienhaften Vorstellung der Rezensentin – nicht die psychische Störung, nämlich die Anorexia nervosa, als solche. Vielmehr bezweckt die Zwangsernährung die Stabilisierung des physischen Zustands und bildet damit nur die Grundlage dafür, dass (allenfalls) später, nach Erreichen eines Minimalgewichts, die Zwangsstörung therapiert werden kann. Daher wäre nach hier vertretener Auffassung die Frage, wer für den Entscheid betreffend die Magensonde zuständig ist, eine vertiefte Diskussion erforderlich gewesen. Dass die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene Abgrenzung zwischen psychischen und nicht-psychischen (somatischen) Erkrankungen nicht trennscharf gezogen werden kann und in der Praxis nicht selten zu Schwierigkeiten führt, wurde in der Literatur schon verschiedentlich angesprochen<sup>133</sup> und soll hier nicht näher ausgeführt werden.

---

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

---

<sup>129</sup> a.a.O., E. 5.3.2.

<sup>130</sup> a.a.O., E. 5.3.3.

<sup>131</sup> a.a.O., E. 5.6.

<sup>132</sup> a.a.O., E. 5.6.2.

<sup>133</sup> Exemplarisch: GEISER/ETZENBERGER, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N 6 zu Art. 434/435 ZGB.