

Regina Aebi-Müller

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

---

Der vorliegende Beitrag enthält eine Zusammenfassung der wichtigsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht vom 1. Januar 2019 bis Ende Dezember 2019 (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Ziel ist es einmal mehr, dem am Familienrecht interessierten Praktiker einen raschen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis zu bieten. Berücksichtigt wurden alle in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten bzw. zur Publikation vorgesehenen Urteile sowie ausgewählte, nur im Internet zugängliche Entscheide.

---

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Rechtsgebiete: Familienrecht. Ehrerecht; Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitievorschlag: Regina Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 24. Februar 2020

## Inhaltsübersicht

1. Eheschliessung und allgemeine Ehwirkungen (inkl. Eheschutz)
  - a. Ehegattenunterhalt (inkl. Unterhalt während des Scheidungsverfahrens)
    - aa. Verzugszinsen bei familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen erst ab Anhebung der Betreibung
    - bb. Kein Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens
  - b. Kündigung eines auf beide Ehegatten lautenden Mietvertrages; Praxisänderung
  - c. Ehevertrag mit antizipierter Scheidungskonvention
    - aa. Offensichtliche Unangemessenheit einer einmaligen Abfindung
    - bb. Grundsätzliche Zulässigkeit einer antizipierten Scheidungskonvention (?)
  - d. Güterrecht
    - aa. Massenzuordnung von Hypothekarschulden
    - bb. Vorehelich begründete einfache Gesellschaft an einer Liegenschaft
2. Scheidungsnebenfolgen: Vorsorgeausgleich
  - a. Verweigerung der Rententeilung «aus wichtigen Gründen»
  - b. Grosser Altersunterschied als Grund für Abweichen von hälftiger Teilung?
  - c. WEF-Vorbezug und Verkauf der Liegenschaft mit Verlust
  - d. Anpassung einer altrechtlichen Entschädigung an das neue Recht; Rententeilung
  - e. Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils betr. Vorsorge
3. Eheschutz- und Scheidungsverfahren
  - a. Abgrenzung Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren
  - b. Bezifferung des Rechtsbegehrens zum Güterrecht
4. Kindesrecht
  - a. Minderjährigenunterhalt
    - aa. Berechnung des Minderjährigenunterhalts bei alternierender Obhut
    - bb. Hypothetisches Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils; Betreuungsbedarf (Schulstufenregel)
    - cc. Aufteilung des Minderjährigenunterhalts
    - dd. Aufteilung des Barunterhalts nach Erreichen des 16. Altersjahrs des jüngsten Kindes
  - b. Verfahrensfragen
    - aa. Örtliche Zuständigkeit des Gerichts bei selbständiger Schuldneranweisung
    - bb. Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gericht und KESB; Kompetenzattraktion
    - cc. Vertretung des Kindes im selbständigen Unterhaltsprozess; Interessenkollision?
    - dd. Ausnahme von Schlichtungsverhandlung im Kindesunterhaltsprozess
    - ee. Kindesanhörung im Eheschutzverfahren
    - ff. Strenge Untersuchungsmaxime; Berücksichtigung von Beweismitteln
    - gg. Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes bei Wettschlägen der Parteikosten
    - hh. Kein «Vorfahrprivileg» des bevorschussenden Gemeinwesens im Betreibungsverfahren
5. Erwachsenenschutzrecht
  - a. Eignung für das Amt als Beistand
  - b. Wohnungsauflösung; Zustimmung der KESB
  - c. Fremdgefährdung wegen Eigengefährdung reicht nicht für eine FU
  - d. Erwachsenenschutzrechtliches Verfahren, kantonales Recht
    - aa. Zulässigkeit der Anhörung der Wohnsitzgemeinde nach kantonalem Recht, abstrakte Normenkontrolle
    - bb. Gebührenordnung für Beistände nach kantonalem Recht

1. **Eheschliessung und allgemeine Ehewirkungen (inkl. Eheschutz)**
  - a. **Ehegattenunterhalt (inkl. Unterhalt während des Scheidungsverfahrens)**
    - aa. **Verzugszinsen bei familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen erst ab Anhebung der Betreibung**

[1] **BGE 145 III 345** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_579/2018 vom 30. April 2019) hält fest, dass familienrechtliche Unterhaltsbeiträge unter die Renten i.S.v. Art. 105 Abs. 1 OR fallen. Daher sind Verzugszinsen vom Tag der Anhebung der Betreibung an geschuldet. Im Streit standen Unterhaltsbeiträge während des Scheidungsverfahrens, die gemäss rechtskräftigem Urteil «zahlbar monatlich im Voraus» festgesetzt worden waren. Daher ist der Verfalltag jeweils der Monatsanfang, ab diesem Zeitpunkt ist der Unterhaltsschuldner bei Nichtleistung ohne Weiteres und ohne Mahnung in Verzug (a.a.O., E. 4.1). Damit beginnt allerdings nicht auch die Verzugszinspflicht, ist doch, so das Bundesgericht, Art. 105 Abs. 1 OR auf familienrechtliche Unterhaltsbeiträge anwendbar. Entsprechend ist erst ab der **Anhebung der Betreibung** (genauer: mit der Stellung des Betreibungsbegehrens nach Art. 67 f. SchKG) Verzugszins geschuldet (a.a.O., E. 4.2–4.4). Das Bundesgericht schafft mit dem Entscheid Klarheit in einer in Lehre und kantonaler Rechtsprechung umstrittenen Frage.

1. **Kein Vorsorgeunterhalt während des Scheidungsverfahrens**

[2] **BGE 145 III 169** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_14/2019 vom 9. April 2019) klärt die in der Literatur kontroverse Frage, ob während der Dauer des Scheidungsverfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Vorsorgeunterhalt zuzusprechen ist, damit bei langer Verfahrensdauer nicht Vorsorgelücken entstehen. Bekanntlich stellt sich die Frage erst seit der Revision des Vorsorgeausgleichs, denn zuvor erfolgte die Teilung der Austrittsleistungen auf den Zeitpunkt der Scheidung hin, an den gegebenenfalls nahtlos nachehelicher Unterhalt – einschliesslich eines Vorsorgeunterhalts – anschloss. Nach neuem Recht sind nur diejenigen Vorsorgeleistungen zu teilen, die «zwischen dem Eheschluss und der Einleitung des Scheidungsverfahrens akkumuliert worden sind; die während des Scheidungsverfahrens entstandenen zusätzlichen Leistungen verbleiben hingegen neu demjenigen Ehegatten, welcher im betreffenden Arbeitsverhältnis steht.» (a.a.O., E. 3.1).

[3] Die **Vorsorgelücke**, die sich daraus während eines längeren Scheidungsverfahrens ergibt, war Gegenstand der parlamentarischen Diskussionen. Da «dem Parlament die Konsequenzen der Gesetzesänderung bewusst waren» (a.a.O., E. 3.5) verbietet sich nach Auffassung des Bundesgerichts die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit der neuen gesetzlichen Regelung, «sodass kein Raum für richterliche Lückenfüllung verbleibt» (a.a.O., E. 3.5).

[4] Eine andere Frage ist hingegen, ob durch Auslegung der unverändert gebliebenen Normen zum **Ehegattenunterhalt** «die Möglichkeit der Kompensation eines allfälligen Vorsorgedefizites durch Festsetzung von Vorsorgeunterhalt mittels vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens besteht» (a.a.O., E. 3.5). Dass *nachehelich* gestützt auf Art. 125 ZGB Vorsorgeunterhalt zugesprochen werden kann, steht aufgrund der bewussten Wortwahl (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 8 ZGB), die im Zusammenhang mit der Revision des Scheidungsrechts erfolgte, fest. Demgegenüber blieb im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision Art. 163 ZGB, der Grundlage des Unterhaltsanspruchs bis zur Scheidung bildet, unverändert. Für das Bundesgericht ist «entscheidend,

dass Art. 163 ZGB auch im Zusammenhang mit der auf den 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Vorsorgerechtsnovelle unverändert belassen wurde, obwohl dem Parlament die Auswirkungen der Revision bekannt waren» (a.a.O., E. 3.6).

[5] Konkret bedeutet dies, dass der gestützt auf Art. 163 ZGB während des Scheidungsverfahrens vorsorglich zugesprochene Unterhalt auf Verbrauchsunterhalt beschränkt ist: «Es würde Lückenfüllung und nicht bloss Normauslegung bedeuten, wenn in den sich im Wortlaut klar von Art. 125 Abs. 1 ZGB unterscheidenden Gesetzestext von Art. 163 ZGB hineininterpretiert würde, dass der eheliche Unterhalt nebst dem Verbrauchsunterhalt neu auch Vorsorgeunterhalt mitumfasst» (E. 3.6).

[6] Das Urteil wurde in der Lehre kritisch aufgenommen. Der Kritik ist zuzustimmen, ist doch in der Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass der **gebührende Unterhalt** der Familie auch die Vorsorge mit umfasst (exemplarisch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 19 zu Art. 163 ZGB). Weshalb dies nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts anders sein sollte, ist nicht leicht nachzuvollziehen – vor Inkrafttreten der Revision des Vorsorgeausgleichs wurde auf eine Geltendmachung dieses Unterhaltsbestandteils im Scheidungsverfahren allerdings richtigerweise (und nur) deshalb verzichtet, weil die Teilung der Vorsorgeguthaben auf den Scheidungszeitpunkt hin erfolgte.

[7] Tatsächlich führt die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu, dass sich die frühzeitige Einreichung der Scheidungsklage und eine anschliessende **Verzögerung des Scheidungsverfahrens** für den unterhaltpflichtigen Ehegatten finanziell lohnt. Näher zu prüfen (und im Urteil des Bundesgerichts nicht geklärt) ist vor diesem Hintergrund die Frage, ob die Lücke durch entsprechend höheren nachehelichen Unterhalt nach Art. 125 ZGB geschlossen werden kann. Geht man nämlich vom Grundsatz aus, dass nach Auflösung einer lebensprägenden Ehe beide geschiedenen Ehegatten Anspruch auf die Fortführung der während der Ehe gelebten Lebenshaltung haben und führt die während des Scheidungsverfahrens entstandene Vorsorgelücke dazu, dass ein geschiedener Ehegatte mit empfindlich tieferen Altersrenten rechnen muss, so kann dies nach hier vertretener Ansicht dazu führen, dass Unterhalt auch über das Rentenalter hinaus geschuldet ist.

## **b. Kündigung eines auf beide Ehegatten lautenden Mietvertrages; Praxisänderung**

[8] **BGE 145 III 281** (= Urteil des Bundesgerichts 4A\_570/2018 vom 31. Juli 2019) ändert die Rechtsprechung zur Aktivlegitimation betreffend die Anfechtung der vom Vermieter ausgesprochenen Kündigung der Familienwohnung. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Ehegatten waren gemeinsam Mieter der Familienwohnung. Als die Vermieterin, die Mutter des Ehemannes, die Kündigung aussprach, klagte die mittlerweile getrennt von ihrem Ehemann in der Wohnung lebende Ehefrau auf Anfechtung der Kündigung. Der Ehemann wurde in den Prozess nicht einbezogen. Die beiden kantonalen Instanzen bejahten die Aktivlegitimation der Ehefrau und stellten die Missbräuchlichkeit der Kündigung fest.

[9] In seiner bisherigen Praxis hatte das Bundesgericht dafür gehalten, bei **gemeinsamer Miete der Familienwohnung** könne Art. 273a Abs. 1 OR analog angewandt werden. Die genannte Bestimmung erlaubt es dem Ehegatten des Alleinmieters der Familienwohnung, die Kündigung anzufechten oder eine Mieterstreckung zu verlangen. Mit dem vorliegenden Entscheid erfolgt eine **Praxisänderung**: In Weiterentwicklung seiner in BGE 140 III 598 zum Mietrecht etablier-

ten Praxis gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass bei gemeinsamer Miete der Ehegatte bei Uneinigkeit betreffend die Kündigungsanfechtung sowohl den Vermieter wie auch den anderen Ehegatten auf der Passivseite in das Verfahren einbeziehen müsse. Auf eine analoge Anwendung von Art. 273a OR sei der anfechtungswillige Ehegatte, der selber Mieter sei, nämlich nicht angewiesen (a.a.O., E. 3.4).

[10] Die Vermieterin unterlag vor Bundesgericht allerdings dennoch: Ihr Einwand, der Ehemann als Mitmieter hätte ins Verfahren einbezogen werden müssen, erwies sich nämlich aufgrund der sehr spezifischen Umstände als rechtsmissbräuchlich (so die Erwägung 3.5 im nicht amtlich publizierten Teil des Entscheids).

### **c. Ehevertrag mit antizipierter Scheidungskonvention**

#### **aa. Offensichtliche Unangemessenheit einer einmaligen Abfindung**

[11] Im Sachverhalt, der dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_980/2018 vom 5. Juni 2019 zugrunde liegt, hatten die Ehegatten unmittelbar vor der Heirat einen Ehevertrag abgeschlossen. Darin wurde nicht nur Gürtrennung vereinbart, vielmehr finden sich auch Bestimmungen für den Scheidungsfall, insbesondere die Verpflichtung des Ehemannes zur **Leistung einer einmaligen Abfindung** in der Höhe von Fr. 1'200'000 per Saldo aller Ansprüche. Die Ehe wurde nur kurze Zeit gelebt und bereits knapp zwei Jahre nach der Eheschliessung verlangte die Ehefrau die Scheidung. Während die erste Instanz der geschiedenen Ehefrau die erwähnte Summe zusprach, wies das Kantonsgericht den entsprechenden Antrag ab.

[12] Da die streitbetroffene Abfindungsklausel die Folgen der Auflösung der Ehe betrifft, handelt es sich um eine **Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung**, die gemäss Art. 279 ZPO nur genehmigt werden kann, wenn das Gericht sich u.a. davon überzeugt hat, dass sie **nicht offensichtlich unangemessen** ist. Von der Genehmigungspflicht kann auch nicht abgesehen werden, wenn die Vereinbarung vor der Heirat abgeschlossen wurde. Zudem ist die gerichtliche Überprüfung unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ehegatten erforderlich (d.h. auch in «üppigen» Verhältnissen; a.a.O., E. 3).

[13] In der Genehmigungspflicht gelangt nämlich, so das Bundesgericht weiter, der **Schutzgedanke** zum Ausdruck, der gerade bei einer vor der Heirat getroffenen Vereinbarung von erhöhter Bedeutung ist: «Nicht nur dürfte bei den Eheleuten um der angestrebten Ehe willen eher die Bereitschaft zur Nachgiebigkeit bestehen. Vielmehr überblicken sie vor der Ehe die auf den Zeitpunkt der Scheidung abzuschätzenden beidseitigen Bedürfnisse und Ressourcen oft nicht» (a.a.O., E. 3, m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

[14] Mit Bezug auf die **Prüfung der offensichtlichen Unangemessenheit** ist der Vorinstanz zustimmen, die die Abfindung nicht als genehmigungsfähig erachtete. Die hohe Abfindung liess sich nach der kurzen, kinderlosen Ehe weder unter dem Titel Unterhalt noch als güterrechtliche Forderung rechtfertigen.

#### **bb. Grundsätzliche Zulässigkeit einer antizipierten Scheidungskonvention (?)**

[15] Während sich der soeben angesprochene Entscheid interessanterweise überhaupt nicht zur Frage äussert, ob eine **antizipierte, ohne konkreten Scheidungshorizont und allenfalls gar voreheliche Scheidungskonvention zulässig** ist oder nicht, war dies die Kernfrage im Urteil

des Bundesgerichts 5A\_778/2018 vom 23. August 2019 (zur amtlichen Publikation vorgesehen). Auch in diesem Fall hatten die Ehegatten unmittelbar vor der Eheschliessung im Jahr 2008 einen Ehevertrag mit zusätzlichen Vertragsklauseln abgeschlossen. Darin war vorgesehen, dass der Ehemann der Ehefrau im Scheidungsfall nachehelichen Unterhalt von monatlich Fr. 20'000 zu zahlen habe.

[16] Die Ehe blieb kinderlos. Rund zweieinhalb Jahre nach der Heirat reichten die Ehegatten ein gemeinsames Scheidungsbegehrten mit einer kurz zuvor geschlossenen Scheidungskonvention ein. Nachdem die erste Instanz die Scheidung ausgesprochen hatte, wurde das Scheidungsurteil durch die Appellationsinstanz im Frühjahr 2011 aufgehoben. Erst im Herbst 2015 verlangte der Ehemann erneut die Scheidung, wobei nun keine Scheidungskonvention mehr zustande kam.

[17] Die erste Instanz verneinte die Unterhaltpflicht, weil der Ehevertrag gegen Art. 27 ZGB verstossen. Die zweite Instanz gelangte zum selben Ergebnis, allerdings mit anderer Begründung: Das **Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt** (Urteil vom 3. Juli 2018, ZB.2018.5) hielt die vor Eheschluss getroffene Vereinbarung für nicht genehmigungsfähig und damit für wirkungslos. Das Gericht hob dabei insbesondere hervor, dass gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO bei einer Vereinbarung betreffend nachehelichen Unterhalt angegeben werden muss, von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wird. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil andernfalls die gerichtliche Prüfung der Vereinbarung kaum möglich ist. Weil nun aber der Ehevertrag keinerlei Angaben zu Einkommen und Vermögen enthielt und entsprechende Dokumente auch im Scheidungsverfahren nicht eingereicht worden waren, befand das Appellationsgericht, die Vereinbarung sei **offensichtlich nicht genehmigungsfähig**. Damit sei die Zusprechung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages gestützt auf den Ehevertrag ausgeschlossen. Die geschiedene Ehefrau ergriff gegen dieses Urteil mit Erfolg Beschwerde in Zivilsachen.

[18] Das Bundesgericht bestätigt zunächst, dass ein nachehelicher Unterhaltsanspruch in casu wegen fehlender Lebensprägung der Ehe nicht aus Art. 125 ZGB abgeleitet werden könne. Anschliessend geht es auf die Frage ein, ob eine «Abrede über die Scheidungsfolgen, die ohne konkreten Scheidungshorizont geschlossen wurde, überhaupt zulässig ist» (a.a.O., E. 5.5). Es hält fest, dass eine solche **Vertragsabrede** – unter Vorbehalt der späteren Genehmigung durch das Scheidungsgericht – **die Parteien grundsätzlich binde**. Unter (summarischem) Verweis auf die diesbezügliche Literatur gelangt es zum Schluss, dass einer antizipierten Unterhaltsabrede nicht allein unter Hinweis auf Art. 27 ZGB und ohne Prüfung der konkreten Umstände pauschal jegliche Bindungswirkung abgesprochen werden könne (a.a.O., E. 5.5). Obschon die Vereinbarung somit für die Parteien an sich verbindlich ist, verbleibt ihnen die Möglichkeit, dem Gericht die **Nichtgenehmigung zu beantragen**. Dies kann beispielsweise mit einem Willensmangel oder mit Art. 27 ZGB begründet werden (a.a.O., E. 5.6).

[19] Was die vom Appellationsgericht beanstandeten Dokumentationsmängel angeht, so hält das Bundesgericht dafür, dass die **Angaben zu Einkommen und Vermögen** im Hinblick auf die gerichtliche Genehmigung aktuell sein müssen. Es schadet daher nicht, wenn Zahlen zur Situation beim Abschluss der antizipierten Vereinbarung fehlen. Mit Bezug auf das im Scheidungszeitpunkt erzielte Einkommen und das in diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen besteht zudem eine **gerichtliche Fragepflicht**. Das Gericht kann sich daher «nicht darauf beschränken, die Genehmigung der Scheidungsvereinbarung zu verweigern. Vielmehr hat es die Scheidungsvereinbarung zu vervollständigen, indem es die Parteien darauf hinweist und die fraglichen Punkte in seinem Urteil aufführt» (a.a.O., E. 5.6).

[20] Die Beschwerde in Zivilsachen wurde daher gutgeheissen, was indessen nicht direkt zur Zusprache des erwähnten nachehelichen Unterhalts führte. Vielmehr wird die Vorinstanz (nach Klärung des aktuellen Einkommens und Vermögens der Ehegatten) nochmals neu entscheiden müssen, ob die Vereinbarung genehmigungsfähig ist oder nicht.

[21] Der Entscheid ist nach Auffassung der Rezensentin nur schwer mit der sonstigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere zu Art. 27 ZGB, in Einklang zu bringen. Bekanntlich geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung insofern relativ weit, zu erinnern ist etwa an BGE 143 III 480 oder 142 III 746. Mindestens ein deutlicher Hinweis, dass die konkreten Verhältnisse mit Blick auf Art. 27 ZGB durchaus von Bedeutung sind und nicht nur eine offensichtliche Unangemessenheit zu prüfen ist, hätte sich in einem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheid aufgedrängt. Namentlich in weniger rosigen wirtschaftlichen Verhältnissen kann sowohl der voreheliche Verzicht auf nachehelichen Unterhalt wie auch die Verpflichtung zu solchem sehr wohl eine übermässige Bindung mit Blick auf die Zukunftsgestaltung der Betroffenen darstellen – und dies unabhängig von einer offensichtlichen Unangemessenheit. Zudem ist das Bundesgericht an die wenige Monate zuvor gemachte Aussage zur besonderen Schutzbedürftigkeit bei vorehelichen Eheverträgen zu erinnern (vorne, Rz. 13).

[22] Das Urteil wurde (nach hier vertretener Auffassung mit Recht) kritisch besprochen von GEISER, in: Jusletter 4. November 2019; zustimmend hingegen JUNGO/ARNDT, in: Jusletter 9. Dezember 2019.

## d. Güterrecht

### aa. Massenzuordnung von Hypothekarschulden

[23] Gemäss Art. 209 Abs. 2 ZGB belasten Schulden diejenige Vermögensmasse, mit welcher sie sachlich zusammenhängen. Bei **Hypothekarschulden** erfolgt allerdings stets eine Zuordnung zu derjenigen **Masse, der die belastete Liegenschaft angehört**. Dies gilt unabhängig davon, wie die grundpfandlich gesicherten Fremdmittel dann tatsächlich verwendet wurden. Dies hält das Urteil des Bundesgerichts 5A\_739/2018 vom 9. Dezember 2019 in Bestätigung der Rechtsprechung fest. Unmassgeblich blieb somit, dass der Ehemann die Hypothek erhöht hatte, um andere Vermögenswerte als die Liegenschaft (nämlich ein Auto und einen Kleiderladen) zu finanzieren.

### bb. Vorehelich begründete einfache Gesellschaft an einer Liegenschaft

[24] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_881/2018 vom 19. Juni 2019 befasst sich mit einem im Scheidungsstreit befindlichen Ehepaar, das drei Jahre vor der Eheschliessung ein Einfamilienhaus gebaut und bezogen hatte. Der Mann war als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen worden, was gemäss den Behauptungen der Ehefrau auf ihre schwedische Staatsbürgerschaft und die damit verbundenen Erwerbsbeschränkungen zurückzuführen war. Nachgewiesenermassen hatten beide Partner Arbeit und Geld in die Liegenschaft investiert. Anlässlich der Eheauflösung blieb allerdings strittig, ob die Frau lediglich Anspruch auf eine Rückerstattung eines vorehelich gewährten Darlehens oder aber Anteil am (erheblichen) Mehrwert der Liegenschaft haben sollte.

[25] Das Bundesgericht nutzt die Gelegenheit, um ausführlich zu den mit einem Liegenschaftserwerb verbundenen Möglichkeiten der einfachen Gesellschaft Stellung zu nehmen. Dabei ist insbesondere wesentlich, in welcher Form die **Beitragsleistung** erfolgt: Der Beitrag jedes Gesell-

schafters kann erstens als Sacheinlage zu Eigentum (quoad dominium) erfolgen, was zu Gesamt-eigentum der Gesellschafter führt. Zweitens kann eine Einbringung dem Werte nach (quoad sortem) erfolgen, was keine Handänderung zur Folge hat. Die Gesellschaftergesamtheit kann die eingebrachte Sache aber wie eine Eigentümerin gebrauchen. Und drittens ist eine Einbringung zum Gebrauch (quoad usum) zulässig, auch damit ist keine Handänderung verbunden.

[26] Die unterschiedlichen Formen der Beitragsleistungen haben erhebliche **Auswirkungen darauf, wie die Gesellschaft aufzulösen ist** und wie Gewinn bzw. Verlust zu berechnen sind. Erfolgte die Einbringung quoad sortem oder quoad usum, so nimmt der Eigentümer die Einlage bei der Auflösung der Gesellschaft zurück und profitiert grundsätzlich alleine von einem allfälligen konjunkturellen Mehr- oder Minderwert. Soweit der Wert durch die Tätigkeit der einfachen Gesellschaft gestiegen ist, ist immerhin der so erzielte Mehrwert als Gewinn zu verteilen. Wenn bei einer Einbringung quoad sortem die Einlage im Innenverhältnis wie Gesamteigentum behandelt worden ist, muss zudem auch der konjunkturelle Mehrwert als Gewinn der Gesellschaft betrachtet werden. Dies gilt, obschon die Gesellschafter formell nicht über den Vermögenswert verfügen konnten (a.a.O., E. 3.1.1.2). Eine Teilung sowohl des konjunkturellen Mehrwerts wie auch des durch Tätigkeit der Gesellschaft erzielten (industriellen) Mehrwerts erfolgt auch bei der Einbringung quoad dominium. Hier kann aber der einbringende Gesellschafter mangels anderer Absprachen bei der Liquidation der Gesellschaft keine Rückübertragung des Eigentums, sondern nur die Erstattung des Übernahmewertes verlangen. Bei Liegenschaften muss für die Einbringung zu Eigentum der Gesellschaft ein entsprechender Grundbucheintrag erfolgen (a.a.O., E. 3.1.1.3).

[27] Was die Gesellschafter vereinbart haben, bestimmt sich (in Anwendung von Art. 18 OR) nach dem tatsächlichen übereinstimmenden **Parteiwillen**, der gegebenenfalls anhand von Indizien festgestellt werden kann. Ist ein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille nicht nachweisbar, ist auf den Gesellschaftsvertrag das **Vertrauensprinzip** anwendbar.

[28] Bezogen auf den vorliegenden Fall wäre es zwar grundsätzlich denkbar, dass die Parteien mit dem Erwerb zu Alleineigentum des Mannes, verbunden mit einem Darlehensvertrag, die Begründung einer einfachen Gesellschaft ausschliessen wollten. Indessen hatte die Vorinstanz (für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich) festgestellt, dass der Erwerb zu Alleineigentum des Mannes auf die schwedische Staatsbürgerschaft der Frau und die damit verbundenen Erwerbshindernisse zurückzuführen war. Zudem war erstellt, dass das Bauprojekt ein gemeinsames gewesen war und die Frau bei den massgeblichen Entscheidungen und bei deren Umsetzung eine bedeutende Rolle gespielt hat. Vor diesem Hintergrund war auch nicht entscheidend, dass der Mann alleiniger Schuldner der Hypothekarkredite war, zumal die Frau mit ihrem Erwerbs-einkommen zur Zahlung der Hypothekarzinsen beigetragen hatte (a.a.O., E. 3.4).

[29] Im Ergebnis war daher mit der Vorinstanz von einer einfachen Gesellschaft auszugehen und der gesamte Mehrwert der Liegenschaft war unter den Gesellschaftern zu teilen (a.a.O., E. 3.6). Dies überzeugt.

## 2. Scheidungsnebenfolgen: Vorsorgeausgleich

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

[30] Die Parteien, deren Scheidungsstreit dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_694/2018 vom 11. November 2019 zugrunde liegt, hatten sich über eine Internetplattform kennengelernt und nach mehreren Jahren Fernbeziehung im Jahr 2004 geheiratet. Die Ehefrau hatte als Bundesange-

stellte ein gutes Einkommen erzielt, bevor sie sich aus gesundheitlichen Gründen frühensionierten liess. Der Ehemann hatte hingegen aus verschiedenen Gründen keinen finanziellen Beitrag an die (kinderlose) eheliche Gemeinschaft geleistet. Im Laufe des im Jahr 2015 eingeleiteten Scheidungsverfahrens erreichten beide Ehegatten das Pensionsalter. Strittig war zum Schluss nur noch die Frage, ob die Ehefrau das während der Ehe angesparte Vorsorgekapital von über Fr. 400'000 mit dem Ehemann teilen muss oder ob eine Unbilligkeit bzw. gar ein Rechtsmissbrauch dem Vorsorgeausgleich entgegenstehen.

[31] Das Bundesgericht hat in BGE 145 III 56 erörtert, unter welchen Bedingungen der Vorsorgeausgleich aus **anderen als den in Art. 124b ZGB genannten Gründen** verweigert werden kann. Dabei stellt das Verhalten der Ehegatten während der Ehe kein relevantes Kriterium dar. Indessen kann das Gericht die Verletzung der Unterhaltpflicht durch einen Ehegatten «mit Zurückhaltung» berücksichtigen: Nur – aber immerhin – «in besonders schockierenden Situationen [...] können solche wichtigen Gründe gegenüber den wirtschaftlichen Erwägungen betreffend Notwendigkeit einer beruflichen Vorsorge beider Ehegatten überwiegen, damit der Richter eine Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge ganz oder teilweise verweigern kann» (a.a.O., E. 4.1).

[32] Eine solche Sachlage war vorliegend nicht nachgewiesen. Daraus, dass nicht beide Parteien gleichermaßen an die Ehegemeinschaft beigetragen haben, folgt nicht automatisch eine **grobe Verletzung der ehelichen Unterhaltpflicht**. Selbst wenn nach einem ursprünglich vorhandenen Ehewillen das Eheband zuletzt nur noch im Hinblick auf die erleichterte Einbürgerung aufrechterhalten wurde, ändert dies nach Auffassung des Bundesgerichts «nichts an einem grundsätzlichen Anspruch auf eine Beteiligung an den während der Ehe angesparten Vorsorgeguthaben» (a.a.O., E. 4.2).

## b. Grosser Altersunterschied als Grund für Abweichen von hälftiger Teilung?

[33] Auch das Urteil des Bundesgerichts 5A\_153/2019 vom 3. September 2019 befasst sich (neben anderen strittigen Punkten) mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer hälftigen Teilung der Vorsorge abgewichen werden kann. Die Ehegatten, mit denen sich der Entscheid befasst, haben einen erheblichen Altersunterschied von fast 24 Jahren. Der Ehemann war während des Scheidungsverfahrens ins Rentenalter eingetreten.

[34] Mit dem revidierten Recht des Vorsorgeausgleichs hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, aus «wichtigen Gründen» von der hälftigen Teilung abzuweichen, wobei der Altersunterschied zwischen den Ehegatten und die damit zusammenhängenden Vorsorgebedürfnisse in **Art. 124b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB** explizit als möglicher Grund für eine Unbilligkeit der hälftigen Teilung erwähnt werden. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass ein Ehegatte möglicherweise aufgrund seines fortgeschrittenen Alters und der Progressivität der Vorsorgebeiträge während der Ehe ein erheblich grösseres Vorsorgeguthaben angespart hat als der andere Ehegatte (a.a.O., E. 6.3.2). Sowohl in den parlamentarischen Beratungen wie auch in der Literatur wird dabei exemplarisch ein Altersunterschied von ungefähr 20 Jahren erwähnt, nach gewissen Autoren kann bereits eine Altersdifferenz von 10 Jahren genügen, wenn einer der Ehegatten dem Pensionsalter nahe ist.

[35] Allerdings kommt eine Ausnahme von der hälftigen Teilung aufgrund des Altersunterschiedes nur in Betracht, wenn die Ehegatten ein ähnliches Einkommen erzielen und **vergleichbare Perspektiven** mit Bezug auf die berufliche Vorsorge aufweisen (a.a.O., E. 6.3.2). Zudem sollte Art. 124b ZGB als Ausnahmeregelung zurückhaltend angewandt werden, damit der Grundsatz des Vorsorgeausgleichs nicht ausgehöhlt wird.

[36] Im konkreten Fall waren die **Erwerbs- und** damit auch die **Vorsorgeaussichten** der Ehefrau aufgrund ihrer fehlenden Ausbildung (sie hatte das Studium nach der Geburt des gemeinsamen Kindes abgebrochen), ihres Alters und ihrer Gesundheit schlecht. Daher rechtfertigte sich, wie schon die Vorinstanz erkannt hatte, die hälftige Teilung ungeachtet des grossen Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten.

### **c. WEF-Vorbezug und Verkauf der Liegenschaft mit Verlust**

[37] Im Sachverhalt, der im Urteil des Bundesgerichts 5A\_407/2018 vom 11. Januar 2019 zu beurteilen war, hatten die Ehegatten als einfache Gesellschaft ein Haus erworben. Neben Hypothekardarlehen wurde dabei ein WEF-Vorbezug von Fr. 130'000 des Ehemannes investiert. Im Jahr 2014 wurde das Haus mit Verlust verkauft; vom Erlös konnte zwar das Hypothekardarlehen zurückbezahlt werden, nicht aber der Vorbezug. Ist der Vorbezug auf diese Weise verloren gegangen und im massgeblichen Zeitpunkt nicht mehr vorhanden, so darf er auch nicht mehr als Teil der beruflichen Vorsorge betrachtet und nach Art. 123 Abs. 1 ZGB geteilt werden. Dies gilt unter dem neuen Recht des Vorsorgeausgleichs ebenso wie schon unter dem früheren Recht (E. 5.2.2 m.w.H.).

[38] Am vorliegenden Sachverhalt interessant ist indessen die Frage, wie der Verkauf und die damit verbundene **Realisierung eines Verlusts während des Scheidungsverfahrens** zu beurteilen ist. Die Ehefrau hatte sich – mit einer gewissen inneren Logik – auf den Standpunkt gestellt, wenn das Datum der Einleitung des Scheidungsverfahrens für die Teilung der Vorsorgeguthaben massgeblich sei, dann müsse der später eingetretene WEF-Verlust unberücksichtigt bleiben, der Vorbezug sei daher bei der Berechnung des Vorsorgeausgleichs vollständig miteinzubeziehen. Diese Argumentation ist an sich korrekt. Allerdings half sie der Ehefrau im konkreten Fall nicht weiter: Das Bundesgericht hält ihr nämlich entgegen, dass nicht nur ein tatsächlich eingetretener Verlust von Vorsorgegeldern, sondern auch ein im massgeblichen Zeitpunkt (hier: Einleitung des Scheidungsverfahrens) **konkret absehbarer Verlust** berücksichtigt werden müsse (so schon zum alten Recht BGE 137 III 49 E. 3.3).

### **d. Anpassung einer altrechtlichen Entschädigung an das neue Recht; Rententeilung**

[39] Seit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision des Vorsorgeausgleichs ist eine ermessensweise Teilung der von einem Ehegatten bezogenen Altersrente zulässig (Art. 124a ZGB). Nach altem Recht war nach Eintritt eines Vorsorgefalls eine angemessene Entschädigung zuzusprechen (aArt. 124 Abs. 1 ZGB), wobei dies auch in Form einer Rente geschehen konnte. Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_351/2019 vom 3. Dezember 2019 widmet sich der Frage, wie das diesbezügliche Übergangsrecht anzuwenden ist.

[40] Gemäss **Art. 7e SchLT ZGB** konnte der berechtigte Ehegatte innert eines Jahres seit Inkrafttreten der Revision die Umwandlung einer lebenslänglichen Entschädigungsrente in eine neurechtliche Rententeilung verlangen. Dabei gilt die Rente nach bisherigem Recht als zugesprochener Rentenanteil. Der bundesgerichtliche Entscheid, der nur übergangsrechtliche Bedeutung hat und daher vorliegend nicht näher zu erörtern ist, legt die Voraussetzungen der Rentenumwandlung im Einzelnen dar.

#### e. Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils betr. Vorsorge

[41] **BGE 145 III 109** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_841/2017 vom 18. Dezember 2018) betrifft ein französisches Scheidungsurteil vom 19. Januar 2015. Die Ehefrau hatte die Anerkennung des Urteils und dessen Ergänzung mit Bezug auf den Vorsorgeausgleich verlangt. Sie versuchte dabei, sich eine Lücke im Übergangsrecht des IPRG zunutze zu machen.

[42] Mit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision des Vorsorgeausgleichs hat auch das IPRG eine Revision erfahren. nArt. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> IPRG sieht eine **ausschliessliche und zwingende Zuständigkeit schweizerischer Gerichte** vor; eine Anerkennung ausländischer Urteile mit Bezug auf den Vorsorgeausgleich ist nicht mehr möglich. Hinsichtlich des Vorsorgeausgleichs ist das ausländische Scheidungsurteil daher «immer lückenhaft, unabhängig davon, ob die schweizerischen Vorsorgeguthaben vom Scheidungsgericht berücksichtigt wurden oder nicht» (a.a.O., E. 4.3).

[43] Mit Bezug auf die Revision des IPR fehlt es allerdings an einer **Übergangsregelung**. Damit stellt sich die Frage, ob nArt. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> IPRG auch für ausländische Entscheide gilt, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens am 1. Januar 2017 bereits rechtskräftig waren. Im konkreten Fall war zum Zeitpunkt der Urteilsfällung im Jahr 2015 der französische Scheidungsrichter zuständig, im Rahmen der Scheidung die Vorsorgeansprüche der Ehegatten mit zu berücksichtigen, wobei die Teilung dem Scheidungsstatut, konkret: dem französischen Recht, unterstand (E. 4.5.1). Würde man die neuen IPR-Regeln auf das altrechtliche französische Urteil zur Anwendung bringen, so müsste das «schweizerische Gericht in jedem Fall neu (d.h. noch einmal) über den Vorsorgeausgleich entscheiden» (E. 4.5.2).

[44] Die bundesgerichtliche Analyse der Materialien zur IPR-Revision ergibt, dass der Gesetzgeber sich jedenfalls nicht bewusst für eine rückwirkende Anwendung ausgesprochen hat (E. 5.3). Zur Anwendung gelangen daher die Art. 1–4 SchLT ZGB, wobei vom **Grundsatz der Nichtrückwirkung** einer Gesetzesänderung auszugehen ist (E. 5.4). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nicht leichthin angenommen werden und fällt hier ausser Betracht. Zur selben Erkenntnis führt die Auslegung der Übergangsbestimmungen des IPRG, die allerdings die Frage nicht ausdrücklich regeln (E. 5.6). Mit zu bedenken ist schliesslich, dass auch für die Revision des Vorsorgeausgleichs im ZGB gemäss Art. 7a SchLT ZGB keine Rückwirkung auf altrechtlich rechtskräftige Scheidungsurteile stattfindet (E. 5.7). Zusammengefasst zieht das Bundesgericht daraus den Schluss, dass vor dem Inkrafttreten der Revision rechtskräftig gewordene Scheidungsurteile «in Anwendung der bis Ende 2016 geltenden Vorschriften zu prüfen» sind (E. 5.9).

[45] Da das französische Scheidungsgericht in seinem Urteil in Kenntnis der in der Schweiz gelegenen Vorsorgemittel eine Gesamtbetrachtung angestellt hatte, lag kein lückenhaftes und damit (nach altem Recht) ergänzungsbedürftiges ausländisches Urteil vor. Die Ehefrau unterlag daher (auch) vor Bundesgericht.

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

#### **a. Abgrenzung Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren**

[46] Offenkundig bereitet in der kantonalen Praxis die Abgrenzung von Eheschutzmassnahmen und vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nach wie vor Mühe. Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_316/2018 vom 5. März 2019 fasst die massgeblichen Grundsätze einmal mehr zusammen. In casu war ein Eheschutzenscheid am 2. Oktober 2015 ergangen, anschliessend erfolgten mehrere Abänderungsbegehren. Während der Hängigkeit des Abänderungsbegehrens vom 7. November 2016 reichte die Ehefrau am 4. Dezember 2017 die Scheidungsklage ein. Damit stellte sich die Frage, ob die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts nachträglich entfallen war. Dies trifft nicht zu: Das Eheschutzverfahren wird «durch die Einleitung der Scheidung nicht hinfällig. Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden kann (...). Die Eheschutzmassnahmen wirken über den Entscheid – und damit auch über die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens – hinaus, bis der Scheidungsrichter etwas anderes verfügt» (a.a.O., E. 3.2). Vgl. dazu bereits BGE 129 III 60 und 138 III 646.

#### **b. Bezifferung des Rechtsbegehrens zum Güterrecht**

[47] Die Berechnung güterrechtlicher Forderungen bereitet gelegentlich Schwierigkeiten. Dies entbindet den Anwalt indessen nicht davon, im Prozess den genauen Anspruch seiner Partei zu benennen. Wie das Urteil des Bundesgerichts 5A\_368/2018 vom 25. April 2019 mit Recht festhält, genügt die Aufzählung der güterrechtlich zu berücksichtigenden Vermögenswerte mit der Angabe, ob es sich um Errungenschaft oder Eigengut handelt, und die Forderung nach hälftiger Teilung jedes Errungenschafts-Vermögenswerts weder den Anforderungen von Art. 58 Abs. 1 ZPO (Dispositionsmaxime) noch denjenigen von Art. 84 Abs. 2 ZPO (Bezifferung der Leistungsklage).

[48] Ein solches Rechtsbegehren ist überdies auch **materiellrechtlich** falsch: Im Recht der Errungenschaftsbeteiligung besteht der Anspruch auf Vorschlagsteilung lediglich in einem Wert-, nicht in einem Sachanspruch. Dieser Anspruch ist nach den Bestimmungen von Art. 204 ff. ZGB («Auflösung des Güterstandes und Auseinandersetzung», so der Randtitel zu Art. 204 ZGB) zu berechnen. Entsprechend besteht kein Anspruch auf Teilung bestimmter Vermögenswerte, sondern nur ein Wertanspruch unter Berücksichtigung aller Schulden zwischen den Ehegatten und unter Verrechnung der gegenseitigen Vorschlagsbeteiligungsforderungen (Art. 215 Abs. 2 ZGB).

[49] Spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens ist die güterrechtliche Forderung daher zu **beziffern** (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Dies hatte die Ehefrau bzw. deren Anwalt vorliegend indessen unterlassen, vielmehr hatte sie die Berechnung der Forderung faktisch an den erstinstanzlichen Richter delegiert. Ein solches Versäumnis kann in zweiter Instanz nicht korrigiert werden. Unter diesen Umständen war das Gericht nicht befugt, gestützt auf ein solches Rechtsbegehren selber die güterrechtliche Ausgleichsforderung zu berechnen und der Ehefrau zuzusprechen (a.a.O., E. 4.3).

#### 4. Kindesrecht

##### a. Minderjährigenunterhalt

###### aa. Berechnung des Minderjährigenunterhalts bei alternierender Obhut

[50] Mit einer komplexen Kindesunterhaltsberechnung – die die praktischen Schwierigkeiten des neuen Unterhaltsrechts eindrücklich aufzeigt – befasst sich das Urteil des Bundesgerichts 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019. Der Entscheid eignet sich gut als Überblick über die Kindesunterhaltsberechnung und wird daher nachfolgend relativ ausführlich zusammengefasst. Die beiden Kinder des im Scheidungsverfahren befindlichen Ehepaars waren in den Jahren 2007 und 2009 zur Welt gekommen. Die Eltern wohnen seit 2011 getrennt, sie leben eine alternierende Obhut mit identischen Betreuungszeiten ausserhalb der Schulzeit der Kinder.

[51] Strittig war zunächst einmal die **Berechnung des Barunterhalts** der Kinder. Der Bedarf der Kinder setzt sich zusammen aus den Positionen, die bei der Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums verwendet werden, wobei bei alternierender Betreuung bei beiden Elternteilen anteilmässige Wohnkosten einzusetzen sind (a.a.O., E. 5.2.4). Da der Barunterhalt der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen soll, sind die Bedarfspositionen bei guten und sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen grosszügiger zu bemessen. Vom so ermittelten Barunterhaltsanspruch ist das eigene Einkommen des Kindes (Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten o.ä.) in Abzug zu bringen. Stehen nach Deckung des familienrechtlichen Grundbedarfs aller Unterhaltsberechtigten noch Mittel zur Verfügung (Überschuss), so sind diese angemessen zu verteilen (a.a.O., E. 5.2.3). Bei knappen finanziellen Verhältnissen ist hingegen nur mit Zurückhaltung eine Erhöhung der Bedarfspositionen unter Verweis auf die mit der alternierenden Betreuung verbundenen Mehrkosten zulässig (a.a.O., E. 5.2.4). Bei alternierender Obhut muss ferner geklärt werden, «wer welche Auslagen für das Kind trägt und wer für das Kind bestimmte Leistungen im Sinne von Art. 285a ZGB bezieht» (a.a.O., 5.4.3). Während die Positionen, die mit dem Grundbetrag des Kindes erfasst werden (Nahrung, Kleidung, Hygienerichten usw.) im Umfang der Betreuungsanteile anfallen, gilt dasselbe nicht auch für Krankenkassenprämien, Drittbetreuungskosten und ähnliche direkte Kosten. Dies ist bei der Festsetzung des Barunterhalts zu berücksichtigen.

[52] Die Beteiligung am Barunterhalt setzt eine entsprechende **Leistungsfähigkeit** voraus, weshalb vom Einkommen jedes Elternteils zunächst dessen eigener Bedarf in Abzug zu bringen ist. Verfügen beide Eltern über einen Überschuss, «so haben sie bei alternierender Obhut zu gleichen Teilen im Verhältnis der Überschüsse zueinander für den Barbedarf des Kindes aufzukommen. Verbleibt nur einem Elternteil ein Überschuss, muss dieser gegebenenfalls alleine für den Barbedarf des Kindes aufkommen. Besteht bei einem Elternteil ein Überschuss und beim anderen Elternteil ein Manko, so ist zusätzlich zum Barunterhalt auch Betreuungsunterhalt geschuldet» (a.a.O., E. 5.3.2; vgl. auch E. 5.4.4).

[53] Mit Bezug auf das **zumutbare Einkommen** jedes Elternteils ist **bei alternierender Obhut** nicht nur auf die (vorliegend identischen) Betreuungszeiten abzustellen. Vielmehr ist massgeblich «wie die Betreuungslast an den Werktagen während der üblichen Arbeitszeiten verteilt ist» (E. 5.3.4). Es ist somit konkret danach zu fragen, welchem Erwerbspensum jeder Elternteil im Hinblick auf die konkrete Betreuungsregelung und die schulische Inanspruchnahme der Kinder nachgehen kann.

**bb. Hypothetisches Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils; Betreuungsbedarf (Schulstufenregel)**

[54] Bekanntlich hat das Bundesgericht mit **BGE 144 III 481** (dazu AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 21. Januar 2019, Rz. 92 ff.) die frühere 10/16-Regel durch die Schulstufenregel ersetzt. Danach ist es einem betreuenden Elternteil grundsätzlich ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes zumutbar, einer 50%-Erwerbstätigkeit nachzugehen. Ab Erreichen der Oberstufe des jüngsten Kindes ist eine 80%-Erwerbstätigkeit zumutbar. Eine Erwerbstätigkeit zu 100% kann dem obhutsberechtigten Elternteil regelmässig zugemutet werden, sobald das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat – ab diesem Zeitpunkt ist folglich kein Betreuungsunterhalt mehr geschuldet. In der Berichtsperiode hat das Bundesgericht diese neue Rechtsprechung zwar grundsätzlich bestätigt, es finden sich aber einige Ausnahmen, die erwähnenswert sind:

[55] Im Urteil des Bundesgerichts **5A\_632/2018** vom 21. Januar 2019 ging es um die Betreuung von zwei Kindern im Alter von 13 und 16 Jahren. Entgegen der Schulstufenregel wurde der Mutter im Eheschutzverfahren lediglich ein Pensum von 50% zugemutet, da sie beim aktuellen Arbeitgeber den Beschäftigungsgrad nicht erhöhen konnte. Das Bundesgericht hielt es für zulässig, dass die kantonale Vorinstanz ihr keine konkrete Frist für eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit angesetzt, sondern sie lediglich darauf hingewiesen hatte, dass sie sich im Hinblick auf eine Scheidung nicht mit dem bisherigen Pensum begnügen können (a.a.O., E. 3.3).

[56] Auch im Urteil des Bundesgerichts **5A\_830/2018** vom 21. Mai 2019 wurde aufgrund der konkreten Umstände – insbesondere die gesundheitliche Beeinträchtigung eines der Kinder, verbunden mit dem fortgeschrittenen Alter der geschiedenen Ehefrau und deren fehlenden beruflichen Integration – von der Schulstufenregel deutlich abgewichen. Der obhutsberechtigte Mutter wurde nur eine geringfügige Erwerbstätigkeit von wenigen Stunden pro Woche ab Erreichen des 10. Altersjahres des jüngsten Kindes zugemutet.

[57] Von der Schulstufenregel kann ausnahmsweise auch dann abgewichen werden, wenn der obhutsberechtigte Elternteil deshalb besonders belastet ist, weil der andere Elternteil sein Besuchsrecht nicht ausübt. Diese Sachlage führte im Urteil des Bundesgerichts **5A\_327/2018** vom 17. Januar 2019 dazu, dass der betreuenden Mutter nach dem Übertritt der jüngeren Tochter in die Sekundarstufe I eine Erwerbstätigkeit nur zu 70% und nicht zu 80% zugemutet werden konnte (a.a.O., E. 5.3.2.2).

[58] Der eben genannte Entscheid ist nicht beliebig verallgemeinerungsfähig. So genügte im Urteil des Bundesgerichts **5A\_963/2018** vom 23. Mai 2019 ein beschränktes Besuchsrecht (ein Tag alle zwei Wochen, keine Übernachtungen, kein Ferienbesuchsrecht) für ein Abweichen von der Regel nicht aus (a.a.O., E. 3.3) – allerdings war hier die schulische Infrastruktur mit Mittagstisch usw. offenbar gut und die Mutter entsprechend entlastet, zudem ging es um die Betreuung nur eines Kindes.

[59] Im Urteil des Bundesgerichts **5A\_743/2017** vom 22. Mai 2019 zeigt sich eine gewisse grundsätzliche Zurückhaltung bezüglich des zumutbaren Einkommens namentlich für die erste Schulstufe. Es ist stets «zu prüfen, ob die konkreten Verhältnisse (Dauer der unterrichtsfreien Zeit pro Halbtag, Möglichkeit ausserschulischer Drittbetreuung, Distanz zum Arbeitsort, erhöhte Betreuungslast bei mehreren oder behinderten Kinder usw.) eine Erwerbstätigkeit von 50% in vernünftigem Rahmen [...] auch tatsächlich erlauben» (a.a.O., E. 5.3.2). Alternierende Obhut führt nicht zwingend zu identischen zumutbaren Arbeitspensen (a.a.O., E. 5.3.4; siehe schon vorne, Rz. 53).

### cc. Aufteilung des Minderjährigenunterhalts

[60] Wie das Bundesgericht in jüngster Zeit mehrfach, besonders deutlich im Urteil des Bundesgerichts 5A\_583/2018 vom 18. Januar 2019 festgehalten hat, ändert die Revision des Kindesunterhaltsrechts nichts an der **Frage, wie der Barunterhalt unter den Eltern aufzuteilen ist**. Wenn die Eltern nicht eine alternierende Obhut leben, sondern einer der Elternteile ganz überwiegend für die Betreuung verantwortlich ist, dann leistet dieser seinen Unterhaltsanteil in Form von Naturalunterhalt. Der andere, nicht betreuende Elternteil hat entsprechend in der Regel den gesamten Barunterhalt zu decken. Davon kann – wie schon unter altem Recht (vgl. BGE 134 III 337 E. 2.2.2) – abgewichen werden, wenn der obhutsberechtigte Elternteil in deutlich besseren finanziellen Verhältnissen lebt als der andere Elternteil.

### dd. Aufteilung des Barunterhalts nach Erreichen des 16. Altersjahrs des jüngsten Kindes

[61] Im Urteil des Bundesgerichts 5A\_727/2018 vom 22. August 2019 wird der Frage nachgegangen, welche Bedeutung die Betreuung nach dem 16. Altersjahr eines Kindes auf die Aufteilung des Barunterhalts hat. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass die betreuende Mutter, der **nach Vollendung des 16. Altersjahrs** der Tochter ein Vollzeiterwerb zuzumuten war, dannzumal einen **vergleichbaren Überschuss** über ihr familienrechtliches Existenzminimum erzielen werde wie der Vater. Letzterer vertrat daher die Ansicht, der Barunterhalt für die Tochter sei nach Erreichen des 16. Altersjahrs nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Eltern zu verteilen.

[62] Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass auch unter dem neuen Kindesunterhaltsrecht Naturalunterhalt (tatsächliche Betreuungsleistungen) und Geldleistung gleichwertige Unterhaltsbestandteile sind (a.a.O., E. 4.3.1). Dies hat zur Folge, dass die Aufteilung des Barunterhalts sowohl von den Betreuungsanteilen wie auch von der Leistungsfähigkeit der Eltern abhängt. Weiterhin gilt, «dass der Elternteil, der das Kind nicht oder nicht wesentlich betreut, grundsätzlich für dessen Barunterhalt aufzukommen hat, während der andere Elternteil, der das Kind betreut, gleichwertig seinen Unterhaltsbeitrag in Natura, also durch Pflege und Erziehung bzw. Betreuung erbringt» (a.a.O., E. 4.3.2.1; siehe auch vorne, Rz. 60).

[63] Schränkt die Betreuung **nach Vollendung des 16. Altersjahrs des Kindes** die Erwerbstätigkeit des obhutsberechtigten Elternteils nicht mehr ein, bedeutet dies allerdings – wie das Bundesgericht für einmal sehr lebensnah ausführt – keinesfalls, dass der **Naturalunterhalt** entfallen würde: «Denn dieser beschränkt sich nicht auf das Betreuen eines Kindes, das man tagsüber nicht alleine lassen kann; er wird nicht nur – wie für den Betreuungsunterhalt relevant – zu jenen Zeiten erbracht, während welcher gewöhnlich einer Erwerbstätigkeit nachgegangen werden kann. Vielmehr wird der Naturalunterhalt auch morgens, abends, nachts und an Wochenenden geleistet. Er umfasst nicht bloss die unmittelbare Aufsicht über das Kind, sondern Leistungen wie Kochen, Waschen, Einkaufen, Hausaufgabenhilfe, Krankenbetreuung, Nachtdienste, Taxidienste, Unterstützung bei der Bewältigung der Alltags- und sonstigen Sorgen des heranwachsenden Kindes etc.» (a.a.O., E. 4.3.3). Daher darf bei der Aufteilung des Barunterhalts auch nach Erreichen des 16. Altersjahrs des jüngsten Kindes nicht nur die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern massgeblich sein, sondern ist dem nach wie vor erbrachten Naturalunterhalt Rechnung zu tragen.

[64] Mit diesen Ausführungen, denen die Rezensentin vollumfänglich zustimmt, wird das Urteil des Bundesgerichts 5A\_20/2017 vom 29. November 2017 (vgl. dazu AEBI-MÜLLER, in: Jusletter

21. Januar 2019, Rz. 111 f.) präzisiert bzw. relativiert. Ob die zitierten Ausführungen im jüngeren Urteil auch dann gelten sollen, wenn das jüngste Kind volljährig geworden, allenfalls gar aus dem Haushalt des bislang obhutberechtigten Elternteils ausgezogen ist, hat das Bundesgericht nicht geklärt. Nach hier vertretener Auffassung wird man zwischen dem 18. und 20. Lebensjahr des volljährigen (aber nach allgemeiner Lebenserfahrung noch nicht in jeder Hinsicht selbständigen) Kindes, das bei einem Elternteil lebt, weiterhin in gewissem Mass Naturalunterhalt berücksichtigen müssen.

## **b. Verfahrensfragen**

### **aa. Örtliche Zuständigkeit des Gerichts bei selbständiger Schuldneranweisung**

[65] **BGE 145 III 255** (= 5A\_479/2018 vom 6. Mai 2019) befasst sich mit einem selbständigen Gesuch um Schuldneranweisung für Kindesunterhaltsbeiträge nach Art. 291 ZGB. Das unterhaltsberechtigte Kind wohnt bei seiner Mutter in Zürich, der Unterhaltsschuldner hat seinen Wohnsitz im Kanton Freiburg und arbeitet im Kanton Bern. Das zuerst angerufene Gericht am Wohnsitz der Unterhaltsgläubigerin war wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht auf das Gesuch eingetreten. Ebenso erfolglos blieb die Gesuchstellerin jedoch beim Gericht am Sitz des Arbeitgebers in Bern, sodass schliesslich das Bundesgericht darüber zu befinden hatte, welcher der beiden Gerichtsstände gegeben ist.

[66] Zur Begründung holt das Bundesgericht weit aus. Nachdem es feststellt, dass sich das Institut der Schuldneranweisung «weder klar dem Zivilrecht noch klar dem Vollstreckungsrecht zuordnen lässt» (E. 3.2), geht es bis ins Jahr 1243 zurück, als das Prinzip des Beklagtengerichtsstands für das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft im Ewigen Bündnis zwischen Bern und Freiburg dokumentiert wurde. Andere Gerichtsstände dienen primär sozialpolitischen Gründen. Nach einem Exkurs zu den Zuständigkeitsvorschriften des ZGB von 1907 gelangt das Bundesgericht dann schnellen Schrittes zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen aus dem Jahr 2000 und sodann zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, welche die Bestimmungen des GestG übernommen hat, wobei Art. 23 ZPO dem früheren Art. 15 GestG entspricht. Daraus leitet das Bundesgericht ab, dass sich die Zuständigkeit für Schuldneranweisungen gemäss Art. 132 und Art. 177 ZGB nach Art. 23 ZPO bestimmt (so auch die herrschende Lehre), während jene gemäss Art. 291 ZGB sich nach Art. 26 ZPO richtet. Dem als schwächer und schutzwürdig geltenden Unterhaltsgläubiger soll damit **jede Rechtswegbarriere genommen** werden, indem er an das Gericht seines Wohnsitzes gelangen kann.

[67] Wie das Bundesgericht im Weiteren erläutert, sprechen keine anderen, insbesondere aus der Systematik der ZPO folgenden Gründe gegen dieses Ergebnis. Entsprechend war die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen; die Unterhaltsgläubigerinnen können freilich erneut (und nunmehr hoffentlich erfolgreich) an ihren eigenen Wohnsitzrichter gelangen.

### **bb. Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gericht und KESB; Kompetenzattraktion**

[68] Während des vor der KESB hängigen Verfahrens betreffend die Betreuungssituation der Tochter wurde eine Kindesunterhaltsklage gerichtlich anhängig gemacht. **BGE 145 III 436** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_977/2018 vom 22. August 2019) stellt klar, wie in dieser Sachlage zu verfahren ist.

[69] Seit Inkrafttreten des neuen Kindesunterhaltsrechts am 1. Januar 2017 ist die Koordination von gerichtlichen Unterhaltsentscheiden einerseits und anderen Kinderbelangen andererseits in den Art. 298b Abs. 3, Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO im Gesetz ausdrücklich geregelt: Im Sinne einer **Kompetenzattraktion** entscheidet das mit der Unterhaltsfrage befasste Gericht auch über die Zuteilung der Obhut und weitere Kinderbelange (a.a.O., E. 4). Entsprechend hat die KESB die Entscheidkompetenz über die Obhut und Betreuungsanteile an das Gericht abzugeben, sobald dieses mit der Unterhaltsfrage befasst ist.

[70] Vorliegend war dies nicht geschehen. Offenkundig hatte bis zum abgeschlossenen kantonalen Rechtsmittelverfahren betreffend den Entscheid der KESB auch keine der anwaltlich vertretenen Parteien die weggefallene Kompetenz bemerkt. Unter diesen Umständen ist der nach Kompetenzverlust ergangene Entscheid der KESB «**nicht per se wichtig**» (a.a.O., Regeste; siehe auch E. 4), sondern nur anfechtbar.

#### **cc. Vertretung des Kindes im selbständigen Unterhaltsprozess; Interessenkollision?**

[71] In **BGE 145 III 393** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_244/2018 vom 26. August 2019) wird die Frage aufgeworfen, ob die (Mit-)Inhaberin der elterlichen Sorge im Namen des Kindes einen selbständigen Kindesunterhaltsprozess gegen den Vater führen kann.

[72] Zwischen dem Kind und dem auf Unterhalt eingeklagten Elternteil besteht offenkundig eine **Interessenkollision i.S.v. Art. 306 Abs. 3 ZGB**, was zum Wegfall der Vertretungskompetenz des Beklagten führt. Damit ist grundsätzlich der klagende Elternteil alleine vertretungsberechtigt (a.a.O., E. 2.7.1). Fraglich ist indessen, ob die Vertretungsmacht auch des klagenden Elternteils zufolge Interessenkollision in jedem Fall entfällt. Das Bundesgericht verneint dies mit folgender Begründung:

[73] Dass eine rechtlich relevante Interessenkollision des Unterhaltfordernden Elternteils nicht immer vorliegt, zeigt sich in **eherechtlichen Verfahren** schon daran, dass der Gesetzgeber nur «wenn nötig» eine Vertretung des Kindes anzuordnen hat (Art. 299 ZPO) und nicht im Regelfall (a.a.O., E. 2.7.2). Im selbständigen, von einem eherechtlichen Verfahren **unabhängigen Kindesunterhaltsprozess** ist «das Kind selber Partei und damit seine prozessuale Stellung stärker als im eherechtlichen Verfahren. Wenn das Kind aber im eherechtlichen Verfahren, wo die Gefahr der Interessenkollision nicht nur gleichermassen, sondern noch intensiver lauert, nach dem ge- setzgeberischen Willen nicht in jedem Fall eine Vertretung benötigt, so hat dies erst recht für den selbständigen Unterhaltsprozess zu gelten» (a.a.O., E. 2.7.3). Überdies werden, so das Bundesgericht weiter, die Interessen des Kindes auch durch die strenge Untersuchungsmaxime geschützt (E. 2.7.3). Im selbständigen Kindesunterhaltsverfahren muss daher dem Kind nur dann ein Vertreter bestellt werden, «wenn dies im konkreten Fall notwendig erscheint» (a.a.O., E. 2.7.4).

#### **dd. Ausnahme von Schlichtungsverhandlung im Kindesunterhaltsprozess**

[74] Gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO entfällt ein Schlichtungsverfahren im Kindesunterhaltsprozess, «wenn vor der Klage ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat». Eine zeitliche **Frist zur Klageanhebung** nach den gescheiterten Vermittlungsbe- mühungen der KESB legt das Gesetz nicht fest, die Literatur ist diesbezüglich uneins. Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_459/2019 vom 26. November 2019 bringt insofern Licht ins Dunkel.

[75] Zunächst einmal muss im Verfahren vor der KESB «ein minimales vermittelndes Element» vorhanden sein (a.a.O., E. 3.3.1). Ein förmlicher Nachweis der Anrufung der KESB ist gesetzlich hingegen nicht vorgesehen, sodass der entsprechende Beweis nicht nur durch eine Bestätigung der KESB, sondern auch in anderer Form erbracht werden kann (a.a.O., E. 3.3.2). Was die Wirkungsdauer eines Vermittlungsverfahrens angeht, so darf jedenfalls nach der Ratio legis «der Zeitpunkt des letzten Vermittlungsversuchs **nicht zu weit in der Vergangenheit**» liegen (a.a.O., E. 4.1.2; Hervorhebung hinzugefügt), wobei acht Monate in casu als zu lang angesehen wurden.

[76] Indessen waren die Eltern nach den gescheiterten Vermittlungsversuchen der KESB auch noch vor der Friedensrichterin erschienen. Unabhängig davon, ob dort tatsächlich Einigungsverhandlungen geführt worden sind, genügt eine solche Verhandlung jedenfalls den Anforderungen an ein minimales vermittelndes Element i.S.v. Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO, auch wenn nicht die KESB, sondern die Schlichtungsbehörde damit befasst war (a.a.O., E. 5.3). Nach Auffassung der Rezessentin lehnt sich das Bundesgericht mit diesem letzten Argument weit aus dem Fenster, nennt doch das Gesetz ausdrücklich die KESB als anzurufende Behörde, sofern nicht ein eigentliches Schlichtungsverfahren i.S.v. Art. 202 ff. ZPO stattgefunden hat (was hier nicht zutraf).

#### ee. Kindesanhörung im Eheschutzverfahren

[77] Die Ehekrise und Trennung der Eltern hat für die betroffenen minderjährigen Kinder nicht selten einen erheblichen Loyalitätskonflikt zur Folge. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn unter den Eltern über Obhut und Besuchsrecht keine Einigkeit besteht und die Kinder in diesem Konflikt Stellung nehmen sollten. Kantonale Instanzen haben daher gelegentlich die Neigung, die Kindesanhörung zu knapp auszustalten oder ganz zu vermeiden. Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_721/2018 vom 6. Juni 2019 ruft die massgeblichen Grundsätze in Erinnerung: Die Pflicht zur Anhörung besteht – über den ganzen Instanzenzug gesehen – **in der Regel nur einmal im Verfahren** (a.a.O., E. 2.4.1). Allerdings kann nur dann auf eine erneute Anhörung verzichtet werden, wenn das Kind «zu den entscheidrelevanten Punkten befragt worden und das Ergebnis der Anhörung noch aktuell ist» (E. 2.4.1).

[78] Im vorliegenden Fall hätte dem Kind, das zum Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Entscheids 16 Jahre alt war, die Gelegenheit zu einer **Anhörung im Berufungsverfahren** gegeben werden müssen: «Ein Kind in diesem Alter kann, muss aber auch selber entscheiden, ob und wie es sich ins Berufungsverfahren seiner Eltern einbringen will» (E. 2.4.2) – auf die Anhörung kann daher nicht unter Verweis auf die damit verbundene Belastung verzichtet werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht relevant, ob die nochmalige Kindesanhörung auch zur Klärung des Sachverhalts erforderlich ist (E. 2.4.3).

#### ff. Strenge Untersuchungsmaxime; Berücksichtigung von Beweismitteln

[79] Im Anwendungsbereich der strengen Untersuchungsmaxime (vorliegend ging es um Kindesunterhalt) hat das Gericht «grundsätzlich alles zu lesen bzw. zu würdigen, was in den Akten liegt». Dies entnimmt man dem Urteil des Bundesgerichts 5A\_242/2019 vom 27. September 2019, E. 3.2.2. Der Anwalt der Ehefrau hatte es versäumt, auf eine Veränderung bei den Mobilitätskosten des Ehemannes hinzuweisen. Diese ergab sich aber klar aus einem bei den Akten befindlichen Schriftstück. Das Versäumnis blieb daher folgenlos.

**gg. Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes bei Wettschlagen der Parteikosten**

[80] Werden die Parteikosten im Berufungsverfahren wettgeschlagen, so fragt sich, wie der unentgeltliche Rechtsbeistand einer der Parteien zu entschädigen ist. Eine Klärung erfolgt in **BGE 145 III 433** (= Urteil des Bundesgerichts 5D\_7/2019 vom 5. August 2019) im Kontext der Abänderung des Kinderunterhalts. Der Staat hat den unentgeltlichen Rechtsbeistand insoweit zu entschädigen, als die Parteientschädigung nicht der Gegenpartei auferlegt werden kann. **Bei Wettschlagung** der Parteikosten muss der Rechtsbeistand der unentgeltlich prozessführenden Partei wie derjenige einer i.S.v. Art. 122 ZPO unterliegenden Partei behandelt werden. Entsprechend hatte der Kanton in casu die unentgeltliche Rechtsbeiständin **volumäglich** zu entschädigen und durfte sich nicht auf die hälftige Entschädigung beschränken. Das leuchtet ohne Weiteres ein, würde doch sonst die Rechtsbeiständin schlechter gestellt, als wenn sie den Prozess ihrer Mandantin verloren hätte.

**hh. Kein «Vorfahrprivileg» des bevorschussenden Gemeinwesens im Betreibungsverfahren**

[81] **BGE 145 III 317** (= Urteil des Bundesgerichts 5A\_490/2018 vom 30. April 2019) befasst sich mit der Rechtsstellung des bevorschussenden Gemeinwesens in der Betreibung des Unterhaltschuldners. Zu den Vollstreckungsprivilegien der Gläubiger familienrechtlicher Unterhaltsbeiträge gehört das «Vorfahrprivileg» (Privilegierung der Unterhaltsforderung bei vorbestehender Pfändung). Es handelt sich dabei um ein von der bundesgerichtlichen Praxis entwickeltes Vorecht, dessen Zweck die Sicherung des unmittelbaren Bedarfs für den Unterhaltsberechtigten ist. Dieser muss sich zwar grundsätzlich eine vorangehende Einkommenspfändung beim Unterhaltschuldner entgegenhalten lassen. Wenn jedoch die im letzten Jahr verfallenen Unterhaltsbeiträge bei der Berechnung des Existenzminimums des Unterhaltschuldners nicht einbezogen wurden, so muss das Betreibungsamt «in der neueren Betreibung den Betrag pfänden, auf den es diese Unterhaltspflicht in der ersten Betreibung geschätzt hätte. Damit wirkt sich die nun in Betreibung gesetzte Unterhaltschuld unmittelbar notbedarfserhöhend aus» (a.a.O., E. 3.2). Das «Vorfahrprivileg» ist, wie das Bundesgericht festhält, ein **höchstpersönliches Recht des Unterhaltsberechtigten**. Es geht daher nicht auf das bevorschussende Gemeinwesen über.

## 5. Erwachsenenschutzrecht

### a. Eignung für das Amt als Beistand

[82] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_621/2018 vom 11. April 2019 befasst sich mit der praktisch relevanten Frage, welche Anforderungen ein Beistand mit Bezug auf mögliche Interessenkonflikte zu erfüllen hat. Gemäss **Art. 400 Abs. 1 ZGB** ernennt die Erwachsenenschutzbehörde «als Beistand oder Beiständin eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt.»

[83] Der Beistand muss sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben ausschliesslich von den **Interessen der verbeiständeten Person** leiten lassen. Aus diesem Grund setzt das Bundesgericht die Schwelle mit Bezug auf einen Interessenkonflikt hoch an: Nicht geeignet sind Personen, deren

Interessen denjenigen der betroffenen Person widersprechen (Art. 403 ZGB), wobei schon «die abstrakte bzw. theoretische Gefahr einer Interessenkollision» genügt (E. 3.1). «In diesem Sinne kann es auch nicht auf die persönlichen Qualitäten bzw. die Integrität und Vertrauenswürdigkeit des Beistandes ankommen (...). Ausserdem beschlägt Art. 403 ZGB nicht nur Fälle, in denen die Interessen des Verbeiständeten denen des Beistandes unmittelbar widersprechen (direkte Interessenkollision), sondern auch solche, in denen der Verbeiständete in Geschäftsbeziehungen mit einem Dritten tritt oder steht, dem der Beistand derart eng verbunden ist, dass die erforderliche Objektivität bei der Wahrung der Interessen der verbeiständeten Person als beeinträchtigt erscheint» (E. 3.1).

[84] Dass solche möglichen Interessenkollisionen besonders oft **im sozialen und familiären Nahraum** auftreten und daher Familienangehörige allenfalls ungeeignet sind, ist hinzunehmen. Im konkreten Fall ging es um eine Beistandschaft für einen seit Geburt schwer behinderten jungen Mann, dessen Eltern für die sorgfältige Verwaltung des Kindesvermögens – darunter insbesondere die hohe Versicherungssumme, die zufolge des Geburtsschadens ausbezahlt worden war – nicht hinreichend befähigt waren. Die Eltern hatten in der Vergangenheit mehrfach unzureichend respektiert, dass das ausbezahlte Kapital nicht der ganzen Familie gehört. Unter diesen Umständen war nicht zu beanstanden, dass die KESB eine familienexterne Beiständin eingesetzt hatte.

## b. Wohnungsauflösung; Zustimmung der KESB

[85] Das Urteil des Bundesgerichts 5A\_34/2019 vom 30. April 2019 setzt sich mit einer **Wohnungskündigung und -auflösung** einer verbeiständeten, schon einige Zeit im Altersheim wohnhaften Person auseinander. Diese Massnahme hat für den Betroffenen, wie das Bundesgericht sorgfältig begründet, «eine äusserst grosse Tragweite» (E. 4.1). Dies gilt selbst dann, wenn damit nicht gleichzeitig ein Umzug ins Alters- oder Pflegeheim verbunden ist («was meist der dramatischste Einschnitt für eine betagte Person ist», a.a.O., E. 4.1), sondern lediglich die schon einige Zeit unbewohnte Wohnung aufgelöst und damit «der endgültige Charakter der schon vollzogenen Änderung der Wohnsituation» besiegt wird (a.a.O., E. 4.1).

[86] Der Gesetzgeber hat daher die Haushaltsliquidation in **Art. 416 Abs. 1 ZGB** bewusst an die erste Stelle der zustimmungsbedürftigen Geschäfte gestellt, die der Beistand nicht ohne Genehmigung der KESB für den Betroffenen vornehmen darf. Anders verhält es sich nur dann, wenn «die verbeiständete Person ihr Einverständnis zu diesen Handlungen gegeben hat, diesbezüglich urteilsfähig ist und mit der Errichtung der Beistandschaft die KESB ihr die entsprechende Handlungsfähigkeit nicht entzogen hat» (a.a.O., E. 4.1). Aufgrund der hohen Tragweite der Massnahme ist von grösster Bedeutung, dass **der Betroffene in den Entscheid einbezogen** wird. Es ist zudem «jede Überstürzung zu vermeiden» (a.a.O., E. 4.1).

[87] Im Folgenden geht das Bundesgericht der Frage nach, ob der Beschwerdeführer für die Wohnungskündigung und -auflösung **urteilsfähig** war oder nicht. Obschon die Vorinstanz keinen konkreten Schwächezustand i.S.v. Art. 16 ZGB festgestellt hatte, genügt für das Bundesgericht, dass er «die Konsequenzen des anstehenden Entscheides nicht vollständig» erfassen konnte (a.a.O., E. 4.2). Bei dieser Sachlage hat der Beistand (mit Zustimmung der KESB) über die Wohnungsauflösung zu befinden, wobei nicht nur wirtschaftliche, sondern auch die «persönlichen und emotionalen Interessen» des Betroffenen zu berücksichtigen sind (a.a.O., E. 4.3). Da sowohl

der Beistand wie auch die KESB und die gerichtliche Beschwerdeinstanz die Interessenabwägung korrekt vorgenommen hatten, war die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen.

### c. **Fremdgefährdung wegen Eigengefährdung reicht nicht für eine FU**

[88] Ausnahmsweise wird an dieser Stelle über einen die Schweiz betreffenden Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte berichtet. Mit dem Urteil des **EGMR T.B. c. Suisse 1760/15** vom 30. April 2019 hielten die Richter in Strassburg fest, dass die **Rechtsgrundlage für eine fürsorgerische Unterbringung wegen ausschliesslicher Fremdgefährdung in der Schweiz derzeit ungenügend** sei. Zu beurteilen war der als «Aargauer Prostituiertenmörder-Fall» bekannte Sachverhalt, den das Bundesgericht erstmals in BGE 138 III 593 (noch vor dem Hintergrund des alten Rechts) beurteilt hatte. Auf diesen ersten Bundesgerichtsentscheid folgten mehrere weitere Urteile, die sich mit wiederholten Entlassungsgesuchen des Untergebrachten befassten. Vor dem EGMR war nur das Urteil des Bundesgerichts **5A\_500/2014** vom 8. Juli 2014 zu beurteilen, die anderen Entscheide werden aber in die Beurteilung miteinbezogen.

[89] Wie der EGMR festhält, würde **Art. 5 § 1 EMRK** an sich die Freiheitsentziehung zum Schutz Dritter zulassen. Es bedarf allerdings dazu einer entsprechenden **Gesetzesgrundlage**. Diese fehlt nach Auffassung des EGMR in der Schweiz derzeit. Denn die Bestimmungen über die FU (insbes. Art. 426 ZGB) setzen kumulativ voraus, dass der Betroffene an einer psychischen Störung leidet (dies wurde vom EGMR im konkreten Fall als erstellt betrachtet) und die Behandlung dieser Störung nicht anders erfolgen kann als im Setting der Institution. Die zweite Voraussetzung impliziert nach Auffassung des EGMR, dass zwischen der Unterbringung und der Behandlung eine kausale Verbindung bestehen muss; mit anderen Worten basiert die FU immer auf dem **Kriterium der persönlichen Hilfestellung** für eine Person. Hingegen bilden die Bestimmungen über die FU keine genügende Grundlage für die Freiheitsentziehung, die einzig dem Schutz Dritter dienen soll. Die vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang mehrfach, insbesondere auch in BGE 138 III 593, postulierte «Selbstgefährdung wegen Fremdgefährdung» ist als Argument unzureichend. Die Unterbringung des Beschwerdeführers verletzte daher Art. 5 § 1 der EMRK.

[90] Das Bundesgericht nimmt den Entscheid des EGMR in seiner jüngsten Rechtsprechung ernst. Das Urteil des Bundesgerichts **5A\_407/2019** vom 28. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen) betrifft zwar einen anderen Beschwerdeführer. Allerdings lag der fürsorgerischen Unterbringung eine ähnliche Sachlage (Freiheitsstrafe wegen vorsätzlicher Tötung, keine strafrechtliche Massnahme/Verwahrung im Anschluss an die Freiheitsstrafe, fortbestehende Fremdgefährdung) zugrunde. Bis vor Bundesgericht war umstritten, ob die Voraussetzungen einer FU – die von der Vorinstanz mit einer Fremdgefährdung aufgrund einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit paranoiden und schizoiden Anteilen begründet wurde – gegeben waren. Das Bundesgericht erinnert daran, dass Art. 426 ZGB «keine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung allein wegen Fremdgefährdung» bilde (a.a.O., E. 8.4). Unter Verweis auf das zitierte Urteil des EGMR (vorne, Rz. 88 f.) führt das Bundesgericht ferner aus, dass (in Zukunft) die Argumentation, wonach aus der Fremdgefährdung auf eine Selbstgefährdung geschlossen werden könne, nicht mehr für eine fürsorgerische Unterbringung ausreiche. Im Zusammenhang mit diesen Sachlagen müsse «der Gesetzgeber tätig werden und eine entsprechende gesetzliche Grundlage schaffen» (a.a.O., E. 8.4). Die Beschwerde in Zivilsachen war daher gutzuheissen. Da der Betroffene, der mehr als zehn Jahre im Freiheitsentzug verbracht hatte, oh-

ne entsprechende Vorbereitung nicht entlassen werden konnte, hat die Vorinstanz die Entlassung aus der FU vorzubereiten und begleitende Massnahmen anzurufen.

#### d. Erwachsenenschutzrechtliches Verfahren, kantonales Recht

##### aa. Zulässigkeit der Anhörung der Wohnsitzgemeinde nach kantonalem Recht, abstrakte Normenkontrolle

[91] Das Urteil des Bundesgerichts 5C\_1/2018 vom 8. März 2019 betrifft eine Änderung des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz des Kantons Zürich. Die Gesetzesergänzung sieht vor, dass die KESB **der Wohnsitzgemeinde vorgängig Akteneinsicht und Gelegenheit zur Stellungnahme** gibt, wenn die Gemeinde «durch eine geplante Massnahme in ihren Interessen, insbesondere finanzieller Art, wesentlich berührt werden könnte.» Das Bundesgericht hatte im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle die Zulässigkeit der Gesetzesrevision zu prüfen.

[92] Zum Verständnis der Gesetzesrevision ist wichtig zu wissen, dass im Kanton Zürich insgesamt 13 KESB tätig sind, die jeweils für mehrere Gemeinden zuständig sind. «Diese Organisation hat neu dazu geführt, dass die Wohnsitzgemeinde für die Anordnung von Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen nicht mehr zuständig ist, wohl aber weiterhin deren Kosten bezahlen muss, soweit die betroffene Person dazu nicht selber in der Lage ist» (a.a.O., E. 3.1). Dieses Problem besteht freilich nicht nur im Kanton Zürich, mehrere Kantone haben diesbezüglich bereits legiferiert. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung einerseits erklärt, «dass die Sozialhilfebehörden gestützt auf kantonales Recht die Übernahme der Kosten einer bundesrechtskonform angeordneten Massnahme der zuständigen KESB nicht verweigern dürfen (zuletzt: BGE 143 V 451 E. 9.4 S. 460). Andererseits hat es hervorgehoben, dass die Wohnsitzgemeinde als Kostenträgerin einer Massnahme zur Beschwerde gegen Entscheide der KESB nicht befugt ist (Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_979/2013 vom 28. März 2014 E. 4–6 [...]])» (a.a.O., E. 3.3).

[93] Die Kantone sind befugt, sowohl die zur Ausführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts notwendigen Bestimmungen zu erlassen als auch «das Verfahren eigenständig zu regeln, wo der Bundesgesetzgeber keine Verfahrensbestimmungen vorgesehen hat» (a.a.O., E. 4.3). Daher ist es unproblematisch, wenn das kantonale Recht die Einholung eines Berichts der Wohnsitzgemeinde vorsieht, soweit dies für die **Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse** erforderlich ist. Fraglich ist hingegen, ob dies auch für die Ergänzung zutrifft, wonach eine weitere Stellungnahme der Wohnsitzgemeinde erfolgt, sobald sich Notwendigkeit und Art einer Massnahme konkret abzeichneten. Ein solcher Einbezug kann nach Auffassung des Bundesgerichts u.U. dazu dienen, dass die Wohnsitzgemeinde neue Lösungsansätze einbringen, Vorschläge anderer geeigneter Institutionen unterbreiten oder über durch die Gemeinde bereits eingeleitete Massnahmen Aufschluss erteilen kann. Daher kann die Beweiseignung der zusätzlichen Stellungnahme nicht zum vornherein verneint werden (a.a.O., E. 5.4.2).

[94] Auch unter dem Gesichtspunkt der **Verschwiegenheitspflicht der KESB** sieht das Bundesgericht keine Schwierigkeiten (a.a.O., E. 5.4.4). Eine eigentliche Akteneinsicht darf der Wohnsitzgemeinde allerdings nicht zugestanden werden, ist doch die bundesrechtliche Vorschrift über die Akteneinsicht (Art. 449b ZGB) abschliessend (a.a.O., E. 6.4). Die Wohnsitzgemeinde ist daher z.B. durch zusammenfassende Berichte oder Aktenkopien (nur, aber immerhin) soweit zu informie-

ren, dass sie ihren (kantonalrechtlichen) Anspruch auf Stellungnahme wahrnehmen kann (a.a.O., E. 6.4.3).

[95] Da eine bundesrechtskonforme Auslegung und Anwendung der neuen kantonalen Bestimmungen möglich sind, wird die Beschwerde abgewiesen. Nicht zu erkennen ist bei der Lektüre des in Fünfer-Besetzung ergangenen Entscheids, dass dem Bundesgericht nicht vollumfänglich «wohl ist» mit der Zürcher Gesetzesrevision.

### **bb. Gebührenordnung für Beistände nach kantonalem Recht**

[96] Mit einer kantonalen Gebührenordnung für Beistände befasst sich **BGE 145 I 183** (= Urteil des Bundesgerichts 5C\_2/2017 vom 11. März 2019). Der Kanton Neuenburg hatte neue Regeln für die Entschädigung von Mandatsträgern erlassen. Auf Beschwerde des kantonalen Anwaltsverbandes und zweier Anwälte hin hatte das Bundesgericht auf dem Weg der abstrakten Normenkontrolle die Verfassungsmässigkeit und Vereinbarkeit der Regelung mit Bundesrecht zu klären.

[97] In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass seit dem 1. Januar 2019 die Ernennung eines Beistandes dessen Zustimmung bedarf (nArt. 400 Abs. 2 ZGB). Im Übrigen kann sowohl eine Privatperson, ein Angehöriger eines freien Berufes wie auch ein Berufsbeistand eingesetzt werden (a.a.O., E. 3.1).

[98] Die strittige Neuenburger Regelung sieht zusammenfassend vor, dass Beistände grundsätzlich unabhängig von ihrer beruflichen Qualifikation **Pauschalentschädigungen** erhalten, deren Höhe von den zu betreuenden Bereichen (persönliche Betreuung, Vermögensverwaltung usw.) abhängt. Für komplexere Beistandschaften ist eine höhere Pauschale vorgesehen und ausnahmsweise kann ein Zuschlag von bis zu 30% bei aussergewöhnlichem Aufwand für die Mandatsführung gewährt werden. Wird ein Angehöriger eines freien Berufes, beispielsweise ein Anwalt, im Hinblick auf seine **spezifischen Fähigkeiten** mit der Mandatsführung betraut, so gelangt der Rechtshilfetarif bzw. der tiefste Tarif für die entsprechende Berufsgruppe zur Anwendung. Lässt die finanzielle Situation des Verbeiständeten es zu, erfolgt die Entschädigung zum ordentlichen Tarif der betreffenden Branche. Schliesslich sieht die Regelung eine Spesenentschädigung vor.

[99] Die Beschwerdeführer wandten sich einzig gegen die erwähnte Abgeltung mit Pauschalentschädigungen für Beistände, die nicht aufgrund ihrer spezifischen beruflichen Fähigkeiten ernannt wurden. Sie rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit. Wie das Bundesgericht festhält, nehmen Beistände jedoch eine **öffentliche Aufgabe** war, weshalb sie sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (a.a.O., E. 4.2.1). Zudem wird die Wirtschaftsfreiheit der Anwälte auch insofern nicht eingeschränkt, als sie aufgrund der erwähnten ZGB-Revision nicht verpflichtet sind, Beistandschaftsmandate zu übernehmen.

[100] Die Beschwerdeführer machten sodann geltend, die Entschädigungsregelung verstösse gegen den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts, weil sie dem Sinn und Geist von **Art. 404 ZGB** zuwiderlaufe. Art. 404 ZGB legt nicht fest, wie für die Festlegung der Entschädigung im Einzelnen vorzugehen ist, vielmehr wird den Kantonen die Aufgabe überlassen, eine Entschädigungsordnung zu erlassen. Die Entschädigung muss jedoch «angemessen» sein (Art. 404 Abs. 1 ZGB) und die Erwachsenenschutzbehörde muss bei der Festlegung der Entschädigung den Umfang und die Komplexität der dem Beistand übertragenen Aufgaben berücksichtigen (Art. 404 Abs. 2 ZGB). Diese knappe Regelung des ZGB lässt den Kantonen ein erhebliches Ermessen (a.a.O., E. 5.1.5). Die vom Kanton Neuenburg eingeführten Pauschalen müssen dabei die Grundkosten einer Anwaltskanzlei nicht decken, wenn die fragliche Beistandschaft gerade nicht die Einset-

zung eines Anwalts aufgrund von dessen spezifischen Fähigkeiten voraussetzt (a.a.O., E. 5.2). Hingegen erweist sich der maximale Zuschlag von 30% für besonders aufwändige Mandate als bundesrechtswidrig in Fällen, in denen der vom Beistand zu leistende Aufwand mit der erweiterten Pauschale nicht angemessen abgegolten werden kann (a.a.O., E. 5.2). Dass Berufsbeistände und Angehörige freier Berufe dem gleichen Tarifsystem unterworfen werden, verletzt hingegen nicht den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (a.a.O., E. 6).

---

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