

Regina E. Aebi-Müller

## **Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2023**

---

Der Beitrag fasst die wichtigsten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht im Kalenderjahr 2023 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, Eherecht, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2023, in: Jusletter 12. Februar 2024

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeine Ehwirkungen und Güterrecht
  - 1.1. Ausserordentlicher Beitrag an den Familienunterhalt (Art. 165 ZGB)
  - 1.2. Auskunftsbeglehen nach Art. 170 Abs. 2 ZGB
  - 1.3. Vermischung von Eigengut und Errungenschaft; Beweis
  - 1.4. Bezifferung güterrechtlicher Forderungen
2. Familienrechtlicher Unterhalt
  - 2.1. Berechnungsmethode bei aussergewöhnlich günstigen finanziellen Verhältnissen
  - 2.2. Dauer und Höhe des nachehelichen Unterhalts
  - 2.3. Berücksichtigung der tatsächlichen oder hypothetischen Mietkosten
  - 2.4. Hypothetisches Einkommen und Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
  - 2.5. Berücksichtigung der Sparquote; Kontrollrechnung
  - 2.6. Überschussverteilung bei alternierender Obhut und hälftiger Betreuung
  - 2.7. Überschussverteilung: «Grosse und kleine Köpfe» bei nicht verheirateten Eltern
  - 2.8. Unterhaltsberechnung bei gemeinsamen Kindern und ausserehelichem Kind
  - 2.9. Reformatio in peius beim Kindesunterhalt
  - 2.10. Keine Anrechnung der Hilflonenentschädigung an den Betreuungsunterhalt
3. Volljährigenunterhalt
  - 3.1. Anrechnung des eigenen Einkommens des Kindes
  - 3.2. Zumutbarkeit bei «False memory syndrome»
4. Rechtliches Kindesverhältnis
  - 4.1. Verspätete Vaterschaftsanfechtung; «wichtige Gründe»
  - 4.2. Bereinigung des Personenstandsregisters (Zahlvaterschaft)
  - 4.3. Eintrag des im Ausland begründeten Kindesverhältnisses in das Personenstandsregister (Zahlvaterschaft)
5. Elterliche Sorge und Obhut
  - 5.1. Kein «geteiltes» Aufenthaltsbestimmungsrecht
  - 5.2. Kindesanhörung; Alleinzuteilung des Sorgerechts
  - 5.3. Absehen von der gemeinsamen elterlichen Sorge von Amtes wegen
  - 5.4. Bedingte Obhutsumteilung bei Umzugswunsch
  - 5.5. Unrechtmässiger Wegzug innerhalb der Schweiz; Wohnsitz des Kindes
  - 5.6. Umzug ins Ausland; Zuständigkeitswechsel nach HKsÜ
6. Verfahrensrechtliche Fragen (inkl. Aktiv-/Passivlegitimation)
  - 6.1. Aktiv- und Passivlegitimation betr. Kindesunterhalt
  - 6.2. Kompetenzattraktion des Gerichts bei Unterhaltsklage während des vor der KESB hängigen Sorgerechtsstreits
  - 6.3. Kompetenzattraktion des Gerichts betreffend Kindesschutz im eherechtlichen Verfahren
  - 6.4. Regelung weiterer Kinderbelange nach Unterhaltsklage; Einbezug des Elternteils
  - 6.5. Anhörung der Eltern betr. die Regelung der Kinderbelange
  - 6.6. Verfahrensvertretung des Kindes nach BG-KKE und HKÜ
7. Kindesschutz
  - 7.1. Impfentscheid betreffend ein Pflegekind; Beschränkung der elterlichen Sorge
  - 7.2. Beschwerdelegitimation der Pflegeeltern im Kindesschutzverfahren
8. Erwachsenenschutz
  - 8.1. «Umfassende» Mitwirkungsbeistandschaft
  - 8.2. Kündigung Mietvertrag; Genehmigung durch ESB
  - 8.3. Fürsorgerische Unterbringung; geeignete Institution
  - 8.4. Anerkennung einer ausländischen Massnahme des Erwachsenenschutzrechts

## **1. Allgemeine Ehwirkungen und Güterrecht**

### **1.1. Ausserordentlicher Beitrag an den Familienunterhalt (Art. 165 ZGB)**

[1] Das **Urteil 5A\_72/2022** vom 18. Juli 2023 betrifft folgenden Sachverhalt: In einer Gütertrennungsehe mit traditioneller Rollenteilung hatte die Ehefrau eine Liegenschaft zu Alleineigentum erworben. Die Finanzierung erfolgte mit Eigengut der Ehefrau und mit einer auf beide Ehegatten lautenden Hypothek. Im Laufe der Ehe zahlte der Ehemann nicht nur die Hypothekarzinsen, sondern investierte auch rund CHF 500'000 in verschiedene Renovations- und Verbesserungsarbeiten (u.a. Schwimmbad). Anlässlich der Scheidung der Ehe verlangte er eine Entschädigung gestützt auf Art. 165 Abs. 2 ZGB.

[2] Wie schon die Vorinstanz ist auch das Bundesgericht der Auffassung, dass die Voraussetzungen einer solchen Entschädigung für «ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten» (so die Marginalie von Art. 165 ZGB) nicht gegeben seien. Vielmehr habe der Ehemann die Investitionen getätigt, um seiner Familie eine den gehobenen Verhältnissen entsprechende Familienwohnung zu ermöglichen. Zudem habe er selber einige Jahre davon profitiert. Als Anwalt habe er wissen müssen, dass in der Gütertrennungsehe keine Ersatzforderung nach Art. 206 ZGB entstehe und er hätte es in der Hand gehabt, sich mit Darlehensverträgen entsprechend abzusichern.

[3] Der Entscheid, der an BGE 138 III 348 erinnert, erscheint nicht ganz unproblematisch angesichts der Höhe der getätigten Investitionen, die zu einer dauerhaften Wertsteigerung der Liegenschaft geführt haben. Im Ergebnis führt die Argumentation der Gerichte zur Qualifikation der Investitionen als (normale) Unterhaltszahlungen, was zwar für die Zahlung der Hypothekarzinsen einer Familienwohnung zweifelsohne richtig ist, für erhebliche wertsteigernde Investitionen dagegen selbst bei gehobenen Verhältnissen als fragwürdig erscheint, zumal das Geld unter dem Güterstand der Gütertrennung der Frau ungeteilt und dauerhaft verbleibt.

### **1.2. Auskunftsbegehren nach Art. 170 Abs. 2 ZGB**

[4] Anlass zur Beschwerde in Zivilsachen, die im **Urteil 5A\_939/2022** vom 6. Juni 2023 behandelt wurde, gab ein Auskunftsbegehren der Ehefrau nach Art. 170 ZGB im Kontext der Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils. Da das Auskunftsbegehren in dieser Sachlage den Zweck hat, die materiell-rechtlichen Ansprüche belegen zu können, besteht die Auskunftspflicht nur insoweit, als «von den zur Herausgabe verlangten Urkunden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein Beweisergebnis erwartet werden kann (...)».<sup>1</sup> Dies ist grundsätzlich im Kontext des Auskunftsbegehrens darzulegen, zumindest «wo dies nicht offensichtlich ist».<sup>2</sup>

[5] Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin u.a. Lohnausweise für die Jahre 2015 bis 2017 und die Zusammenstellung sämtlicher Einkünfte aus Liegenschaften und Wertschriften, die auf den Namen des Beschwerdegegners lauten oder an denen er wirtschaftlich berechtigt ist, verlangt. Das Obergericht des Kantons Zug hatte dem Antrag entgegengehalten, die erforderlichen Angaben ergäben sich aus den von beiden Parteien unterzeichneten Steuererklärungen und es sei der Beschwerdeführerin zumutbar, diese beim Steueramt erhältlich zu machen. Das ist aus Sicht des Bundesgerichts nicht zu beanstanden: «Hat es die um Auskunft ersuchende Partei selber in der

---

<sup>1</sup> Urteil 5A\_939/2022 vom 6. Juni 2023 E. 3.3.

<sup>2</sup> A.a.O., E. 3.3.

Hand, Beweise für die von ihr behaupteten Tatsachen beizubringen, mangelt es am Erfordernis der Notwendigkeit der Auskunftserteilung.».<sup>3</sup>

[6] Mit Bezug auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf Herausgabe «sämtlicher Konto- und/oder Depotauszüge aller Konten des Beschwerdegegners mit allen Detailpositionen, inkl. Vollständigkeitserklärung des jeweiligen Bankinstituts, sowie alle Kreditkartenabrechnungen mit Detailnachweis»<sup>4</sup> hatte es die Beschwerdeführerin versäumt, im erstinstanzlichen Verfahren Anhaltspunkte für Fehler in der Steuererklärung oder einen Hinzurechnungstatbestand nach Art. 208 ZGB «zumindest ansatzweise glaubhaft zu machen»<sup>5</sup>, wie es ein Auskunftsanspruch voraussetzen würde. Auch diesbezüglich blieb sie daher erfolglos.

### 1.3. Vermischung von Eigengut und Errungenschaft; Beweis

[7] Im **Entscheid 5A\_36/2023** vom 5. Juli 2023 befasst sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt: Die Ehefrau hatte nachgewiesenermassen von ihren Eltern Schenkungen im Umfang von CHF 80'000 erhalten, die gemäss Art. 198 Ziff. 2 ZGB als Eigengut zu qualifizieren sind. Die Verwendung des Geldes zur Deckung von Schulden bzw. zum Erwerb von bestimmten Vermögensgegenständen blieb im Scheidungsverfahren bis zuletzt strittig.

[8] Das Bundesgericht unterscheidet diesbezüglich zwei Fragestellungen: «Die eine Frage lautet dahingehend, welche Gütermasse eine Schuld belastet. Diesbezüglich gilt Art. 209 Abs. 2 ZGB, wonach eine Schuld diejenige Masse belastet, mit welcher sie sachlich zusammenhängt, im Zweifel aber die Errungenschaft. Zu Recht erinnert die Vorinstanz daran, dass dieser Grundsatz auch für Schulden gilt, die während der Dauer des Güterstandes getilgt wurden. Von solchen Schulden wird nach Art. 209 Abs. 2 ZGB vermutet, dass sie durch diejenige Gütermasse getilgt wurden, der sie güterrechtlich zuzuordnen gewesen wären, falls keine Tilgung stattgefunden hätte [...]. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Mittel der einen Gütermasse zur Tilgung von Schulden bzw. zum Erwerb von Vermögensgegenständen der anderen beigetragen haben, so dass derjenigen Gütermasse, die für die andere aufgekommen ist, eine entsprechende Ersatzforderung zusteht, die entweder auf den Nominalwert beschränkt ist (Art. 209 Abs. 1 ZGB) oder darüber hinaus auch Anteil am Mehr- oder Minderwert des fraglichen Vermögensgegenstandes hat (Art. 209 Abs. 3 ZGB [...]). Diesbezüglich gilt die [...] allgemeine Beweisregel von Art. 8 ZGB [...]. Auf diesen Streit um eine güterrechtliche Ersatzforderung ist die natürliche Vermutung zugeschnitten, wonach die Ehegatten zur Deckung der laufenden Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft nicht die Substanz ihres Eigenguts (Art. 198 Ziff. 2 ZGB) angreifen. Demnach bleiben solche Eigengutsmittel nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung grundsätzlich unangetastet bzw. werden in erster Linie für ausserordentliche Investitionen eingesetzt [...]».<sup>6</sup>

[9] Mit Bezug auf die Frage, wozu die Schenkungen an die Ehefrau verwendet worden waren, blieb es bei der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der kantonalen Instanzen, wonach das Geld für Familienunterhalt verwendet worden und vollständig aufgebraucht worden ist,

---

<sup>3</sup> A.a.O., E. 4.1.

<sup>4</sup> A.a.O., E. 4.2.

<sup>5</sup> A.a.O.

<sup>6</sup> Entscheid 5A\_36/2023 vom 5. Juli 2023 E. 3.3.3.

wobei sich zufolge Vermischung nicht mehr nachvollziehen liess, welche konkreten Zahlungen damit getätigt worden waren. Daraus folgt, wie das Bundesgericht weiter festhält (auch insofern übereinstimmend mit der Vorinstanz), dass dem Eigengut der Ehefrau eine Ersatzforderung zustehen muss.

[10] Das Urteil ist im Ergebnis zutreffend, allerdings erfolgte die Redaktion der Erwägungen aus Sicht der Rezensentin nicht vollständig befriedigend. Es gibt keine «eheliche Errungenschaft»<sup>7</sup>, d.h. es wäre zu klären, welcher Errungenschaft die Ersatzforderung zu belasten ist. Da Art. 209 ZGB einzig Vermögensverschiebungen zwischen den Gütermassen eines Ehegatten betrifft, wäre dies vorliegend die Errungenschaft der Ehefrau. Davon war offenbar die Vorinstanz ausgegangen, denn der Ersatzanspruch wurde exakt auf den Betrag der noch vorhandenen Errungenschaft der Ehefrau beziffert, der etwas tiefer war als die gesamte Geldschenkung. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der eine Ersatzforderung des Eigenguts beanspruchende Ehegatte in solchen Sachlagen regelmässig einen Rückschlag erleidet – was güterrechtlich relevant ist (ein Rückschlag wird nicht geteilt, Art. 210 Abs. 2 ZGB). Hätte indessen aufgrund der Unterhaltsvereinbarung nach Art. 163 ZGB der andere Ehegatte die entsprechenden Kosten des Familienunterhalts decken müssen, käme nicht ein Anspruch nach Art. 209 Abs. 1 ZGB, sondern eine (ggf. dem Eigengut des Gläubigerehegatten zuzuordnende) Ersatzforderung nach Art. 165 Abs. 2 ZGB in Betracht.

[11] Zu erinnern ist angesichts des für die Ehefrau erfreulichen Ergebnisses des vorliegenden Entscheids daran, dass das Bundesgericht die Beweislast für Ersatzforderungen nach Art. 209 Abs. 1 bzw. Abs. 3 ZGB in Anwendung von Art. 8 ZGB demjenigen Ehegatten überbürdet, der sich darauf beruft. Die Frage nach dem konkreten Geldfluss bzw. der Verwendung der Mittel kann daher im Einzelfall von entscheidender Bedeutung sein.<sup>8</sup> Die Beweislastverteilung wird indessen dann hinfällig, wenn das Gericht aufgrund der ihm vorgelegten Beweismittel von einem konkreten Beweisergebnis ausgeht, wie dies im vorliegenden Fall zutraf, im Kontext von güterrechtlichen Auseinandersetzungen aber keineswegs die Regel ist.

#### 1.4. Bezifferung güterrechtlicher Forderungen

[12] Bekanntlich sind güterrechtliche Forderungen aufgrund der Dispositionsmaxime zwingend zu beziffern, wobei der Gesamtbetrag der Forderung zu benennen ist. Ist ausnahmsweise eine unbezifferte Forderungsklage zulässig, muss die Bezifferung erfolgen, «sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist» (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Die Auslegung der zitierten Bestimmung ist in der Literatur kontrovers. Mit dem **Entscheid 5A\_847/2021** vom 10. Januar 2023 sorgt das Bundesgericht nun unter dem geltenden Recht für Klärung.

[13] Strittig war eine güterrechtliche Forderung, die von der Ehefrau erst im Schlussvortrag des Scheidungsverfahrens auf über CHF 124 Mio. (zuzüglich Zinsen) beziffert wurde. Dieses Vorgehen genügt den Anforderungen von Art. 85 Abs. 2 ZPO. Anders als in der Literatur teilweise verlangt, muss die Bezifferung nicht unmittelbar nach Abschluss, innert einer Frist von 30 Tagen

---

<sup>7</sup> A.a.O., E. 3.4.4.

<sup>8</sup> Exemplarisch: Urteil 5A\_605/2008 vom 28. Januar 2009 E. 6.5.

oder gar während der Beweisabnahme erfolgen. Ebensowenig ist eine laufende Anpassung des Rechtsbegehrens auf den aktuellen Stand des Beweisverfahrens erforderlich.<sup>9</sup>

[14] Die **ZPO-Revision**, die am 1. Januar 2025 in Kraft tritt, ist ähnlich grosszügig wie das Bundesgericht. Nach nArt. 85 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht künftig nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung eine Frist zur Bezifferung an.

## 2. Familienrechtlicher Unterhalt

### 2.1. Berechnungsmethode bei aussergewöhnlich günstigen finanziellen Verhältnissen

[15] Wie das Bundesgericht mehrfach festgehalten hat<sup>10</sup>, bleibt die einstufig-konkrete Methode der Unterhaltsberechnung bei aussergewöhnlich günstigen finanziellen Verhältnissen auch mit der neuen unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung zulässig. Daraus darf indessen, wie das **Urteil 5A\_933/2022** vom 25. Oktober 2023 festhält, nicht geschlossen werden, dass der Methodenwechsel zwingend notwendig wäre oder gar von Amtes wegen durch das Gericht erfolgen müsste.<sup>11</sup> Unzulässig ist einzig die Vermischung verschiedener Methoden.<sup>12</sup>

[16] Im konkreten Fall hatten die Ehegatten ein monatliches Gesamteinkommen von (je nach Phase) rund CHF 50'000 bis CHF 70'000. Beide kantonalen Instanzen folgten der zweistufig-konkreten Methode. Dagegen wehrte sich der Ehemann vor Bundesgericht erfolglos. Wie JEAN-MICHEL LUDIN in seiner dRSK-Kommentierung des Entscheids mit Recht festhält, können sich aus dem Methodenpluralismus bei sehr günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten erhebliche Prozessrisiken ergeben, weshalb die Methodenfrage möglichst frühzeitig im Verfahren geklärt werden sollte.

### 2.2. Dauer und Höhe des nachehelichen Unterhalts

[17] Im **Urteil 5A\_420/2021** vom 5. Dezember 2022 befasst sich das Bundesgericht mit einem geschiedenen Ehepaar, das nach rund 10-jährigem Konkubinats im Jahr 2006 geheiratet hatte. Die gemeinsame Tochter kam im folgenden Jahr zur Welt, der gemeinsame Haushalt wurde 2015 aufgehoben. Sowohl die Dauer wie auch die Höhe des nachehelichen Unterhalts waren bis vor Bundesgericht strittig.

[18] Zweifellos liegt eine lebensprägende Ehe vor, wobei – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – die Schulstufenregel nicht zur Begrenzung der Lebensprägung beigezogen werden kann.<sup>13</sup> Die Angemessenheit der Unterhaltsdauer richtet sich nicht alleine nach der Dauer des ehelichen Zusammenlebens, sondern ergibt sich «aus dem Zusammenspiel der diversen in

---

<sup>9</sup> Siehe zu Art. 85 Abs. 2 ZPO auch den vertragsrechtlichen Entscheid 4A\_145/2023 vom 3. Juli 2023 (zur Publ. vorgelesen) E. 4.3.–4.4. sowie den güterrechtlichen Entscheid 5A\_108/2023 vom 20. September 2023 E. 5.2.1.

<sup>10</sup> Exemplarisch: BGE 147 III 293 E. 4.5.

<sup>11</sup> Urteil 5A\_933/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 3.2.

<sup>12</sup> Für ein illustratives Beispiel eines unzulässigen Methodenmixes: Urteil 5A\_936/2022 vom 8. November 2023 E. 4.3.

<sup>13</sup> Urteil 5A\_420/2021 vom 5. Dezember 2022 E. 2.3.

Art. 125 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien».<sup>14</sup> Daher wurde die über die Pensionierung der Ehefrau hinaus bis zur Pensionierung des Ehemannes dauernde nacheheliche Unterhaltsverpflichtung der Vorinstanz vom Bundesgericht geschützt. Dies rechtfertigte sich vor dem Hintergrund, dass die dauerhafte Aufgabe der Erwerbsarbeit der Ehefrau «offensichtlich dem gemeinsamen Lebensplan der Parteien» entsprach,<sup>15</sup> und aufgrund des relativ hohen Einkommens des Ehemannes.

[19] Die Beschwerde der Ehefrau gibt dem Bundesgericht Anlass zur präzisierenden Klärung der Frage, wie im Rahmen des nachehelichen Unterhalts die wirtschaftliche Selbständigkeit der zum Scheidungszeitpunkt noch unterhaltsbedürftigen Kinder zu berücksichtigen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bildet der zuletzt gemeinsam gelebte Standard zwar grundsätzlich die Obergrenze des gebührenden Unterhalts; indessen kann davon ausgegangen werden, «dass durch den Wegfall von Kindesunterhalt frei werdende Mittel vermutlich zugunsten der ehelichen Lebenshaltung verwendet worden wären und deshalb der unterhaltspflichtige Ehegatte diese in der Regel nicht einfach für sich reklamieren kann [...]. Diese Rechtsprechungslinie will Unbilligkeiten vermeiden, welche sich aus der reinen Zufälligkeit ergeben können, ob Kinder kurz vor oder nach der Trennung der Ehepartner wirtschaftlich selbständig geworden sind; bei schematischem Rechnen kann dies einen entscheidenden Einfluss auf die Höhe des Überschusses und damit des (nach-)ehelichen Unterhaltsbeitrags haben.».<sup>16</sup> Im Rahmen der Einzelfallgerechtigkeit ist jedoch für die Aufteilung eines zufolge wirtschaftlicher Selbständigkeit der Kinder frei werdenden Betrages «eine gewisse zeitliche Nähe zum Trennungszeitpunkt erforderlich und auch eine gewisse Relation zur Dauer des ehelichen Zusammenlebens sowie den näheren Umständen, welche die konkrete Ehe ausgemacht haben.».<sup>17</sup> Vorliegend werden die Mittel erst weit mehr als zehn Jahre nach der Trennung durch den Wegfall des Kindesunterhalts frei, d.h. nach einer Zeitdauer, die die Dauer des ehelichen Zusammenlebens übersteigt. Der Vorinstanz war daher keine Ermessensüberschreitung vorzuwerfen, wenn es den gebührenden Unterhalt der Ehefrau nicht auf einen zu einem so späten Zeitpunkt hin noch über den gemeinsam gelebten Standard gehoben hat.

### 2.3. Berücksichtigung der tatsächlichen oder hypothetischen Mietkosten

[20] Im Sachverhalt, der im **Urteil 5A\_397/2022** vom 17. Mai 2023 zu beurteilen war, bewohnte der Ehemann nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts lediglich ein kleines Studio. Mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten und um während der Besuchswochenenden die Tochter angemessen unterbringen zu können, hätte er freilich Anspruch auf eine Dreizimmerwohnung gehabt. Nachdem der Ehemann nach über drei Jahren Trennung noch keine grössere Wohnung gemietet hatte und sich offenbar auch nicht mehr aktiv darum bemühte, rechnete ihm die Vorinstanz bei der Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts lediglich die tatsächlich bezahlte Miete an. Die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen blieb erfolglos.

[21] Zwar ist die Berücksichtigung eines hypothetischen Mietzinses bei der Berechnung des familienrechtlichen Existenzminimums ausnahmsweise zulässig, wenn der betreffende Ehegatte

---

<sup>14</sup> A.a.O.

<sup>15</sup> A.a.O.

<sup>16</sup> A.a.O., E. 2.4.2. m.H. auf Urteil 5A\_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2.

<sup>17</sup> Urteil 5A\_420/2021 vom 5. Dezember 2022 E. 2.4.2.

berechtigt ist, eine grössere als die bisherige Wohnung zu mieten. Liegt keine vorübergehende Situation mehr vor, sondern verbleibt der Ehegatte längere Zeit in der an sich zu kleinen Wohnung und ist nicht absehbar, wann oder ob eine grössere Wohnung in Anspruch genommen wird, geht allerdings der Grundsatz vor, dass nur die tatsächlichen Kosten zu berücksichtigen sind. Andernfalls könnte der Beschwerdeführer seine Unterhaltspflicht mit aktuell nicht vorhandenen Aufwendungen künstlich reduzieren, was *in casu* das Risiko birgt, dass nicht mehr das Existenzminimum aller Familienmitglieder gedeckt werden kann.<sup>18</sup>

## 2.4. Hypothetisches Einkommen und Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

[22] Bekanntlich sind gemäss der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts beide Ehegatten bzw. nach der Scheidung beide geschiedenen Ehegatten gehalten, ihre Eigenversorgungskapazität auszuschöpfen. Nicht selten wird in diesem Zusammenhang von einem Ehegatten geltend gemacht, es liege eine Erkrankung vor, die zu einer mindestens teilweisen Erwerbsunfähigkeit führe. Im **Urteil 5A\_88/2023** vom 19. September 2023 E. 3.3.3. fasst das Bundesgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung wie folgt zusammen.

[23] Der Gesundheitszustand ist im Kontext des familienrechtlichen Unterhalts unabhängig von allfälligen Ansprüchen aus der Invalidenversicherung zu bestimmen. Unter Umständen kann eine durch Arztzeugnisse belegte Arbeitsunfähigkeit als Nachweis genügen. Indessen reicht nicht irgendein Arztzeugnis aus, vielmehr ist für dessen Beweiswert der Inhalt von entscheidender Bedeutung. Wichtig ist namentlich, dass die medizinischen Störungen und deren Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit klar beschrieben werden und die ärztlichen Schlussfolgerungen gut begründet sind. Entsprechend ist ein Arztzeugnis, das ohne weitere Erklärungen die Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ohne grosse Beweiskraft. Zu beachten ist im Rahmen der Beweiswürdigung sodann, dass der behandelnde Arzt im Zweifelsfall aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses dazu neigen wird, für seinen Patienten Partei zu beziehen.

[24] Illustrativ ist in diesem Zusammenhang auch das **Urteil 5A\_584/2022** vom 18. Januar 2023, wo bereits die Vorinstanz den fehlenden Beweiswert eines Arztzeugnisses festgestellt hatte, in dem ein Psychiater ohne Begründung die gänzliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres bescheinigt hatte. Der Verweis auf seine Privatsphäre und die ärztliche Schweigepflicht halfen hier dem Vater, der seine Unterhaltspflicht gegenüber den minderjährigen Kindern bestritt, nicht zu helfen.<sup>19</sup>

[25] Ebenfalls mit dem Nachweis der Arbeitsunfähigkeit (und anderen Fragen des nachehelichen Unterhalts) befasst sich der **Entscheid 5A\_202/2022** vom 24. Mai 2023 E. 4. Die Vorinstanz hatte zu Unrecht aufgrund mehrerer, allerdings nicht mehr aktueller Arbeitszeugnisse eine reduzierte Erwerbsfähigkeit der Ehefrau von 80% angenommen.

[26] Mit Bezug auf die Beweislast bezüglich der Arbeits(un)fähigkeit hält das Bundesgericht im **Urteil 5A\_831/2022** vom 26. September 2023 in Bestätigung seiner Rechtsprechung fest, dass gemäss Art. 8 ZGB dem Unterhaltsansprecher der Nachweis obliegt, dass er seinen gebührenden Unterhalt nicht selber zu decken vermag.<sup>20</sup> Anders formuliert: Gelingt der Nachweis der Arbeits-

---

<sup>18</sup> Urteil 5A\_397/2022 vom 17. Mai 2023 E. 6.2.

<sup>19</sup> Urteil 5A\_584/2022 vom 18. Januar 2023 E. 3.1.

<sup>20</sup> Urteil 5A\_831/2022 vom 26. September 2023 E. 3.3.



unfähigkeit nicht, unterliegt die Unterhaltsansprecherin im Prozess. Erneut (s. schon Rz. 23) betont das Bundesgericht die Unabhängigkeit der Beurteilung durch den Zivilrichter von einem allfälligen Verfahren um Zusprache einer Invalidenrente (ein solches Verfahren war *in casu* noch anhängig).<sup>21</sup> Die Vorinstanz hatte festgehalten, es sei zwar mit Blick auf den Stand des IV-Verfahrens weder die Arbeitsunfähigkeit der Ehefrau festgestellt, dem Ehemann sei aber auch der Nachweis von deren Arbeitsfähigkeit misslungen. Sie verzichtete daher auf die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens. Damit hatte sie, wie das Bundesgericht mit Recht festhält, Art. 8 ZGB verletzt.

## 2.5. Berücksichtigung der Sparquote; Kontrollrechnung

[27] Die obere Grenze des ehelichen bzw. nachehelichen Unterhaltsanspruchs eines (geschiedenen) Ehegatten bildet bekanntlich (von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen) der zuletzt gemeinsam gelebte Lebensstandard. Haben die Ehegatten während des Zusammenlebens nicht das gesamte Einkommen für den Unterhalt verbraucht, sondern Ersparnisse gebildet, so ist daher die entsprechende Sparquote zu berücksichtigen, bevor im Rahmen der zweistufigen Berechnungsmethode unbesehen der gesamte Überschuss verteilt wird. Da aber auch trennungsbedingte Mehrkosten entstehen, müssen diese vorab von der Sparquote in Abzug gebracht werden.<sup>22</sup> Diese an sich einleuchtende Vorgehensweise ist in der Praxis allerdings nicht immer so einfach, wie exemplarisch der **Entscheid 5A\_994/2022** vom 1. Dezember 2023 zeigt. Ausser den trennungsbedingten Mehrkosten sind nämlich auch Mehreinnahmen (insbes. bei Ausbau der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten) zu berücksichtigen<sup>23</sup> sowie Einsparungen während der Dauer des Getrenntlebens (*in casu* u.a. die Aufnahme eines Konkubinats des Ehemannes). Die Gesamtwürdigung muss gewährleisten, dass der Unterhaltsgläubiger aufgrund der Unterhaltszahlungen keinen höheren Lebensstandard erreicht als während des Zusammenlebens, gleichzeitig soll er aber, bei vorhandenen Mitteln, auch nicht weniger erhalten, als er zur Erreichung dieses Lebensstandards benötigt.<sup>24</sup>

## 2.6. Überschussverteilung bei alternierender Obhut und hälftiger Betreuung

[28] Im Sachverhalt, der im **Urteil 5A\_330/2022** vom 27. März 2023 zu beurteilen war, stand fest, dass der Vater deutlich leistungsfähiger war als die Mutter. Unter Berücksichtigung der familienrechtlichen Existenzminima aller Beteiligten war ein deutlicher Überschuss vorhanden. Die beiden Kinder wurden im Rahmen einer alternierenden Obhut je hälftig durch die Eltern betreut. [29] Schon mehrfach hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Barunterhalt der Kinder bei alternierender Obhut und hälftiger Betreuung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Eltern aufzuteilen ist.<sup>25</sup> Mit Recht weist es im vorliegenden Entscheid darauf hin, dass die

---

<sup>21</sup> A.a.O.

<sup>22</sup> BGE 147 III 293 E. 4.4.

<sup>23</sup> Exemplarisch Urteil 5A\_915/2021 vom 9. März 2023 E. 4.1. m.w.H.

<sup>24</sup> 5A\_994/2022 vom 1. Dezember 2023 E. 4.3.4.

<sup>25</sup> Exemplarisch: BGE 147 III 265 E. 5.5.

direkten Kinderkosten, die durch den Barunterhalt abgegolten werden, bei den beiden Elternteilen in unterschiedlichem Mass anfallen (z.B. Mietkostenanteil) und daher konkret zu bestimmen ist, wer welche Auslagen bezahlt (z.B. Krankenkassenprämien, Kosten der Fremdbetreuung). Zu denken ist dabei auch an die Familienzulagen, die ebenfalls nur an einen Elternteil bezahlt werden.

[30] Hingegen hat bei hälftiger Betreuung jeder Elternteil Anspruch auf die Hälfte des monatlichen Grundbetrags der Kinder, der u.a. für Nahrung, Kleidung und Hygieneprodukte bestimmt ist.<sup>26</sup> Überdies ist bei alternierender Obhut der auf die Kinder entfallende Überschussanteil grundsätzlich ebenfalls hälftig zwischen den Elternhaushalten aufzuteilen, was jedem Elternteil ermöglicht, in seiner Betreuungszeit diejenigen Ausgaben zu decken, die nicht im familienrechtlichen Existenzminimum enthalten sind. Ausnahmen davon sind begründungspflichtig.<sup>27</sup>

[31] Mit Recht weist JEAN-MICHEL LUDIN in seiner Kommentierung des Entscheids im dRSK darauf hin, dass gewisse aus dem Überschuss zu bezahlende Auslagen nur einmal anfallen (u.a. Mitgliederbeitrag im Sportverein, Kosten für Musikunterricht) und daher im Unterhaltsentscheid zu klären ist, welcher Elternteil diese Zahlungen übernimmt – dies muss sich dann auch in der Verteilung des Überschusses auf die Eltern niederschlagen.

## 2.7. Überschussverteilung: «Grosse und kleine Köpfe» bei nicht verheirateten Eltern

[32] Das Urteil 5A\_668/2021 vom 19. Juli 2023 (zur Publikation vorgesehen) betrifft die Bemessung des Barunterhalts für ein Kind unverheirateter Eltern. Dabei war im Kontext der zweistufigen Methode der Unterhaltsberechnung einzig die Überschussverteilung strittig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>28</sup> ist der Überschuss, der nach Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums verbleibt, grundsätzlich (Abweichungen im begründeten Einzelfall bleiben vorbehalten) nach «grossen und kleinen Köpfen» auf die Eltern und Kinder aufzuteilen;<sup>29</sup> gemeint ist, dass die Eltern einen doppelt so grossen Überschussanteil erhalten sollen wie die Kinder. Im vorliegenden Entscheid stellte sich die Frage, ob die nicht unterhaltsberechtigende Mutter des Einzelkindes als «grosser Kopf» fiktiv zu berücksichtigen ist – was zu einem Überschussanteil des Kindes von 1/5 führen würde – oder ob der Überschuss zwischen Vater und Sohn aufzuteilen ist – was zu einem Überschussanteil des Kindes von 1/3 führen würde.<sup>30</sup> Korrekt ist Letzteres, wie das Bundesgericht in Einklang mit der Vorinstanz – aber in Abweichung von zahlreichen Stimmen in der Literatur – festhält.

[33] Bei der zweistufigen Methode wird der gesetzlichen Vorgabe Rechnung getragen, dass das minderjährige Kind an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern teilhaben können. Muss der unterhaltspflichtige Vater, wie im konkreten Fall, lediglich seinen eigenen Unterhalt und denjenigen eines minderjährigen Kindes decken, so ist nicht einzusehen, weshalb er 4/5 des Überschusses für sich sollte behalten können, denn dies würde ihm einen deutlich höheren finanziel-

---

<sup>26</sup> Urteil 5A\_330/2022 vom 27. März 2023 E. 4.1.1.

<sup>27</sup> A.a.O., E. 4.2.3–4.2.4.

<sup>28</sup> Exemplarisch: BGE 147 III 265 E. 6.6.

<sup>29</sup> A.a.O., E. 7.3.

<sup>30</sup> Zur hier interessierenden Fragestellung hat sich das Bundesgericht bereits Urteil 5A\_597/2022 vom 7. März 2023 geäussert, musste sich allerdings aufgrund der blossen Willkürkognition noch nicht festlegen.

len Spielraum einräumen als dem Kind. Falls bei guten oder sehr guten finanziellen Verhältnissen der Überschussanteil von 1/3 zu hoch ist, u.a. aus pädagogischen Gründen oder weil das Kind damit Ersparnisse bilden könnte, bedarf es – wie bei verheirateten bzw. verheiratet gewesenen Eltern – einer Kontrolle bzw. Korrektur, wie das Bundesgericht in Bestätigung seiner Praxis festhält.

[34] Zudem ist der Überschussanteil des Kindes nicht zur Aufbesserung der Lebenshaltung des betreuenden Elternteils gedacht: «Die Rechtsprechung, wonach der Überschussanteil eines Kindes bei überdurchschnittlichen Verhältnissen nicht unbegrenzt linear ansteigen darf [...], erhält mithin bei der Festsetzung des Unterhaltes für Kinder nicht verheirateter Eltern ein zusätzliches Motiv, welches es zu beachten gilt: Nicht nur erzieherische und konkrete Bedarfsgründe können hier unterhaltsbegrenzend wirken, sondern es ist auch sicherzustellen, dass der Überschussanteil einzig die Teilhabe des Kindes an der Lebensstellung des unterhaltspflichtigen Elternteils ermöglicht und nicht darüber hinaus der unverheiratete betreuende Elternteil mitfinanziert wird (so bereits BGE 147 III 265 E. 7.4). Eine strikte frankenmässige Trennung wird sich allerdings naturgemäss kaum bewerkstelligen lassen, weil der Kindesunterhaltsbeitrag – unter Vorbehalt einer gegenteiligen gerichtlichen Anordnung – an den (haupt-) betreuenden Elternteil zu leisten ist (Art. 289 Abs. 1 ZGB) und im betreuenden Haushalt in der Regel eine einzige Kasse geführt wird. Ferner ist zu bemerken, dass sich der aus dem Überschuss zu finanzierende Bedarf (Freizeitaktivitäten, Hobbys, Ferien u.ä.m.) nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit steigendem Alter des Kindes erhöht, und folglich für die ermessensweise Begrenzung des dem Kind zustehenden Überschussanteils gerade bei günstigen Verhältnissen auch sein Alter mitberücksichtigt werden darf.»<sup>31</sup>

[35] Der Entscheid wurde in der Literatur unterschiedlich aufgenommen. Kritisch äussern sich u.a. STEFANIE ALTHAUS/SIMON METTLER, Praxisfragen zur Überschussverteilung, FamPra.ch 2023, S. 873ff., 895; zustimmend hingegen JEAN-MICHEL LUDIN, dRSK. Nach Auffassung der Rezensentin ist dem sorgfältig begründeten Entscheid zuzustimmen. Er ist nicht nur wegen der angeführten Überlegungen, sondern auch deshalb stimmig, weil das Kind in der vorliegenden Konstellation, in der ein nicht obhutsberechtigter Elternteil alleine für den Barunterhalt des Kindes aufkommen muss, nur an *einem* Überschuss teilhat.<sup>32</sup> Entsprechend ist das Argument, wonach bei der vom Bundesgericht präferierten Unterhaltsverteilung die Kinder unverheirateter Eltern besser gestellt würden als diejenigen verheirateter bzw. geschiedener Eltern, je nach konkreter finanzieller Konstellation unzutreffend. Denn bei verheirateten bzw. geschiedenen Eltern werden sämtliche Ressourcen der Familie, auch das Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils, in die Berechnung des Überschusses einbezogen. Daher wäre das Kind unverheirateter Eltern im Ergebnis oft zu schlecht gestellt, wenn es lediglich 1/5 des väterlichen Überschusses beanspruchen könnte.

---

<sup>31</sup> Urteil 5A\_668/2021 vom 19. Juli 2023 E. 2.6., am Ende.

<sup>32</sup> Vgl. dazu bereits JEAN-MICHEL LUDIN, dRSK zu 5A\_597/2022 vom 7. März 2023.

## 2.8. Unterhaltsberechnung bei gemeinsamen Kindern und ausser-ehelichem Kind

[36] Im **Urteil 5A\_780/2022** vom 6. März 2023 mussten die Unterhaltsansprüche im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren geklärt werden. Die Ehegatten waren Eltern zweier Kinder, die unter die Obhut des Vaters gestellt wurden. Die Ehefrau ist überdies Mutter eines ausser-ehelichen Kindes, dessen Vater unbekannt ist. Die kantonalen Instanzen hatten es der Ehefrau unter diesen Umständen zugemutet, in Abweichung von der Schulstufenregel bereits nach dem ersten Lebensjahr des ausser-ehelichen Kindes einer Erwerbstätigkeit von 60% nachzugehen. Die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen des Ehemannes blieb erfolglos.

[37] Zwar ist es zutreffend, dass die Ehefrau an sich gegenüber den beiden ehelichen Kindern zu Barunterhalt verpflichtet wäre und daher ihre zumutbare wirtschaftliche Leistungskraft ausschöpfen muss. Dennoch ist es nicht zu beanstanden, wenn ihr im ersten Lebensjahr des ausser-ehelichen Kindes keine Erwerbstätigkeit zugemutet wurde und anschliessend ein Pensum von 60% anstatt, wie vom Ehemann gefordert, 100%. Daraus resultiert keine (unzulässige) Verpflichtung des Ehemannes, an den Unterhalt des ausser-ehelichen Kindes beizutragen, vielmehr erfolgt, so das Bundesgericht, lediglich eine indirekte Unterstützung, indem der Ehefrau keine volle Erwerbstätigkeit zugemutet wird.<sup>33</sup>

## 2.9. Reformatio in peius beim Kindesunterhalt

[38] Im **Entscheid 5A\_800/2022** vom 28. März 2023 erinnert das Bundesgericht an die Tragweite der im Kindesunterhaltsrecht geltenden *Offizialmaxime*. Diese hat u.a. zur Folge, dass die Berufungsinstanz ohne vorgängige Ankündigung und ohne Bindung an die Parteianträge den Kindesunterhalt erhöhen darf – dies selbst dann, wenn die Unterhaltsbeiträge vor der zweiten kantonalen Instanz gar nicht mehr strittig sind.<sup>34</sup> Ein solches Vorgehen bedeutet nach Auffassung des Bundesgerichts keine Verletzung des verfassungsmässigen Gehörsanspruchs, dient doch dieser nicht der Begrenzung der Prozessrisiken des beschwerdeführenden Elternteils. Kritisch zu diesen Erwägungen (im Ergebnis aber zustimmend) äussert sich JEAN-MICHEL LUDIN, dRSK.

## 2.10. Keine Anrechnung der Hilfloosenentschädigung an den Betreuungsunterhalt

[39] Bezieht das Kind eine Hilfloosenentschädigung der IV, stellt sich die Frage, ob dieser Betrag an den Betreuungsunterhalt anzurechnen ist oder nicht. Die kantonale Rechtsprechung dazu war bisher uneinheitlich.<sup>35</sup> Das Bundesgericht schliesst sich in **BGE 149 III 297** (= Urteil 5A\_77/2022 vom 15. März 2023) der Auffassung der Vorinstanz an, die den Betreuungsunterhalt ohne Berücksichtigung der Hilfloosenentschädigung zugesprochen hatte. Diese Sichtweise überzeugt: Die Hilfloosenentschädigung deckt nicht den normalen Betreuungsaufwand für Kinder ab, sondern setzt eine spezifische Hilfloosigkeit voraus, die zu erheblichem Mehraufwand führt. Entsprechend

---

<sup>33</sup> Urteil 5A\_780/2022 vom 6. März 2023 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 144 III 481 E. 4.7.5.

<sup>34</sup> Entscheid 5A\_800/2022 vom 28. März 2023 E. 3.2 m.Verw. auf BGE 118 II 93 E. 1a

<sup>35</sup> Vgl. die Hinweise in BGE 149 III 297 E. 3.3.4.–3.3.5.

handelt es sich um eine Form des Schadenersatzes und nicht um Ersatzeinkommen.<sup>36</sup> Die entsprechende Betreuung des hilflosen Kindes ist überdies regelmässig auch am Morgen, am Abend und in der Nacht sowie an den Wochenenden und in den Ferien erforderlich, während der Betreuungsunterhalt seinem Zweck zufolge lediglich die übliche Arbeitszeit abdeckt. Würde die Hilfslosenentschädigung auf den Betreuungsunterhalt des obhutsberechtigten Elternteils angerechnet, so käme dem obhutsberechtigten Elternteil trotz des behinderungsbedingten Mehraufwandes ein gekürzter Betreuungsunterhalt zu, was ihn schlechter stellen würde als einen Elternteil, der ein gesundes Kind unter seiner Obhut hat und keine besonderen kindlichen Bedürfnisse abdecken muss.

### 3. Volljährigenunterhalt

#### 3.1. Anrechnung des eigenen Einkommens des Kindes

[40] Gemäss Art. 276 Abs. 3 ZGB sind die Eltern «von der Unterhaltspflicht in dem Mass befreit, als dem Kinde zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten.» Im Zusammenhang mit der Berechnung des Kindesunterhaltsanspruchs werden daher Leistungen, die für den Unterhalt des Kindes gedacht sind (u.a. Kinderzulagen oder IV-Kinderrenten) vollständig berücksichtigt und dem Kind als eigenes Einkommen aufgerechnet.<sup>37</sup> Zwanglos lässt sich daraus der Schluss ziehen, dass umso mehr im Kontext der Bemessung des Volljährigenunterhalts das Erwerbseinkommen des Kindes, z.B. der Lehrlingslohn oder das Einkommen aus einem «Studenten-Job» vollumfänglich in die Rechnung einzubeziehen ist. Darauf weisen auch entsprechende Entscheidungen des Bundesgerichts hin.<sup>38</sup>

[41] Wie das Bundesgericht nun allerdings im **Entscheid 5A\_476/2022** vom 28. Dezember 2022 festhält, handelt es sich bei der Frage, inwieweit ein eigenes Einkommen des Volljährigen zu berücksichtigen ist, um einen Ermessensentscheid. Dass die Vorinstanz den Lehrlingslohn lediglich zu 30% in die Unterhaltsberechnung einbezogen hatte, hält vor Bundesrecht stand. Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen, umso mehr, als das betroffene Kind eben erst volljährig geworden war, es um einen relativ tiefen Lehrlingslohn ging und überdies das volljährige Kind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als «Zielgrösse» lediglich Anspruch auf das familienrechtliche Existenzminimum (ohne Überschussanteil) hat. Dass ihm unter diesen Umständen ein Teil des Lehrlingslohnes für persönliche, im familienrechtlichen Existenzminimum nicht enthaltene Extras bleibt, ist nachvollziehbar. Unbefriedigend ist allerdings die sehr unterschiedliche kantonale Praxis, die vom Bundesgericht offenbar unter Verweis auf eine noch bundesrechtskonforme Ermessensausübung geschützt wird.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> BGE 149 III 297 E. 3.3.1.

<sup>37</sup> Vgl. Urteil 5A\_782/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.3.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 147 III 265 E. 7.1 i.f., betr. Erwerbseinkommen des minderjährigen Kindes, sowie Urteil 5A\_340/2021 vom 16. November 2021 E. 6.3.3. zum zumutbaren Einkommen einer volljährigen Studentin.

<sup>39</sup> Vgl. dazu auch das Urteil 5A\_1072/2020 vom 25. August 2021, E. 7.3., wo die Anrechnung des Lehrlingslohnes im Umfang von zwei Dritteln bei – zunächst noch – minderjährigen Kindern Bestand hatte.

### 3.2. Zumutbarkeit bei «False memory syndrome»

[42] Gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB ist der Anspruch auf Volljährigenunterhalt u.a. an die Voraussetzung geknüpft, dass dessen Zahlung den Eltern «nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf». Im Zusammenhang mit der persönlichen Beziehung zwischen dem volljährigen Kind und dem Elternteil, von dem Unterhalt verlangt wird, geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Kontaktabbruch des Kindes, der diesem subjektiv nicht zum Vorwurf gereicht (insbesondere nach einem für das Kind hoch belastenden Scheidungsverfahren der Eltern), nicht zum Verlust des Unterhaltsanspruchs führt.

[43] Diese Sichtweise wird im **Urteil 5A\_706/2022** vom 21. März 2023 auf eine ganz anders gelagerte Konstellation erstreckt: Die erwachsene Tochter hatte gegen ihre Eltern den Vorwurf erhoben, sie seien Teil einer satanischen Sekte. Sie hatte zudem gegen ihren Vater Strafanzeige wegen versuchter vorsätzlicher Tötung, sexueller Handlungen mit Kindern, sexueller Nötigung, Vergewaltigung und Inzest eingereicht. Im Laufe des Strafverfahrens stellte sich heraus, dass die Tochter an einer sog. Paramnesie («False Memory Syndrome») leidet, nicht zwischen Erlebtem und Nichterlebtem unterscheiden kann und krankhaft davon überzeugt ist, Opfer von ritueller Gewalt geworden zu sein. Auch nach Einstellung des Strafverfahrens liess die Tochter von den entsprechenden Behauptungen gegenüber ihren Eltern nicht ab. Das Bundesgericht hält – wie schon die Vorinstanzen – dafür, unter den gegebenen Umständen, namentlich wegen fehlender «Schuldhaftigkeit» des Verhaltens der Tochter,<sup>40</sup> sei die Zahlung von Volljährigenunterhalt für die Eltern zumutbar.

[44] Der Entscheid ist teilweise auf Kritik gestossen.<sup>41</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist das Urteil tatsächlich fragwürdig. Der Hinweis in Art. 277 Abs. 2 ZGB auf die «gesamten Umstände» verpflichtet das Gericht dazu, in Anwendung von Art. 4 ZGB alle für eine sachgerechte Lösung relevanten Umstände mitzuberücksichtigen. Dazu gehört nach Auffassung der Rezensentin nicht nur die subjektive Vorwerfbarkeit eines Verhaltens des volljährigen Kindes, sondern auch die Folgen dieses Verhaltens für die Eltern. Zweifellos verletzen die von der Tochter erhobenen Vorwürfe, an denen sie offenkundig seit Jahren und nach wie vor festhält, die Eltern in schwerwiegendster Weise in ihrer Persönlichkeit i.S.v. Art. 28 ZGB. Dass die Tochter kein Verschulden für ihre falsche Überzeugung trifft, vermag diese Persönlichkeitsverletzungen nur geringfügig zu mildern. Die schwere immaterielle Unbill, die die Eltern dadurch erleiden, ist mit einem Kontaktabbruch im Nachgang zu einer Hochkonflikt-Scheidung nicht vergleichbar und sollte daher bei der Frage nach der Zumutbarkeit des Volljährigenunterhalts mitberücksichtigt werden. Dabei geht es nicht, wie das Bundesgericht insinuiert, darum, die Tochter «zu bestrafen».<sup>42</sup> Vielmehr ist der Volljährigenunterhalt nach der Konzeption von Art. 277 ZGB die (freilich angesichts heutiger Ausbildungswege häufige) Ausnahme<sup>43</sup> von der Regel, wonach die Unterhaltspflicht der Eltern mit der Volljährigkeit des Kindes endet. Der Wortlaut von Art. 277 Abs. 2 ZGB benennt daher – anders als der Minderjährigenunterhalt – explizit die Zumutbarkeit für die Eltern als Anspruchsvoraussetzung. Dies ist bei der Auslegung zu bedenken, bevor vorschnell der Blick bei der Frage nach einem allfälligen Verschulden des volljährigen Kindes stehenbleibt.

---

<sup>40</sup> Urteil 5A\_706/2022 vom 21. März 2023 E. 4.4.5.

<sup>41</sup> Vgl. u.a. JEAN-MICHEL LUDIN, dRSK; siehe ferner die Hinweise bei BARBARA BORKOWSKI/ZENO RAVEANE, AJP 2023, S. 1217 ff., Fn. 11.

<sup>42</sup> A.a.O., 4.4.6.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 129 III 375 E. 3.2.

## 4. Rechtliches Kindesverhältnis

### 4.1. Verspätete Vaterschaftsanfechtung; «wichtige Gründe»

[45] Das **Urteil 5A\_178/2022** vom 4. Juli 2023 befasst sich mit einer verspäteten Vaterschaftsanfechtung. Das betroffene Kind war im Jahr 2017 geboren worden. Zu diesem Zeitpunkt war die Kindesmutter noch verheiratet, was bekanntlich zur Eintragung des Ehemannes als Vater in das Zivilstandsregister führen musste. Den gemeinsamen Haushalt hatten die Ehegatten allerdings bereits im Jahr 2009 aufgehoben und im Jahr 2013 hatte die Ehefrau die Scheidungsklage eingereicht. Erst im Jahr 2018 focht der Ehemann seine Vaterschaft an. Als Begründung für die Verspätung gab er an, er habe nicht gewusst, dass er die Vaterschaftsvermutung hätte anfechten müssen. Die Vorinstanz hatte ihm zudem zugute gehalten, dass er aufgrund einer psychologischen Blockade die Post nicht geöffnet habe.

[46] Rechtsunkenntnis genügt, wie das Bundesgericht im Einklang mit seiner etablierten Rechtsprechung darlegt, nicht zur Wiederherstellung der Frist «aus wichtigen Gründen» i.S.v. Art. 256c Abs. 3 ZGB.<sup>44</sup> In diesem Zusammenhang kann allerdings auch das Interesse des Kindes an der Klärung bzw. der Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses mitzuberücksichtigen sein.<sup>45</sup> *In casu* bestand keinerlei psycho-soziale Elternschaft oder emotionale Bindung zum Registervater, der nie mit dem Kind zusammengelebt hatte. Auch auf dessen materielle Unterstützung oder Erbanwartschaften konnte das Kind nicht zählen. Unter diesen Umständen hatte die Vorinstanz ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie die verspätete Klage noch zugelassen hatte.

### 4.2. Bereinigung des Personenstandsregisters (Zahlvaterschaft)

[47] Das **Urteil 5A\_764/2022** vom 3. Juli 2023 betrifft eine altrechtliche Zahlvaterschaft. Die Beschwerdeführerin wurde im Jahr 1963 als ausserheheliches Kind geboren und war nach der klageweisen Aufhebung des Kindesverhältnisses zum Ehemann der Mutter rechtlich vaterlos. Im Rahmen einer Vaterschaftsklage anerkannte C. die Vaterschaft und verpflichtete sich zu Unterhaltszahlungen für das Kind, er wurde allerdings – entsprechend dem damaligen Kindesrecht – nicht als Vater der Beschwerdeführerin im Zivilstandsregister eingetragen. Er verstarb im Jahr 2021. Die Beschwerdeführerin erhob daraufhin Klage auf Bereinigung des Zivilstandsregisters nach Art. 42 ZGB. Alle drei Instanzen weisen ihren Antrag ab.

[48] Die Klage auf Bereinigung des Zivilstandsregisters «dient dazu, eine Eintragung zu korrigieren, die bereits im Zeitpunkt der Vornahme unrichtig war».<sup>46</sup> Diese Sachlage liegt hier allerdings nicht vor, hatte doch C. vor dem Hintergrund der altrechtlichen Rechtslage die Beschwerdeführerin nicht mit Standesfolge anerkannt.

[49] Eine andere Frage ist, ob die Beschwerdeführerin heute noch mittels Vaterschaftsklage die Eintragung der Vaterschaft von C. erreichen könnte. Zwar ist gestützt auf Art. 13a SchlT ZGB eine Klageerhebung ausgeschlossen, weil die Beschwerdeführerin bei Inkrafttreten des geltenden Abstammungsrechts am 1. Januar 1978 das zehnte Altersjahr bereits vollendet hatte. Das

---

<sup>44</sup> Urteil 5A\_178/2022 vom 4. Juli 2023 E. 3.3.1.

<sup>45</sup> A.a.O., E. 3.3.2.

<sup>46</sup> Urteil 5A\_764/2022 vom 3. Juli 2023 E. 3.2.1.

Bundesgericht<sup>47</sup> weist allerdings zutreffend darauf hin, dass diese übergangsrechtliche Regelung in der Literatur teilweise (und nach hier vertretener Auffassung mit Recht) als unvereinbar mit der EMRK bezeichnet wird. Das Bundesgericht verzichtet darauf, die Frage zu klären, sondern bestätigt lediglich die vorinstanzliche Auffassung, wonach das Gericht die von der Beschwerdeführerin ergriffene Klage nach Art. 42 ZGB jedenfalls «nicht von Amtes wegen auf die materielle Statusklage ausdehnen» könne.<sup>48</sup> Zur Herstellung des Kindesverhältnisses wäre daher – von der Anerkennung abgesehen<sup>49</sup> eine entsprechende Klage erforderlich; erst im Rahmen dieses Verfahrens wäre die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Klage angesichts von Art. 13a SchlT ZGB zu beurteilen.

#### 4.3. Eintrag des im Ausland begründeten Kindesverhältnisses in das Personenstandsregister (Zahlvaterschaft)

[50] Auch BGE 149 III 370 (= Urteil 5A\_81/2022 vom 12. Mai 2023) befasst sich – wenigstens am Rande – mit der Thematik der altrechtlichen Zahlvaterschaft, hier allerdings im internationalprivatrechtlichen Kontext. Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: C. wurde im Jahr 1967 als nichteheliches Kind geboren und in Deutschland durch E., Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz, anerkannt. Die Anerkennung stellte nach damaligem deutschen Recht eine Zahlvaterschaft dar, hingegen wiesen später ausgestellte Registerauszüge E. als rechtlichen Vater aus. Letzteres erklärt sich damit, dass nach deutschem Recht die altrechtlichen, durch Anerkennung begründeten Zahlvaterschaften mit Inkrafttreten einer entsprechenden Gesetzesrevision am 1. Juli 1970 *ipso iure* zu rechtlichen Vaterschaften aufgewertet wurden.<sup>50</sup> Nach dem Tod von E. verlangte C. in der Schweiz die Nachbeurkundung der in Deutschland beurkundeten Geburt und des Kindesverhältnisses. Dagegen setzten sich die Ehefrau von E. sowie dessen Tochter zur Wehr, allerdings ohne Erfolg.

[51] Das Bundesgericht hält zunächst fest<sup>51</sup>, dass unabhängig vom Datum der Beurkundung in Deutschland das IPRG anwendbar ist und nicht das zum Zeitpunkt der Geburt bzw. der Anerkennung geltende BG betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG). Gemäss Art. 73 IPRG ist die im Ausland erfolgte Kindesanerkennung u.a. dann zu anerkennen, wenn sie nach dem Heimatrecht oder nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gültig ist. Da C. seit jeher deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland ist, kann die Vaterschaftsanerkennung durch E. in der Schweiz anerkannt werden, und zwar mit den Rechtswirkungen nach geltendem deutschen Recht, d.h. als rechtliche Vaterschaft. Diese Sichtweise – die nachträgliche Aufwertung der Zahlvaterschaft zu einem rechtlichen Kindesverhältnis – entspricht zwar nicht der übergangsrechtlichen Regelung der Zahlvaterschaften in der Schweiz,<sup>52</sup> allerdings liegt nicht schon deshalb ein Verstoß gegen den schweizerischen Ordre pu-

---

<sup>47</sup> A.a.O., E. 3.5.3.

<sup>48</sup> A.a.O., E. 3.5.5.

<sup>49</sup> Vgl. Urteil 5A\_631/2021 vom 20. Juni 2022 E. 3.2.

<sup>50</sup> BGE 149 III 370 E. 3.5.3.

<sup>51</sup> A.a.O., E. 3.3.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 13a SchlT ZGB, dazu Rz. 49.



blic i.S.v. Art. 32 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 IPRG vor.<sup>53</sup> Der Nachbeurkundung des nach deutschem Recht begründeten rechtlichen Kindesverhältnisses steht daher nichts im Wege.

## 5. Elterliche Sorge und Obhut

### 5.1. Kein «geteiltes» Aufenthaltsbestimmungsrecht

[52] Der **Entscheid 5A\_218/2023** vom 19. April 2023 gibt dem Bundesgericht eine schöne Gelegenheit, die Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung konzise zu klären. Der zu beurteilende Sachverhalt betraf Eltern mit gemeinsamer elterlichen Sorge nach der Scheidung. Nachdem die Mutter das Kind unrechtmässig ins Ausland verbracht hatte, wurde ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen. Die Mutter hielt sich in der Folge in einer Institution auf, wo sie auch das Kind betreute. Da der Vater mit der Unterbringung des Kindes in der Institution nicht einverstanden war, entzog die zuständige KESB auch dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Gleichzeitig gewährte sie ihm ein «Besuchsrecht» von jeweils Freitagabend bis Dienstagmorgen. Der Vater verlangte daraufhin das «teilweise Aufenthaltsbestimmungsrecht» für diejenigen (ausgedehnten) Zeiten, in denen ihm das Besuchsrecht zustand. Das Obergericht des Kantons Bern schützte den Entscheid der KESB, worauf der Vater an das Bundesgericht gelangte.

[53] Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht Teil der elterlichen Sorge, es kann nicht geteilt sein, aber den Eltern, sofern erforderlich, i.S. einer entsprechenden Beschränkung der elterlichen Sorge entzogen werden. Bei der Obhut geht es demgegenüber um die Frage, in wessen Haushalt das Kind lebt. Sie kann alternierend sein, wenn der Betreuungsumfang beider Eltern von erheblichem Umfang ist. Falls ein Elternteil nicht über die Obhut verfügt oder ihm (sogar) das Sorgerecht entzogen wurde, steht ihm (von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen) ein Besuchsrecht zu. Im konkreten Fall war der Vater nach wie vor nicht nur sorgeberechtigt, sondern vielmehr war ihm auch die alternierende Obhut nie entzogen worden. Daher war der vorinstanzliche Entscheid, ihm lediglich ein Besuchsrecht einzuräumen, zum vornherein falsch.

### 5.2. Kindesanhörung; Alleinuteilung des Sorgerechts

[54] Immer wieder gibt die Frage der (unterbliebenen) Kindesanhörung Anlass zu Beschwerden. Im **Urteil 5A\_64/2022** vom 15. Dezember 2022 wiederholt das Bundesgericht seine diesbezüglichen Erkenntnisse: Im Sorgerechtsstreit der (hier: unverheirateten) Eltern ist das Kind, obschon formal nicht Prozesspartei, grundsätzlich persönlich anzuhören, eines besonderen Antrages bedarf es dazu nicht. Die Kindesanhörung ist allerdings kein Selbstzweck, daher kann darauf verzichtet werden, wenn sie aufgrund der konkreten Ausgangslage keinen Erkenntniswert hätte.<sup>54</sup>

[55] Mit Bezug auf die Frage der elterlichen Sorge ist davon auszugehen, dass Kinder im Regelfall erst ab dem vollendeten 12. Altersjahr urteilsfähig sind, daher sollen jüngere Kinder nicht nach

---

<sup>53</sup> BGE 149 III 370 E. 3.6–3.8.

<sup>54</sup> Urteil 5A\_64/2022 vom 15. Dezember 2022 E. 2.1.; vgl. schon BGE 146 III 203 E. 3.3.2. m.w.H.

ihren diesbezüglichen Wünschen befragt werden.<sup>55</sup> Entsprechend war es nicht zu beanstanden, dass die *in casu* betroffenen Kinder, zum Zeitpunkt des angefochtenen kantonalen Entscheids fünf- bzw. siebenjährig, nicht zur Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge angehört worden waren.

[56] Auch mit Bezug auf den eigentlichen Sorgerechtsstreit rekapituliert das Bundesgericht zunächst die bisherige Rechtsprechung.<sup>56</sup> Die Ausübung der elterlichen Sorge setzt einen persönlichen Kontakt zum Kind voraus.<sup>57</sup> Im konkreten Fall bestand zwischen den Eltern ein schwerwiegender, chronifizierter Dauerkonflikt, der sich nicht auf einzelne Kinderbelange erstreckte, sondern umfassend war und eine «absolute Kommunikationsunfähigkeit» zwischen den Eltern zur Folge hatte.<sup>58</sup> Unter diesen Umständen ist die Anordnung der Alleinsorge der Mutter nicht zu beanstanden.<sup>59</sup>

### 5.3. Absehen von der gemeinsamen elterlichen Sorge von Amtes wegen

[57] Der **Entscheid 5A\_320/2022** vom 30. Januar 2023 betrifft die Regelung der Kinderbelange in einem Scheidungsverfahren. Bereits das Eheschutzverfahren war hochstrittig gewesen und gleiches galt für die Ehescheidung. Die erste Instanz hatte beiden Eltern die elterliche Sorge belassen, der Mutter jedoch die alleinige Obhut zugeteilt. Beide Eltern gingen dagegen in Berufung: Der Vater verlangte eine alternierende Obhut, die Mutter wünschte eine partielle Einschränkung des Sorgerechts des Vaters. Die Genfer Cour de justice zeichnete nach, dass der Elternkonflikt seit 2014 (das Kind war damals dreijährig) bestanden hatte und seither nie aufgehört hatte. Ein konstruktiver Dialog der Eltern war nicht möglich und jeder gemeinsam zu treffende Entscheid (insbes. Erneuerung der Reisepapiere, Psychotherapie, Einbürgerung, Entscheid betr. Wohnsitznahme in Frankreich) war Gegenstand neuer Streitigkeiten, die immer vom Gericht entschieden werden mussten. Diese völlige Unfähigkeit, in einen konstruktiven Dialog zu treten, war für die Cour de justice hinreichender Grund für die Anordnung der Alleinsorge der Mutter. Das Bundesgericht stützt diesen Entscheid, war doch das Kindeswohl durch den anhaltenden Konflikt erheblich gefährdet. Daran vermochte nichts zu ändern, dass die Beiständin – dem Wunsch des Kindes nach einer alternierenden Obhut folgend – die gemeinsame Sorge unterstützt hatte.

### 5.4. Bedingte Obhutsumteilung bei Umzugswunsch

[58] Mit dem Umzugswunsch der Mutter unter Mitnahme des Kindes nach Portugal befasst sich das **Urteil 5A\_224/2022** vom 13. Dezember 2022. Im Eheschutzverfahren wurde das Kind erstinstanzlich unter die Obhut der Mutter gestellt, unter Verbot der Verlegung des Wohnsitzes. In der Berufung verlangte die Mutter abermals die Berechtigung zur Wohnsitznahme in Portugal. Daraufhin ordnete das Obergericht des Kantons Obwalden an, dass sich das Kind bis 31. März 2022 unter der Obhut der Mutter befinde und ab 1. April 2022 unter der Obhut des Vaters. Zudem

---

<sup>55</sup> Urteil 5A\_64/2022 vom 15. Dezember 2022 E. 2.3.

<sup>56</sup> A.a.O., E. 3.1.2.

<sup>57</sup> A.a.O., E. 3.1.3.

<sup>58</sup> A.a.O., E. 3.2.

<sup>59</sup> A.a.O., E. 3.6.

wurde der Mutter verboten, den Wohnsitz des Kindes ins Ausland zu verlegen. Für den Fall, dass sie doch nicht umziehen wolle, verwies das Gericht die Mutter auf das Abänderungsverfahren.

[59] Die vom Obergericht gewählte Formulierung ist, wie das Bundesgericht festhält, willkürlich. Die Mutter hatte nämlich im Verfahren nie zum Ausdruck gebracht, auch ohne das Kind ins Ausland ziehen zu wollen. Bei dieser Sachlage darf nur bedingt, d.h. für den Fall des Wegzugs, eine Obhutsumteilung erwogen und ggf. angeordnet werden. So bleibt dem betroffenen Elternteil die Option, vom geplanten Umzug abzusehen, dies unter Beibehaltung der bisherigen Obhutsregelung. Für eine solche bloss bedingte Obhutsumteilung bedarf es, wie das Bundesgericht weiter festhält, keines Eventualantrages der Mutter.

## **5.5. Unrechtmässiger Wegzug innerhalb der Schweiz; Wohnsitz des Kindes**

[60] Im **Urteil 5A\_712/2022** vom 21. Februar 2023 geht es um die Frage der örtlichen Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde, wenn ein Elternteil ohne die erforderliche Zustimmung den Aufenthaltsort des Kindes innerhalb der Schweiz verlegt hat. Die unverheirateten, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern eines im Jahr 2018 geborenen Kindes hatten sich in einer Vereinbarung darauf geeinigt, das Kind ab dessen Schuleintritt alternierend zu betreuen. Ohne Einverständnis des Vaters zog die Mutter dann allerdings mit dem Kind von Genf in den Kanton Wallis. Daraufhin wandte sich der Vater an die KESB in Genf. Diese erachtete sich als zuständig, um über die Frage der Rechtmässigkeit des erfolgten Umzugs und über die Regelung der damit zusammenhängenden Belange zu entscheiden. Demgegenüber befand auf Berufung der Mutter die Genfer Cour de justice, dass das Kind durch den Umzug in Anwendung von Art. 25 Abs. 1 ZGB einen abgeleiteten Wohnsitz im Wallis begründet habe, zumal zum Umzugszeitpunkt die Obhut hauptsächlich bei der Mutter gelegen habe. Zuständig seien daher nunmehr die Behörden im Kanton Wallis. Diese Auffassung ist, wie das Bundesgericht festhält, unzutreffend.

[61] Da beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge sind, hätte die Mutter für den Umzug gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB die Zustimmung des Vaters oder der KESB einholen müssen; ohne Vorliegen einer solchen Zustimmung war das Verbringen des Kindes in den Kanton Wallis unrechtmässig. Die Wohnsitzregelung von Art. 25 Abs. 1 ZGB gelangt nur dann zur Anwendung, wenn entweder ein Elternteil alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge ist oder wenn ein Umzug rechtmässig i.S.v. Art. 301a Abs. 2 ZGB erfolgt ist. Andernfalls, d.h. bei unrechtmässiger Verlegung des Wohnsitzes, greift, wie das Bundesgericht mit Recht festhält, Art. 25 Abs. 1 ZGB nicht und es bleibt beim bisherigen Wohnsitz – und damit auch bei der entsprechenden behördlichen und gerichtlichen Zuständigkeit. Anders zu entscheiden würde bedeuten, Art. 301a Abs. 2 ZGB seines Gehalts zu entleeren.<sup>60</sup>

## **5.6. Umzug ins Ausland; Zuständigkeitswechsel nach HKsÜ**

[62] **BGE 149 III 81** (= 5A\_591/2021 vom 12. Dezember 2022) befasst sich mit folgendem Sachverhalt: Die italienischstämmige Mutter zog während eines hängigen Eheschutzverfahrens im

---

<sup>60</sup> Urteil 5A\_712/2022 vom 21. Februar 2023 E. 3.3.

September 2019 mit dem gemeinsamen Kind nach Mailand. Mit Eheschutzentscheid wurde das Kind im Januar 2020 unter die alleinige Obhut der Mutter gestellt. Das Kantonsgericht stellte hingegen mit zweitinstanzlichem Entscheid vom Juni 2021 das Kind unter die Obhut des Vaters, wobei es schweizerisches Recht anwandte. Das Bundesgericht heisst die von der Mutter dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut.

[63] *In casu* liegt keine Ausnahme vom sofortigen Zuständigkeitswechsel gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ<sup>61</sup> vor. Insbesondere stellen die Anträge des Vaters im Eheschutzverfahren keinen Rückführungsantrag nach HKÜ<sup>62</sup> dar, der den Zuständigkeitswechsel hätte verhindern können. Es besteht auch keine schweizerische Annexzuständigkeit nach Art. 10 HKsÜ, weil diese Bestimmung nicht auf Eheschutzverfahren anwendbar ist. Daher war das Kantonsgericht nicht zuständig gewesen, um über die Obhut zu befinden. Es bleibt somit diesbezüglich beim erstinstanzlichen Entscheid.

[64] Für die Regelung des (Kindes)Unterhalts gilt allerdings die *perpetuatio fori* nach Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO (und LugÜ<sup>63</sup>); somit blieben insofern die Schweizer Gerichte zuständig. Aufgrund eines entsprechenden Vorbehalts wendet das Gericht auf den Unterhaltsstreit schweizerisches Recht an.

## 6. Verfahrensrechtliche Fragen (inkl. Aktiv-/Passivlegitimation)

### 6.1. Aktiv- und Passivlegitimation betr. Kindesunterhalt

[65] In der Beschwerde, die dem Urteil 5A\_745/2022 vom 31. Januar 2023 zugrunde lag, hatte der Vater im Kontext eines Unterhaltsprozesses geltend gemacht, zufolge der an die Mutter und das Kind geleisteten Sozialhilfe seien die Unterhaltsansprüche an die öffentliche Hand übergegangen und das Kind sei deshalb nicht zur Unterhaltsklage legitimiert. Diese Auffassung ist unzutreffend, wie schon die Vorinstanz erkannt hatte und das Bundesgericht nun bestätigt: Wie im Zusammenhang mit der Unterhaltsbevorschussung gilt auch bei der Unterstützung durch die öffentliche Sozialhilfe, dass das Stammrecht auf Unterhalt nicht an das Gemeinwesen übergeht und der Unterhaltsgläubiger daher im Unterhalts- oder Unterhaltsabänderungsprozess aktiv- bzw. passivlegitimiert bleibt. Das Bundesgericht hält zusammenfassend fest: **«In sämtlichen Unterhaltsprozessen zwischen dem unterhaltspflichtigen Elternteil und dem Kind [...] kommt [...] immer diesen beiden Parteien und nie dem Gemeinwesen die Aktiv- oder Passivlegitimation zu.»**<sup>64</sup> Keine Rolle spielt dabei die Verteilung der Parteirollen, die im Unterhalts- und im Abänderungsprozess unterschiedlich sein kann.

[66] Siehe zur Passivlegitimation im Abänderungsprozess bei laufender Alimentenbevorschussung bereits BGE 148 III 270 sowie 148 III 296; ferner BGE 148 III 353 E. 4.3 zur Aktivlegitimation des Kindes trotz Bezuges von Sozialhilfeleistungen; dazu u.a. AEBI-MÜLLER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2022*, in: Jusletter 6. März 2023, Rz. 36 ff.

---

<sup>61</sup> Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011.

<sup>62</sup> Haager Kindesentführungsübereinkommen, SR 0.211.230.02

<sup>63</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), SR 0.275.12.

<sup>64</sup> Urteil 5A\_745/2022 vom 31. Januar 2023 E. 2.3.

## 6.2. Kompetenzattraktion des Gerichts bei Unterhaltsklage während des vor der KESB hängigen Sorgerechtsstreits

[67] Im **Urteil 5A\_248/2023** vom 17. August 2023 war über folgenden Sachverhalt zu befinden: Die unverheirateten Eltern stritten sich zunächst vor der Kindesschutzbehörde über das Sorgerecht betreffend ihren Sohn. Noch während dieses Verfahren andauerte, stellte die Mutter beim Zivilgericht ein Schlichtungsgesuch und stellte neben Anträgen zum Sorgerecht, zur Obhut und zum Besuchsrecht des Vaters auch Anträge zum Barunterhalt des Kindes. Vor diesem Hintergrund war zu klären, ob mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde zufolge Kompetenzattraktion des Gerichts entfallen war. Dies trifft, wie das Bundesgericht mit Recht festhält, nicht zu.

[68] Nach dem Wortlaut von Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB entfällt die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde mit der «Klage». Damit ist nicht bereits das Schlichtungsgesuch gemeint.<sup>65</sup> Das rechtfertigt sich, wie das Bundesgericht mit Verweis auf die Literatur ausführt, auch deshalb, weil der Elternteil, der ein Schlichtungsgesuch einreicht, auch bei fehlender Einigung im Schlichtungsverfahren auf die Klageeinreichung verzichten kann. Mit der blossen Gesuchseinreichung könnte somit der Entscheid der bereits mit der Sache befassten Kindesschutzbehörde hintertrieben werden.<sup>66</sup>

[69] Nach Inkrafttreten der **ZPO-Revision** am 1. Januar 2025 wird sich die hier beurteilte Frage nicht mehr stellen: Gemäss nArt. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO entfällt bei Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange das Schlichtungsverfahren.

## 6.3. Kompetenzattraktion des Gerichts betreffend Kindesschutz im eherechtlichen Verfahren

[70] Ebenfalls um eine Zuständigkeitsfrage im Verhältnis zwischen Gericht und KESB ging es im **Urteil 5A\_574/2022** vom 11. Mai 2023. Im Scheidungsurteil war der Mutter die alleinige elterliche Sorge zugewiesen worden. Aufgrund einer Gefährdungsmeldung entzog die KESB der Mutter vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht und platzierte das Kind beim Vater. Dieser reichte noch vor Abschluss des Kindesschutzverfahrens eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein und verlangte u.a. die gemeinsame elterliche Sorge sowie die alleinige Obhut.

[71] Gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB trifft das Gericht, das mit einem Ehescheidungsverfahren befasst ist, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen. Es ist dabei indessen an bereits vorbestehende Kindesschutzmassnahmen gebunden und passt diese lediglich «neuen Verhältnissen» an. Die Kindesschutzbehörde ist überdies nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB befugt, ein vor Rechtshängigkeit des gerichtlichen Verfahrens eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen.

[72] Die Zuständigkeitsregelung bei gerichtlichen Verfahren auf Abänderung bestehender gerichtlicher Anordnungen über die Kindeszurechnung und den Kindesschutz ist in Art. 315b Abs. 1 ZGB geregelt. Danach besteht die Zuständigkeit des Gerichts u.a. während eines Verfahrens auf Abänderung eines Scheidungsurteils. Obschon in Art. 315b Abs. 1 ZGB die Frage der Weiterführung des bereits vor der Abänderungsklage eingeleiteten Kindesschutzverfahrens nicht explizit

---

<sup>65</sup> Urteil 5A\_248/2023 vom 17. August 2023 E. 4.3.2.

<sup>66</sup> A.a.O., E. 4.3.5.

angesprochen wird, muss insofern die Regelung von Art. 315a Abs. 2 und 3 analog angewandt werden. Entsprechend blieb *in casu* die Kindesschutzbehörde trotz der Abänderungsklage zuständig für die Weiterführung des Verfahrens.<sup>67</sup> Da vorliegend die Kindesschutzbehörde sachlich für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig war, ist auch die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanzen zu bejahen – daran ändert ein Wegfall der sachlichen Entscheidzuständigkeit in der Hauptsache nichts.<sup>68</sup> Will das nunmehr zuständige Gericht, das über die Abänderung des Scheidungsurteils zu entscheiden hat, die bereits angeordneten Kindesschutzmassnahmen abändern, so müssen sich entweder die Verhältnisse wesentlich und dauerhaft verändert haben oder es steht fest, dass der Entscheid der Kindesschutzbehörde «nicht gerechtfertigt war, weil der KESB die massgeblichen Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren.»<sup>69</sup>

#### 6.4. Regelung weiterer Kinderbelange nach Unterhaltsklage; Einbezug des Elternteils

[73] Der **Entscheid 5A\_744/2022** vom 9. Juni 2023 befasst sich mit einem nicht ganz untypischen Sachverhalt, der allerdings prozessual nicht leicht zu bewältigen ist. Das Kind nicht verheirateter Eltern erhob eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft und Zahlung von Kindesunterhalt. Nach der Anerkennung des Kindes im Prozess verlangte der Vater die Zuteilung der elterlichen Sorge. Die kantonalen Instanzen regelten daraufhin (nach Abschreibung der Vaterschaftsklage zufolge Gegenstandslosigkeit) sowohl den Kindesunterhalt wie auch das Sorgerecht. Mit Bezug auf die Regelung der elterlichen Sorge erhob die Mutter mit Erfolg Beschwerde in Zivilsachen.

[74] Gemäss Art. 304 Abs. 2 ZPO entscheidet das mit einer Unterhaltsklage befasste Gericht auch über die elterliche Sorge und die weiteren Kinderbelange. Allerdings wirkt sich die Regelung des Sorgerechts und der weiteren Kinderbelange direkt auf den anderen Elternteil aus, der womöglich (wie der vorliegende Sachverhalt exemplarisch zeigt) im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess nicht als Partei, sondern lediglich als gesetzlicher Vertreter des Kindes beteiligt ist. Wie das Bundesgericht festhält, ist ein förmlicher Einbezug des betroffenen Elternteils zwingend erforderlich.<sup>70</sup> Unterbleibt ein solcher, ist der Entscheid aufgrund des schweren Verfahrensmangels nichtig.<sup>71</sup>

[75] Wie ein korrekter Einbezug der Mutter hätte erfolgen müssen, lässt das Bundesgericht indes offen; die Lösung ergibt sich auch nicht aus der zitierten Gesetzesbestimmung. Insofern schafft die **Revision der ZPO**, die am 1. Januar 2025 in Kraft tritt, Abhilfe: Nach nArt. 304 Abs. 2 ZPO erfolgt bei der Unterhaltsklage des Kindes nicht nur – wie schon bisher – eine Kompetenzattraktion des Gerichts mit Bezug auf die elterliche Sorge und die anderen Kinderbelange, sondern es wird neu ausdrücklich festgehalten, dass die Eltern bei feststehendem Kindesverhältnis Parteistellung haben und das Gericht die Parteirollen verteilen kann. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch die neue Norm nur bei festgestelltem Kindesverhältnis zur Anwendung gelangt. Vorliegend wäre dies insofern unproblematisch gewesen, als im Anschluss an die wäh-

---

<sup>67</sup> Urteil 5A\_574/2022 vom 11. Mai 2023 E. 2.4.3.

<sup>68</sup> A.a.O., E. 2.5.2.

<sup>69</sup> A.a.O., E. 2.6.2.

<sup>70</sup> Entscheid 5A\_744/2022 vom 9. Juni 2023 E. 3.4.1.

<sup>71</sup> A.a.O., E. 3.4.3.

rend des Verfahrens erfolgte Kindesanerkennung die Mutter durch das Gericht förmlich hätte in den Prozess eingebunden werden können.

[76] Ausführlich zu dieser Entscheid und zur revidierten ZPO-Bestimmung JASMIN ULLI, Knacknuss: Einbezug beider Eltern in den Kinderunterhaltsprozess, in: Jusletter 12. Februar 2024.

## 6.5. Anhörung der Eltern betr. die Regelung der Kinderbelange

[77] Das **Urteil 5A\_507/2022** vom 14. Februar 2023 betrifft nicht verheiratete Eltern von Zwillingen mit Jahrgang 2012. Nach der Trennung der Eltern klagten die Kinder, vertreten durch ihre Mutter, auf Unterhalt und Regelung der weiteren Kinderbelange. Problematisch war im Verfahren einmal nicht die Kindesanhörung, sondern die unterbliebene Anhörung des Vaters. Gemäss Art. 297 Abs. 1 ZPO sind die Eltern durch das Gericht persönlich anzuhören, wenn Anordnungen über ein Kind zu treffen sind. Dieser Vorgabe waren die kantonalen Instanzen *in casu* nicht nachgekommen: Zwar war der Vater von der ersten Instanz vorgeladen worden, er war aber zur Anhörung unentschuldigt nicht erschienen.

[78] Wie das Bundesgericht ausführt, gibt es keine Möglichkeit, einen Elternteil, der sich der persönlichen Anhörung entzieht, zwangsweise dem Gericht zuzuführen.<sup>72</sup> Erscheint er trotz korrekter Vorladung nicht zum Gerichtstermin, verschafft sich das Gericht selber die für den Entscheid nötigen Grundlagen, wobei sich die Ansetzung eines zweiten Anhörungstermins aufgrund der konkreten Umstände aufdrängen kann. Die Säumnis eines Elternteils kann als mangelndes Interesse und damit als Element der Beweiswürdigung in die Beurteilung einfließen.<sup>73</sup> Anders verhält es sich bei einer nicht korrekten Vorladung; diesfalls kann der betroffene Elternteil – und nur dieser – die Verletzung von Art. 297 Abs. 1 ZPO und damit verbunden seinen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen.

[79] Etwas anders ist die Rechtslage in zweiter Instanz: Das Berufungsgericht hat bei der Prozessleitung einen erheblichen Ermessensspielraum und ist daher nicht zwingend gehalten, eine persönliche Anhörung anzuordnen. Vielmehr wird das Berufungsverfahren in der Regel als reiner Aktenprozess geführt.<sup>74</sup>

## 6.6. Verfahrensvertretung des Kindes nach BG-KKE und HKÜ

[80] Im Rückführungsverfahren nach dem HKÜ ordnet das zuständige Gericht gemäss Art. 9 BG-KKE<sup>75</sup> die Vertretung des Kindes an. Wie das Bundesgericht im **Urteil 5A\_91/2023** vom 6. April 2023 betont, ist die unabhängige Vertretung des Kindes im Rückführungsverfahren unerlässlich.<sup>76</sup> Der Verfahrensbeistand muss die Interessen des Kindes, das selber Prozesspartei ist, unbeeinflusst von den Eltern wahren können. Urteilsfähige Minderjährige können gemäss Art. 19c ZGB ihre höchstpersönlichen Rechte selber wahren und daher ihren Vertreter selber

---

<sup>72</sup> Urteil 5A\_507/2022 vom 14. Februar 2023 E. 3.3.2.2.

<sup>73</sup> A.a.O., E. 3.3.2.3.

<sup>74</sup> A.a.O., E. 3.3.4.2.

<sup>75</sup> BG über die internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen; SR 211.222.32.

<sup>76</sup> Urteil 5A\_91/2023 vom 6. April 2023 E. 6.1.–6.2.

ernennen; hingegen kommt es nur ausnahmsweise in Frage, dass zusätzlich zum Vertretungsbeistand noch ein Anwalt beigezogen wird.<sup>77</sup> Ein privat beigezogener Rechtsvertreter, der im Rückführungsverfahren die subjektiven Interessen des Kindes wahrt, hat nicht dieselbe Rolle wie der gerichtlich bestellte Verfahrensbeistand, für den das Kindeswohl im Vordergrund steht.

[81] Die Vorinstanz hatte *in casu* dem Anwalt, der unter Beteiligung des Vaters vom Kind selber beigezogen worden war, mit Blick auf den potenziellen Interessenkonflikt die Befugnis entzogen, das Kind zu vertreten. Dieses Vorgehen erweist sich vor dem Hintergrund von Art. 19c ZGB als unzulässig, falls das Kind über die entsprechende Urteilsfähigkeit verfügt. Das Bundesgericht hebt daher den vorinstanzlichen Entscheid auf und weist die Sache zurück zur Klärung der Frage, ob das im Jahr 2009 geborene und zum Zeitpunkt des kantonalen Entscheids somit 13-jährige Kind urteilsfähig ist mit Bezug auf die Mandatierung eines Anwalts (neben der gerichtlich ernannten Beistandin).<sup>78</sup>

## 7. Kindesschutz

### 7.1. Impfentscheid betreffend ein Pflegekind; Beschränkung der elterlichen Sorge

[82] In BGE 146 III 313 hatte das Bundesgericht dafür gehalten, dass bei Uneinigkeit der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern betreffend die Masernimpfung die Pattsituation, die einen Entscheid verunmögliche, eine Kindeswohlgefährdung i.S.v. Art. 307 Abs. 1 ZGB darstelle. An Stelle der uneinigen Eltern habe daher die zuständige Behörde zu entscheiden, die sich wiederum bei der Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens an den Empfehlungen des BAG zu orientieren habe.

[83] Im vorliegend interessierenden **Entscheid 5A\_310/2023** vom 6. Juli 2023 war die Mutter, die den Schutzimpfungen für ihr Kind ablehnend gegenüberstand, alleine sorgeberechtigt, womit gerade keine mit dem zitierten BGE vergleichbare Situation vorlag. Indessen war das Kind seit seiner Geburt bei Pflegeeltern fremdplatziert, der Mutter stand nur ein eingeschränktes überwachtes Besuchsrecht zu. Sowohl der Beistand des Kindes wie auch die Pflegeeltern befürworteten die Impfungen. Die zuständige KESB erweiterte daraufhin den Aufgabenkatalog des Beistandes und beauftragte diesen, für die Durchführung der Basisimpfungen gemäss Impfplan des BAG zu sorgen; das Sorgerecht der Mutter wurde entsprechend beschränkt. Beide kantonalen Rechtsmittelinstanzen schützten diesen Entscheid – das Bundesgericht sieht die Dinge zwar rechtlich etwas anders, gelangt dann aber doch zum selben Ergebnis.

[84] Das Obergericht des Kantons Zürich hatte sich in seiner Urteilsbegründung im Wesentlichen auf BGE 146 III 313 gestützt. Aus diesem Entscheid lässt sich aber, wie das Bundesgericht im aktuellen Urteil darlegt, nicht ableiten, dass der Verzicht auf Schutzimpfungen stets eine Kindeswohlgefährdung bedeutet. Andernfalls müsste nämlich «die Kindesschutzbehörde die vom BAG empfohlenen Basisimpfungen immer dann anordnen [...], wenn sie davon erfährt, dass die Impfungen von den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern übereinstimmend oder vom allein sorge-

---

<sup>77</sup> A.a.O., E. 6.3.

<sup>78</sup> A.a.O., E. 7.3.



berechtigten Elternteil abgelehnt werden. Ein solcher Wille ist aber grundsätzlich zu respektieren [...].»<sup>79</sup>

[85] Erörtert wird vom Bundesgericht im Folgenden die konkrete Ausgangslage, bei der die Pflegeeltern des Kindes für die Entscheidungen im Kontext der «Alltagserziehung» zuständig sind und die sorgeberechtigte Mutter in der Ausübung der elterlichen Sorge vertreten, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist (Art. 300 Abs. 1 ZGB), darüber hinaus aber keine Entscheid- und Vertretungsbefugnis für das Kind haben. Vielmehr steht «die Kindesschutzbehörde in der Verantwortung für ein fremdes Kind, das sie den Eltern weggenommen hat, weil sein Schutz es erforderte. Diese Verantwortung beinhaltet insbesondere auch den Schutz der Gesundheit des Kindes, der [...] von besonderer Bedeutung ist [...]. In dieser Situation steht es nicht im Belieben der Kindesschutzbehörde, mit Bezug auf die typischen Kinderkrankheiten dieselben Risiken einzugehen wie Eltern, die übereinstimmend oder in Ausübung der Alleinsorge auf die Basisimpfungen für das in ihrer Obhut stehende eigene Kind verzichten.»<sup>80</sup> In diesem Sinne und mit einer Motivsubstitution schützt das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid.

## 7.2. Beschwerdelegitimation der Pflegeeltern im Kindesschutzverfahren

[86] Im Urteil 5A\_365/2022 vom 3. Mai 2023 ging es in der Sache um die Aufhebung einer Fremdplatzierung bei Pflegeeltern, verbunden mit der Rücknahme des Kindes durch dessen Mutter. Rechtlich interessant ist indessen nur die Frage der Legitimation der Pflegeeltern zur Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den erstinstanzlichen Entscheid in einer solchen Sachlage.

[87] Eine Beschwerdebefugnis nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB lag nicht vor, gehören doch die Pflegeeltern auch dann nicht zu den «am Verfahren beteiligten Personen», wenn ihnen der erstinstanzliche Entscheid zur Information zugestellt wird. Überdies hatten sich die Pflegeeltern mit der vorgängigen vorsorglichen Rückplatzierung des Kindes bei der Mutter rechtlich nicht zur Wehr gesetzt, sodass es im vorliegenden Verfahren nicht mehr um eine Wegnahme von den Pflegeeltern, sondern um eine allfällige neuerliche Fremdplatzierung des Kindes ging.

[88] Gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sind auch die «der betroffenen Person nahestehenden Personen» zur Beschwerde legitimiert. Als nahestehende Person gilt nach der Rechtsprechung, wer den Betroffenen gut kennt und dank seiner Beziehung zu diesem geeignet scheint, dessen Interessen zu wahren. Eine rechtliche Verbindung zur betroffenen Person ist nicht erforderlich, vielmehr steht die tatsächliche Verbundenheit im Vordergrund.<sup>81</sup> Pflegeeltern können als nahestehende Personen bezeichnet werden. Allerdings können sie in dieser Rolle im Beschwerdeverfahren einzig die Interessen des Betroffenen, hier: des Kindes, geltend machen. Entsprechend entfällt die Beschwerdelegitimation, wenn zwischen der nahestehenden und der betroffenen Person grundsätzliche Interessenkonflikte bestehen.

[89] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen gut und hebt den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz auf. Diese wird in der Sache zu prüfen haben, ob – wie von den Eltern behauptet – zwischen dem Kind und den Pflegeeltern ein Interessenkonflikt besteht, der es Letzteren verunmöglicht, das Kindesinteresse zu vertreten.

---

<sup>79</sup> Urteil 5A\_310/2023 vom 6. Juli 2023 E. 6.3.1 m.Verw. auf BGE 146 III 313 E. 6.2.3.

<sup>80</sup> A.a.O., E. 6.3.2.

<sup>81</sup> Urteil 5A\_365/2022 vom 3. Mai 2023 E. 4.3.3.1. m.w.H.

## 8. Erwachsenenenschutz

### 8.1. «Umfassende» Mitwirkungsbeistandschaft

[90] Die Mitwirkungsbeistandschaft führt zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Betroffenen, da dieser ohne Zustimmung des Beistandes die von der Beistandschaft umfassten Geschäfte nicht mehr wirksam abschliessen kann. Daher ist, wie das Bundesgericht im **Urteil 5A\_537/2022** vom 15. Februar 2023 festhält, mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit klar zu umschreiben, welche Geschäfte zustimmungsbedürftig sind.

[91] *In casu* erwies sich die Formulierung, die Mitwirkungsbeistandschaft betreffe den Abschluss jedes neuen Vertrages (ergänzt mit einer Liste von Beispielen), als unverhältnismässig. Wie das Bundesgericht erläutert,<sup>82</sup> werden in der Literatur verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen, um den Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte zu begrenzen. Zu denken ist etwa an die Bezeichnung konkreter Vermögenswerte, über die nur mit Zustimmung des Beistandes verfügt werden darf. Möglich ist auch die Festlegung eines Maximalbetrages, bei dessen Überschreiten ein Rechtsgeschäft zustimmungsbedürftig ist, oder umgekehrt die Festlegung eines (täglichen oder monatlichen) Freibetrages, über den der Betroffene ohne Zustimmung verfügen kann. So oder anders muss die Beistandschaft dem konkreten Schutzbedürfnis des Betroffenen Rechnung tragen und darf nicht darüber hinausgehen.

### 8.2. Kündigung Mietvertrag; Genehmigung durch ESB

[92] Die Kündigung eines Mietvertrages durch den Beistand bedarf gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB der Genehmigung durch die Erwachsenenschutzbehörde. Wie das Bundesgericht im **Entscheid 5A\_970/2022** vom 8. Februar 2023 festhält, trägt das Genehmigungserfordernis den schwerwiegenden Konsequenzen einer solchen Wohnungsauflösung Rechnung.<sup>83</sup> Entsprechend muss die Behörde über alle nötigen Informationen verfügen. Dazu gehört, wenn die Kündigung primär aus finanziellen Gründen erfolgt, auch ein Vergleich mit den zu erwartenden Kosten einer neuen Wohnung. Da diese Informationen *in casu* nicht vorlagen, war der Genehmigungsentscheid aufzuheben.

### 8.3. Fürsorgerische Unterbringung; geeignete Institution

[93] Das **Urteil 5A\_399/2023** vom 9. Juni 2023 betrifft die fürsorgerische Unterbringung einer an Alzheimerdemenz erkrankten Person in einem Pflegeheim. Das Bundesgericht sieht keinen Grund, die Unterbringung als solche in Frage zu stellen, zumal die von der Partnerin des Betroffenen vorgeschlagene ambulante Betreuung dem Schutzbedürfnis des Betroffenen zu wenig Rechnung tragen würde. Interessant ist jedoch die bundesgerichtliche Erwägung zur Eignung der Institution. Wie das Bundesgericht zutreffend festhält, ist bei Vorhandensein mehrerer geeigneter Einrichtungen «die geeignetste auszusuchen», wobei auch Aspekte einzubeziehen sind, «die nicht unmittelbar mit dem gesundheitlichen Zustand der betroffenen Person bzw. dem ei-

---

<sup>82</sup> Urteil 5A\_537/2022 vom 15. Februar 2023 E. 6.2.2.

<sup>83</sup> Entscheid 5A\_970/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.3.

gentlichen Unterbringungsgrund im Zusammenhang stehen. Dies gilt namentlich für begründete Anliegen religiöser Art.»<sup>84</sup> Vorliegend hatte die Partnerin geltend gemacht, der Betroffene sei jüdischen Glaubens und wünsche daher, in einem jüdischen Heim untergebracht zu werden. Eine entsprechende Umplatzierung kann nicht nur durch die KESB, sondern auch durch die kantonale Rechtsmittelinstanz erfolgen, da diese mit voller Kognition entscheidet.<sup>85</sup>

#### 8.4. Anerkennung einer ausländischen Massnahme des Erwachsenenschutzrechts

[94] Mit der Anerkennung einer im Ausland getroffenen erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme setzt sich das **Urteil 5A\_349/2022** vom 4. Mai 2023 auseinander. Die betroffene Person war in Zypern durch rechtskräftigen Entscheid für unmündig erklärt und der spätere Beschwerdeführer war zu seinem Vermögensverwalter bestellt worden. Im Zusammenhang mit Bankgeschäften in der Schweiz ersuchte der Vermögensverwalter um Anerkennung des zypriotischen Entscheids. Die kantonalen Instanzen lehnten das Gesuch indessen ab mit der Begründung, das Anerkennungsverfahren müsse als Zweiparteienverfahren geführt werden, der Vermögensverwalter habe jedoch den Betroffenen nicht als Gegenpartei ins Recht gefasst. Diese Sichtweise ist unzutreffend, wie das Bundesgericht darlegt.

[95] Rechtsgrundlage der Anerkennung ist vorliegend das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen,<sup>86</sup> das sowohl von der Schweiz wie auch von Zypern ratifiziert wurde. Danach werden die von den Behörden eines Vertragsstaates getroffenen Massnahmen in den anderen Vertragsstaaten kraft Gesetzes anerkannt,<sup>87</sup> wobei jede Person, die ein schutzwürdiges Interesse hat, die förmliche Anerkennung einer Massnahme in einem Vertragsstaat beantragen kann.<sup>88</sup> Daraus ist zu schliessen, dass der Beschwerdeführer als «Administrator» des Vermögens der betroffenen Person in eigenem Namen die Anerkennung des zypriotischen Entscheids in der Schweiz verlangen konnte.

[96] Das Anerkennungsverfahren richtet sich gemäss Art. 23 Abs. 1 2. Satz HESÜ nach dem Recht des ersuchten Staates, vorliegend der Schweiz, weshalb sich auch nach Schweizer Recht entscheidet, ob ein Akt der freiwilligen oder der strittigen Gerichtsbarkeit vorliegt. Die erwachsenenschutzrechtliche Massnahme ist eine solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit,<sup>89</sup> die dem Schutz des Betroffenen dient. Ein klassisches Zweiparteienverfahren liegt nicht vor und die Interessen des Beschwerdeführers und diejenigen der betroffenen Person sind nicht gegenläufig.

[97] Entsprechend erscheint es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht als sachgerecht, wenn das Obergericht den Einbezug des Betroffenen in das Anerkennungsverfahren als zwingend erachtet hat.<sup>90</sup> Die Beschwerde in Zivilsachen wurde daher gutgeheissen und die Sache an das

---

<sup>84</sup> Urteil 5A\_399/2023 vom 9. Juni 2023 E. 4.

<sup>85</sup> A.a.O.

<sup>86</sup> HESÜ, SR 0.211.232.1.

<sup>87</sup> Art. 22 Abs. 1 HESÜ.

<sup>88</sup> Art. 23 Abs. 1 HESÜ; vgl. Urteil 5A\_349/2022 vom 4. Mai 2023, E. 3.3., m.w.H.

<sup>89</sup> Urteil 5A\_349/2022 vom 4. Mai 2023 E. 3.5.

<sup>90</sup> A.a.O., E. 3.8.

Obergericht des Kantons Zürich zurückgewiesen; dieses wird allfällige Anerkennungsverweigerungsgründe nach Art. 22 Abs. 2 HESÜ zu klären haben.

---

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