

Regina Aebi-Müller

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2024

Der Beitrag fasst die wichtigsten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht im Kalenderjahr 2024 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 Aebi-Müller, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2024, in: Jusletter 10. März 2025

Inhaltsübersicht

1. Allgemeine Ehewirkungen und Güterrecht
 - 1.1. Zuteilung der Ehewohnung im Eheschutzverfahren
 - 1.2. Bestand und Wert des güterrechtlich relevanten Vermögens
 - 1.3. Mitarbeiteraktien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung
 - 1.4. Bezifferung güterrechtlicher Forderungen
2. Familienrechtlicher Unterhalt
 - 2.1. Beginn und Dauer des nachehelichen Unterhalts
 - 2.2. Dauer des nachehelichen Unterhalts bei langjähriger Ehe
 - 2.3. Übergangsfrist für Reintegration in den Arbeitsmarkt (Eheschutzverfahren)
 - 2.4. Hypothetisches Einkommen der obhutsberechtigten Mutter; Übergangsfrist (Betreuungsunterhalt)
 - 2.5. Überschussanteil des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern
 - 2.6. Beweislast und Beweismass bei strittigem Kindesunterhalt
 - 2.7. Abänderung Betreuungsunterhalt bei Erhöhung des elterlichen Einkommens
 - 2.8. Aufteilung des Betreuungsunterhalts auf Kinder mehrerer Unterhaltspflichtiger
 - 2.9. Koordination des Barunterhalts in Patchwork-Situationen
 - 2.10. Vermögensverzehr für Kindesunterhalt sowie Wohnkostenanteil der Kinder
3. Vorsorgeausgleich
 - 3.1. Berücksichtigung eines WEF-Vorbezuges nach Art. 124e ZGB
 - 3.2. Abweichen von der hälftigen Teilung
4. Rechtliches Kindesverhältnis und Recht auf Kenntnis der Abstammung
 - 4.1. Zulässigkeit einer Vaterschaftsklage nach Ablauf der ordentlichen Frist
 - 4.2. Beweisbeschluss DNA-Test; Recht auf Kenntnis der Abstammung
 - 4.3. Volljährigenadoption
 - 4.4. Altrechtliche Zahlvaterschaft
5. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht
 - 5.1. Alleiniges Sorgerecht
 - 5.2. Keine alternierende Obhut ohne gemeinsames Sorgerecht
 - 5.3. Sachverhaltsabklärung nach Rückweisungsentscheid betreffend elterliche Sorge
 - 5.4. Keine alternierende Obhut gegen den Willen des nicht urteilsfähigen Kindes
 - 5.5. Strafbewehrtes Besuchsrecht trotz entgegenstehendem Kindeswillen
 - 5.6. Fremdplatzierung nach verweigerter Besuchsrechtsausübung
 - 5.7. Befugnisse des Besuchsrechtsbeistandes
 - 5.8. Absehen vom Besuchsrecht
 - 5.9. Information des Kindes über den im Strafvollzug befindlichen Vater
 - 5.10. Besuchsrecht Dritter
 - 5.11. Internationale Kindesentführung
6. Verfahrensrechtliche Fragen
 - 6.1. Anspruch auf Teilurteil im Scheidungspunkt
 - 6.2. Prozesskostenvorschuss im Berufungsverfahren; funktionelle Zuständigkeit
7. Kinderschutz
 - 7.1. Beistandschaft wegen Interessenkonflikt der Eltern
 - 7.2. Kosten der Fremdplatzierung als Teil des Kindesunterhalts?
8. Erwachsenenschutz
 - 8.1. Validierung Vorsorgeauftrag; Interessenkonflikt des Vorsorgebeauftragten
 - 8.2. Anhörung des Betroffenen betreffend Beistandschaft
 - 8.3. Verhältnismässigkeit der Beistandschaft; Vorrang des Wunschbeistandes
 - 8.4. Fürsorgerische Unterbringung; Gutachten und Gehörsanspruch

1. Allgemeine Ehewirkungen und Güterrecht

1.1. Zuteilung der Ehewohnung im Eheschutzverfahren

[1] Nicht selten ist bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die Zuteilung der bisherigen Familienwohnung strittig. Mit einem solchen Sachverhalt befasst sich das **Urteil 5A_934/2023** vom 5. Juni 2024. Die Ehegatten wohnten in einem Haus, das in ihrem Miteigentum stand und in dessen Obergeschoss der Ehemann sein Unternehmensberatungsbüro führte. Im Januar 2022 zog der Ehemann aus dem gemeinsamen Haushalt in eine Mitwohnung um und nahm auch sein Unternehmen mit; im April 2023 verlangte er Eheschutzmassnahmen und u.a. die Zuweisung der Familienwohnung an sich.

[2] Das Bundesgericht fasst zunächst die Kriterien, die das Eheschutzgericht zu berücksichtigen hat, zusammen: Im Eheschutzverfahren sind die Interessen beider Ehegatten frei abzuwägen. In erster Linie spielt eine Rolle, wem die Wohnung **objektiv den grössten Nutzen** bringt; falls minderjährige Kinder unter die alleinige Obhut eines Elternteils gestellt werden, spielt dieser Umstand regelmässig eine zentrale Rolle. Auch die beruflichen Interessen eines Ehegatten oder die speziell für den Gesundheitszustand eines Ehegatten erfolgte Einrichtung sind von Bedeutung. Ist der Nutzen für beide Ehegatten gleich hoch, ist zu prüfen, wem ein **Umzug eher zugemutet** werden kann. In diesem Zusammenhang sind insbesondere der Gesundheitszustand, das fortgeschrittene Alter eines Ehepartners oder die enge Bindung an die eheliche Wohnung (z.B. eine emotionale Bindung) zu berücksichtigen. Ergibt sich aus all diese Gesichtspunkten kein eindeutiges Bild zugunsten eines Ehegatten, ist die **Rechtsstellung** entscheidend, sodass die Wohnung demjenigen Ehegatten zuzuordnen ist, der Eigentümer oder Mieter ist.¹ Wirtschaftliche Aspekte spielen hingegen für die Wohnungszuteilung grundsätzlich keine Rolle; allerdings ist zu klären, ob derjenige Ehegatte, der die Zuweisung an sich verlangt, die damit verbundenen **Kosten** überhaupt tragen kann.

[3] Voraussetzung der Zuweisung der Wohnung durch das Eheschutzgericht ist immer, dass es sich nach wie vor um eine **Familienwohnung** handelt. Hat ein Ehegatte die gemeinsame Wohnung **vorübergehend verlassen**, um den ehelichen Spannungen zu entfliehen oder aufgrund einer superprovisorischen Zuteilung der Wohnung an einen anderen Ehegatten, wird dadurch der Charakter als Familienwohnung nicht aufgehoben und es darf keine systematische Zuweisung an den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten erfolgen.²

[4] Die Zuweisung des Hauses an den Ehemann erwies sich im vorliegenden Fall nicht als willkürlich; insbesondere hatte die Wohnung ihren Charakter als Familienwohnung trotz der bereits mehr als einjährigen Trennungsdauer nicht verloren. Zudem war das für eine Einzelperson überdimensionierte Haus auch mit Blick auf das Beratungsunternehmen des Ehemannes erworben worden und dieser wollte nach der Rückkehr seine inzwischen volljährige Tochter bei sich aufnehmen.

¹ Urteil 5A_934/2023 vom 5. Juni 2024 E. 3.1.

² Urteil 5A_934/2023 vom 5. Juni 2024 E. 3.1. m.H. u.a. auf das Urteil 5A_760/2023 vom 19. März 2024, E. 3.1. und 4.1.

1.2. Bestand und Wert des güterrechtlich relevanten Vermögens

[5] Das **Urteil 5A_967/2023** vom 4. November 2024 gibt dem Bundesgericht einmal mehr die Gelegenheit, den **Unterschied zwischen Bestand und Bewertung des güterrechtlich relevanten Vermögens** unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu erläutern. Der Vermögensbestand wird gemäss Art. 207 Abs. 1 i.V.m. Art. 204 ZGB mit dem Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes fixiert; die Bewertung der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Vermögenswerte erfolgt gemäss Art. 214 Abs. 1 ZGB bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, bei Auflösung des Güterstandes zufolge Scheidung somit zum Urteilszeitpunkt.³

[6] Nach dem Auflösungszeitpunkt wird keine neue Errungenschaft mehr gebildet, weshalb auch nach dem Stichtag anfallende Zinserträge auf dem **Errungenschafts-Bankkonto** nicht zu teilen sind, geht es doch insofern nicht um eine Änderung des Werts, sondern des Bestandes der Errungenschaft.⁴ Bei **Wertpapierkonten** ist hingegen der Wertschwankung zwischen dem Auflösungszeitpunkt und der Auseinandersetzung Rechnung zu tragen, was die Vorinstanz verkannt hatte.⁵

[7] Interessant ist ferner der Hinweis des Bundesgerichts zur **richterlichen Fragepflicht**: Da dem Ehegatten, der den Einbezug eines Wertschriftendepots in die zu teilende Errungenschaft verlangt, nicht zugemutet werden kann, dass er in Unkenntnis des Datums der Urteilsfällung regelmässig aktualisierte Auszüge der Wertschriftenkonti einfordert, ist vom Gericht nach Art. 277 Abs. 2 ZPO darauf hinzuweisen.⁶

1.3. Mitarbeiteraktien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung

[8] Die soeben erläuterte güterrechtliche Besonderheit, wonach lediglich das am Stichtag vorhandene Vermögen – und nicht auch Vermögenserwerb zwischen Stichtag und güterrechtlicher Auseinandersetzung – berücksichtigt werden darf, steht auch im Mittelpunkt des **Urteils 5A_749/2023** vom 12. September 2024. Der Ehemann hatte als Teil seiner Vergütung bereits während des Güterstandes gegen eine symbolische Gegenleistung Mitarbeiteraktien erwerben können. Diese waren allerdings drei Jahre gesperrt und hätten in dieser Zeit unter gewissen Voraussetzungen – insbesondere im Kündigungsfall – verfallen können. Da sich das Scheidungsverfahren hinzog, war diese Frist zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung bereits abgelaufen, ohne dass sich die Verfallsbedingungen verwirklicht hätten.

[9] Das Bundesgericht hält fest, dass es zuweilen schwierig zu beurteilen sei, ob ein Recht bereits zum Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes i.S.v. Art. 204 ZGB bestehe.⁷ Es verweist diesbezüglich auf die Literatur, die teilweise zwischen erworbenen Rechten, Anwartschaftsrechten und

³ Urteil 5A_967/2023 vom 4. November 2024 E. 6.2.

⁴ A.a.O.

⁵ Urteil 5A_967/2023 vom 4. November 2024 E. 6.3.

⁶ A.a.O.

⁷ Urteil 5A_749/2023 vom 12. September 2024 E. 5.1.2; zur Unterscheidung zwischen dem für den Bestand der Gütermassen massgeblichen Stichtag (Art. 204 i.V.m. Art. 207 Abs. 1 ZGB) und dem Zeitpunkt der Bestimmung des Werts (Art. 214 Abs. 1 ZGB) siehe a.a.O., E. 5.1.1., ferner das Urteil 5A_967/2023 vom 4. November 2024 E. 6.2.

blossen Anwartschaften unterscheidet.⁸ Im konkreten Fall sei die Vorinstanz mit Recht von einem **güterrechtlich relevanten Erwerb vor dem Stichtag** ausgegangen. Dem Risiko des Verfalls vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung hätte – wenn die Auseinandersetzung vor Ablauf der Sperrfrist erfolgt wäre – ähnlich wie im Steuerrecht mit einem Abzug bei der Bewertung Rechnung getragen werden können.⁹ Da aber zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids keinerlei Unsicherheit mehr bestand, war der Einbezug in die güterrechtliche Auseinandersetzung ohne solchen Abschlag erfolgt.¹⁰ Wären die Aktien zwischenzeitlich verfallen, so das Bundesgericht weiter, hätte dieser Umstand güterrechtlich berücksichtigt werden müssen, wäre es doch angesichts der fortbestehenden Risiko- und Gewinngemeinschaft unfair gewesen, die nicht mehr vorhandenen Aktien güterrechtlich zu berücksichtigen.¹¹

[10] Zur Erläuterung des Urteils lohnt sich ein kurzer **Exkurs**. Das Güterrecht des ZGB kennt die Begriffe Anwartschaft und Anwartschaftsrecht nicht. Es ist durchgängig die Rede von «Vermögen» und «Vermögenswerten». Entsprechend ist im Zusammenhang mit den güterrechtlich massgeblichen Zeitpunkten zu fragen, **ab wann von einem «Vermögenswert» gesprochen werden kann**. Ein solcher liegt – um ein naheliegendes Beispiel zu nennen – nicht vor, wenn ein Ehegatte zwar Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge erworben hat, jedoch noch kein Vorsorgefall eingetreten ist; die Vorsorge ist dann nicht Teil der Errungenschaft i.S.v. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, weshalb der Gesetzgeber für den Scheidungsfall mit dem Vorsorgeausgleich i.S.v. Art. 122 ff. ZGB für einen Ausgleich gesorgt hat.

[11] Entscheidend für die Frage, ob bei Auflösung des Güterstandes ein relevanter Vermögenswert vorlag, ist die **Erwerbssicherheit**. Insbesondere dann, wenn am Stichtag eine Suspensivbedingung noch nicht eingetreten ist, kann nicht von einem bereits erfolgten Erwerb ausgegangen werden. Ob auch mit dem Erwerb verbundene Resolutivbedingungen die Erwerbssicherheit derart beeinträchtigen, dass vor Ausfall der Bedingung nicht von einem dem ehelichen Vermögen zugehörigen Vermögenswert gesprochen werden kann, ist **im Einzelfall in wertender Betrachtung** zu entscheiden.

[12] Bei der güterrechtlichen Beurteilung der Erwerbssicherheit können im Übrigen **steuer- und AHV-rechtliche Überlegungen sowie das Arbeitsrecht** miteinbezogen werden: Sind die Voraussetzungen der Besteuerung als Einkommen in einem bestimmten Kalenderjahr erfüllt, mussten auf dem fraglichen Betrag AHV-Beiträge entrichtet werden und hätte bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses am güterrechtlichen Stichtag ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Ausrichtung der Vergütung bestanden, so ist die güterrechtliche Relevanz grundsätzlich zu bejahen. Lohnenswert kann auch die umgekehrte, freilich bloss hypothetische Überlegung sein: Würde es sich rechtfertigen, den fraglichen Betrag als **Eigengut i.S.v. Art. 198 Ziff. 2 ZGB** zu bewerten (da vor Eingehung der neuen Ehe ein definitiver Erwerb stattgefunden hat), falls am güterrechtlichen Stichtag nicht nur der bisherige Güterstand (z.B. durch Tod des Ehegatten) aufgelöst, sondern gleichentags ein neuer Güterstand (durch sofortige Heirat) begründet worden wäre? Oder wäre

⁸ Urteil 5A_749/2023 vom 12. September 2024 E. 5.1.2 und 5.1.3; nicht ganz klar ist, ob sich das Bundesgericht der zitierten Literatur anschliesst, wonach jedenfalls vor Ablauf einer «vesting period» nicht von einem endgültigen (güterrechtlich relevanten) Erwerb ausgegangen werden darf; nach hier vertretener Auffassung ist dies zutreffend.

⁹ Urteil 5A_749/2023 vom 12. September 2024 E. 5.2.

¹⁰ A.a.O.

¹¹ A.a.O.

der Betroffene bereit, den Betrag bei Auflösung der zweiten Ehe güterrechtlich zu teilen (da ein definitiver Erwerb erst nach dem zweiten Eheschluss erfolgt ist)?

[13] Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist es zwar nicht abwegig, dass das Bundesgericht die gesperrten Mitarbeiteraktien in die güterrechtliche Auseinandersetzung einbezogen hat. Dennoch liegt in gewisser Hinsicht ein «**Rückschaufehler**» vor, wenn in den weiteren Überlegungen mehrfach davon die Rede ist, dass die Sperrfrist noch vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung abgelaufen sei, sodass der Ehemann die Aktien habe veräussern können. Die vergleichsweise weit gefassten **Verfallsklauseln** bei einer Kündigung der einen oder anderen Partei wecken jedenfalls Bedenken hinsichtlich der Beurteilung als am Stichtag bereits erworbene «Vermögenswerte». Wenn das Bundesgericht mit Rücksicht auf das Risiko eines Verfalls der Aktien von einer zwischen dem Stichtag und der Auseinandersetzung fortbestehenden Risiko- und Gewinngemeinschaft spricht, steht dies jedenfalls in Widerspruch zum Grundgedanken von Art. 207 Abs. 1 ZGB, wonach einzig der Bestand des Vermögens am güterrechtlichen Stichtag von Bedeutung ist; davon lässt die Lehre richtigerweise nur in sehr engen Grenzen Ausnahmen zu. Da der Ehemann zahlreiche relevante Unterlagen nicht vorgelegt hatte, masst sich die Rezensentin angesichts des nicht vollständig geklärten Sachverhalts keine definitive rechtliche Einschätzung an. Jedenfalls dort, wo eine Verfallsklausel klarerweise als **Kaderbindungsinstrument** eingesetzt wird, mit dem der Verbleib eines Mitarbeiters im Unternehmen gesichert werden soll, liegt mit Blick auf das Ziel eines solchen Instruments während der entsprechenden Dauer womöglich noch kein definitiver, güterrechtlich relevanter Erwerb vor.

1.4. Bezifferung güterrechtlicher Forderungen

[14] Gemäss Art. 85 Abs. 1 zweiter Satz ZPO muss auch bei einer **unbezifferten Forderungsklage** ein **Mindestwert** angegeben werden. In der Literatur ist umstritten, ob dies auch mit Bezug auf Rechtsbegehren im Güterrecht gilt.¹² Das **Urteil 5A_87/2023** vom 2. Dezember 2024 lässt die Frage offen; dass sich die Vorinstanz mit einem entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers nicht einmal auseinandergesetzt hatte, stellt eine Gehörsverletzung dar, die zur Gutheissung der Beschwerde in Zivilsachen führen muss. Vorsichtshalber ist im Rahmen güterrechtlicher Prozesse zu empfehlen, die gesetzliche Vorgabe zu beachten, bis das Bundesgericht über deren güterrechtliche Relevanz abschliessende Klarheit geschaffen hat.

2. Familienrechtlicher Unterhalt

2.1. Beginn und Dauer des nachehelichen Unterhalts

[15] In **BGE 150 III 305** (= 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024) steht die Dauer des nachehelichen Unterhalts im Vordergrund. Die Ehegatten hatten 2009 geheiratet, sind Eltern eines im Jahr 2010 geborenen Sohnes und leben seit 2016 getrennt; zwei Jahre nach der Trennung reichte die Ehefrau die Scheidungsklage ein.

[16] Anlass zur Beschwerde in Zivilsachen gegen das zweitinstanzliche Scheidungsurteil gab einerseits der *dies a quo* für den Unterhalt. Das OGer Schwyz hatte in seinem Entscheid vom

¹² Siehe die Hinweise im Urteil 5A_87/2023 vom 2. Dezember 2024 E. 3.2.2.

13. September 2022 den Beginn der Unterhaltspflicht auf den 1. Januar 2023 festgesetzt, was zu einer **Unterhaltslücke** führte. Wie das Bundesgericht ausführt, sind keine Umstände ersichtlich, «welche ein Abweichung von der Regel gebieten würden, wonach die im Scheidungsfall gesprochenen Unterhaltsbeiträge ab Rechtskraft des Rentenurteils gelten [...]»¹³ Die Beschwerde in Zivilsachen war daher in diesem Punkt gutzuheissen.

[17] Strittig war ferner das der Beschwerdeführerin anzurechnende hypothetische Einkommen; die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts¹⁴ bewegen sich indessen in den bekannten Bahnen und sind daher hier nicht nachzuzeichnen. Gleiches gilt für die Frage, wie lange die Übergangsfrist zur Reintegration in das Erwerbsleben anzusetzen ist.¹⁵

[18] Ausführliche und praktisch sehr relevante Erwägungen betreffen schliesslich die **Dauer des nachehelichen Unterhalts**. Einmal mehr knüpft das Bundesgericht in einem ersten Schritt an die **Frage der Lebensprägung** an; dabei geht es darum, «zu bestimmen, ob ein positives Interesse (bei Lebensprägung) oder ein negatives Interesse (ohne Lebensprägung) zu vergüten ist.»¹⁶ Im vorliegenden Fall wird die Lebensprägung, die von der Vorinstanz gar nicht erst geprüft worden war, durch das Bundesgericht **bejaht**. Dies vor dem Hintergrund, «dass die Beschwerdeführerin ab der Geburt des gemeinsamen Sohnes der Parteien und bis zu deren Trennung, mithin während sechs Jahren, keiner Erwerbstätigkeit nachging und sich der Kinderbetreuung widmete und der Beschwerdegegner dies duldete. [...] Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners war die Ehe der Parteien lebensprägend.»¹⁷ Unerheblich ist hingegen, dass strittig blieb, ob «die Aufgabe der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin einem gemeinsamen Lebensplan entsprochen haben soll.»¹⁸ Diese doch eher rudimentäre Begründung der Lebensprägung erstaunt zwar mit Blick auf die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung, ist nach Auffassung der Rezensentin indessen zu begrüessen.

[19] Wie das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung mehrfach betont hat, besteht auch nach Auflösung einer lebensprägenden Ehe nicht zwingend ein Anspruch auf eine dauerhafte Fortführung des gemeinsam gelebten Unterhaltsniveaus, vielmehr ist eine **angemessene zeitliche Beschränkung der nachehelichen Unterhaltspflicht** nicht ausgeschlossen.¹⁹ Nach welchen Kriterien über die Dauer des nachehelichen Unterhalts zu entscheiden ist, wurde hingegen bis zum vorliegenden Entscheid nicht eingehend erörtert. Der Entscheid füllt diese Lücke, die entsprechenden Erwägungen sind daher vergleichsweise ausführlich wiederzugeben. Massgebend ist zunächst die **Dauer des ehelichen Zusammenlebens**: «Je kürzer die Ehe gelebt wurde, desto weniger lange ist in der Regel die Unterhaltspflicht aufrechtzuerhalten.»²⁰

[20] Das Bundesgericht legt sich allerdings nicht fest, in welcher Relation Ehedauer und Unterhaltsdauer stehen und ob es sich bei der Dauer des Zusammenlebens um eine Unter- oder um eine Obergrenze für die Unterhaltsdauer handeln könnte. Vielmehr sind **weitere Faktoren** zu berück-

¹³ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 3.2.2. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305).

¹⁴ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 4.1–4.3. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305).

¹⁵ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 4.4. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305) mit Verweis auf BGE 147 III 308 E. 5.4 und 144 III 481 E. 4.6.

¹⁶ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 5.2. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305).

¹⁷ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 5.3. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305).

¹⁸ A.a.O.

¹⁹ BGE 150 III 305 E. 5.4.2.

²⁰ BGE 150 III 305 E. 5.7.1.

sichtigen. Dazu gehört die Frage, ob sich «die während des ehelichen Zusammenlebens praktizierte **Aufgabenteilung besonders günstig auf die Einkommenssituation des Unterhaltsschuldners ausgewirkt**» hat, denn diesfalls «rechtfertigt sich eine länger dauernde Unterhaltspflicht.»²¹ Ferner ist als weiterer Parameter für die Unterhaltsdauer massgebend, «ob der Unterhaltsgläubiger **prognostisch seine (hypothetische) Erwerbskraft (wieder) herzustellen und auszuschöpfen** in der Lage ist. Dabei geht es nicht um die voreheliche Erwerbskraft, sondern um jene, über welche der Unterhaltsgläubiger verfügen würde, wenn er nicht gestützt auf die gemeinsame Lebensplanung seine Arbeitstätigkeit aufgegeben bzw. eingeschränkt hätte. Selbst wenn in diesem Kontext im Wesentlichen die gleichen Fragen zu beantworten sind wie bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, haben die massgeblichen Kriterien insofern eine eigenständige Bedeutung, als sie im Zusammenhang mit der Wiederherstellung der Erwerbskraft zu beurteilen sind.»²² Im Folgenden benennt das Bundesgericht in diesem Kontext eine allfällige **Erwerbsbehinderung durch Kinderbetreuung sowie das Alter des Unterhaltsgläubigers**.²³ Praktisch von Bedeutung dürfte insbesondere die Klärung sein, wonach selbst «bei kurzem ehelichen Zusammenleben [...] der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt – soweit die Eigenversorgungskapazität zur Deckung des gebührenden Bedarfs nicht ausreicht – bis zu jenem Zeitpunkt [dauert], ab welchem die (erwerbsrelevanten) Kinderbetreuungsaufgaben entfallen, d.h. [...] grundsätzlich bis zum vollendeten 16. Altersjahr des jüngsten gemeinsamen Kindes.»²⁴

[21] Die Anwendung dieser Grundsätze auf den **konkreten Fall** ergibt, dass ein mehr als 25 Jahre zu bezahlender nachehelicher Unterhalt bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters der Beschwerdeführerin – bei einem ehelichen Zusammenleben von sieben Jahren – zu lange wäre; der vorinstanzliche Entscheid, der den Unterhalt bis Juli 2026 begrenzte (entsprechend zehn Jahren seit der Trennung und acht Jahren seit Einreichung der Scheidungsklage sowie zeitgleich mit der Vollendung des 16. Altersjahrs des Sohnes) erweist sich, unter Berücksichtigung des den kantonalen Instanzen zustehenden Ermessens, als bundesrechtskonform.²⁵

[22] Dem Entscheid ist im **Ergebnis** beizupflichten. Die zeitliche Begrenzung der nachehelichen Unterhaltspflicht auch bei lebensprägender Ehe ermöglicht es, bei der Frage, ob überhaupt eine lebensprägende Ehe vorliegt, tendenziell grosszügig zu sein, weil die Frage der Lebensprägung nicht (wie dies in der älteren Rechtsprechung zutraf) zu einem Kippschaltereffekt mit dauerhafter, u.U. jahrzehntelanger Unterhaltspflicht führt. Nach Auffassung der Rezensentin wäre es hingegen falsch, sowohl bei der Frage der Lebensprägung einen strengen Massstab anzulegen (wie dies teilweise in der kantonalen Rechtsprechung geschieht) und dann zusätzlich, wenn im Einzelfall doch die Lebensprägung bejaht wird, den nachehelichen Unterhalt auf eine bloss kurze Dauer festzulegen. Damit würde die **gesellschaftliche Realität** zu wenig abgebildet; das Institut der auf Dauer angelegten Ehe – deren Eingehung bekanntlich freiwillig geschieht – würde seines Gehalts teilweise entleert. Überdies würden auch die gesamtgesellschaftlichen Kosten der Ehescheidung (u.a. in Form von Ergänzungs- und Sozialleistungen an geschiedene Frauen) ansteigen. In Expertenkreisen wird mit Recht darauf hingewiesen, dass der nacheheliche Unterhalt bereits heute in der Tendenz zu tief und zu kurz ausfalle.

²¹ BGE 150 III 305 (Hervorhebung hinzugefügt).

²² BGE 150 III 305 (Hervorhebung hinzugefügt).

²³ BGE 150 III 305 E. 5.7.3.1. und 5.7.3.2.

²⁴ BGE 150 III 305 E. 5.7.3.1.

²⁵ Urteil 5A_801/2022 vom 10. Mai 2024 E. 5.9. (nicht abgedruckt in BGE 150 III 305).

[23] Erfreulich ist am vorliegenden Entscheid schliesslich, dass das Bundesgericht die **Vermischung zwischen Betreuungs- und nachehelichem Unterhalt**, die im Nachgang zu BGE 148 III 161 zu Unmut in der Literatur geführt hat,²⁶ beseitigt. Das neue Urteil stellt implizit klar, dass der Betreuungsunterhalt, der auf das familienrechtliche Existenzminimum beschränkt ist, die Nachteile der Einschränkung der Erwerbstätigkeit zufolge Rollenteilung nur teilweise beseitigt, sodass daneben auch – und gegebenenfalls für eine längere Dauer – nachehelicher Unterhalt geschuldet sein kann.²⁷

2.2. Dauer des nachehelichen Unterhalts bei langjähriger Ehe

[24] Ebenfalls mit der Dauer des nachehelichen Unterhalts befasst sich das **Urteil 5A_987/2023** vom 7. August 2024 (zur Publ. vorgesehen). Hier lag indessen eine zweifellos lebensprägende Ehe vor, die im Jahr 1972 geschlossen worden war, der zwei Kinder entsprossen waren und bei der erst nach 45-jährigem Zusammenleben der gemeinsame Haushalt aufgehoben wurde. Zu diesem Zeitpunkt hatten beide Ehegatten längst das Rentenalter erreicht. Im Mittelpunkt der Erwägungen der Vorinstanz stand die Frage, ob der Unterhaltspflichtige **nach Erreichen des Rentenalters** überhaupt zu nachehelichem Unterhalt verpflichtet werden kann.

[25] Treffend führt das Bundesgericht dazu aus, dass «die Lebensprägung auch bei erst im Rentenalter geschiedenen Ehegatten zur Folge [hat], dass ein Anspruch auf Fortsetzung des zuletzt gemeinsam gelebten Standards besteht [...]».²⁸ Dies hat vorliegend zur Konsequenz, dass die **Unterhaltspflicht** in Anwendung von Art. 130 Abs. 1 ZGB **bis zum Ableben eines der Ehegatten** dauern muss.

[26] Trotz der engen finanziellen Verhältnisse bleibt es bei der Anwendung der zweistufig-konkreten Methode der Unterhaltsberechnung. Dies hat zur Folge, dass die **unterschiedlich hohen Existenzminima** der Parteien ins Gewicht fallen.²⁹ Da der Ehemann seit seinem Umzug nach Bulgarien wesentlich tiefere Lebenshaltungskosten hatte (dies bei einem ungefähr gleich hohen Renteneinkommen wie die Ehefrau), war die Zusprache von nachehelichem Unterhalt durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

2.3. Übergangsfrist für Reintegration in den Arbeitsmarkt (Eheschutzverfahren)

[27] Das **Urteil 5A_513/2023** vom 20. März 2024 enthält – neben Ausführungen zum konkreten Fall, die nur von untergeordnetem Interesse sind – eine schöne **Zusammenfassung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Reintegration in den Arbeitsmarkt** und die Frist, die einem Ehegatten im Eheschutzverfahren dafür zuzugestehen ist.³⁰

²⁶ Exemplarisch CORDULA LÖTSCHER/RAPHAEL DUMMERMUTH, Kinder sind vermutungsweise lebensprägend, FamPra.ch 2023, S. 1 ff.

²⁷ Ähnlich schon JEAN-MICHEL LUDIN, dRSK zum Urteil 5A_801/2022, Rz. 11.

²⁸ Urteil 5A_987/2023 vom 7. August 2024 E. 3.3.

²⁹ Urteil 5A_987/2023 vom 7. August 2024 E. 4.2.

³⁰ Urteil 5A_513/2023 vom 20. März 2024 E. 6.3.2.

[28] *In casu* war die Ehefrau neben der Kinderbetreuung ausserhalb ihres angestammten Berufes im Unternehmen des Ehemannes tätig gewesen; die Vorinstanz hatte ihr zwei Jahre für die Reintegration in die angestammte Tätigkeit (Compliance-Funktion in einer Bank) zugestanden. Im Hinblick auf die berufliche Wiedereingliederung ist nicht nur daran zu denken, dass die Neuorientierung und der Bewerbungsprozess eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen können. Vielmehr kann auch eine **Weiterbildung** hilfreich sein, denn damit ist aufgrund der höheren Eigenversorgungskapazität längerfristig auch eine Entlastung des Unterhaltsschuldners verbunden.³¹

[29] In der Praxis werden **meist Übergangsfristen zwischen drei und sechs Monaten** gewährt; je nach den Umständen des Einzelfalls, wozu neben der Situation auf dem Arbeitsmarkt, die Dauer der Rollenteilung bzw. der Abwesenheit vom Erwerbsleben und weiteren Gesichtspunkten auch die finanzielle Situation des Unterhaltsschuldners gehört.³²

[30] Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erwies sich im konkreten Fall die zweijährige Übergangsfrist als zu lang, zumal die Ehefrau ihrerseits noch im Berufungsverfahren behauptet hatte, dass sie zur Auffrischung ihrer Kenntnisse eine (lediglich) einjährige CAS-Ausbildung benötigen würde. Die Beschwerde in Zivilsachen wurde daher gutgeheissen, die Wiedereingliederungsfrist wurde entsprechend dem Antrag des Beschwerdeführers um neun Monate gekürzt.³³

[31] Ähnlich entscheidet das Bundesgericht im **Urteil 5A_793/2023** vom 4. Juli 2024. Die Vorinstanz hatte der Ehefrau nach einer 20 Jahre dauernden Ehe mit zwei gemeinsamen Kindern, das jüngere war zum Urteilszeitpunkt 11 Jahre alt, unter Verweis auf das Kontinuitätsprinzip während der Trennung keine Erwerbstätigkeit zugemutet und kein hypothetisches Einkommen aufgerechnet. Das ist unzulässig, trägt doch bereits das Schulstufenmodell dem **Kontinuitätsprinzip** Rechnung. Sofern nicht spezifische Gründe (u.a. die erhöhte Betreuungsbedürftigkeit eines Kindes) eine längere Übergangsphase rechtfertigen, darf eine solche auch im Eheschutzverfahren nicht gewährt oder gar auf die Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens gänzlich verzichtet werden, wenn keine Aussicht auf Wiederaufnahme des Zusammenlebens besteht.³⁴ Der Entscheid der Vorinstanz erwies sich daher als willkürlich und war aufzuheben.³⁵

2.4. Hypothetisches Einkommen der obhutsberechtigten Mutter; Übergangsfrist (Betreuungsunterhalt)

[32] Auch im Sachverhalt, den das Bundesgericht im **Urteil 5A_468/2023** vom 29. Januar 2024 zu beurteilen hatte, waren die finanziellen Verhältnisse der unverheirateten Eltern höchst ungleich. Über weite Strecken kann sich das Bundesgericht damit begnügen, seine bisherige Rechtsprechung (u.a. zur Bewilligung des Umzugs ins Ausland und zum Überschussanteil der Kinder bei sehr wohlhabenden Verhältnissen) zusammenzufassen. Interessant sind nach Auffassung der Rezensentin im Entscheid primär die Erwägungen betreffend den Betreuungsunterhalt.

[33] Während des Zusammenlebens hatte die Mutter die Kinder mit Hilfe von Nannys betreut. Sie war überdies vor der Geburt der Kinder nie erwerbstätig gewesen. Die **Mithilfe Dritter bei**

³¹ Urteil 5A_513/2023 vom 20. März 2024 E. 6.3.2.2.

³² Urteil 5A_513/2023 vom 20. März 2024 E. 6.3.2.3.

³³ Urteil 5A_513/2023 vom 20. März 2024 E. 6.3.3.

³⁴ Urteil 5A_793/2023 vom 4. Juli 2024 E. 8.3.2.

³⁵ Urteil 5A_793/2023 vom 4. Juli 2024 E. 8.3.6.

der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil schliesst die Zusprache von Betreuungsunterhalt nicht aus. Grundsätzlich konnte daher auch in der vorliegenden Sachlage davon ausgegangen werden, dass die (fortdauernde) Unfähigkeit der Mutter, ihren eigenen Bedarf zu decken, durch die Kinderbetreuung verursacht war. Unter diesen Umständen ist ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt im Prinzip zu bejahen; allerdings weist das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück zur Klärung, in welchem Umfang sich die Mutter tatsächlich (wenngleich mit Unterstützung Dritter) persönlich um die Kinder gekümmert hatte. Die Genfer Cour de Justice wird überdies klären müssen, ob der Mutter unter den gegebenen Umständen ein hypothetisches Einkommen aufgerechnet werden kann, wobei ihr grundsätzlich eine angemessene Frist für eine Berufsausbildung einzuräumen wäre.³⁶ Ebenfalls gutgeheissen wurde die Beschwerde in Zivilsachen mit Bezug auf den Überschussanteil, den die Vorinstanz nur pauschal und angesichts der konkreten Verhältnisse mit monatlich CHF 1'000 pro Kind zu tief und damit in Überschreitung des ihr zustehenden Ermessens angesetzt hatte.³⁷

[34] Der Entscheid des Bundesgerichts ist vergleichsweise grosszügig, insbesondere mit Bezug auf die Einräumung einer **Frist zum Erwerb einer Ausbildung im Rahmen des Betreuungsunterhalts bei nicht verheirateten Eltern**. Dabei dürften die ausserordentlich wohlhabenden Verhältnisse des Vaters eine wesentliche Rolle gespielt haben; die Erwägungen dürften auf typische Verhältnisse kaum zu übertragen sein.

2.5. Überschussanteil des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern

[35] Im Sachverhalt, der im **Urteil 5A_920/2023** vom 28. November 2024 (zur Publ. vorgesehen) zu beurteilen war, ging es um den Überschussanteil für zwei Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern, die sich getrennt hatten. Die Kinder stehen unter der Obhut der Kindesmutter. Anlass zur Beschwerde in Zivilsachen gab die **Begrenzung des Überschussanteils** der beiden Kinder auf je CHF 200 zuzüglich Hobbykosten. Der Entscheid war ergangen, nachdem das Bundesgericht eine erste Beschwerde in Zivilsachen der Kinder in der gleichen Sache gutgeheissen hatte (Urteil 5A_816/2019 vom 25. Juni 2021).

[36] Das Bundesgericht erinnert daran, dass gemäss BGE 149 III 441 der Überschuss bei Kindern nicht verheirateter Eltern «einzig auf den unterhaltspflichtigen Elternteil (grosser Kopf) und die Kinder (kleine Köpfe) zu verteilen» ist.³⁸ Indessen hat das Kind keinen «Anspruch auf eine Lebensführung [...], welche diejenige der Eltern bzw. den angestammten Standard vor einer Trennung der Eltern überschreitet [...]».³⁹ Gleichzeitig gilt, dass der **Kindesunterhalt «nicht grundsätzlich durch die Lebenshaltung der Eltern vor ihrer Trennung in seiner Höhe begrenzt** [ist]. Wenn sich die finanziellen Verhältnisse des Unterhaltsschuldners nach der Trennung verbessern, hat das Kind – bei ansonsten unveränderten Verhältnissen – grundsätzlich Anspruch auf Teilhabe an dessen (verbesserter) Leistungsfähigkeit [...]»⁴⁰ Der Überschussanteil des Kindes kann sodann unabhängig vom rechnerischen Ergebnis «bei weit überdurchschnittlich guten finanzi-

³⁶ Urteil 5A_468/2023 vom 29. Januar 2024 E. 8.5.

³⁷ Urteil 5A_468/2023 vom 29. Januar 2024 E. 13.2.

³⁸ Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.4.2.

³⁹ Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.4.3.

⁴⁰ A.a.O. (Hervorhebung hinzugefügt); ebenso Urteil 5A_341/2023 vom 14. August 2024 E. 4.4.

ellen Verhältnissen [...] aus erzieherischen und/oder aus konkreten Bedarfsgründen begrenzt werden [...].»⁴¹

[37] Soll im konkreten Fall eine Begrenzung des Kindesunterhalts auf das **Niveau vor der Trennung** erfolgen, muss das Gericht den Standard vor der Trennung ermitteln.⁴² *In casu* hatte die Vorinstanz – entgegen den Vorgaben des Bundesgerichts im Rückweisungsentscheid und trotz Geltung der strengen Untersuchungsmaxime – keine entsprechenden Abklärungen getroffen, sondern lediglich festgestellt, die im erstinstanzlichen Urteil pauschal (durch Verdoppelung des betriebsrechtlichen Grundbetrages) ermittelten Bedarfswerte seien nicht angefochten worden, weshalb darauf abgestellt werden könne. Angesichts des hohen Einkommens und Überschusses des Kindsvaters bedürfte, wie das Bundesgericht ausführt, die «krasse **Abweichung zum rechnerischen Ergebnis**» einer **Überschussverteilung** «einer **besonders einleuchtenden Begründung**».⁴³ Da diese fehlte, erwies sich die Beschwerde in Zivilsachen mit Bezug auf den Minderjährigenunterhalt als begründet; hinsichtlich des Volljährigenunterhalts bleibt es hingegen bei den vorinstanzlich festgesetzten Beträgen, da bekanntlich das volljährige Kind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anspruch auf einen Überschussanteil hat.⁴⁴

[38] Das **Urteil 5A_341/2023** vom 14. August 2024 betrifft ebenfalls den Überschussanteil eines Kindes nicht verheirateter Eltern, und auch hier ging es um Eltern in sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen. Zwar darf, wie das Bundesgericht bereits in BGE 149 III 441 E. 2.6 klargestellt hat, bei nicht miteinander verheirateten Eltern der Überschussanteil, der dem Kind zusteht, **nicht zur Quersubventionierung des betreuenden Elternteils** verwendet werden. Wie das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung mit Recht betont, ist jedoch der Überschussanteil des Kindes **nicht allein aufgrund der Lebensstellung des (haupt)betreuenden Elternteils zu begrenzen**, soll doch das Kind nach dem Willen des Gesetzgebers (Art. 285 Abs. 1 ZGB) an der Lebenshaltung des finanziell bessergestellten Elternteils teilhaben dürfen. Daher «ist nicht grundsätzlich von einer Quersubventionierung des betreuenden Elternteils auszugehen, sobald dessen eigener Überschuss tiefer liegt als der rechnerische Überschussanteil des Kindes [...]».⁴⁵ Der Beschwerdeführer hätte vielmehr «aufzuzeigen, dass seinem Sohn mit den gesprochenen Unterhaltsbeiträgen bedeutend mehr finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen, als er für Ferien, Freizeitaktivitäten u.ä. benötigt.»⁴⁶ Da der Beschwerdeführer dies unterlassen und auch keine konkreten Anhaltspunkte für den Verdacht genannt hatte, wonach die Beschwerdegegnerin die Kinderalimente teilweise zweckentfremden könnte, war die Beschwerde abzuweisen.

2.6. Beweislast und Beweismass bei strittigem Kindesunterhalt

[39] Wie das Bundesgericht im **Urteil 5A_735/2023** vom 4. September 2024 festhält, ändert die Untersuchungsmaxime grundsätzlich nichts an der **Beweislast**, die sich auch im Kindesunter-

⁴¹ Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.4.5.3.

⁴² Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.4.4. (Hervorhebung hinzugefügt.)

⁴³ Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.6.1.

⁴⁴ Urteil 5A_920/2023 vom 28. November 2024 E. 2.7. m.H. auf BGE 147 III 265 E. 7.2 in fine.

⁴⁵ Urteil 5A_341/2023 vom 14. August 2024 E. 4.6.5.

⁴⁶ Urteil 5A_341/2023 vom 14. August 2024 E. 4.6.6.

haltsrecht nach Art. 8 ZGB richtet. Überdies gilt das **Regelbeweismass**, das nur erbracht ist, wenn das Gericht von der Existenz einer strittigen Tatsache überzeugt ist.⁴⁷

[40] Sind bei einem **selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldner** die Behauptungen betreffend die Höhe des Einkommens nicht glaubhaft oder die vorgelegten Unterlagen nicht überzeugend, dürfen **Privatentnahmen** berücksichtigt werden, die als Indiz für die Lebensführung des Betroffenen und daher als Referenz für die Festlegung des Kindesunterhaltsbeitrages dienen können.⁴⁸ Ferner ist es nicht ausgeschlossen, **ausserordentliche Abschreibungen**, die zu Ersparnissen führen oder verdecktem Gewinn entsprechen können, zu berücksichtigen; dabei darf auf einen Abschreibungssatz zurückgegriffen werden, der unter dem für die Besteuerung anwendbaren Satz liegt.⁴⁹

[41] Im konkreten Fall hatte sich die Vorinstanz auf die vom Unterhaltsschuldner eingereichten Steuererklärungen gestützt, die ein tiefes Einkommen auswiesen. Das genügte, so das Bundesgericht, nicht: Im Anwendungsbereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime hätte das Gericht von sich aus die finanzielle Situation des Unterhaltsschuldners anhand der genannten Grundsätze ermitteln müssen. Indem die **Folgen der ungenügenden Beweisführung** der Unterhaltsgläubigerin auferlegt wurden, hatte das Gericht überdies die Beweislastregel verletzt.⁵⁰ Überdies hätte die Vorinstanz angesichts des angenommenen bescheidenen Einkommens des Unterhaltsschuldners auch dessen **Vermögenssituation** prüfen und klären müssen, inwieweit auch das Vermögen bei der Festsetzung des Kindesunterhalts relevant sein kann.⁵¹

2.7. Abänderung Betreuungsunterhalt bei Erhöhung des elterlichen Einkommens

[42] BGE 150 III 153 (= Urteil 5A_176/2023 vom 9. Februar 2024) befasst sich mit folgendem Sachverhalt: Im Rahmen einer Ehescheidung wurde im Jahr 2017 die damals einjährige Tochter unter die Obhut der Mutter gestellt und es wurde der Kindesunterhaltsbeitrag des Vaters geregelt. Im Jahr 2020 ersuchte der Kindsvater um Reduktion der Unterhaltsbeiträge.

[43] Das Bundesgericht wiederholt zunächst die bereits bekannten **Grundsätze zur Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen**: Die Anpassung erfolgt auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes gestützt auf Art. 286 Abs. 2 ZGB bei nachträglicher erheblicher und dauerhafter Veränderung der Verhältnisse. Zweck der Abänderung ist nicht die Korrektur eines fehlerhaften rechtskräftigen Urteils, «sondern nur die Anpassung eines rechtskräftigen Urteils – ob fehlerhaft oder nicht – an veränderte Verhältnisse [...]».⁵²

[44] Das Obergericht hatte erwogen, dass «die Verbesserung der finanziellen Situation des hauptbetreuenden Elternteils [...] dem Kind zugute kommen [solle], solange der unterhaltspflichtige Elternteil nicht übermässig schwer belastet sei.»⁵³ Diese Betrachtungsweise ist mit Bezug auf

⁴⁷ Urteil 5A_735/2023 vom 4. September 2024 E. 3.2.1 und 3.2.2.

⁴⁸ Urteil 5A_735/2023 vom 4. September 2024 E. 3.2.3.

⁴⁹ Urteil 5A_735/2023 vom 4. September 2024 E. 3.2.4.

⁵⁰ Urteil 5A_735/2023 vom 4. September 2024 E. 3.4.

⁵¹ Urteil 5A_735/2023 vom 4. September 2024 E. 4.2.–4.3.

⁵² BGE 150 III 153 E. 3.2.

⁵³ BGE 150 III 153 E. 5.1.

den **Betreuungsunterhalt** unzutreffend, wie das Bundesgericht richtigerweise festhält. Obschon der Betreuungsunterhalt formell Kindesunterhalt ist, kommt er «wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zu [...]».⁵⁴ Er deckt das familienrechtliche Existenzminimum des betreuenden Elternteils, soweit dieser zufolge der Betreuungspflicht seinen Bedarf nicht durch eigenes Erwerbseinkommen zu decken vermag. «**Eine Erhöhung des Einkommens des Elternteils schlägt sich damit unmittelbar in der Höhe des geschuldeten Unterhalts nieder.**»⁵⁵

[45] Dabei bleibt, wie das Bundesgericht weiter ausführt, **unbeachtlich**, «ob eine über das Schulstufenmodell hinausgehende (**«überobligatorische»**) **Tätigkeit** vorliegt [...]».⁵⁶ Grundsätzlich ist daher eine Anpassung des Scheidungsurteils zu prüfen, wobei das Bundesgericht richtigerweise den Vorbehalt anbringt, dass «die Parteien den eingetretenen Änderungen in der Scheidungskonvention gegebenenfalls bereits Rechnung getragen haben.»⁵⁷

[46] Eine allfällige **Neuberechnung** des Unterhalts hat wiederum «in Anwendung der zweistufig-konkreten Methode mit Überschussverteilung [...] und unter Einbezug aller massgebender Parameter [...] zu erfolgen.»⁵⁸ Durch die Einkommenserhöhung des betreuenden Elternteils kann es nämlich auch zu **zusätzlichen bzw. höheren Bedarfsposten** (u.a. Berufsauslagen, Steuern) und zu einem höheren Überschussanteil beim Kinderbarunterhalt und ggf. beim nachehelichen Unterhalt kommen.

2.8. Aufteilung des Betreuungsunterhalts auf Kinder mehrerer Unterhaltspflichtiger

[47] Das **Urteil 5A_565/2023** vom 21. März 2024 befasst sich u.a. mit der Ermittlung des Einkommens eines selbständigen Landwirts⁵⁹ und mit der **Aufteilung des Betreuungsunterhalts auf nicht eheliche Kinder unterschiedlicher Unterhaltsschulder**. Die obhutsberechtigte Mutter betreute nicht nur die im Jahr 2020 geborenen Zwillinge, um die es im konkreten Verfahren ging, sondern auch ein im Jahr 2014 geborenes Kind aus einer früheren Beziehung. Der Mutter wurde ein Erwerbsspensum von 50% entsprechend der Schulstufenregel aufgerechnet. Das verbleibende Defizit der Mutter war gemäss der Vorinstanz durch den Beschwerdeführer zu tragen. Dieser vertrat vor Bundesgericht erfolglos die Ansicht, der Betreuungsunterhalt sei auf alle drei Kinder und nicht nur auf die beiden jüngeren aufzuteilen, da er sonst die indirekten Kosten des ersten Kindes der Beschwerdegegnerin tragen müsse.

[48] Das Bundesgericht weist darauf hin, dass es noch nie präzisiert habe, wie der Betreuungsunterhalt bei Kindern aus verschiedenen Partnerschaften verteilt werden müsse, und dass es **unterschiedliche Vorgehensweisen** der kantonalen Gerichte akzeptiert habe. Auch in der Literatur besteht diesbezüglich Uneinigkeit.⁶⁰ Das Bundesgericht, das auf eine Willkürprüfung beschränkt war, konnte sich angesichts der zu wenig fundierten Beschwerdebegründung einmal mehr dar-

⁵⁴ BGE 150 III 153 E. 5.3.1.

⁵⁵ BGE 150 III 153 E. 5.3.4. (Hervorhebung hinzugefügt.)

⁵⁶ BGE 150 III 153 E. 5.3.2. (Hervorhebung hinzugefügt.)

⁵⁷ BGE 150 III 153 E. 5.3.4.

⁵⁸ BGE 150 III 153 E. 5.4.

⁵⁹ Urteil 5A_565/2023 vom 21. März 2024 E. 3; darauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

⁶⁰ Urteil 5A_565/2023 vom 21. März 2024 E. 5.2. mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur.

auf beschränken, die Beschwerde abzuweisen mit dem Hinweis, es liege **keine Willkür** vor, zumal der kantonale Entscheid im Ergebnis mit einer in der Literatur vertretenen Minderheitsmeinung übereinstimme.⁶¹ Dieses «anything goes» ist, bei allem Respekt vor der beschränkten Kognition des Bundesgerichts im vorliegenden Fall, angesichts der hohen Praxisrelevanz zu bedauern. Nach Auffassung der Rezensentin ist in konsequenter Umsetzung der gesetzlichen Grundlagen des Betreuungsunterhalts der Auffassung zuzustimmen, die eine Kausalität zwischen der Kinderbetreuung und der damit verbundenen Unfähigkeit, das eigene familienrechtliche Existenzminimum zu decken, in den Vordergrund rückt.⁶²

2.9. Koordination des Barunterhalts in Patchwork-Situationen

[49] Im **Urteil 5A_689/2023** vom 19. August 2024 erinnert das Bundesgericht exemplarisch daran, dass im Kontext des Kindesunterhalts das Gericht aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime von Amtes wegen gegebenenfalls auch die **ökonomische Situation von weiteren Kindern** des Unterhaltsschuldners klären muss, die **in einem anderen Haushalt** wohnen.⁶³ *In casu* war der Unterhaltsschuldner Vater eines anderen, in Frankreich wohnhaften Kindes. Die Genfer Cour de justice hatte in Ermangelung jeglicher Unterlagen und Angaben für dieses zweite Kind einen kaufkraftbereinigt reduzierten Grundbetrag und fiktive Fremdbetreuungskosten eingesetzt, unter Abzug von Familienzulagen; sie war sodann davon ausgegangen, dass man in Unkenntnis der finanziellen Situation der Mutter des zweiten Kindes davon ausgehen könne, dass diese ihren eigenen Bedarf decke und zur Hälfte an den Unterhalt des Kindes beitrage.⁶⁴ Da sämtliche weiteren Bedarfsposten des Kindes (u.a. Mietkostenanteil, Krankenkassenprämien) ausser Betracht geblieben waren und keine Abklärungen stattgefunden hatten – nicht einmal durch Aufforderung an den Kindsvater, entsprechende Unterlagen beizubringen – war die Beschwerde in Zivilsachen (insofern) gutzuheissen und die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Offen bleibt, wie eine solche Klärung erfolgen kann, zumal weder die Mutter des zweiten Kindes noch dieses selbst im Unterhaltsprozess des zweiten Kindes Partei oder sonstwie beteiligt sind.

2.10. Vermögensverzehr für Kindesunterhalt sowie Wohnkostenanteil der Kinder

[50] Die Eltern, mit deren Eheschutz-Streit sich das Bundesgericht im **Urteil 5A_292/2023** vom 6. Mai 2024 befasst, gelangen bereits zum vierten Mal wegen der Berechnung des Kindesunterhalts bis vor Bundesgericht. Dieses heisst die Beschwerde teilweise gut, berechnet indessen

⁶¹ Urteil 5A_565/2023 vom 21. März 2024 E. 5.4.; die angesprochene Auffassung wird von CHRISTIANA FOUNTOLAKIS im BSK, N 55 zu Art. 285 ZGB, vertreten.

⁶² Detailliert zu verschiedenen Lösungsansätzen und mit einem konkreten Vorschlag JASMIN ULLI/OLIVER SCHMID, Betreuungsunterhaltsberechnungen in Patchworkfamilien nach der Dreisatzmethode, AJP 2024, S. 1274 ff.; diese Methode berücksichtigt u.a. den Grundsatz, wonach «kein Unterhaltsschuldner mehr von der Patchwork-Konstellation profitieren [...] soll als die anderen (in Prozent). Nur so wird dem Gleichbehandlungsgebot aller unterhaltspflichtigen Personen nachgekommen.» (a.a.O., S. 1280).

⁶³ Urteil 5A_689/2023 vom 19. August 2024 E. 5.3.3.

⁶⁴ Urteil 5A_689/2023 vom 19. August 2024 E. 5.1.

den korrekten Unterhalt dieses Mal gleich selbst, was dem Kantonsgericht Luzern sicher gelegen kommt. Hinzuweisen ist auf folgende Erwägungen:

[51] Die **Anzehrung ererbten Vermögens für Unterhaltszahlungen** kann bekanntlich nur ausnahmsweise verlangt werden. Vorliegend lag ein solcher Fall vor: Der Beschwerdeführer war ohne Erwerb und ausgesteuert, er lebte seinerseits von seinem erheblichen Erbschaftsvermögen. Der gebührende Unterhalt der Familie konnte weder durch Erwerbseinkommen noch durch den Vermögensertrag gedeckt werden. Das Bundesgericht entdeckt daher «gewissermassen eine Annäherung zu jenem Fall [...], in welchem Vermögen für das Alter angespart wird und sich dessen Verzehr für ebendiesen Zweck als unproblematisch erweist.»⁶⁵

[52] Für die Zeit der Minderjährigkeit der Kinder hatte die Vorinstanz mit Recht die **einstufig-konkrete Methode** gewählt, da mangels Einkommens des Unterhaltspflichtigen die Ermittlung eines Überschussanteils gar nicht möglich war. Nach Erreichen der Volljährigkeit haben die Kinder indessen keinen Anspruch mehr auf Fortführung der bisherigen Lebenshaltung, sondern nur noch auf das familienrechtliche Existenzminimum; dieses ist konkret zu berechnen. Das Bundesgericht weist mit Recht darauf hin, dass «im Falle eines Studiums [...] die Ausbildungskosten (Semestergebühren, Auslagen für Lehrbücher und weiteres Material, Prüfungsgebühren usw.)» zu berücksichtigen sind, ebenso der zu leistende AHV-Beitrag.⁶⁶

[53] Erfreulich ist, dass das Bundesgericht die **Berücksichtigung eines erhöhten Grundbetrages von CHF 1'000 für die volljährigen Kinder** als **nicht willkürlich** bezeichnet. Es weist in diesem Kontext zwar auf seine Rechtsprechung hin, wonach in der Vergangenheit deutlich tiefere Beträge der kantonalen Instanzen nicht beanstandet worden seien und in einem einzelnen Urteil des Bundesgerichts derselbe Betrag wie für ein minderjähriges Kind (CHF 600) eingesetzt worden sei; es handle sich dabei indessen **nicht** um eine **gefestigte Rechtsprechung**.⁶⁷ Dies lässt darauf hoffen, dass die künftige kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Umstand Rechnung tragen wird, dass ein Grundbetrag von lediglich CHF 600 für ein volljähriges Kind auch bei fortdauerndem Zusammenleben mit dem obhutsberechtigten Elternteil klar zu tief ist.⁶⁸

[54] Mit Bezug auf den **Wohnkostenanteil der Kinder** gibt das Bundesgericht dem Beschwerdeführer hingegen recht: Die Vorinstanz hatte bei jedem Kind einen Drittel der gesamten Wohnkosten zugeordnet, womit für die Beschwerdegegnerin ebenfalls (nur) ein Drittel verblieb. Es ist, und zwar auch bei bereits älteren Kindern, «stossend, dem obhutsberechtigten Elternteil – wie hier – einen Anteil an den Wohnkosten zu belassen, mit welchem wohl nicht einmal die Miete für eine bescheidene Unterkunft (z.B. Studio) gedeckt werden könnte und welcher in einem krassen Missverhältnis zu den dem anderen Elternteil zugestandenen Wohnkosten stünde».⁶⁹ Entsprechend dem Antrag des Beschwerdeführers und in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Wohnkostenanteile auf insgesamt 30%, d.h. pro Kind 15% der Gesamtwohnkosten zu senken.

⁶⁵ Urteil 5A_292/2023 vom 6. Mai 2024 E. 5.5., siehe auch E. 8 zur Frage, ob angesichts der konkreten Höhe und Dauer des Unterhalts die Anzehrung des Vermögens zumutbar ist; die Frage wird vom Bundesgericht bejaht.

⁶⁶ Urteil 5A_292/2023 vom 6. Mai 2024 E. 6.5.1.3.

⁶⁷ Urteil 5A_292/2023 vom 6. Mai 2024 E. 6.5.2.2.

⁶⁸ Vgl. dazu u.a. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Jusletter 6. März 2023, Rz. 25; ANNETTE SPYCHER/JONAS SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2022, S. 763, je unter Bezugnahme auf das Urteil 5A_382/2021 vom 20. April 2022.

⁶⁹ Urteil 5A_292/2023 vom 6. Mai 2024 E. 6.3.2.

3. Vorsorgeausgleich

3.1. Berücksichtigung eines WEF-Vorbezuges nach Art. 124e ZGB

[55] Das **Urteil 5A_336/2023** vom 17. Juli 2024 (zur Publ. vorgesehen) betrifft die Scheidung von Ehegatten unter dem Güterstand der Gütertrennung. Der Ehemann, der wesentlich älter ist als die Ehefrau, war bei Einreichung der Scheidungsklage bereits im Pensionsalter. Vor Bundesgericht war einerseits strittig, welchen Anteil an der BVG-Altersrente des Ehemannes der Ehefrau zustehen soll; darauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.⁷⁰ Strittig war andererseits die Frage, wie ein **nicht zurückbezahlter WEF-Vorbezug** des Ehemannes im Rahmen des Vorsorgeausgleichs berücksichtigt werden muss.

[56] Durch den Eintritt des Vorsorgefalls Alter war die vorsorgerechtliche Bindung des Vorbezugs entfallen; damit bilden die vorbezogenen Gelder einen frei verfügbaren Bestandteil des Vermögens.⁷¹ Eine güterrechtliche Berücksichtigung, die nunmehr im Vordergrund stünde, konnte *in casu* wegen der vereinbarten Gütertrennung nicht erfolgen. Das Bundesgericht wendet auf diese Konstellation direkt **Art. 124e ZGB** an, der den Fall regelt, in dem der Vorsorgeausgleich nicht aus Mitteln der beruflichen Vorsorge erfolgen kann: «In einer Konstellation, wie sie hier gegeben ist, tritt die nach dieser Bestimmung geschuldete **angemessene Entschädigung** an die Stelle einer zusätzlichen bzw. höheren Rente. Sie stellt eine Abgeltung dafür dar, dass das unter dem Titel des WEF-Vorbezugs ausbezahlte Sparkapital wegen des eingetretenen Vorsorgefalls aus dem Vorsorgekreislauf ausgeschieden ist [...] und die zu teilende Altersrente in der Folge tiefer ausfällt.»⁷² Dabei ist vom Nominalbetrag des während der Ehe getätigten WEF-Vorbezuges auszugehen, es erfolgt **keine Aufzinsung**.⁷³

[57] In einem nächsten Schritt ist in der hier vorliegenden Konstellation «zu ermitteln, in welchem Umfang durch das vorzeitig bezogene Vorsorgekapital der Erwerbsausfall abgedeckt wird, der in die **Zeit nach der Auflösung der Ehe** fällt.»⁷⁴ Denn zwischen dem Eintritt des Vorsorgefalls Alter und der Auflösung der Ehe hätten Rentenleistungen, die ohne den Vorbezug angefallen wären, dem Unterhalt gedient, sodass insofern kein scheidungsbedingter Vorsorgenachteil besteht.⁷⁵ Die entsprechende Ausscheidung erfolgt mit Hilfe der Kapitalisierungstafeln. Was den für die **Kapitalisierung** massgeblichen Zeitpunkt angeht, lässt sich dem Gesetz keine Antwort entnehmen und in der Literatur werden unterschiedliche Vorschläge vertreten. Das Bundesgericht stellt auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils ab.⁷⁶ In einem letzten Schritt «ist der Betrag, der bei hälftiger Teilung des Kapitalwerts [...] der hypothetischen Rente [...] geschuldet wäre, [...] **unter Berücksichtigung der Vorsorgebedürfnisse und der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung zu gewichten** [...]»⁷⁷

⁷⁰ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 3.

⁷¹ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.2.

⁷² Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.3. (Hervorhebung hinzugefügt.)

⁷³ A.a.O.; die Ausscheidung des vorehelich erworbenen Vorsorgeguthabens war in casu im Rahmen der Rententeilung erfolgt.

⁷⁴ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.4. (Hervorhebung hinzugefügt); das Bundesgericht wendet m.a.W. den Grundgedanken von Art. 207 Abs. 2 ZGB im Kontext des Vorsorgeausgleichs analog an.

⁷⁵ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.4.

⁷⁶ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.5.

⁷⁷ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.3.6. (Hervorhebung hinzugefügt.)

[58] Das Bundesgericht folgt in seinem Urteil der **herrschenden Lehre**. Davon abweichend geht THOMAS GEISER mit ernstzunehmenden Gründen davon aus, dass Art. 124e ZGB in der hier vorliegenden Konstellation zum vornherein nicht anwendbar sei, weil nach Freiwerden des Vorbezugs die entsprechenden Mittel nur noch güter-, nicht aber vorsorgerechtlich berücksichtigt werden dürften.⁷⁸ Diese Auffassung lehnt das Bundesgericht ab: «Auch wenn WEF-Vorbezüge mit dem Eintritt des Vorsorgefalls aus dem System der beruflichen Vorsorge ausscheiden, lässt sich daraus nicht folgern, dass dem anderen Ehegatten keine Entschädigung für die nicht mehr vorhandene Austrittsleistung zu gewähren wäre.»⁷⁹

3.2. Abweichen von der hälftigen Teilung

[59] Die scheidungsrechtlichen Regeln zum Vorsorgeausgleich sind analog auch bei der Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft anzuwenden. Im **Urteil 5A_483/2023** vom 29. Oktober 2024 ging es um ein gleichgeschlechtliches Paar, bei dem eine der Frauen während der Partnerschaft nicht erwerbstätig gewesen war. Die andere, zehn Jahre ältere Frau verfügte demgegenüber über ein erhebliches während der Partnerschaft erworbenes Vorsorgeguthaben. Die zweite Instanz hatte dieses im Verhältnis von 30% zu 70% geteilt. Dagegen wandte sich die ausgleichungspflichtige Beschwerdeführerin erfolglos an das Bundesgericht. Dieses erinnert zunächst daran, dass von einer grundsätzlich hälftigen Teilung nach Art. 123 Abs. 1 ZGB auch dann auszugehen ist, wenn – wie hier – ein **Altersvorsorgefall während des Verfahrens** eintritt.⁸⁰

[60] Ein Abweichen von der hälftigen Teilung gemäss Art. 124b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB kann u.a. bei einem grossen Altersunterschied gerechtfertigt sein; dieser war durch die Vorinstanz auch berücksichtigt worden. Hingegen darf von einer Teilung nicht schon deshalb abgesehen wäre, weil das **Existenzminimum des verpflichteten Partners** zufolge des Vorsorgeausgleichs **nicht mehr gedeckt** ist. Andernfalls käme es nämlich häufig zu einer Verweigerung der Aufteilung, was dem Anliegen des Gesetzgebers widersprechen würde, die Vorsorgelücken desjenigen Ehegatten auszugleichen, der aufgrund der vereinbarten Rollenteilung keine eigene Vorsorge aufbauen konnte.⁸¹

4. Rechtliches Kindesverhältnis und Recht auf Kenntnis der Abstammung

4.1. Zulässigkeit einer Vaterschaftsklage nach Ablauf der ordentlichen Frist

[61] In der letzten Rechtsprechungsübersicht wurde auf einen vergleichsweise grosszügigen Entscheid betreffend die Anfechtung einer registerrechtlichen Vaterschaft hingewiesen.⁸² Das Bundesgericht zeigt sich im **Urteil 5A_35/2024** vom 3. Oktober 2024 auch in die andere Richtung darauf bedacht, dass die kurzen Fristen im geltenden Abstammungsrecht nicht zu rigide inter-

⁷⁸ Ausführlich THOMAS GEISER, Vorsorgeausgleich, in: Jusletter 21. Oktober 2024; siehe auch ders., AJP 2025, S. 38.

⁷⁹ Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.4.1.

⁸⁰ Urteil 5A_483/2023 vom 29. Oktober 2024 E. 4.1.

⁸¹ Urteil 5A_483/2023 vom 29. Oktober 2024 E. 6.2.1.

⁸² Urteil 5A_178/2022 vom 4. Juli 2023; dazu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Jusletter 12. Februar 2024, Rz. 45 f.; in diesem Urteil hatte der Anfechtungskläger die relative Einjahresfrist seit Kenntnis unbenutzt verstreichen lassen.

pretiert werden. Strittig war die **Rechtzeitigkeit einer Vaterschaftsklage**, die der im Jahr 1997 geborene Beschwerdeführer im Jahr 2022 eingereicht hatte. Dies war angesichts von Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB offenkundig verspätet, daher stellte sich einzig die Frage, ob die Klage gemäss Art. 263 Abs. 3 ZGB aus «wichtigen Gründen» dennoch zuzulassen war.

[62] Ein **wichtiger Grund** liegt nach Lehre und Rechtsprechung vor, wenn das Kind erst nach Ablauf der ordentlichen Klagefrist Kenntnis davon erhält, wer sein biologischer Vater ist bzw. sein könnte. Die Klageerhebung ist dem Betroffenen erst dann zuzumuten, wenn er mit einer «quasi-certitude» um die genetische Abstammung weiss.⁸³ Beispielsweise liegt eine **hinreichend sichere Kenntnis** in der Regel dann vor, wenn die Mutter dem Kind eine bestimmte Person als mutmasslichen Vater benennt.⁸⁴

[63] Das Kind darf sich dann nicht beliebig Zeit lassen mit der Klärung der Vaterschaft; was es wie schnell zu tun hat, hängt indessen von den Umständen des Einzelfalls ab. Art. 263 Abs. 3 ZGB eröffnet jedenfalls **keine neue Frist**, vielmehr muss das Kind, sobald es rechtsgenügend Kenntnis von der Vaterschaft hat, «so rasch wie möglich» klagen.⁸⁵

[64] Im vorliegenden Fall hatte die Mutter nach jahrelangem Verheimlichen dem damals 24-jährigen Beschwerdeführer im Juli 2021 mitgeteilt, wer der Vater ist. Ende 2021 konfrontierte der Beschwerdeführer diesen Mann, der seine Vaterschaft indessen bestritt. Nochmals rund drei Monate später erfolgte die Einreichung der Vaterschaftsklage einschliesslich des Beweisantrags einer DNA-Analyse. Unter **Berücksichtigung der konkreten Umstände** hatte die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten, indem sie von einer verspäteten Klageeinreichung ausging.⁸⁶

[65] Diese **auf Herstellung des «richtigen» Vaterschaftsverhältnisses gerichtete Tendenz** in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu begrüssen, und zwar nicht nur wegen des Rechts des Kindes auf Herstellung eines rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses, sondern auch im Hinblick darauf, dass die Fristen im Abstammungsrecht auf einen Gesetzgeber zurückgehen, der damals, in den 70-er Jahren des letzten Jahrhunderts, noch nicht mit genetischen Gewissheiten rechnete.

4.2. Beweisbeschluss DNA-Test; Recht auf Kenntnis der Abstammung

[66] In eine ähnliche Richtung geht das **Urteil 5A_413/2024** vom 2. Oktober 2024. Die erste Instanz hatte die Vaterschaftsklage – ohne ein DNA-Gutachten einzuholen – abgewiesen mit der Begründung, die Klage sei verspätet. Die dagegen gerichtete Berufung war erfolgreich: Das Kantonsgericht erliess einen Beweisbeschluss, in dessen Rahmen ein Abstammungsgutachten in Auftrag gegeben wurde. Dieses Vorgehen hält vor Bundesgericht stand. Zwar ist die **Anordnung eines Abstammungsgutachtens** «ein (leichter) Eingriff in das Recht auf körperliche Integrität [...], der real nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.»⁸⁷ Allerdings «hat der Beschwerdegegner ein **Recht auf Kenntnis seiner Abstammung**, und das unabhängig davon, ob die Voraussetzungen der Statusklage gegeben sind. Der Beschwerdeführer ist (auch) in einem solchen

⁸³ Urteil 5A_35/2024 vom 3. Oktober 2024 E. 3.2. m.w.H.

⁸⁴ Urteil 5A_35/2024 vom 3. Oktober 2024 E. 3.2.1.

⁸⁵ Urteil 5A_35/2024 vom 3. Oktober 2024 E. 3.3.1.

⁸⁶ Urteil 5A_35/2024 vom 3. Oktober 2024 E. 5.

⁸⁷ Urteil 5A_413/2024 vom 2. Oktober 2024 E. 1.3.2.

Verfahren grundsätzlich mitwirkungspflichtig [...]»⁸⁸ Da er **keine entgegenstehenden Interessen** geltend gemacht hatte, wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Auch dieser Entscheid ist zu begrüssen, ist doch nicht nur das rechtliche Kindesverhältnis, sondern auch die Kenntnis über die genetische Abstammung ein wichtiger Teil der Persönlichkeit und der Identitätsfindung; nur gewichtige entgegenstehende Interessen vermögen diesen Kenntnisanspruch aufzuwiegen.

4.3. Volljährigenadoption

[67] Das **Urteil 5A_885/2023** vom 13. November 2024 (zur Publ. vorgesehen) befasst sich mit der in der Praxis seltenen Volljährigenadoption. Die Eltern des zu adoptierenden Volljährigen hatten sich scheiden lassen, er war anschliessend in der Obhut der Mutter aufgewachsen. Sein Vater übte ein Besuchs- und Ferienrecht aus, wobei auch die neue Ehefrau des Vaters anwesend war. Als der Betroffene längst erwachsen und dessen Mutter verstorben war, strebte die Stiefmutter eine Erwachsenenadoption an. Deren spezifische Voraussetzungen ergeben sich aus **Art. 266 ZGB**.

[68] Strittig war vorliegend das **Erfordernis der einjährigen Hausgemeinschaft**, das zwar nur in Art. 266 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (d.h. bei einer Erwachsenenadoption aus «anderen wichtigen Gründen») explizit genannt wird, aber bei der Erwachsenenadoption nach Lehre und Rechtsprechung auch in den Fällen nach Art. 266 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB ein erforderliches Äquivalent zum Pflegeverhältnis in Art. 264 Abs. 1 ZGB bei der Minderjährigenadoption bildet.⁸⁹ Der gemeinsame Haushalt impliziert, dass die Betroffenen unter demselben Dach leben und am gleichen Tisch essen; damit einher gehen tägliche persönliche Kontakte und eine entsprechende Vertrautheit, die über eine blossе Wohngemeinschaft oder Untermiete hinausgeht.⁹⁰ Mit der diesbezüglichen strikten Rechtsprechung soll insbesondere eine missbräuchliche Verwendung des Rechtsinstituts der Adoption verhindert werden.⁹¹

[69] Erfolgt die Erwachsenenadoption allerdings in Anwendung von **Art. 266 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB**, d.h. nachdem die adoptionswillige Person der zu adoptierenden Person während der Minderjährigkeit mindestens ein Jahr Pflege und Erziehung erwiesen hat, darf das (ungeschriebene) Erfordernis des gemeinsamen Haushalts nicht gleichermassen eng ausgelegt werden, besteht doch hier zum vornherein eine **besonders enge Beziehung** zwischen den Beteiligten.⁹² Falls die Stiefmutter während der eingangs erwähnten Besuchs- und Ferienrechte eine **quasi Elternrolle** eingenommen hat, können die Voraussetzungen der Erwachsenenadoption bejaht werden.⁹³ Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen daher gut und weist die Sache zur näheren Klärung an die Vorinstanz zurück. Das Urteil ist, verglichen mit früheren Entscheiden, zweifellos sehr grosszügig; nach Auffassung der Rezensentin überzeugt das Ergebnis unter den gegebenen Umständen indessen uneingeschränkt.

⁸⁸ Urteil 5A_413/2024 vom 2. Oktober 2024 E. 4.2.2. (Hervorhebung hinzugefügt.)

⁸⁹ Urteil 5A_885/2023 vom 13. November 2024 E. 5.2.; siehe etwa MARIE-BERNADETTE SCHOENENBERGER, Commentaire Romand Code Civil I, 2. Aufl. 2024, N 7 ff. zu Art. 266 ZGB.

⁹⁰ Urteil 5A_885/2023 vom 13. November 2024 E. 5.2.1.

⁹¹ Urteil 5A_885/2023 vom 13. November 2024 E. 5.2.2.

⁹² Urteil 5A_885/2023 vom 13. November 2024 E. 5.2.3.1.

⁹³ Urteil 5A_885/2023 vom 13. November 2024 E. 5.3.

4.4. Altrechtliche Zahlvaterschaft

[70] Im Jahr 2023 musste sich das Bundesgericht bereits mehrfach mit altrechtlichen Zahlvaterschaften befassen.⁹⁴ Die Serie setzte sich im Jahr 2024 fort. In BGE 150 III 160 (= Urteil 5A_238/2023 vom 18. März 2024) bestätigt das Bundesgericht einmal mehr, dass keine automatische Umwandlung altrechtlicher Zahlvaterschaften in vollwertige Kindesverhältnisse in das geltende Recht hineingelesen werden darf. Im konkreten Fall ging es um die Aktivlegitimation im Kontext einer Herabsetzungsklage. Der im Jahr 2017 verstorbene G. war Zahlvater des im Jahr 1958 geborenen A. Klageweise verlangte A. den erbrechtlichen Pflichtteil aus dem Nachlass von G. Damit blieb er erfolglos.

[71] Die Pflichtteilsbestimmungen des Erbrechts beziehen sich in ihrer Begrifflichkeit auf das Familienrecht; der Kläger ist indessen nach diesen Bestimmungen gerade **kein Nachkomme** des Erblassers und er hatte auch nicht den Versuch unternommen, auf dem Klageweg ein Kindesverhältnis zu begründen. Ein solches kann jedenfalls **nicht vorfrageweise im Herabsetzungsprozess** hergestellt werden.

[72] Eine Vaterschaftsklage wäre zwar nach dem Wortlaut der intertemporalrechtlichen Bestimmung von **Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB** unzulässig gewesen. Im Lichte des geltenden Kindesrechts und der EMRK hätte das Gericht die Klage aber womöglich doch noch zugelassen.⁹⁵ Erneut konnte das Bundesgericht somit die **allfällige Konventionswidrigkeit** der übergangsrechtlichen Regelung der Zahlvaterschaften offenlassen. Es besteht jedoch kaum ein Zweifel, dass es früher oder später zu einer entsprechenden Entscheidung kommen wird und es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit den vor fast 50 Jahren getroffenen, heute kaum noch nachvollziehbaren Wertungsentscheid des schweizerischen Gesetzgebers korrigiert und damit (wenngleich nur auf Klage hin) eine Aufwertung der altrechtlichen Zahlvaterschaften ermöglicht.

5. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

5.1. Alleiniges Sorgerecht

[73] Bekanntlich stellt auch nach der Scheidung die **gemeinsame elterliche Sorge die Regel** dar, von der nur ausnahmsweise abgewichen werden darf (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 296 Abs. 2 ZGB). Exemplarisch dazu aus der jüngsten Rechtsprechung ist das **Urteil 5A_853/2023** vom 12. Juni 2024 zu erwähnen. Das Bundesgericht fasst die möglichen Gründe für ein alleiniges Sorgerecht zusammen und erinnert daran, dass für die Alleinzuteilung des Sorgerechts an einen Elternteil nicht gleich strenge Voraussetzungen gelten wie für den Entzug der elterlichen Sorge als **Kindesschutzmassnahme i.S.v. Art. 311 ZGB**; umgekehrt gilt, dass Gründe, die einen derartigen Sorgerechtsentzug rechtfertigen würden, «im Prinzip auch zur Alleinzuteilung der elterlichen Sorge führen müssen [...]».⁹⁶ Das Sorgerecht bedingt den **Zugang** beider Elternteile zu **aktuellen Informationen** über das Kind und in der Regel einen **persönlichen Kontakt**; zudem

⁹⁴ Urteil 5A_764/2022 vom 3. Juli 2023 und BGE 149 III 370; dazu Jusletter 12. Februar 2024, Rz. 47 ff.

⁹⁵ Vgl. die Hinweise in BGE 150 III 160 E. 4.6. und 7.4.

⁹⁶ Urteil 5A_853/2023 vom 12. Juni 2024 E. 4.1.

müssen die Eltern «in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können.»⁹⁷

[74] *In casu* war der Vater wegen schwerer Straftaten gegenüber der Kindesmutter inhaftiert, er hatte seine elterlichen Pflichten grob verletzt, es lagen Gründe für einen Sorgerechtsentzug nach Art. 311 ZGB vor und der Vater hatte weder Kontakt zum Kind noch Zugang zu Informationen betreffend das Kind. Merke: Die **Inhaftierung** des Vaters wäre für sich alleine nach neuerer Rechtsprechung noch kein Grund für die Anordnung der Alleinsorge.

5.2. Keine alternierende Obhut ohne gemeinsames Sorgerecht

[75] **Bei alternierender Obhut der Eltern ist das alleinige Sorgerecht eines Elternteils ausgeschlossen.** Dies hält das Bundesgericht in BGE 150 III 97 (= Urteil 5A_33/2023 vom 20. Dezember 2023) unter Bezugnahme auf Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB fest.⁹⁸ Im zu beurteilenden Fall bestand zwischen den Eltern Einigkeit mit Bezug auf die Obhut, lediglich die elterliche Sorge war strittig. Das Bundesgericht wirft daher richtigerweise die Frage auf, «weshalb ein schwerer Elternkonflikt bestehen soll, der die (ausnahmsweise) Anordnung der alleinigen elterlichen Sorge rechtfertigt, obgleich die Parteien nach gerichtlicher Einschätzung ausreichend zusammenarbeiten können, damit eine alternierende Obhut angeordnet werden kann [...].»⁹⁹ Bestehen zwischen den Eltern Spannungen von erheblicher Intensität, ist vielmehr zu prüfen, ob sich gegebenenfalls «in Teilbereichen die Übertragung alleiniger Entscheidungsbefugnisse auf einen Elternteil rechtfertigt [...].»¹⁰⁰

[76] Erwähnenswert ist im erwähnten Entscheid ferner die Rolle der **Kindesvertretung im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen**. Die Bezeichnung einer Kindesvertretung ist nach dem Bundesgerichtsgesetz nicht vorgesehen. Die im kantonalen Verfahren ernannte Vertretung kann jedoch ihr Amt, soweit nötig, auch noch vor Bundesgericht ausüben und wird entsprechend entschädigt.¹⁰¹

5.3. Sachverhaltsabklärung nach Rückweisungsentscheid betreffend elterliche Sorge

[77] Um die gleiche Konfliktsituation wie im soeben erläuterten Entscheid geht es im **Urteil 5A_178/2024** vom 20. August 2024 (zur Publ. vorgesehen). Nach der Rückweisung der Sache an das Obergericht Zürich belass dieses beiden Eltern das Sorgerecht, beschränkte indessen die Entscheidungsbefugnis des Vaters in den Bereichen der medizinischen und therapeutischen Versorgung sowie der schulischen und beruflichen Ausbildung der Kinder. Dagegen gelangte der Vater erneut mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

⁹⁷ A.a.O.

⁹⁸ BGE 150 III 97 E. 4.3.1; für nicht verheiratete Eltern ergibt sich derselbe Grundsatz aus Art. 298b Abs. 3^{ter} ZGB, wie das Bundesgericht der Vollständigkeit halber ebenfalls festhält.

⁹⁹ BGE 150 III 97 E. 4.3.3.

¹⁰⁰ BGE 150 III 97 E. 4.4.

¹⁰¹ Urteil 5A_33/2023 vom 20. Dezember 2023 E. 1.2.1 m.w.H. (nicht publ. in BGE 150 III 97); bestätigt in Urteil 5A_178/2024 vom 20. August 2024 E. 1.2.

[78] Das Obergericht hatte nach dem Rückweisungsentscheid erneut entschieden, ohne den Sachverhalt weiter abzuklären. Das ist im **Anwendungsbereich des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes** unzulässig: «Im Fall der Rückweisung einer Angelegenheit durch das Bundesgericht [...] hat die obere kantonale Instanz vor ihrem erneuten Entscheid daher die Entscheidungsgrundlage zu aktualisieren [...]. Dabei hat sie zumindest (kurz) zu prüfen, ob sich wesentliche Änderungen ergeben haben. Dieser Pflicht kommt das Gericht nach, wenn es sich bei den Parteien nach solchen Änderungen erkundigt. Dadurch wird es in die Lage versetzt, falls nötig zielgerichtet weitere Abklärungen zu treffen.»¹⁰² Eine Missachtung dieser Vorgaben verletzt nicht nur die Untersuchungsmaxime, sondern auch den **Anspruch auf rechtliches Gehör** der Parteien.¹⁰³ Auch der zweite Entscheid des Obergerichts wurde daher durch das Bundesgericht aufgehoben.

5.4. Keine alternierende Obhut gegen den Willen des nicht urteilsfähigen Kindes

[79] Die Frage, ob Kontakte zum anderen Elternteil gegen den Willen des nicht urteilsfähigen Kindes vollstreckt werden können, bietet bekanntlich in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Das **Urteil 5A_984/2023** vom 4. Juni 2024 betrifft ein Ehepaar, das nach der Trennung die Betreuung der 2012 geborenen Tochter alternierend übernahm. Im Verlaufe des Scheidungsverfahrens verweigerte die Tochter den Kontakt zum Vater. Das Obergericht des Kantons Thurgau hob daher den Massnahmeentscheid der ersten Instanz, der eine alternierende Obhut vorgesehen hatte, auf. Es hielt dafür, der Mutter sei wegen des derzeitigen Kontaktabbruchs zum Vater die alleinige Obhut einzuräumen; allerdings sei der Kontakt zum Vater wieder aufzubauen. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater erfolglos Beschwerde in Zivilsachen.

[80] Das Bundesgericht fasst zunächst seine einschlägige Rechtsprechung zusammen. Mit Bezug auf die Regelung der Obhut kann «auch dem eindeutigen Wunsch des Kindes Rechnung getragen werden», wobei zu berücksichtigen ist, «wenn die **ablehnende Haltung des Kindes gegenüber einem Elternteil wesentlich durch die Einstellung des anderen Elternteils geprägt** ist [...]. Die Willensäusserung des Kindes darf nicht auf einer Manipulation oder Indoktrination beruhen, denn es lässt sich nicht mehr von einem dem Kind zurechenbaren autonomen Willen sprechen, wo dieses bloss die Ansicht seiner momentanen Bezugspersonen transportiert. Beim Entscheid, ob eine Manipulation vorliegt, ist von Bedeutung, ob das Kind seine Ablehnung eines Elternteils auf offenbar nicht selbst Erlebtes stützt [...]»¹⁰⁴

[81] *In casu* war dem Vater zwar kein Fehlverhalten vorzuwerfen und offenbar handelte es sich um einen durch die Mutter beeinflussten Kindeswillen; da die Umsetzung der erstinstanzlich festgelegten Betreuungsregelung aber nicht möglich gewesen war und «unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Durchsetzung einer **Regelung gegen den starken Widerstand des Kindes ebenfalls nicht unproblematisch** ist»,¹⁰⁵ erweist sich der Entscheid des Obergerichts nicht als willkürlich.

¹⁰² Urteil 5A_178/2024 vom 20. August 2024 E. 5.1.

¹⁰³ A.a.O.

¹⁰⁴ Urteil 5A_984/2023 vom 4. Juni 2024 E. 4.2.2. m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁵ Urteil 5A_984/2023 vom 4. Juni 2024 E. 4.2.2.–4.4.3. (Hervorhebung hinzugefügt).

5.5. Strafbewehrtes Besuchsrecht trotz entgegenstehendem Kindeswillen

[82] Um einen strittigen Kontakt, allerdings im Rahmen eines Besuchsrechts, ging es auch im **Urteil 5A_400/2023** vom 11. Januar 2024. Auch hier war ein rund zehnjähriges Mädchen betroffen, das sich jeglichem Kontakt zum Vater widersetzte. Beide kantonalen Instanzen hatten dafür gehalten, dass ein (vorerst eingeschränkter) Besuchskontakt dennoch anzuordnen sei und die im Scheidungsurteil getroffene Regelung wurde mit einer strafbewehrten Weisung (Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB gegenüber der Mutter) versehen.¹⁰⁶

[83] Das Bundesgericht weist die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen ab. Obschon dem Kindeswillen Beachtung zu schenken ist, auch wenn es noch nicht urteilsfähig ist, «steht es nicht im Belieben des Kindes, ob dem nicht betreuenden Elternteil ein Kontaktrecht eingeräumt wird; andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können [...]. **Um zu beurteilen, welches Gewicht der Meinung des Kindes beizumessen ist, kommt es entscheidend auf das Alter des Kindes, auf die Konstanz des geäusserten Willens und auf seine Fähigkeit zu autonomer Willensbildung an.** Von dieser Fähigkeit ist ungefähr ab dem zwölften Altersjahr auszugehen [...].»¹⁰⁷ Ein gegen die kategorische Verweigerung des Kindes erzwungener Kontakt ist «mit dem Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen ebenso unvereinbar [...] wie mit dem Persönlichkeitsschutz des Kindes [...].»¹⁰⁸ Weil aber das Besuchsrecht dem nicht obhutsberechtigten Elternteil auch um seiner Persönlichkeit willen zusteht, darf es ihm nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden; eine Kindeswohlgefährdung i.S.v. Art. 274 Abs. 2 ZGB «ist unter diesem Gesichtspunkt nicht leichthin anzunehmen und kann nicht schon deswegen bejaht werden, weil beim betroffenen Kind eine Abwehrhaltung gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil festzustellen ist [...].»¹⁰⁹

[84] Im konkreten Fall war nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid das Mädchen **mit Bezug auf den Ablösungsprozess von der Mutter nicht altersgemäss entwickelt**. Es bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund der Erziehungsfähigkeit des Vaters auf Übernachtungen des Kindes verzichtet werden sollte. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

[85] Anders wurde im **Urteil 5A_670/2023** vom 11. Juni 2024 entschieden: Nach der **Entlassung des Vaters aus dem Strafvollzug** (die Verurteilung war wegen eines Delikts gegen die Mutter erfolgt) verweigerten die 2012 und 2014 geborenen Kinder den Kontakt zum Vater. Auf den klar geäusserten Willen der Kinder, der nach den Feststellungen des Appellationsgerichts «vor dem Hintergrund der massiven Gewalt zum Nachteil der Mutter nachvollziehbar» ist,¹¹⁰ wurde von allen drei Instanzen mit Recht Rücksicht genommen.

¹⁰⁶ Zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung des Besuchsrechts, insbes. der indirekten Zwangsvollstreckung durch Strafandrohung, siehe auch Urteil 5A_972/2023 vom 23. Mai 2024 E. 3.4.2., wo das Bundesgericht auch festhielt, dass dem Vollstreckungsgericht ein erhebliches Ermessen zustehe und es ein früher festgesetztes Besuchsrecht an die besonderen Umstände der Situation im Zeitpunkt der Vollstreckung anpassen könne.

¹⁰⁷ Urteil 5A_400/2023 vom 11. Januar 2024 E. 3.3.3. (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁸ A.a.O.

¹⁰⁹ A.a.O.

¹¹⁰ Urteil 5A_670/2023 vom 11. Juni 2024 E. 5.3.2.

5.6. Fremdplatzierung nach verweigerter Besuchsrechtsausübung

[86] Eine hochstrittige Besuchsrechtssituation liegt auch dem **Urteil 5A_436/2024** vom 7. Oktober 2024 zugrunde. Die unverheirateten Eltern eines im Jahr 2020 geborenen Knaben trennten sich noch im Jahr der Geburt des Kindes, seither war die Mutter alleine obhutsberechtigt. Die seit diesem Zeitpunkt anhaltenden Bemühungen um Regelung eines Besuchsrechts des Vaters verliefen ergebnislos, da die Mutter das Kind weder zu den Terminen für ein Vater-Sohn-Gutachtergespräch noch (regelmässig) zum Point Rencontre brachte. Schliesslich erfolgte die **Fremdplatzierung** des Kindes mittels vorsorglicher Massnahmen. Die kantonalen Instanzen hatten festgestellt, dass die Mutter sich jeglichem Kontakt des Kindes zum Vater widersetzte, entsprechende Entscheide nicht respektierte und ihr **obstruktives Verhalten dem Kindeswohl widerspreche**. Ihre Fundamentalopposition hatte sich im Verlaufe des Verfahrens noch verstärkt.

[87] Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit verbundene Fremdplatzierung des Kindes i.S.v. **Art. 310 Abs. 1 ZGB** ist eine einschneidende Kindesschutzmassnahme, wie das Bundesgericht in Erinnerung ruft.¹¹¹ Soweit aus dem Urteil ersichtlich, bestand die **Kindeswohlgefährdung** primär in der anhaltenden Kontaktverweigerung und den pointiert negativen Äusserungen der Mutter über den Vater. Die Kompetenzen der Mutter erscheinen zwar gemäss einem Gutachten als zufriedenstellend, sie war jedoch nicht zur Zusammenarbeit mit Dritten bereit und sie war bei der Betreuung des Kindes auf wesentliche Unterstützung ihrer Eltern angewiesen. Daher waren die kantonalen Instanzen besorgt um die Entwicklung des Kindes. Das Verhalten der Mutter sei für den Sohn mindestens psychisch schädlich, da sie ihn in der Bindung zum Vater hindere. Beide kantonalen Instanzen waren daher zum Schluss gelangt, dass die **Herausnahme des Kindes aus der mütterlichen Umgebung notwendig** sei, hingegen sei eine Übertragung der Obhut auf den Vater nicht möglich, sodass nur die Unterbringung des Kindes in einem Heim oder einer Pflegefamilie in Frage komme, um wieder eine Vater-Sohn-Bindung herzustellen. Das Bundesgericht schützt diesen Entscheid und weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.

5.7. Befugnisse des Besuchsrechtsbeistandes

[88] Wie das Bundesgericht im **Urteil 5A_3/2024** vom 23. Juli 2024 festhält, ist es nicht zulässig, die Regelung des Besuchsrechts an einen Beistand i.S.v. **Art. 308 Abs. 2 ZGB** zu übertragen. Hingegen kann diesem die Aufgabe übertragen zu werden, die Modalitäten der Durchführung des gerichtlich oder behördlich festgesetzten Besuchsrechts zu konkretisieren, wenn sich die Eltern diesbezüglich nicht einigen können. *In casu* war es daher nicht zu beanstanden, dass die KESB dem Beistand die Kompetenz eingeräumt hat, den **Betreuungs- und Ferienplan im Rahmen der** (relativ detaillierten) **behördlichen Regelung** festzulegen.¹¹² Dagegen steht jedem Elternteil die Möglichkeit offen, gestützt auf **Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 419 ZGB** die KESB anzurufen.

¹¹¹ Urteil 5A_436/2024 vom 7. Oktober 2024 E. 4.1.

¹¹² Urteil 5A_3/2024 vom 23. Juli 2024 E. 6.2.

5.8. Absehen vom Besuchsrecht

[89] Ein völliges Absehen von einem Besuchsrecht ist nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt. Ein solcher Ausnahmefall liegt dem **Urteil 5A_844/2023** vom 16. Juli 2024 zugrunde. Mehrere Experten waren zum Schluss gekommen, dass das betroffene 13-jährige Mädchen **Angststörungen und Anzeichen einer posttraumatischen Belastungsstörungen bei persönlichen Kontakten** mit dem Vater (sogar im Rahmen eines «point rencontre») aufwies. Bei dieser Sachlage ist abzuwägen, ob die Entwicklung des Kindes durch Verzicht auf das Besuchsrecht (und den damit verbundenen möglichen Schwierigkeiten bei der Identitätsfindung) oder durch den Kontakt stärker gefährdet ist. Der Entscheid der Vorinstanz, die dem Vater das **Besuchsrecht entzogen** hatte, wurde durch das Bundesgericht geschützt.

5.9. Information des Kindes über den im Strafvollzug befindlichen Vater

[90] Dem Entscheid BGE 150 III 49 (= 5A_375/2023 vom 21. November 2023) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein im Strafvollzug befindlicher Vater stellte bei der KESB das Gesuch um Festlegung eines Kontaktrechts betreffend seinen damals neunjährigen Sohn. Die strafrechtliche Verurteilung des Vaters war wegen schwerer Sexualdelikte erfolgt, u.a. hatte der Mann die Halbschwester seines Sohnes vergewaltigt. Da die alleine sorgeberechtigte Kindsmutter jeden Kontakt des Sohnes mit dem Vater ablehnte, erteilte die KESB ihr «gestützt auf Art. 273 Abs. 2 ZGB» die Weisung, «ihren Sohn durch die Kinder- und Jugendpsychiatrie (KJP) W. über den Vater aufklären zu lassen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich mit seinem Vater auseinanderzusetzen, damit zu einem späteren Zeitpunkt dem Kindsvater allenfalls ein Kontaktrecht eingeräumt werden kann.»¹¹³ Die zweite Instanz bestätigte den Entscheid, das Bundesgericht heisst die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen gut.

[91] Mit Recht weist das Bundesgericht darauf hin, dass **Weisungen i.S.v. Art. 273 Abs. 2 ZGB voraussetzen, dass ein Besuchs- bzw. Kontaktrecht bereits behördlich festgelegt** ist.¹¹⁴ So lange dies nicht zutrifft, entscheidet über die Ausübung und Umfang des persönlichen Verkehrs in Anwendung von Art. 275 Abs. 3 ZGB die alleine sorgeberechtigte Mutter.

[92] Weisungen durch die KESB könnten **ohne geregeltes Recht auf persönlichen Verkehr** einzig als Kindesschutzmassnahmen i.S.v. Art. 307 ff. ZGB angeordnet werden. Dazu wäre indessen eine **Kindeswohlgefährdung** vorausgesetzt. Es genügt nicht, dass eine professionelle Aufklärung des Kindes über den Vater im Kindeswohl liegen würde. Selbst wenn eine Kindeswohlgefährdung vorliegen sollte – was die Vorinstanz nicht abgeklärt hatte – wäre, wie das Bundesgericht weiter ausführt, eine Weisung dergestalt, wie sie der Kindesmutter erteilt wurde, wegen des Berufsgeheimnisses der Mitarbeitenden der KJP unzumutbar und die Einmischung in die Elternrechte der Mutter wäre überdies unverhältnismässig.¹¹⁵

[93] Das Bundesgericht nutzt die Gelegenheit, in allgemeiner Form einen **Überblick über die möglichen Vorgehen und Weisungen** zu geben, die durch die Kindesschutzbehörde (falls denn der persönliche Verkehr geregelt ist!) **in Anwendung von Art. 273 Abs. 2 ZGB** getroffen werden

¹¹³ BGE 150 III 49, Sachverhalt, C.b.

¹¹⁴ BGE 150 III 49 E. 3.4.1.

¹¹⁵ BGE 150 III 49 E. 3.4.3.

können. Dazu gehören u.a. die Anordnung eines Annäherungsverbots ausserhalb von Besuchskontakten, die Auflage, das Kind nur in Gegenwart einer Vertrauensperson zu besuchen, Weisungen betreffend die Inanspruchnahme von Beratungsgesprächen oder einer Gesprächstherapie, das Verbot des Verbringens des Kindes ins Ausland oder die Hinterlegung von Reisepapieren.¹¹⁶ Auch solche Weisungen setzen indessen eine Kindeswohlgefährdung voraus und müssen dem Verhältnismässigkeitsgebot genügen.¹¹⁷

5.10. Besuchsrecht Dritter

[94] Mit einem strittigen Besuchsrecht eines Grossvaters und einer Tante befasst sich das **Urteil 5A_359/2024** vom 14. Oktober 2024 (zur Publ. vorgesehen). Die alleine obhutsberechtigte Mutter war nach der Trennung vom Kindsvater noch vor der Geburt zurück zu ihrem Vater und ihren Brüdern und ihrer Schwester gezogen. Als sie an Krebs verstarb, war der erst dreieinhalbjährige Junge bereits durch vorsorgliche Vorkehren der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei der mütterlichen Familie untergebracht. In der Folge wurde das Kind dem nunmehr (gemäss Art. 297 Abs. 1 ZGB) alleine sorgeberechtigten Vater übergeben. Dem Grossvater und der Tante des Kindes, bei denen das Kind zuvor gewohnt hatte, wurde ein Besuchsrecht eingeräumt, verbunden mit einer Besuchsrechtsbeistandschaft. Dagegen setzte sich der Kindsvater erfolglos mit Beschwerde in Zivilsachen zur Wehr.

[95] Mit Bezug auf das Verfahren muss das Bundesgericht den Beschwerdeführer daran erinnern, dass im **Kindesschutzverfahren** gemäss Art. 314 Abs. 1 ZGB die Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts (Art. 443 ff. ZGB) analog anwendbar sind; soweit sich dort keine spezifischen Bestimmungen finden, sind die Kantone zur Regelung des Verfahrens befugt und nur subsidiär gelangt die Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 450f ZGB). Anders als im Anwendungsbereich der ZPO können vorsorgliche Massnahmen gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 445 ZGB erst nach Eröffnung eines Verfahrens getroffen werden, was im Umkehrschluss bedeutet, dass ein Verfahren spätestens als eröffnet gilt, wenn die Behörde vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen trifft.¹¹⁸ Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Anschluss an die getroffenen Massnahmen auch befugt war, in der Sache definitiv zu entscheiden.

[96] Die Vorinstanz hatte im Übrigen richtig erkannt, dass der Tod der Mutter **ausserordentliche Umstände i.S.v. Art. 274a Abs. 1 ZGB** begründet.¹¹⁹ Der Vater und die Schwester der Mutter hatten sich während deren Krankheit und Hospitalisation um das Kind gekümmert und waren zu dessen wichtigsten Bezugspersonen geworden. Unter diesen besonderen Umständen widerspricht es – obschon unüblich – nicht den bundesrechtlichen Vorgaben, dem Grossvater und der Tante des Kindes ein Kontaktrecht einzuräumen, das seinem Umfang nach dem üblichen Be-

¹¹⁶ BGE 150 III 49 E. 3.3.2.

¹¹⁷ BGE 150 III 49 E. 3.3.3.

¹¹⁸ Urteil 5A_359/2024 vom 14. Oktober 2024 E. 5.2.

¹¹⁹ Ein blosser Kontaktabbruch bzw. eine Kontaktverweigerung (*in casu*: betreffend den Grossvater) stellt hingegen keinen ausserordentlichen Umstand i.S.v. Art. 274a ZGB dar, wie das Urteil 5A_265/2024 vom 30. Juli 2024 mit Recht klarstellt.

suchsrecht für einen nicht obhutsberechtigten Elternteil entspricht (jedes zweite Wochenende und drei Wochen Ferien im Jahr).¹²⁰

[97] Die Errichtung einer **Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB** erwies sich ebenfalls als bundesrechtskonform, dies mit Blick auf die Spannungen zwischen dem Kindsvater und den besuchsberechtigten Verwandten.¹²¹

[98] Auch wenn ein Kind längere Zeit bei **Pflegeeltern** untergebracht war, liegen grundsätzlich ausserordentliche Umstände i.S.v. Art. 274a Abs. 1 ZGB vor. Im **Urteil 5A_683/2023** vom 13. Juni 2024 bestätigte das Bundesgericht dennoch den Entscheid der Vorinstanz, der das Besuchsrecht der Pflegeeltern nach der Rückplatzierung des Kindes zur Mutter verweigert hatte. Die Pflegeeltern hatten immer wieder die Entscheide der KESB angefochten (das Besuchsrecht der Mutter, später die Rückplatzierung zur Mutter, das Besuchsrecht des Vaters) und klar zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der Beurteilung durch die Behörden nicht einverstanden sind. Dadurch entstand eine erhebliche Spannung zwischen den Pflegeeltern und den leiblichen Eltern; ein Besuchsrecht der Pflegeeltern würde das Kind dieser Spannung aussetzen, was nicht seinem Wohl entspricht.

5.11. Internationale Kindesentführung

[99] Jedes Jahr hat das Bundesgericht mehrere Fälle im Zusammenhang mit internationalen Kindesentführungen zu beurteilen. Das **Urteil 5A_766/2024** vom 3. Dezember 2024 ist in zweierlei Hinsicht illustrativ und bestätigt die **strikte Haltung des Bundesgerichts**, die in der Literatur teilweise kritisch beurteilt wird. Das Ehepaar, das sich im Verfahren gegenüberstand, hatte nach mehreren Umzügen mit den 2016 und 2019 geborenen Kindern zuletzt in Spanien gelebt. Der Ehemann war aufgrund seines Berufs als Dolmetscher und damit verbundenen Zusatzausbildungen regelmässig für längere Zeit im Ausland unterwegs, die Mutter war Hauptbezugsperson für die Kinder. Unstrittig hatte das Ehepaar zwar zunächst einen gemeinsamen Umzug in die Schweiz geplant. Als die Mutter im Sommer 2023 mit den Kindern in die Schweiz zog, leitete der Vater jedoch sogleich ein Rückführungsverfahren ein. Das Kantonsgericht wies den Rückführungsantrag ab mit der doppelten Begründung, dass der Vater dem Umzug zugestimmt habe und eine Rückführung die Kinder einer ernsthaften Gefahr aussetzen würde.

[100] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde des Vaters gut. Die **Zustimmung zum Umzug** (Art. 13 Abs. 1 Bst. a HKÜ) ist durch den entführenden Elternteil zu beweisen und darf nicht leichthin angenommen werden.¹²² Angesichts der ambivalenten Haltung des Vaters zum Umzug war es willkürlich, von seiner Zustimmung auszugehen.¹²³

[101] Einmal mehr bestätigt das Bundesgericht, dass auch nur sehr zurückhaltend von einer **schwerwiegenden Gefahr oder einer für das Kind unzumutbaren Lage** i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Bst. b HKÜ ausgegangen werden darf. Das kantonale Gericht hatte in diesem Zusammenhang unzulässigerweise dem Vater die Erziehungsfähigkeit abgesprochen, obschon diese nicht Gegen-

¹²⁰ Urteil 5A_359/2024 vom 14. Oktober 2024 E. 6.3.2.–6.3.3.

¹²¹ Urteil 5A_359/2024 vom 14. Oktober 2024 E. 7.

¹²² Urteil 5A_766/2024 vom 3. Dezember 2024 E. 5.1.; zur Frage, ob die Zustimmung die Rechtswidrigkeit der Verbringung ins Ausland beseitigt (i.S.v. Art. 3 HKÜ) oder ob es um eine Ausnahme von der Rückgabe geht (i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Bst. a HKÜ) siehe a.a.O., E. 4, m.w.H.

¹²³ Urteil 5A_766/2024 vom 3. Dezember 2024 E. 5.4.

stand des Rückführungsverfahrens ist.¹²⁴ Keine Rolle durfte spielen, dass der Mutter bei einer Begleitung der Kinder in Spanien die Verhaftung drohte; diesbezüglich ist nur dafür Sorge zu tragen, dass die Kinder gegebenenfalls in der Schweiz an den Vater übergeben werden.

[102] Vor dem Hintergrund, dass *in casu* offenkundig die Mutter Hauptbezugsperson der Kinder ist und der Umzug der Mutter aufgrund der ursprünglich gemeinsamen elterlichen Planung jedenfalls nicht die klassischen Merkmale einer Entführung aufweist, erscheint der bundesgerichtliche Entscheid als hart. Er entspricht aber dem **Zweck des HKÜ**, wonach der eigentliche Sorgerechts- bzw. Obhutstreit in dem Land zu entscheiden ist, aus dem die Kinder ohne (nachgewiesene) Zustimmung des anderen Elternteils verbracht wurden.

6. Verfahrensrechtliche Fragen

6.1. Anspruch auf Teilurteil im Scheidungspunkt

[103] Vor einigen Jahren hat das Bundesgericht erkannt, dass, ungeachtet des Grundsatzes der Einheit des Scheidungsurteils (Art. 283 Abs. 1 ZPO), unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf ein Teilurteil über den Scheidungspunkt besteht.¹²⁵ Diese Erwägungen hat es im **Urteil 5A_798/2023** (vereinigt mit 5A_727/2023) vom 6. Dezember 2024 bestätigt. Die Ehe, die das Bundesgericht in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids direkt schied, war im Jahr 2011 geschlossen worden, 2015 trennten sich die Ehegatten. Der Ehemann war mehrfach strafrechtlich verurteilt worden, namentlich wegen gewalttätiger Übergriffe gegenüber seiner Frau; er befindet sich seit 2018 hinter Gittern. Die Ehefrau hatte nach Ablauf des zweijährigen Getrenntlebens im Jahr 2017 die Scheidung verlangt. Im Jahr 2022, als sie mit einem Kind aus einer neuen Beziehung schwanger war, verlangte sie erstmals ein Teilurteil zum Scheidungspunkt, ein zweites Mal dann nach der Geburt im Jahr 2023. Sie machte geltend, sie wolle den Vater ihres Kindes heiraten, was u.a. aus ausländerrechtlichen Gründen nötig sei.

[104] Anders als die kantonalen Instanzen sieht das Bundesgericht die **Voraussetzungen für ein Teilurteil** als **erfüllt** an: Die Scheidung an sich war unstrittig und zudem das Erfordernis des zweijährigen Getrenntlebens vor Einreichung der Scheidungsklage klar erfüllt. Das kantonale Verfahren zog sich seit mehr als sechs Jahren in erster Instanz hin. Zwar ist eine Prognose über die noch zu erwartende (und nicht die bereits verstrichene) Verfahrensdauer massgeblich, dennoch konnte unter den gegebenen Umständen nicht auf einen raschen Verfahrensabschluss vertraut werden. Die Vorinstanzen hatten das erhebliche Interesse der Beschwerdeführerin verkannt, die Ehe mit einem wegen Gewalt gegen sie verurteilten Mann zu beenden um eine neue Ehe eingehen und ihre persönlichen Beziehungen regeln zu können.¹²⁶

¹²⁴ Urteil 5A_766/2024 vom 3. Dezember 2024 E. 6.4.

¹²⁵ BGE 144 III 298 E. 6.4.

¹²⁶ Urteil 5A_798/2023 vom 6. Dezember 2024 E. 9.4.3.

6.2. Prozesskostenvorschuss im Berufungsverfahren; funktionelle Zuständigkeit

[105] Das **Urteil 5A_435/2023** vom 21. November 2024 (zur Publ. vorgesehen) betrifft ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Das Scheidungsverfahren war zufolge Berufung am Obergericht des Kantons Aargau anhängig, als die Ehefrau für das Berufungsverfahren um Zuspprechung einer *provisio ad litem* ersuchte. Strittig war vor Bundesgericht einzig die funktionale Zuständigkeit der Gerichte. Diese wird, soweit das Gesetz es nicht anders bestimmt, gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO durch das kantonale Recht geregelt. Mit Bezug auf den Prozesskostenvorschuss findet sich nun allerdings, wie das Bundesgericht festhält, eine abschliessende bundesrechtliche Regelung. Das Gesuch um einen Prozesskostenvorschuss stellt nämlich eine **vorsorgliche Massnahme nach Art. 276 ZPO** dar.¹²⁷ Nach dieser Norm trifft «das Gericht» die nötigen vorsorglichen Massnahmen, womit das Gericht gemeint ist, das sachlich zuständig ist. Aus dem Rechtsmittelsystem der ZPO ergibt sich, so das Bundesgericht weiter, dass das erstinstanzliche Gericht seine Gerichtsbarkeit verliert, sobald es sein Urteil gefällt hat, womit einzig die (kantonale) Rechtsmittelinstanz dafür zuständig ist, über einen Prozesskostenvorschuss zu entscheiden.¹²⁸

7. Kindesschutz

7.1. Beistandschaft wegen Interessenkonflikt der Eltern

[106] Das **Urteil 5A_30/2024** vom 5. Juli 2024 befasst sich mit folgendem Sachverhalt: Gegen einen verheirateten Vater wurde ein Strafverfahren wegen möglicher sexueller Übergriffe gegenüber der Tochter (Jahrgang 2019) eröffnet. Zwischen den Eltern war überdies ein hoch strittiges Eheschutzverfahren hängig. Vor diesem Hintergrund wurde dem Kind durch die Kindesschutzbehörde für das Strafverfahren ein Beistand bestellt. Das Bundesgericht bestätigt das Vorgehen:

[107] Gemäss **Art. 306 Abs. 2 ZGB** ernennt die Kindesschutzbehörde einen Beistand, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen. Für einen **Interessenkonflikt** genügt bereits eine abstrakte Gefährdung der Interessen des Kindes. Von einem Interessenkonflikt ist grundsätzlich immer auszugehen, wenn ein Elternteil eigene Interessen in der Sache hat, unabhängig davon, ob diese im konkreten Fall mit den Kindesinteressen kollidieren. Eine Beistandschaft ist insbesondere notwendig, wenn die Interessen eines Elternteils nicht parallel zu den Interessen der Kinder verlaufen. Unmassgeblich ist, ob dem gesetzlichen Vertreter die Interessen des Kindes am Herzen liegen.¹²⁹

[108] Im vorliegenden Fall nahmen die Eltern mit Bezug auf das Strafverfahren diametral unterschiedliche Positionen ein und stritten überdies im Zivilverfahren über die Obhut. Unter diesen Umständen waren die Voraussetzungen von Art. 306 Abs. 2 ZGB von den Vorinstanzen zu Recht bejaht worden.¹³⁰

¹²⁷ Urteil 5A_435/2023 vom 21. November 2024 E. 5.

¹²⁸ Urteil 5A_435/2023 vom 21. November 2024 E. 6.2.2.

¹²⁹ Urteil 5A_30/2024 vom 5. Juli 2024 E. 3.1.

¹³⁰ Vgl. Urteil 5A_30/2024 vom 5. Juli 2024 E. 3.4.; siehe ferner den strafrechtlichen Entscheid 7B_931/2023 vom 24. Mai 2024, wo ebenfalls in einem Strafverfahren wegen eines Sexualdelikts (hier: unter Halbgeschwistern) dem minderjährigen Opfer ein Beistand nach Art. 306 Abs. 2 ZGB bestellt wurde; in dieser Konstellation kann die Mutter auch nicht als Privatklägerin zugelassen werden.

7.2. Kosten der Fremdplatzierung als Teil des Kindesunterhalts?

[109] Anlass zur Beschwerde, die das Bundesgericht im **Urteil 5A_342/2023** vom 7. November 2024 (zur Publ. vorgesehen) behandelt, gab die Finanzierung der Fremdplatzierung eines Kindes. Die Kosten der Massnahme wurden zunächst von der Wohnsitzgemeinde getragen, während sich die Eltern lediglich mit einer Tagespauschale in der Höhe von CHF 25 und der Bezahlung von gewissen Nebenkosten an den Aufwendungen beteiligten. Vor diesem Hintergrund war strittig, ob die Leistung der Gemeinde eine Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen i.S.v. Art. 276 Abs. 2 ZGB darstellt. Nach der genannten Norm gehören zum **Kindesunterhalt auch die Kosten von Kindesschutzmassnahmen**, weshalb diese in erster Linie von den Eltern zu tragen sind. Werden sie durch das Gemeinwesen beglichen, geht der entsprechende Unterhaltsanspruch gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB auf dieses über und kann durch Unterhaltsklage des Gemeinwesens gegen die Eltern geltend gemacht werden.¹³¹

[110] Kein Unterhaltsanspruch liegt hingegen vor, wenn Leistungen (endgültig) durch **öffentlich-rechtliche Beiträge** finanziert werden, wie dies etwa bei der Finanzierung von Krippenplätzen oder öffentlichen Schulen durch das Gemeinwesen zutrifft. *In casu* war daher zu klären, ob die Bezahlung der Fremdplatzierung eine Unterhaltsleistung der Gemeinde darstellt oder ob ein öffentlich-rechtlicher Beitrag «à fonds perdu» geleistet wurde.¹³²

[111] Wie das Bundesgericht im Folgenden ausführt, ist für den vorliegenden Rechtsstreit die **Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) nicht einschlägig**; diese hat das (Abrechnungs-)Verhältnis unter den betroffenen Einrichtungen und den Kantonen zum Gegenstand, äussert sich hingegen nicht zur Rechtsstellung der betroffenen Personen.¹³³

[112] Zur entscheidenden Frage, ob aufgrund kantonalen öffentlichen Rechts von einem *à fonds perdu* geleisteten öffentlich-rechtlichen Beitrag ausgegangen werden kann, hatte sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht geäussert. Darin liegt, wie das Bundesgericht festhält, eine Bundesrechtsverletzung, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen gutzuheissen und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen war.

8. Erwachsenenenschutz

8.1. Validierung Vorsorgeauftrag; Interessenkonflikt des Vorsorgebeauftragten

[113] Der Vorsorgeauftrag ist bekanntlich ein Instrument, das erst nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers behördlich zu validieren ist und wirksam wird. Zu diesem Zeitpunkt ist der Auftraggeber selbst (ungeachtet der Relativität der Urteilsfähigkeit) regelmässig nicht mehr in der Lage, den Vorsorgebeauftragten zu überwachen. Umso wichtiger ist es, dass die Erwachsenenenschutzbehörde mögliche **Interessenkonflikte** sorgfältig abklärt und die Validierung des Vorsorgeauftrages gegebenenfalls verweigert oder dessen Geltungsbereich zumindest in denjenigen Bereichen einschränkt, in denen die Interessen des Betroffenen gefährdet sind. Mit diesen Fragen befasst sich das **Urteil 5A_674/2023** vom 31. Juli 2024.

¹³¹ Urteil 5A_342/2023 vom 7. November 2024 E. 4.1.

¹³² Urteil 5A_342/2023 vom 7. November 2024 E. 5.1.

¹³³ Urteil 5A_342/2023 vom 7. November 2024 E. 6.1.–6.5.

[114] Betroffen ist eine betagte Frau, die ihren Sohn als Vorsorgebeauftragten und dessen Ehefrau als Ersatzbeauftragte für die Personen- und Vermögenssorge eingesetzt hatte. Die zuständige Erwachsenenschutzbehörde hatte eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung errichtet und die Validierung des Vorsorgeauftrages verweigert; das Kantonsgericht Luzern wies die dagegen gerichteten Beschwerden ab. Daraufhin gelangten Sohn und Schwiegertochter der Betroffenen an das Bundesgericht.

[115] Unbestritten waren vor Bundesgericht sowohl die gültige Errichtung des Vorsorgeauftrages¹³⁴ als auch der Eintritt der Urteilsunfähigkeit der Vorsorgeauftraggeberin zufolge einer demenziellen Entwicklung. Die Vorinstanzen hatten dem Sohn die **Eignung zur Ausübung des Amtes als Vorsorgebeauftragter** abgesprochen, weil er die finanziellen Interessen der dementen Mutter gefährdet hatte. Unter anderem habe er den Verlust des Pflegeplatzes zufolge Zahlungsrückständen riskiert, nur zögerlich reagiert im Hinblick auf die Anmeldung für Ergänzungsleistungen sowie mit Bezug auf den Unterhalt und Verkauf der Wohnung der Mutter, er habe Bargeld vom Konto der Mutter für sich bezogen und Krankenkassenprämien weiterhin von der Mutter bezahlen lassen. Dagegen habe seine Ehefrau nicht interveniert, weshalb zu befürchten sei, dass sie sich auch als (Ersatz-)Mandatsträgerin nicht würde abgrenzen können.

[116] Auch nach Auffassung des Bundesgerichts steht unter diesen Umständen fest, dass der Beschwerdeführer «sich in einem gewissen (wenn auch nicht allzu bedeutenden) Interessenkonflikt befindet. Bezüglich derartiger Interessenskonflikte sollen die Behörden zwar Zurückhaltung üben, zumal wenn die Auftraggeberin bei Auftragserteilung wie hier um die Interessenskollision wusste [...]»¹³⁵ Im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung** erscheint es aber nicht als rechtsfehlerhaft, die Eignung des Beschwerdeführers zu verneinen.

[117] Bei **fehlender Eignung** des Vorsorgebeauftragten entfällt auch die Möglichkeit, aus Gründen der Verhältnismässigkeit den Vorsorgeauftrag zu validieren und ergänzende Massnahmen (z.B. periodische Rechnungslegung oder Berichterstattung) anzuordnen. Nur wenn die mangelnde Eignung lediglich hinsichtlich bestimmter Aspekte des Vorsorgeauftrages besteht, können – neben der (Teil)Validierung des Vorsorgeauftrages – ergänzende Massnahmen angeordnet werden.¹³⁶

[118] Auch mit Blick auf die Ersatz-Vorsorgebeauftragte war der Beschwerde in Zivilsachen kein Erfolg beschieden; die zwischen den Ehegatten bestehenden Abhängigkeiten und die Aussage der Ehefrau, bei der Ausübung des Mandats ihren Mann zu Rate ziehen zu wollen, gaben hinreichenden Grund, auch ihre Eignung zu verneinen.

8.2. Anhörung des Betroffenen betreffend Beistandschaft

[119] Wie das Bundesgericht im **Urteil 5A_32/2024** vom 2. April 2024 betont, gehen die Gehörsansprüche im Erwachsenenschutzrecht über die verfassungsrechtlichen Garantien hinaus.¹³⁷ **Art. 447 Abs. 1 ZGB** gibt dem Betroffenen ein (grundsätzliches) **Recht auf Anhörung durch**

¹³⁴ Zu den Formvorschriften bei öffentlicher Beurkundung siehe neustens das **Urteil 5A_336/2024** vom 17. Januar 2025 (zur Publ. vorgesehen).

¹³⁵ Urteil 5A_674/2023 vom 31. Juli 2024 E. 5.3.

¹³⁶ Urteil 5A_674/2023 vom 31. Juli 2024 E. 6.1.–6.2.

¹³⁷ Urteil 5A_32/2024 vom 2. April 2024 E. 6.

die **Erwachsenenschutzbehörde**. In casu ging es um eine schon mehrere Jahre bestehende Beistandschaft; der Antrag des Betroffenen auf Aufhebung der Beistandschaft war gestützt auf einen knappen Bericht und ohne Anhörung des Betroffenen abgewiesen worden. Die Genfer Cour de justice als zweite Instanz hatte die fehlende Anhörung zwar bemängelt, die Beschwerde aber dennoch abgewiesen, da die Beistandschaft in der Sache gerechtfertigt sei.

[120] Zwar hält auch das Bundesgericht fest, dass **ausnahmsweise von einer persönlichen Anhörung abgesehen** werden darf. Dies kann beispielsweise zutreffen, wenn lediglich ergänzende Anordnungen zu treffen sind und weder die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen noch der Zweck der Sachverhaltsabklärung eine Anhörung erfordern, weil es auf den persönlichen Eindruck, den sich die Behörde vom Betroffenen machen kann, nicht entscheidend ankommt. Auch wenn eine psychische Störung des Betroffenen sich bei einer Anhörung ernsthaft zu verschlimmern droht oder bei besonderer Dringlichkeit (Art. 445 Abs. 2 ZGB) kann von einer Anhörung abgesehen werden.¹³⁸

[121] Eine solche Ausnahme lag jedoch *in casu* nicht vor. Der Verzicht auf eine Anhörung durch die Erwachsenenschutzbehörde verstösst daher gegen Art. 447 Abs. 1 ZGB; daran ändert nichts, dass sowohl die Behörde als auch in zweiter Instanz die Cour de justice sich für ausreichend informiert und die Beibehaltung der Beistandschaft für richtig hielten. Das Bundesgericht wies die Sache zur Instruktion und neuem Entscheid an die Erwachsenenschutzbehörde zurück.

8.3. Verhältnismässigkeit der Beistandschaft; Vorrang des Wunschbeistandes

[122] Im **Urteil 5A_181/2024** vom 4. September 2024 muss das Bundesgericht die kantonalen Instanzen an das **Verhältnismässigkeitsprinzip** des Erwachsenenschutzrechts erinnern. Die Erwachsenenschutzbehörde hatte zunächst auf Antrag des Betroffenen eine Vertretungs- und Vermögensverwaltungsbeistandschaft errichtet. Kurze Zeit später beantragte der Betroffene die Aufhebung der Massnahme und an deren Stelle die Errichtung einer Begleitbeistandschaft unter Einsetzung seiner Pflegerin B. als Beiständin; subsidiär sollte B. die Führung der Vertretungs- und Vermögensverwaltungsbeistandschaft übernehmen. Beide Anträge wurden von der Erwachsenenschutzbehörde abgewiesen, auch zweitinstanzlich blieb der Betroffene erfolglos.

[123] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde indessen gut: Zwar sind sowohl die Wahl der Massnahme wie auch die Einsetzung eines bestimmten Beistandes Ermessensentscheide, in die das Bundesgericht nur zurückhaltend eingreift; hier sieht es indessen Anlass dazu. Vor Errichtung der einschneidenderen Massnahme der Vertretungsbeistandschaft sollte die **zurückhaltendere Option der Begleitbeistandschaft erprobt** werden, wenn nicht die Gefahr besteht, dass ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen könnte, falls sich diese als ungenügend erweist.¹³⁹ Daran ändert nichts, dass *in casu* bereits eine Vertretungsbeistandschaft errichtet worden war, denn diese Massnahme kann, wenn sie sich als zu einschneidend erweist, jederzeit widerrufen werden. Die Erwachsenenschutzbehörde hätte daher aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes die **mildere Massnahme** – ungeachtet des ursprünglichen Antrags des Betroffenen – bereits vor dem ersten Entscheid **prüfen** müssen.

¹³⁸ Urteil 5A_32/2024 vom 2. April 2024 E. 6.2.

¹³⁹ Urteil 5A_181/2024 vom 4. September 2024 E. 3.3.

[124] Der kantonale Entscheid überzeugt auch mit Bezug auf die Person des Beistandes nicht. Zwar muss der Beistand nicht nur Einfühlungsvermögen aufweisen, sondern gegenüber der betroffenen Person auch die nötige Distanz wahren. Dass die Pflegerin, die der Betroffene als Beistandin wünschte, diesen in seinem Wunsch nach einer milderen Massnahme unterstützte, lässt sie noch nicht als ungeeignet erscheinen. Dass sich die Pflegerin strikte gegen jegliches staatliche Eingreifen wehrte, wie die Vorinstanz ausgeführt hatte, war nicht genügend erwiesen. Daher muss sich die Vorinstanz auch mit dem **Wunsch des Betroffenen** (Art. 401 Abs. 1 ZGB) nochmals auseinandersetzen.¹⁴⁰

8.4. Fürsorgerische Unterbringung; Gutachten und Gehörsanspruch

[125] Im Kontext der periodischen Überprüfung einer fürsorgerischen Unterbringung holte die zuständige KESB ein Kurzgutachten ein und verlängerte anschliessend die Unterbringung. Der Betroffene gelangte dagegen zunächst erfolglos an das Obergericht und schliesslich an das Bundesgericht. Dieses ruft im **Urteil 5A_346/2024** vom 15. November 2024 die wesentlichen Grundsätze zum Gehörsanspruch in Erinnerung: Zwar kann aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht abgeleitet werden, dass der Betroffene vorgängig Ergänzungsfragen anbringen kann.¹⁴¹ Hingegen besteht ein **Anspruch** darauf, «**vor Ergehen des Entscheids zum Gutachten Stellung zu nehmen, Einwände gegen die Person des Experten vorzubringen und Ergänzungsfragen zu stellen** [...]». Den Erfordernissen des Gehörsanspruchs ist dabei nur Genüge getan, wenn das Gutachten der Partei in seinem vollen Umfang vorgelegt wird. Eine bloss indirekte, die wichtigsten Punkte zusammenfassende mündliche Wiedergabe des Gutachtens reicht grundsätzlich nicht aus, um eine fundierte und vollständige Stellungnahme zu ermöglichen. Eine solche indirekte Wiedergabe kann einen unmittelbaren Einblick in das Gutachten, wie er jeder Verfahrenspartei zusteht, nicht ersetzen [...]. Die zur Stellungnahme eingeräumte Frist muss grundsätzlich so bemessen sein, dass die konkrete Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, gegebenenfalls über einen Bevollmächtigten, ohne Schwierigkeiten möglich ist [...].»¹⁴² Dass der Rechtsvertreter an der mündlichen Verhandlung nicht persönlich anwesend war und der Betroffene nicht auf der Vorlegung des Gutachtens bestand, stellte keinen Verzicht auf den Gehörsanspruch dar. Auch die zeitliche Dringlichkeit durfte dem Betroffenen nicht entgegengehalten werden.

[126] Es ist sehr erfreulich, dass das Bundesgericht mit seinem in Fünferbesetzung getroffenen Urteil den Gehörsanspruch des von einer fürsorgerischen Unterbringung Betroffenen entgegen der kantonalen Praxis stärkt. *In casu* half dies dem Betroffenen indessen nicht weiter. Denn, so fährt das Bundesgericht weiter, der **Gehörsanspruch ist kein Selbstzweck**. Da nicht ersichtlich bzw. dargetan war, inwiefern die Verletzung des Gehörsanspruchs mit Bezug auf das Gutachten einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hatte, erfolgte insofern ein Nichteintreten auf die Beschwerde in Zivilsachen.¹⁴³

¹⁴⁰ A.a.O., letzter Absatz.

¹⁴¹ Urteil 5A_346/2024 vom 15. November 2024 E. 3.2.

¹⁴² Urteil 5A_346/2024 vom 15. November 2024 E. 3.3.1. (Hervorhebungen hinzugefügt.)

¹⁴³ Urteil 5A_346/2024 vom 15. November 2024 E. 3.5.

[127] Erfolglos blieb der Betroffene auch mit seinem Vorbringen der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts;¹⁴⁴ keine Bundesrechtswidrigkeit ist im Übrigen darin zu erblicken, dass im **Verlängerungsentscheid andere als die ursprünglichen Gründe** für die fürsorgerische Unterbringung angeführt werden.¹⁴⁵ Auch mit Blick auf den Einwand der Unverhältnismässigkeit erwies sich die Beschwerde als erfolglos.

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

¹⁴⁴ Urteil 5A_346/2024 vom 15. November 2024 E. 4.6.

¹⁴⁵ Urteil 5A_346/2024 vom 15. November 2024 E. 4.2.1.