

Regina E. Aebi-Müller

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2022

Der Beitrag fasst die wichtigsten Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht im Kalenderjahr 2022 zusammen (massgeblich ist das Datum der Veröffentlichung im Internet). Einmal mehr ist das Ziel, den am Familienrecht interessierten Praktiker:innen einen raschen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis zu bieten. Berücksichtigt wurden alle in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten bzw. zur Publikation vorgesehenen Urteile sowie ausgewählte im Internet zugängliche Entscheide.

Beitragsart: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Rechtsgebiete: Familienrecht, Ehrerecht, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2022, in: Jusletter 6. März 2023

Inhaltsübersicht

1. Güterrecht (Unternehmensbewertung)
2. Familienrechtlicher Unterhalt
 - 2.1. Fortführung des ehelichen Lebensstandards vor der Ehescheidung
 - 2.2. Anrechnung von unentgeltlichen Zuwendungen Dritter?
 - 2.3. Lebensprägung der Ehe und nachehelicher Unterhaltsanspruch
 - 2.4. Aufteilung des Barunterhalts für das Kind bei Betreuung durch beide Elternteile
 - 2.4.1. Grundsätze
 - 2.4.2. Keine für die Aufteilung des Barunterhalts relevante alternierende Obhut bei Betreuungsanteil von 20%
 - 2.4.3. Aufteilung des Barunterhalts bei einem Betreuungsverhältnis von 30% zu 70%
 - 2.4.4. Berechnung des zu zahlenden Barunterhaltsbetrages bei geteilter Obhut
 - 2.5. Konkurrenz von Unterhaltpflichten bei Vorliegen einer Patchworkfamilie
 - 2.6. Patchworksituation ohne Wiederverheiratung
 - 2.7. Betreuungsunterhalt bei durchkreuztem Plan, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen
 - 2.8. Anwendbares Recht bei Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils
3. Familienrechtliches Verfahren (inkl. Passivlegitimation)
 - 3.1. Prozessstandschaft eines Elternteils nach Volljährigkeit des Kindes
 - 3.2. Passivlegitimation betreffend Abänderungsklage im Bevorschussungsfall
 - 3.3. Abgrenzung Zuständigkeit Eheschutz- und Scheidungsgericht
 - 3.4. Verhältnis zwischen Massnahmen- und Endentscheid bei Unterhaltsklage
 - 3.5. Dispositions- oder Offizialmaxime bei gleichzeitiger Beurteilung von Ehegatten- und Betreuungsunterhalt
 - 3.6. Abänderung des im Scheidungsurteil festgelegten Kindesunterhalts
 - 3.7. Abänderung oder Feststellungsklage bei Ende des Volljährigenunterhalts
 - 3.8. Beschwerde in Zivilsachen nach Rückweisungsentscheid
4. Entstehung des Kindesverhältnisses
 - 4.1. Vaterschaftsanerkennung durch Testament
 - 4.2. Im Ausland erfolgte Vaterschaftsanerkennung, Eintragung im Register
 - 4.3. Eintragung der Elternschaft in das Schweizerische Zivilstandsregister nach Leihmuttertum in Georgien
5. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht
 - 5.1. Elterliche Sorge; anwendbares Recht
 - 5.2. Begleitetes Besuchsrecht
6. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (inkl. Verfahren)
 - 6.1. Errichtung eines Vorsorgeauftrags, Voraussetzung der Urteilsfähigkeit
 - 6.2. Uneinigkeit zweier Beistandspersonen
 - 6.3. Entlassung der Beistandin
 - 6.4. Örtliche (Un)Zuständigkeit der KESB
 - 6.5. Internationale (Un)Zuständigkeit der KESB
 - 6.6. Einzelzuständigkeit im Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes

1. Güterrecht (Unternehmensbewertung)

[1] Einmal mehr führt das Güterrecht in der familienrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Mauerblümchendasein. Immerhin ein Entscheid scheint erwähnenswert. Es handelt sich um das Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, wo u.a. die als Einzelunternehmen geführte kieferorthopädische Praxis der Ehefrau zu bewerten war.

[2] Welche Methode zur Unternehmensbewertung beizuziehen ist, stellt eine Rechtsfrage dar, die der freien Kognition des Bundesgerichts unterliegt.¹ Entscheidend ist dabei zunächst, ob das Unternehmen weitergeführt wird; je nach Antwort ist entweder der Fortführungs- oder der Liquidationswert massgeblich. Der Fortführungswert wiederum wird regelmäßig anhand einer Kombination von Ertrags- und Substanzwert bestimmt. Im Eheguterrecht kann allerdings, wenn der Eigentümer voraussichtlich das Unternehmen nicht veräussern wird, «eine überwiegende oder gänzliche Bewertung zum Ertragswert sinnvoll sein».² Welche betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode zur Anwendung gelangt, ist teilweise dem gerichtlichen Ermessen anheimgestellt, sie «muss indes in jedem Fall nachvollziehbar, plausibel und anerkannt sein.»³

[3] Für den vorliegenden Fall erwies sich als entscheidendes Kriterium, dass das Unternehmen der Ehefrau «personenbezogen» ist, d.h. in erheblichem Mass vom Engagement der Unternehmerin und dem Vertrauen der Klientschaft abhängt. Das Bundesgericht hält folgerichtig fest, dass sich der Kundenstamm der Praxis – auch wenn man von der ärztlichen Vertraulichkeitspflicht absieht – nicht ohne Weiteres auf eine Käuferschaft übertragen lasse: «Die rein personenbezogene Ertragskraft [...] ist nicht übertragbar [...], somit auf dem freien Markt nicht realisierbar und damit auch nicht wertrelevant.»⁴ Dieser Argumentation ist zuzustimmen, auch aus anderen Gründen: Würde nämlich die künftige Arbeitskraft der Ehefrau kapitalisiert und in die güterrechtliche Teilung einbezogen, so würde dies Art. 204 ZGB (betreffend den güterrechtlichen Stichtag) widersprechen und unweigerlich auch mit der Berechnung eines allfälligen nachehelichen Unterhalts kollidieren, indem der Unternehmerlohn der Ehefrau doppelt berücksichtigt würde.

[4] Weil die kantonale Vorinstanz ihre Berechnung mit der «Praktikermethode», d.h. mit einer Kombination von Ertrags- und Substanzwert, zu wenig transparent gemacht hatte, war der Entscheid aufzuheben.⁵

2. Familienrechtlicher Unterhalt

2.1. Fortführung des ehelichen Lebensstandards vor der Ehescheidung

[5] In **BGE 148 III 358** (Urteil 5A_849/2020 vom 27. Juni 2022) geht es um den ehelichen Unterhalt in einem Eheschutzverfahren. Die kinderlosen Ehegatten leben seit Dezember 2017 getrennt. Mit Eheschutzenscheid vom März 2019 verpflichtete das Kantonsgericht Nidwalden den Ehemann für eine befristete Dauer, nämlich bis September 2019, zu Unterhaltszahlungen an seine Ehefrau. Ab dann könne sie ihr Existenzminimum mit ihrer teilzeitlichen Erwerbstätigkeit selbst decken. Das Obergericht schützte diese Auffassung und wiederholte, es handle sich um eine Befristung der Unterhaltspflicht.

[6] Dieser Entscheid hält einer Willkürprüfung durch das Bundesgericht nicht stand: Den Ausgangspunkt der Unterhaltsbemessung während der bestehenden Ehe bildet der gebührende Un-

¹ Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, E. 3.3.1.

² Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, E. 3.3.1.2.

³ Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, E. 3.3.1.3.

⁴ Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, E. 3.3.1.4.

⁵ Urteil 5A_361/2022 vom 24. November 2022, E. 3.3.2 und 3.3.4.

terhalt, der bei günstigen Verhältnissen nicht auf das Existenzminimum beschränkt ist: «Vielmehr haben nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der sich daran ausrichtenden Praxis aller 25 anderen Kantone beide Ehegatten im Rahmen der verfügbaren Mittel bis zur Höhe des ermittelten früheren gemeinsamen Standards einen Anspruch auf dessen Fortsetzung, solange die Ehe besteht».⁶ Anders als der nacheheliche Unterhalt «ist dem ehelichen Unterhaltsrecht eine zeitliche Limitierung des zur Erreichung des gebührenden Unterhaltes notwendigen Unterhaltsbeitrages fremd».⁷ Dies gilt unabhängig von der Lebensprägung der Ehe. **Unterhaltslimitierend ist während formal noch bestehender Ehe einzig die Eigenversorgung**, soweit mit dieser der gebührende Unterhalt erreicht werden kann. Der kantonale Entscheid erwies sich daher als willkürlich und war aufzuheben. Es ist erfreulich, dass das Bundesgericht so deutliche Worte in einem amtlich publizierten Entscheid verwendet – auch wenn das offenbar für 25 von 26 Kantonen schon vorher selbstverständlich war.

2.2. Anrechnung von unentgeltlichen Zuwendungen Dritter?

[7] Das Urteil 5A_1048/2021 vom 11. Oktober 2022 betrifft die Berechnung des Kindes- und Ehegattenunterhalts in einem Eheschutzverfahren. Strittig war dabei in erster Linie das Einkommen des Unterhaltsschuldners. Konkret wurden zahlreiche Einzelpunkte bis vor Bundesgericht diskutiert, u.a. die anzurechnende Höhe der Einnahmen aus den Unternehmen, deren Alleinaktionär der Ehemann ist.⁸ Insoweit bewegt sich das Urteil in gewohnten Bahnen.

[8] Hinzuweisen ist allerdings auf die Erwägung 7 des Entscheids. Hier geht es um die nicht alltägliche Frage, ob die **monatlichen Zuwendungen der Mutter an den Unterhaltsschuldner** in der Höhe von CHF 1'000 bei der Unterhaltsberechnung einbezogen werden müssen. Die Vorinstanz hatte diese Beträge nicht dem Einkommen des Ehemannes zugerechnet mit der Begründung, dass es sich um Schenkungen handle. Dies ist, wie das Bundesgericht festhält, jedenfalls nicht willkürlich. Einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anrechnung von regelmässigen Schenkungen an das massgebliche Einkommen gibt es bisher nicht und die Literatur ist uneinheitlich, was es zum vornherein erschwert, der Vorinstanz Willkür vorzuwerfen. Zudem machen vorliegend die Schenkungen, wie im Bundesgerichtsentscheid ausdrücklich erwähnt wird, nur einen vergleichsweise bescheidenen Teil der Einnahmen aus. Offen bleibt daher, wie die Anrechnung regelmässiger Zuwendungen bei einer Prüfung mit voller Kognition zu entscheiden wäre und ob die Höhe der Zuwendungen dabei eine Rolle spielt.

⁶ BGE 148 III 358 E. 5.

⁷ A.a.O.

⁸ Siehe zu dieser Thematik auch das Urteil 5A_683/2021 vom 3. Mai 2022.

2.3. Lebensprägung der Ehe und nachehelicher Unterhaltsanspruch

[9] Auch unter der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁹ bleibt die Frage nach der Lebensprägung der Ehe von erheblicher Bedeutung für den nachehelichen Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten. Die Bejahung der Lebensprägung hat zur Folge, dass der während des ehelichen Zusammenwohnens gelebte Unterhaltsstandard von beiden Ehegatten nach der Scheidung – wenigstens für eine gewisse Zeit, allenfalls sogar auf Dauer – weitergeführt werden darf, soweit die finanziellen Verhältnisse dies zulassen. Die nicht lebensprägende Ehe begründet hingegen keinen Vertrauenschutz, sodass es den geschiedenen Ehegatten zuzumuten ist, an die vorehelichen Verhältnisse anzuknüpfen.¹⁰

[10] Die Frage der Lebensprägung ist im **Einzelfall** zu beurteilen. Die Geburt eines gemeinsamen Kindes und die Notwendigkeit der Kinderbetreuung auch nach der Auflösung der Ehe begründen für sich genommen aber noch keine Lebensprägung, wie **BGE 148 III 161** (Urteil 5A_568/2021 vom 25. März 2022) festhält.¹¹ In casu hatte die Ehe bis zur Aufhebung des Zusammenlebens nur zwei Jahre gedauert und nach der Geburt der gemeinsamen Tochter hatte die Ehefrau ihre erfolgreiche berufliche Tätigkeit zunächst noch weitergeführt. Eine klassische Rollenverteilung war lediglich für weniger als ein Jahr gelebt worden, was «für sich genommen [...] keinen unumkehrbaren Einfluss» auf das berufliche Fortkommen der Ehefrau ausgeübt habe.¹² Ebensowenig hatte, wie das Bundesgericht (anders noch als die Vorinstanz) erkannte, die enge berufliche Verflechtung der Ehegatten den nachehelichen beruflichen Wiedereinstieg der Ehefrau verunmöglicht. Zudem sei dieses geschäftliche Zusammenwirken nicht «ehebedingt», sondern eine unternehmerische Entscheidung der Ehegatten gewesen.¹³ Die Lebensprägung war unter diesen Umständen zu verneinen und die Sache wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen, die zu prüfen hat, ob der Ehefrau nach der nicht lebensprägenden Ehe ein «Anspruch auf Ersatz einer Art negativen Interesses («Heiratsschaden» [...])»¹⁴ zusteht.

[11] Der Einschätzung des Bundesgerichts ist mit Blick auf den konkreten Sachverhalt zwar grundsätzlich zuzustimmen. Unbefriedigend und unzutreffend ist allerdings die Formulierung, dass «Nachteile, die einem Elternteil aus der (nachehelichen) Betreuung von Kindern erwachsen, primär durch den Betreuungsunterhalt ausgeglichen» würden.¹⁵ Denn der Betreuungsunterhalt beschränkt sich bekanntlich nach der (in der Literatur kritisch diskutierten) Rechtsprechung auf das familienrechtliche Existenzminimum des betreuenden Elternteils. Eine **Abgeltung von Karrierenachteilen** erfolgt gerade nicht. Verneint man die Lebensprägung, obschon das gemeinsa-

⁹ Zusammenfassend dazu u.a. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 14. Februar 2022, Rz. 15 ff.; DIES., Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung, in: Jusletter 3. Mai 2021; DANIEL BÄHLER, Unterhaltsrecht – Streiflichter auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts, in dubio 4_21, S. 6 ff.; CLAUDIA M. MORDASINI/DIEGO STOLL, Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand, FamPra.ch 3/2021, S. 527 ff.

¹⁰ Getrennt davon ist bekanntlich zu klären, ob der so bestimmte Lebensstandard durch eigene Kräfte erreicht werden kann und ob der Unterhaltsansprecherin ein hypothetisches Einkommen aufzurechnen ist; dazu exemplarisch **BGE 147 III 308** sowie das Urteil 5A_747/2020 vom 29. Juni 2021 E. 4.2.4.

¹¹ Siehe aber auch das Urteil 5A_665/2020 vom 8. Juli 2021, wo das einzige gemeinsame Kind einen Monat vor der Eheschliessung zur Welt gekommen war, anschliessend hatte das Zusammenleben nur zwei Jahre gedauert. Wie schon die Vorinstanzen bejahte das Bundesgericht die Lebensprägung angesichts der vereinbarten Rollenteilung.

¹² **BGE 148 III 161** E. 4.3.2.

¹³ **BGE 148 III 161** E. 4.3.3.

¹⁴ **BGE 148 III 161** E. 5.1.

¹⁵ **BGE 148 III 161** E. 4.3.1; ähnlich formuliert in der Regeste des Entscheids.

me Kind noch längere Zeit auf erhebliche Betreuung angewiesen ist, so führt dies zu deutlichen und (u.a. mit Blick auf die Karriereentwicklung und die berufliche Vorsorge) auch dauerhaften wirtschaftlichen Einbussen des betreuenden Elternteils. Vor allem in Sachlagen, in denen ein Elternteil – typischerweise der Vater – die Betreuungsleistung vollständig dem anderen Elternteil überlässt, führt dies zu unangemessenen Ergebnissen. Bleibt es bei der aktuellen Rechtsprechung zur Bemessung des Betreuungsunterhalts, wovon auszugehen ist, muss daher bei der Klärung der Lebensprägung tendenziell grosszügig entschieden werden, wenn zufolge Kinderbetreuung ein nahtloses Anknüpfen des betreuenden Elternteils an die vor der Geburt begonnene Karriere nicht möglich ist.

2.4. Aufteilung des Barunterhalts für das Kind bei Betreuung durch beide Elternteile

2.4.1. Grundsätze

[12] In mehreren Entscheiden hat das Bundesgericht sich mit der Frage befasst, wie die Barunterhaltpflicht unter den Eltern aufzuteilen ist, wenn diese sich die Kinderbetreuung teilen. Dabei ist an die Rechtsprechung anzuknüpfen, wonach bei alleiniger Betreuung durch einen Elternteil dieser seinen Unterhaltsbeitrag grundsätzlich vollständig in Form von Naturalunterhalt erbringt und daher der andere Elternteil den Barunterhalt alleine zu tragen hat; vorbehalten bleibt hier allerdings eine wesentlich bessere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des obhutberechtigten Elternteils.¹⁶ Teilen sich die Eltern hingegen die Betreuung des Kindes i.S. einer alternierenden Obhut, so rückt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern stärker in den Vordergrund.¹⁷ Sind die Betreuungsanteile ungleich gross und sind die Eltern ähnlich leistungsfähig, so ist der Barunterhalt umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen aufzuteilen.¹⁸ Bei gleichzeitig asymmetrischem Betreuungsumfang und unterschiedlicher Leistungsfähigkeit der Eltern erfolgt eine Aufteilung des Barunterhalts «entsprechend der sich daraus ergebenden Matrix».¹⁹

[13] Die Umsetzung dieser Grundsätze auf den konkreten Einzelfall bereitet augenscheinlich immer wieder Schwierigkeiten. Dabei kann sich insbesondere die Frage stellen, ob eine alleinige Obhut – mit entsprechenden unterhaltsrechtlichen Konsequenzen – oder eine alternierende Obhut vorliegt. Dies ist der Hintergrund der nachfolgend zu besprechenden Urteile.

2.4.2. Keine für die Aufteilung des Barunterhalts relevante alternierende Obhut bei Betreuungsanteil von 20%

[14] Im Urteil 5A_534/2021 vom 5. September 2022 hält das Bundesgericht fest, dass von einer alternierenden Obhut nicht schon ab einem Betreuungsanteil (des Vaters) von 20% auszugehen sei.²⁰ Der Vater hatte im konkret zu beurteilenden Sachverhalt, neben einem Wochenend-

¹⁶ Zu diesen Grundsätzen siehe BGE 147 III 265 E. 8.1; Urteil 5A_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.; Urteil 5A_583/2018 vom 18. Januar 2019 E. 5.1.

¹⁷ Siehe u.a. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Bern 2022, Rz. 1364.

¹⁸ Urteil 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.4.1.

¹⁹ BGE 147 III 265 E. 5.5.

²⁰ Urteil 5A_534/2021 vom 5. September 2022 E. 3.3.2.1.

Besuchsrecht, immer am Freitag die Verantwortung für die Betreuung der schulpflichtigen Kinder.

[15] Der Entscheid scheint auf den ersten Blick eine wichtige Präzisierung zum Urteil 5A_67/2021 vom 31. August 2021 zu sein, wo das Bundesgericht das Vorliegen einer alternierenden Obhut schon dann bejahte, wenn «ein Elternteil sein Kind auch unter der Woche betreuen möchte, anstatt es nur über's Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen.»²¹ Ob der jüngere Entscheid ein bewusstes Abrücken von der grosszügigen Auslegung des Begriffs der alternierenden Obhut darstellen soll, ist aber bei näherem Hinsehen fraglich. Anders als bei den älteren Urteilen drehte sich der Streit vorliegend nämlich nicht um die Frage nach der Bezeichnung des Betreuungsmodells oder darum, ob dieses dem Kindeswohl entspricht. Vielmehr ging es einzig um die Aufteilung des Barunterhalts. Im vorliegenden Fall war auf Seiten der querschnittsgelähmten Mutter von erheblichen und wohl über das zumutbare Mass liegenden Anstrengungen bei der Erzielung eines Erwerbseinkommens auszugehen. Dass sie davon nicht an den Barunterhalt des Kindes beitragen muss, scheint – unabhängig von der Bezeichnung des konkreten Betreuungsarrangements – als angemessen.

2.4.3. Aufteilung des Barunterhalts bei einem Betreuungsverhältnis von 30% zu 70%

[16] Ein ähnlich gelagerter Streit war im Urteil 5A_117/2021 vom 9. März 2022 zu beurteilen. Allerdings erging der vorinstanzliche Entscheid in einem Eheschutzverfahren, sodass die Kognition des Bundesgerichts sich auf eine Willkürprüfung beschränkte.

[17] Auch hier war unter den Eltern vor Bundesgericht nicht strittig, wie die Betreuungsregelung auszustalten ist. Strittig war vielmehr ebenfalls die Aufteilung des Barunterhalts. Gerichtlich war der Mutter die alleinige Obhut zugesprochen worden, allerdings mit einem deutlich über das Übliche hinausgehenden Besuchsrecht des Vaters. Nach der auf zwei Wochen bezogenen Rechnung des kantonalen Gerichts betreute der Vater die Kinder (unter Berücksichtigung der Wochenenden) zu rund 30%, die Mutter zu rund 70%.

[18] Das Bundesgericht wendet zwar eine etwas andere Rechnung an, indem bei schulpflichtigen Kindern jeder Tag in drei Perioden (Morgen, Schulbeginn bis Schulschluss, Abend) aufgeteilt und dann über zwei Wochen geklärt wird, wie viele dieser 42 Zeitfenster jeder Elternteil betreut. Das Ergebnis der bundesgerichtlichen Rechnerei war allerdings im konkreten Fall ähnlich wie die Rechnung der Vorinstanz. Bei einer solchen Aufteilung der Betreuungszeit und bei wirtschaftlich etwa gleichermassen leistungsfähigen Eltern ist es, so das Bundesgericht weiter, nicht willkürlich, die Barunterhaltpflicht umgekehrt proportional zu den Betreuungsanteilen unter die Eltern aufzuteilen.

2.4.4. Berechnung des zu zahlenden Barunterhaltsbetrages bei geteilter Obhut

[19] Ebenfalls um den Barunterhalt bei einer Betreuung durch beide Eltern ging es im Urteil 5A_133/2022 vom 27. Oktober 2022. Interessanterweise waren die Luzerner Gerichte – offenbar unstrittig – davon ausgegangen, dass bei einem Betreuungsanteil des Vaters von 20% bereits ei-

²¹ Urteil 5A_67/2021 vom 31. August 2021 E. 3.1.2, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; fast identisch lautet die Formulierung im Urteil 5A_722/2020 vom 13. Juli 2021 E. 3.1.2., dazu schon REGINA E. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 14. Februar 2022, Rz. 79.

ne alternierende Obhut vorliege. Strittig war hingegen der Betrag, den der Vater an die Mutter überweisen sollte. Mit Recht haben die kantonalen Instanzen für die Kinder bei jedem Elternteil einen Mietkostenanteil ausgeschieden, ist doch auch der Vater wegen der Kinderbetreuung auf eine genügend grosse Wohnung angewiesen. Diese und die weiteren direkten Kosten, die beim Vater im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung anfallen, sind Teil des Barbedarfs der Kinder. Weil der Vater offenbar wesentlich leistungsfähiger war als die Mutter, wurde er dazu verpflichtet, den ganzen Bedarf der Kinder zu decken. Bis hierhin ist der Entscheid des Kantonsgerichts Luzern zweifellos zutreffend. Ein folgenschwerer Fehler unterlief dann aber bei der konkreten Berechnung des zu zahlenden Betrages: Der Vater wurde nämlich dazu verurteilt, die gesamten Kindesunterhaltskosten an die Mutter zu überweisen. Allerdings sind in der Bedarfsrechnung der Kinder, wie erwähnt, auch die beim Vater anfallenden Kinderkosten, u.a. die Miete, enthalten. Die Zahlung des gesamten Betrages an die Mutter hätte daher zur Folge, dass der Vater sein eigenes Existenzminimum nicht mehr decken könnte. Es liegt auf der Hand, dass dieses Ergebnis offensichtlich falsch ist. Korrekterweise müssen vom Barunterhalt der Kinder diejenigen Kosten ausgeschieden werden, die direkt beim Vater anfallen und für die er daher ohnehin aufzukommen hat. Nur der bei der Mutter anfallende Barunterhalt ist an diese zu zahlen. Der Entscheid des Bundesgerichts ist an sich selbstverständlich. Erwähnenswert ist er primär als weitere Illustration der komplexen Berechnung und Aufteilung des Barunterhalts bei alternierender Obhut.

2.5. Konkurrenz von Unterhaltpflichten bei Vorliegen einer Patchwork-familie

[20] Das Urteil 5A_382/2021 vom 20. April 2022 ist sehr lang und enthält zahlreiche Erwägungen zu verschiedenen unterhaltsrechtlichen Fragestellungen. Nur ein Teil davon wurde mittlerweile in BGE 148 III 353 als Leitentscheid abgedruckt, sodass im Folgenden teilweise auf die nur im Internet veröffentlichte Fassung verwiesen werden muss.

[21] Der **Sachverhalt** präsentiert sich, stark verkürzt, wie folgt: Das Kind, um dessen Unterhaltsansprüche es in der Folge geht, kam im Jahr 2012 zur Welt. Die Eltern waren nie verheiratet und haben, wenn überhaupt, nur kurze Zeit und vor der Geburt des Kindes zusammengelebt. Mutter und Kind wurden in der Folge längere Zeit durch die öffentliche Sozialhilfe unterstützt. Im Jahr 2017 heiratete die Mutter ihren neuen Partner; im gleichen Jahr gebar sie ein gemeinsames Kind. Seit der Heirat kommt der Ehemann und Vater des zweiten Kindes für den Familienunterhalt auf, das Ehepaar lebt eine traditionelle Rollenteilung.

[22] Vor diesem Hintergrund betrifft eine erste relevante Thematik die Aktivlegitimation des Kindes für die Zeit, in der sein Lebensunterhalt durch das Gemeinwesen gedeckt wurde. Wie das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung festhält, führen auch **Sozialhilfeleistungen** (und nicht nur Leistungen der Alimentenbevorschussung) zu einer **Subrogation** des Gemeinwesens in die Unterhaltsansprüche des Kindes. Denn obschon der Sozialhilfeanspruch des Kindes sich aus dem öffentlichen Recht ergibt, erfüllt der Staat an sich eine Unterhaltpflicht, die (bei vorhandener Leistungsfähigkeit) als zivilrechtliche Forderung gegen einen Privaten gerichtet wäre. Dieser private Unterhaltsschuldner soll nicht davon profitieren können, dass er seinen Pflichten nicht oder nur ungenügend nachgekommen ist. Die Subrogation des Gemeinwesens betrifft allerdings nur die tatsächlich geleisteten Unterhaltsansprüche, nicht das Stammrecht auf Unterhalt als solches, wie das Bundesgericht in zwei neueren Urteilen im Kontext von Abänderungsklagen

erkannt hat (dazu Rz. 36 ff.). Dies führt (jedenfalls in der vorliegend interessierenden Konstellation) dazu, dass die **Aktivlegitimation** für die Unterhaltsklage beim Kind verbleibt.²²

[23] Strittig war sodann die Höhe des Kindesunterhalts. Wie erwähnt, wurde der Unterhalt der ganzen Patchworkfamilie jedenfalls nach der Geburt des zweiten Kindes durch dessen Vater, den Ehemann der Mutter, gedeckt. Die Familie lebt in eher bescheidenen Verhältnissen. Der gegenüber dem älteren Kind unterhaltsverpflichtete Vater scheint hingegen relativ wohlhabend zu sein und wehrte sich gegen den von der Vorinstanz bemessenen **Überschussanteil des Kindes**. Das Bundesgericht hält dazu zunächst fest, dass von der Teilung des Überschusses «nach grossen und kleinen Köpfen» auch abgewichen werden könne, «wenn die Lebensstellung des hauptbetreuenden Elternteils ungleich tiefer ist als jene des Unterhaltsschuldners und jener aufgrund seiner eigenen Lebensstellung einen grosszügigen Unterhaltsbeitrag gar nicht auszugeben bereit ist [...].»²³ Hingegen «hat eine unterschiedliche Lebensstellung der Eltern aber nicht zur Folge, dass von vornherein auf die tiefere Lebensstellung des hauptbetreuenden Elternteils abzustellen wäre.»²⁴

[24] Zu klären war vom Bundesgericht in **BGE 148 III 353** ferner die Frage nach der Bemessung eines allfälligen Betreuungsunterhalts in der Patchworkfamilie, konkret: das **Verhältnis zwischen der Unterhaltpflicht des Ehemannes (Stiefvaters) und derjenigen des Kindsvaters**. Die Erwägungen des Bundesgerichts dazu sind erstaunlich und befremdlich. Es hält fest, die Ehegatten hätten sich «dahingehend verständigt, dass der Ehemann seinen Beitrag (hauptsächlich) durch Geldzahlungen erbringt und die Ehefrau (hauptsächlich) den Haushalt besorgt und das gemeinsame Kind betreut. Damit sind die Lebenshaltungskosten der Mutter gedeckt; sie hat kein Manko, das über das Institut des Betreuungsunterhalts auszugleichen wäre.»²⁵ Entsprechend, so das Ergebnis des Bundesgerichts, entfällt für die Zeit ab der Eheschliessung ein Betreuungsunterhaltsanspruch des Kindes – oder anders formuliert: Die Eheschliessung entlastet den Vater von der Pflicht zur Bezahlung von Betreuungsunterhalt, die eheliche Unterhaltpflicht wird als vorrangig zum Anspruch auf Kindesunterhalt betrachtet. Im Ergebnis muss daher der Stiefvater, der dem Kind gegenüber an sich lediglich eine Beistands-, aber keine Unterhaltpflicht hat, die Kosten von dessen Betreuung begleichen, obschon der Kindsvater offenkundig leistungsfähig wäre. Was diese Rangfolge der Unterhaltpflichten mit der (durch den Betreuungsunterhalt intendierten) Gleichstellung ehelicher und nicht-ehelicher Kinder zu tun haben soll, bleibt ungeklärt. Dass diese Rechtsprechung gleichzeitig eine **neue Form der «Heiratsstrafe»** einführt,²⁶ der jegliche familienrechtliche Grundlage abgeht, scheint das Bundesgericht übersehen zu haben.²⁷

[25] Klärungsbedürftig war im **Urteil 5A_382/2021** vom 20. April 2022 schliesslich auch der Anspruch des Kindes auf **Volljährigenunterhalt**. Ein solcher kann – unabhängig vom Zivilstand der

²² BGE 148 III 353 E. 4.3.

²³ Urteil 5A_382/2021 vom 20. April 2022, nicht amtlich publizierte E. 6.2.1.3, unter Bezugnahme auf SCHWEIGHAUSER.

²⁴ A.a.O.

²⁵ BGE 148 III 353 E. 7.3.2.

²⁶ Dies wird aus der gleich folgenden Erwägung deutlich, wo das Bundesgericht festhält, dass nicht die (schon vor der Heirat erbrachten) finanziellen Leistungen, sondern das Einsetzen der ehelichen Unterhaltpflicht nach der Eheschliessung den Betreuungsunterhalt entfallen lasse; Urteil 5A_382/2021 vom 20. April 2022, nicht amtlich publizierte E. 7.3.3.

²⁷ Siehe auch die fundierte und sorgfältig belegte Kritik bei ANNETTE SPYCHER/JONAS SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 3/2022, S. 752 ff.; ferner TANJA COSKUN-IVANOVIC, Betreuungsunterhalt zu Lasten des rechtlichen Stiefelterns?, in: Jusletter 31. Oktober 2022; siehe auch HAUSHEER/GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 17), Rz. 1360 mit Fn. 766.

Eltern – auch schon festgesetzt werden, wenn das Kind noch sehr jung ist. Diesfalls muss auf Prognosen abgestellt werden, weil «die Lebens-, Bedarfs- und Einkommenssituation des Kindes im massgeblichen Zeitpunkt noch völlig ungewiss sind.»²⁸ Ungeachtet dieser Unsicherheiten hält das Bundesgericht fest, dass jedenfalls der **betreibungsrechtliche Grundbetrag des bei einem Elternteil wohnenden volljährigen Kindes** gleich sei wie bei einem Minderjährigen. Dies vermag nicht zu überzeugen: Der entsprechende Betrag beläuft sich auf nur gerade CHF 600. Er ist damit deutlich tiefer als der Betrag, der einer in einer Lebensgemeinschaft lebenden erwachsenen Person angerechnet werden muss, nämlich CHF 850. Bei Minderjährigen kann man den Betrag von CHF 600 gerade noch akzeptieren, weil der obhutsberechtigte Elternteil eines minderjährigen Kindes über einen leicht erhöhten Grundbetrag (CHF 1'350 anstatt CHF 1'200) verfügt und weil das minderjährige Kind bei entsprechenden wirtschaftlichen Verhältnissen überdies Anspruch auf einen Überschussanteil hat, der beim volljährigen Kind gerade fehlt. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit auf diese nicht in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide abgedruckte Erwägung zurückkommt.²⁹

2.6. Patchworksituation ohne Wiederverheiratung

[26] Erwähnenswert ist, insbesondere auch in diesem Kontext des soeben kritisierten BGE 148 III 353, das **Urteil 5A_378/2021** vom 7. September 2022. Der Entscheid betrifft ein geschiedenes Ehepaar mit drei gemeinsamen Kindern. Auch hier lag eine Patchworkfamilie vor, die Mutter lebt nämlich im (qualifizierten) Konkubinat mit einem neuen Partner und hat mit diesem ein weiteres Kind. Im Verfahren um Abänderung des Kindesunterhalts machte der geschiedene Ehemann geltend, das betreuungsbedingte Defizit beim Existenzminimum der Frau sei auf alle vier Kinder aufzuteilen. Dem hält das Bundesgericht entgegen, die Frau habe nach der Geburt des jüngsten Kindes ihr Arbeitspensum von 50% nicht reduziert, weshalb dessen Betreuung nicht kausal sei für ihr Manko; der Fehlbetrag sei daher weiterhin auf die drei gemeinsamen (älteren) Kinder zu verteilen und entsprechend vom Vater der Kinder, d.h. vom geschiedenen Ehemann, zu tragen. Diese Betrachtungsweise vermag nicht zu überzeugen. Im Ergebnis führt sie zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Vaters des vierten Kindes, der davon profitiert, dass die Mutter das weitere Kind quasi «nebenbei» zu den älteren Kindern, und damit «gratis», mitbetreuen kann. Von einer Heirat sei dem «Konkubinats-Stiefvater» allerdings ausdrücklich abgeraten – folgt man BGE 148 III 353 (Rz. 24), müsste er den Betreuungsunterhalt dann nämlich für alle vier Kinder übernehmen.

2.7. Betreuungsunterhalt bei durchkreuztem Plan, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen

[27] Das **Urteil 5A_836/2021** vom 29. August 2022 klärt, dass Betreuungsunterhalt nicht nur dann geschuldet sein kann, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wegen bzw. nach der Geburt eines Kindes eingeschränkt hat, sondern auch dann, wenn die Absicht, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, durch die Geburt durchkreuzt wird. Der Fall betrifft ein Kindesverhältnis, das ge-

²⁸ Urteil 5A_382/2021 vom 20. April 2022 E. 8.3., in BGE 148 III 353 nicht abgedruckt.

²⁹ Kritisch auch SPYCHER/SCHWEIGHAUSER (Fn. 27), S. 763.

richtlich hergestellt werden musste. Die unverheiratete junge Mutter hatte vor der Geburt keine Erwerbstätigkeit ausgeübt und nach der Geburt auch keine aufgenommen. Wie das Bundesgericht festhält, ist es unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, dass ihr Betreuungsunterhalt zugesprochen wird, weil anzunehmen ist, dass die gesunde junge Frau ohne die Kinderbetreuung eine Lehr- oder Arbeitsstelle gesucht hätte.³⁰ Es verhält sich hier anders als in Fällen, bei denen der obhutsberechtigte Elternteil aus medizinischen Gründen keinem Erwerb nachgeht, d.h. aus Gründen, die mit der Kinderbetreuung nichts zu tun haben, sodass ein Betreuungsunterhalt ausser Betracht fällt.³¹

2.8. Anwendbares Recht bei Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils

[28] Im Urteil 5A_768/2021 vom 16. August 2022 musste sich das Bundesgericht mit der Frage nach dem anwendbaren Recht bei der Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils befassen. Die Ehescheidung war durch ein kroatisches Gericht ausgesprochen worden. Gut acht Monate später verlangte die Ehefrau in der Schweiz die Ergänzung dieses Scheidungsurteils mit Bezug auf nacheheliche Unterhaltsbeiträge. Für die Dauer des Ergänzungsverfahrens verlangte die Ehefrau sodann vorsorgliche Unterhaltszahlungen; diese wurden ihr durch die kantonalen Instanzen zugesprochen. Der geschiedene Ehemann ist mit seiner Beschwerde in Zivilsachen erfolgreich. Im Vordergrund der Erwägungen steht die Frage nach dem anwendbaren Recht.

[29] Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts betreffend vorsorgliche Massnahmen während des Ergänzungsverfahrens ist gemäss Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 49 IPRG das HUÜ³² einschlägig.³³ Für Unterhaltpflichten zwischen geschiedenen Ehegatten und für die Änderung solcher Pflichten ist nach Art. 8 Abs. 1 HUÜ «das auf die Ehescheidung angewandte Recht» massgebend. Es handelt sich dabei um eine Sachnormverweisung, weshalb ein Renvoi ebenso unbeachtlich wäre wie eine Weiterverweisung. Entscheidend ist daher einzig das tatsächlich auf die Scheidung angewandte Recht; unmassgeblich bleibt hingegen, welches Recht ein kroatisches Gericht für den Unterhaltsentscheid angewandt hätte, falls es darüber hätte befinden müssen.³⁴

[30] Die Anerkennung des kroatischen Scheidungsurteils war zwischen den Parteien nicht strittig und dieses Urteil war nach kroatischem Recht ergangen. Daher ist für die Urteilsergänzung ebenfalls kroatisches Recht massgeblich. Die darin vorgesehene sechsmonatige Verwirkungsfrist für die Geltendmachung nachehelicher Unterhaltsbeiträge widerspricht nach Auffassung des Bundesgerichts dem Schweizerischen Ordre public nicht.³⁵

[31] Der Entscheid schafft eine willkommene Klärung, denn die (teilweise nicht amtlich publizierten) Präjudizien sind diesbezüglich nicht ganz eindeutig. Siehe für eine ähnliche Ausgangslage allerdings BGE 144 III 368 betreffend die Ergänzung eines tschechischen Scheidungsurteils.

³⁰ Urteil 5A_836/2021 vom 29. August 2022 E. 4.3.

³¹ Siehe dazu BGer 5A_503/2020 vom 16. Dezember 2020.

³² Haager Unterhaltsübereinkommen vom 2. Oktober 1973, SR 0.211.213.01.

³³ Urteil 5A_768/2021 vom 16. August 2022 E. 3.4.

³⁴ Urteil 5A_768/2021 vom 16. August 2022 E. 3.4.3.

³⁵ Urteil 5A_768/2021 vom 16. August 2022 E. 3.4.4.3.

3. Familienrechtliches Verfahren (inkl. Passivlegitimation)

3.1. Prozessstandschaft eines Elternteils nach Volljährigkeit des Kindes

[32] Im Sachverhalt, der im Urteil 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 zu beurteilen war, hatten sich die Eltern eines Kindes im Jahr 2003 in Deutschland scheiden lassen. Im Scheidungsurteil wurden die Nebenfolgen der Scheidung nicht geregelt. Im Jahr 2017, kurz bevor der Sohn volljährig wurde, reichte die Mutter in der Schweiz ein Klage (betr. Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils) gegen den Kindsvater ein, wonach dieser zur Leistung von Kindes- und Volljährigenunterhalt zu verpflichten sei. Der Sohn hatte in einer Erklärung die Mutter ermächtigt, den Unterhalt für die Dauer seiner Ausbildung mit dem Vater zu klären und zu diesem Zweck einen Entscheid zu erwirken oder einen Vergleich abzuschliessen. Offenbar zog sich das Verfahren hin, und der mittlerweile volljährige Sohn reichte noch während dessen Rechtshängigkeit eine als «Klagerückzug» bezeichnete Eingabe ein, wonach er bestätigte, keinen Anspruch auf den eingeforderten Kindesunterhalt zu erheben.

[33] Strittig war vor diesem Hintergrund, ob die Prozessführungsbefugnis der Mutter für den Unterhaltsanspruch des während des Verfahrens volljährigen Sohnes nachträglich dahingefallen ist, weil der volljährig gewordene Sohn gegenüber dem Gericht erklärt hat, keinen Unterhalt mehr vom Vater zu fordern.

[34] Wie das Bundesgericht festhält, besteht für die Dauer der Minderjährigkeit die Prozessstandschaft von Gesetzes wegen (vgl. Art. 133 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 3 ZGB). Für diesen Zeitraum kann sie durch das Kind auch nach Eintritt der Volljährigkeit nicht widerrufen werden. Das Verfahren wird auch nicht obsolet, weil der Sohn die ihm allenfalls zustehenden Unterhaltsbeiträge beim Vater nicht einfordern wird. Denn «der Unterhaltstitel dient als (notwendige) Grundlage bzw. Ausgangspunkt für allfällige Ansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber dem Sohn für anstelle des Beschwerdegegners «vorgeschossene» Unterhaltsleistungen». ³⁶

[35] Für den Zeitraum ab Eintritt der Volljährigkeit konnte der Sohn die Ermächtigung zur Prozessführung durch die Mutter hingegen gültig widerrufen, was insoweit zu einem Nichteintentsentscheid des Gerichts führen muss.³⁷

3.2. Passivlegitimation betreffend Abänderungsklage im Bevorschussungsfall

[36] Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts musste sich die Abänderungsklage betreffend Kindesunterhalt immer dann, wenn ein Bevorschussungsentscheid vorlag, sowohl gegen das Kind wie auch gegen das bevorschussende Gemeinwesen richten.³⁸ Dieser Praxis ist in der Literatur deutliche Kritik erwachsen, und zwar sowohl mit materiellrechtlichen und auslegungsmethodischen Argumenten wie auch aus Gründen des Verfahrensrechts und mit Blick auf

³⁶ Urteil 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.4.5.

³⁷ Urteil 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.5.5.–3.5.6.

³⁸ Exemplarisch: Urteil 5A_634/2013 vom 12. März 2014 E. 4.1; 5A_499/2015 vom 20. Januar 2016 E. 2.3; BGE 143 III 177, dazu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 2. Oktober 2017, Rz. 60 ff.

praktische Schwierigkeiten. Diese Kritik ist hier nicht nochmals zusammenzufassen.³⁹ Erfreulich ist jedenfalls, dass das Bundesgericht die bisherige, rechtsdogmatisch und praktisch problematische Praxis ausdrücklich aufgibt und seine neue Rechtsprechung gleich in zwei Leiturteilen festhält:

[37] **BGE 148 III 270** (Urteil 5A_75/2020 vom 12. Januar 2022) ist der «Luzerner Leitentscheid». Er betrifft die einzig gegen den unterhaltsberechtigten Sohn gerichtete Abänderungsklage eines unterhaltpflichtigen Vaters. Ungeachtet der erwähnten bündesgerichtlichen Praxis hielt das Luzerner Kantonsgericht in seinem Entscheid fest, die Alimentenbevorschussung führe nicht dazu, «dass bei der vom Unterhaltsgläubiger angestrengten Abänderungsklage nicht das Kind allein, sondern dieses gemeinsam mit dem Gemeinwesen einzuklagen wäre».⁴⁰ Die offensichtlich überaus reichhaltigen Erwägungen des Kantonsgerichts⁴¹ gaben dem Bundesgericht «Anlass, die Thematik einer erneuten Prüfung zu unterziehen»⁴² und schliesslich der Vorinstanz beizupflchten. Die Kurzbegründung für die Praxisänderung lässt sich wie folgt umreissen: Zwar geht der Unterhaltsanspruch, den das Gemeinwesen der unterhaltsberechtigten Person bevorschusst, nach den Art. 131a oder Art. 289 Abs. 2 ZGB⁴³ auf das Gemeinwesen über. Es handelt sich dabei um eine sog. Legalzession. Wie das Bundesgericht nun – dem Kantonsgericht Luzern und der erwähnten Lehre folgend – erkannt hat, betrifft der Forderungsübergang nur die tatsächlich bevorschussten Beträge, nicht jedoch das Stammrecht, das als höchstpersönliches Recht dem Unterhaltsgläubiger verbleiben muss. Dies hat zur Folge, dass mit Bezug auf die Abänderungsklage des Unterhaltschuldners der Unterhaltsgläubiger passivlegitimiert bleibt. Das ist schon deshalb richtig, weil der Unterhaltsgläubiger und das bevorschussende Gemeinwesen zumindest dann, wenn nicht auch noch Sozialhilfeleistungen im Raum stehen, keineswegs dasselbe Interesse verfolgen: Der Unterhaltsgläubiger ist an möglichst hohen Unterhaltsbeiträgen interessiert, während das Gemeinwesen lieber tiefere Beiträge bevorschussen möchte. Diese Problematik war offenbar auch im Luzerner Fall zu beobachten, wie sich aus den bündesgerichtlichen Erwägungen ergibt.⁴⁴

[38] Das Bundesgericht bekräftigt seine neue Praxis sogleich im «Berner Entscheid» **BGE 148 III 296** (Urteil 5A_69/2020 vom 12. Januar 2022). Die prozessuale Ausgangslage war dort allerdings eine etwas andere: Erst während bereits hängigem, gegen den Unterhaltsgläubiger eingeleitetem Abänderungsverfahren kam es zu einer Bevorschussung durch das Gemeinwesen. Die Berner Richter – brav der damaligen bündesgerichtlichen Praxis folgend, diese aber immerhin bedauernd⁴⁵ – verneinten daher ab dem Zeitpunkt der Bevorschussung die Passivlegitimation des unterhaltsberechtigten Kindes, obschon genau derselbe Unterhaltsanspruch (weiterhin) in Frage stand. Die Berner Konstellation zeigt eindrücklich einen der Nachteile der früheren bündesgerichtlichen Sichtweise: Um nicht die Klageabweisung wegen fehlender Passivlegitimation

³⁹ Ausführlich dazu und m.w.H. REGINA E. AEBI-MÜLLER/LORENZ DROESE, Das Kind, der Staat und der Vorschuss, in: Brücken bauen, FS für Thomas Koller, Bern 2018, S. 1 ff.

⁴⁰ BGE 148 III 270 E. 1.

⁴¹ Dazu BGE 148 III 270 E. 4; das Kantonsgericht Luzern ergänzte die in der Literatur vorgebrachte Kritik an der bisherigen bündesgerichtlichen Rechtsprechung durch bedeutsame weitere Argumente.

⁴² BGE 148 III 270 E. 1.

⁴³ Die genannten Bestimmungen betreffen den nachehelichen Unterhalt im Scheidungsfall sowie den Kindesunterhalt; für den im Eheschutzverfahren zugesprochenen Unterhalt sowie für die Verwandtenunterstützungspflicht gilt nach Art. 176a bzw. Art. 329 Abs. 3 ZGB dasselbe.

⁴⁴ BGE 148 III 270 E. 4.

⁴⁵ BGE 148 III 296 E. 1.

zu riskieren, musste der nicht mehr leistungsfähige Unterhaltsschuldner dennoch während der Hängigkeit des Abänderungsverfahrens weiter den ursprünglich festgesetzten Unterhaltsbeitrag zahlen, damit keine Bevorschussung und damit ein Entfallen der Passivlegitimation des Unterhaltsgläubigers ausgelöst wurde. Aus prozessualen Gründen ist nämlich ein (nachträglicher) Einbezug des Gemeinwesens in das Verfahren nicht möglich, liegt doch weder ein Parteiwechsel (Art. 83 ZPO) noch eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) vor.⁴⁶

[39] Für die weiteren Entscheidgründe sei auf die beiden sehr sorgfältig begründeten Urteile des Bundesgerichts verwiesen. Hervorzuheben ist einzig eine praktische Problematik der früheren Rechtsprechung, die sich sehr anschaulich aus dem «Berner Entscheid» ergibt: Den bevorschusenden Gemeinwesen selber war unter der alten Praxis mit einem Einbezug in das Verfahren in der Regel nicht gedient. Daher hatte der zur Vernehmlassung eingeladene Sozialdienst auf eine Stellungnahme verzichtet mit der Begründung, er «sei durch die Komplexität der Streitsache überfordert [...]]; er fühle sich als Spielball der Parteien und müsse die Unterhaltsbeiträge wohl oder übel bevorschussen, solange ein gültiger und vollstreckbarer Titel vorliege.»⁴⁷

[40] Die erfreuliche bundesgerichtliche Praxisänderung betrifft, das ist an dieser Stelle zu betonen, in erster Linie die Frage der Passivlegitimation für die Abänderungsklage. An der Rechtsprechung zur **Schuldneranweisung**, die auch durch das bevorschussende Gemeinwesen verlangt werden kann, ändert sich hingegen nichts, wie BGE 148 III 270 klarstellt. Ob dies dogmatisch überzeugt, lässt das Bundesgericht letztlich offen, ist doch der «Wille des Gesetzgebers [...] nicht an Dogmatik gebunden». ⁴⁸

[41] Unberührt bleibt überdies das Recht des bevorschussenden Gemeinwesens, bei noch nicht vorhandenem Unterhaltstitel eine **Unterhaltsklage** gegen den Unterhaltsschuldner einzureichen, um die bevorschussten Unterhaltsbeiträge geltend zu machen. Bleibt der unterhaltsberechtigte Minderjährige bzw. dessen gesetzlicher Vertreter untätig, wird sich sodann aufdrängen, die Unterhaltsklage durch einen Beistand i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB anheben zu lassen, damit auch für die Zukunft ein Unterhaltstitel besteht.⁴⁹

3.3. Abgrenzung Zuständigkeit Eheschutz- und Scheidungsgericht

[42] Die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Getrenntlebens besteht bekanntlich auch nach Einleitung des Scheidungsverfahrens insofern fort, als das zuvor angehobene Verfahren abzuschliessen ist. Zudem gelten die Vorkehren gemäss Eheschutzenscheid auch während der Dauer des Scheidungsverfahrens so lange fort, bis sie entweder durch vorsorgliche Massnahmen des Scheidungsgerichts abgeändert werden oder das Scheidungsurteil rechtskräftig wird.⁵⁰ Diese Rechtsprechung erfährt nun mit BGE 148 III 95 (Urteil 5A_294/2021 vom 7. Dezember 2021) eine wichtige Ergänzung. Der Entscheid betrifft die Frage, **wie Noven zu berücksichtigen sind**, die während des hängigen Eheschutzverfahrens, aber erst nach Einleitung des Schei-

⁴⁶ Vgl. zur prozessualen Problematik BGE 148 III 270 E. 3 und 5.

⁴⁷ BGE 148 III 296 Sachverhalt C.

⁴⁸ BGE 148 III 270 E. 6.6.

⁴⁹ BGE 148 III 270 E. 6.8. Siehe zur Frage der Aktivlegitimation auch vorne, Rz. 49.

⁵⁰ Siehe für eine Übersicht über die Abgrenzung von Eheschutz- und vorsorglichen Massnahmen HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 17), Rz. 450 f.; aus der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BGE 138 III 646; BGE 143 III 617 sowie Urteil 5A_316/2018 vom 5. März 2019 E. 3.2.

dungsverfahrens eingetreten bzw. bekannt geworden sind. Wie das Bundesgericht festhält, sind bei dieser Ausgangslage im Eheschutz alle Tatsachen zu berücksichtigen, die unter Beachtung von Art. 229 ZPO (und ggf. Art. 317 ZPO) noch in das Verfahren eingebracht werden konnten. Diese Tatsachen können folgerichtig auch nicht Anlass für ein späteres Abänderungsverfahren sein, sie müssen daher unverzüglich geltend gemacht werden. Diese Vorgehensweise stellt sicher, dass das Eheschutz- und das Scheidungsverfahren prozessökonomisch abgewickelt werden und die Eheschutzmassnahmen nicht bereits bei ihrem Inkrafttreten auf einer überholten Faktenlage beruhen.

3.4. Verhältnis zwischen Massnahmen- und Endentscheid bei Unterhaltsklage

[43] Das Urteil 5A_712/2021 vom 23. Mai 2022 betrifft die selbständige Unterhaltsklage eines Kindes bei geklärtem Kindesverhältnis. Das erstinstanzliche Gericht hatte den Vater rund drei Monate nach Klageeinreichung mittels vorsorglicher Massnahmen zur Zahlung von Kindesunterhalt von monatlich CHF 490 ab Mai 2017 (d.h. rückwirkend für ein Jahr seit Klageeinreichung, vgl. Art. 279 ZGB) verpflichtet; das dagegen ergriffene Rechtsmittel war erfolglos geblieben. Der Unterhaltsprozess zog sich in der Folge in die Länge: Der Entscheid des Kantonsgerichts in der Hauptsache erging erst im Juli 2021. Darin wurde dem Kläger ein wesentlich höherer Unterhaltsbeitrag zugesprochen, wiederum rückwirkend ab Mai 2017 und sodann (mit verschiedenen Abstufungen) bis über die Volljährigkeit hinaus.

[44] Mit der gegen dieses Urteil gerichteten Beschwerde in Zivilsachen war der Unterhaltsschuldner teilweise erfolgreich. Das Bundesgericht wendet für die Frage der Rückwirkung des definitiven Unterhaltsentscheids seine Rechtsprechung zum Scheidungsrecht analog an. Es argumentiert, für die vorsorglichen Massnahmen gelte der Grundsatz der formellen Rechtskraft, sie könnten daher rückwirkend nicht abgeändert werden.⁵¹ Tatsächlich gilt im Scheidungsrecht, dass der Scheidungsunterhalt mittels Scheidungsurteil nicht rückwirkend für einen Zeitraum vor Rechtskraft der Scheidung zugesprochen werden darf.⁵² Das ist allerdings schon deshalb naheliegend, weil die Rechtsgrundlage für den Scheidungsunterhalt (Art. 125 ZGB) nicht dieselbe ist wie für den ehelichen Unterhalt (Art. 163 ZGB), der durch den Eheschutzrichter gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (oder allenfalls in analoger Anwendung der Bestimmungen zum Eheschutz mittels vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren) festgelegt wird. Vielmehr entsteht ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gerade erst mit der rechtskräftigen Scheidung, während zum selben Zeitpunkt der Anspruch auf ehelichen Unterhalt untergeht. Im selbständigen Unterhaltsprozess des Kindes unverheirateter Eltern ist die rechtliche und prozessuale Ausgangslage nicht dieselbe: Zunächst einmal ändert sich an der materiellrechtlichen Grundlage des Kindesunterhaltsanspruchs durch das Haupturteil nichts. Zudem wird das angerufene Gericht unter Umständen sehr rasch – und nach bloss summarischer Prüfung der verfügbaren Beweismittel – einen vorläufigen Unterhaltstitel auf dem Weg vorsorglicher Massnahmen schaffen. Erweist sich der vorsorglich (bzw. «vorläufig» in der Terminologie von Art. 303 Abs. 1 ZPO) zugesprochene und bezahlte Unterhalt nach dem Hauptverfahren als (wie hier: deutlich) zu tief, muss eine nach-

⁵¹ Urteil 5A_712/2021 vom 23. Mai 2022 E. 7.3.2.2. und 7.3.2.3.

⁵² Exemplarisch BGE 142 III 193 E. 5.3.

trägliche Korrektur möglich sein. Gleiches müsste auch im umgekehrten Fall gelten, wenn der Unterhalt vorsorglich zu hoch angesetzt und damit möglicherweise gar in das Existenzminimum des Schuldners eingegriffen wurde. Der Entscheid wurde daher von LUDIN mit Recht kritisiert.⁵³

3.5. Dispositions- oder Offizialmaxime bei gleichzeitiger Beurteilung von Ehegatten- und Betreuungsunterhalt

[45] Bekanntlich gilt für den Ehegatten- sowie für den nachehelichen Unterhalt die Dispositionsmaxime, während für den Kindesunterhalt, einschliesslich des Betreuungsunterhalts, die Offizialmaxime zur Anwendung gelangt. Im Urteil 5A_60/2022 vom 5. Dezember 2022 (zur Publ. vorgesehen) musste sich das Bundesgericht mit der Frage befassen, wie diese Prozessmaximen zusammenspielen, wenn im zweitinstanzlichen Verfahren zugleich Ehegatten- und Betreuungsunterhalt zu beurteilen ist. Der Entscheid erging vor folgendem Hintergrund: In einem Eheschutzverfahren hatte die erste Instanz der Ehefrau keinen Ehegattenunterhalt zugesprochen, hingegen den Betreuungsunterhalt auf CHF 5'151 festgelegt. Dagegen legte lediglich der Ehemann Berufung ein. Die zweite Instanz reduzierte den Betreuungsunterhalt erheblich, sprach allerdings der Ehefrau, die selber kein Rechtsmittel ergriffen hatte, Ehegattenunterhalt zu, wobei der Gesamtbetrag praktisch unverändert blieb. Dies wiederum veranlasste den Ehemann zur Beschwerde in Zivilsachen.

[46] Das Vorgehen des Obergerichts ist (zumindest unter Willkürgesichtspunkten) im Eheschutzverfahren nicht zu beanstanden. Zwar verbietet der Dispositionsgrundsatz der Rechtsmittelinstanz, über die Anträge des Berufungsklägers hinauszugehen und den erstinstanzlichen Entscheid zu dessen Ungunsten abzuändern.⁵⁴ Die Unterhaltsansprüche von Ehefrau und Kind sind zudem klar auseinanderzuhalten. Aufgrund der für den Ehegattenunterhalt geltenden Dispositionsmaxime darf das Gericht nicht von Amtes wegen mehr Unterhalt zusprechen, als beantragt wurde. Daher «hat der Ehegatte, der sowohl für sich wie auch für ein Kind Unterhalt erstreiten will, Eventualbegehren für den Fall zu stellen, dass er mit seinen Hauptanträgen nicht obsiegt».⁵⁵ Allerdings, so fährt das Bundesgericht fort, ist in der vorliegenden Konstellation zu beachten, dass die Anschlussberufung im Eheschutzverfahren gemäss Art. 271 Bst. a i.V.m. Art. 314 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist. Bereits in früheren Fällen hat das Bundesgericht deshalb der Interdependenz von Ehegatten- und Betreuungsunterhalt in ähnlichen Sachlagen Rechnung getragen.⁵⁶ Dem Obergericht konnte unter diesen Umständen jedenfalls keine Willkür vorgeworfen werden.⁵⁷

[47] Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die **ZPO-Revision**: Voraussichtlich wird die Anschlussberufung für familienrechtliche Summarverfahren zulässig, die konkrete Formulierung von nArt. 314 ZPO konnte im Rahmen der parlamentarischen Beratungen aber noch nicht abschliessend geklärt werden.

⁵³ JEAN-MICHEL LUDIN, 5A_712/2021: Verhältnis zwischen vorsorglichem Massnahmen- und Endentscheid bei selbstständiger Unterhaltsklage, swissblawg vom 17. Juli 2022, mit Hinweis auf die Argumentation von SAMUEL ZOOG, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra.ch 1/2018, S. 96 ff.

⁵⁴ Urteil 5A_60/2022 vom 5. Dezember 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.4.1.

⁵⁵ Urteil 5A_60/2022 vom 5. Dezember 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.4.1.

⁵⁶ Vgl. insbes. Urteil 5A_776/2021 vom 21. Juni 2022 E. 6.3.2.

⁵⁷ Urteil 5A_60/2022 vom 5. Dezember 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.4.1.

3.6. Abänderung des im Scheidungsurteil festgelegten Kindesunterhalts

[48] Dem Urteil 5A_880/2020 vom 4. Januar 2022 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Mit Scheidungsurteil war dem gemeinsamen Sohn Kindesunterhalt und der geschiedenen Ehefrau Ehegattenunterhalt zugesprochen worden. Letzterer ging später durch Wiederverheiratung unter. Der (immer noch minderjährige) Sohn verlangte die Erhöhung des Unterhaltsbeitrages. In der Folge war strittig, ob eine solche Anpassung mit Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils oder als selbständige Unterhaltsklage i.S.v. Art. 295 ZPO beantragt werden muss. Alle drei Instanzen sind sich diesbezüglich einig: Richtigerweise muss auf Abänderung des Scheidungsurteils geklagt werden, dies ergibt sich aus Art. 134 Abs. 3 i.V.m. Art. 284 Abs. 3 ZPO. Nicht anders verhält es sich in Fällen wie dem vorliegenden, wenn keine Koordinationsschwierigkeiten mit anderen Belangen des Scheidungsurteils ersichtlich sind. Das Kind kann in eigenem Namen auf Abänderung klagen (Art. 134 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB) – damit war auch dem Argument des (erst neunjährigen!) Beschwerdeführers die Grundlage entzogen, er habe die selbständige Klage deshalb gewählt, weil seine Mutter nicht Verfahrenspartei habe sein wollen.

3.7. Abänderung oder Feststellungsklage bei Ende des Volljährigenunterhalts

[49] Der Kindesunterhalt wird in der Regel im Unterhaltsentscheid über die Volljährigkeit hinaus «bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung» (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB) zugesprochen. Bei der zitierten Klausel handelt es sich, wie das Bundesgericht im Urteil 5A_90/2021 vom 1. Februar 2022 festhält, um eine Resolutivbedingung.⁵⁸ Entfallen mit dem Ende der Ausbildung die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Volljährigenunterhalt, so geht der Anspruch ohne weiteres unter. Ist im Einzelfall strittig, ob das Kind noch einer angemessenen Ausbildung nachgeht, so steht nicht die Abänderung des Unterhaltsentscheids im Raum, vielmehr ist diesfalls eine Feststellungsklage i.S.v. Art. 88 ZPO zu erheben. Örtlich zuständig für die Feststellungsklage des Unterhaltsschuldners ist das Gericht am Wohnsitz des Kindes; der klagende Elternteil kann den Klägergerichtsstand nach Art. 26 ZPO nicht für sich beanspruchen.⁵⁹

[50] Dem Urteil des Bundesgerichts ist insoweit vollumfänglich beizupflichten. Kritikwürdig ist allerdings ein (in casu nicht entscheidrelevanter) Einschub: Bei der Zusammenfassung der **Voraussetzungen des Volljährigenunterhalts** hält das Bundesgericht fest, die Ausbildung müsse «einem – zumindest in seinen Grundzügen – bereits vor der Volljährigkeit angelegten Lebensplan entsprechen»,⁶⁰ es verweist dafür auf seine ältere Rechtsprechung. Nach Auffassung der Rezentsentin ist diese Aussage längst überholt. Die zitierte Rechtsprechung ist vor dem 1. Januar 1996 ergangen, als das Volljährigkeitsalter i.S.v. Art. 14 ZGB noch bei 20 Jahren lag. Einem minderjährigen, d.h. noch nicht 18-jährigen, oft noch in der Kantonsschule büffelnden Jugendlichen bereits einen beruflichen «Lebensplan» abzuverlangen, damit ihm der Anspruch auf Volljährigenunterhalt nicht zum vornherein versagt bleibt, ist offenkundig realitätsfern.⁶¹

⁵⁸ Urteil 5A_90/2021 vom 1. Februar 2022 E. 2.3.

⁵⁹ Urteil 5A_90/2021 vom 1. Februar 2022 E. 3.1.4.

⁶⁰ Urteil 5A_90/2021 vom 1. Februar 2022 E. 2.2.

⁶¹ Vgl. aus der Literatur u.a. CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, in: Basler Kommentar ZGB I, 7. Aufl. 2022, N 10 zu Art. 277 ZGB.

3.8. Beschwerde in Zivilsachen nach Rückweisungsentscheid

[51] Das Urteil 5A_130/2022 vom 8. September 2022 (zur Publ. vorgesehen) befasst sich mit folgender prozessualen Vorgesichte: Der Entscheid des Bezirksgerichts in einem Abänderungsverfahren betr. Eheschutz war am 2. September 2020 ergangen. Die dagegen gerichteten Berufungen beider Ehegatten wurden durch das Obergericht am 29. April 2021 teilweise gutgeheissen, die Sache wurde zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurückgewiesen. Dieses entschied am 10. Januar 2022 neu. Der Ehemann er hob daraufhin Beschwerde in Zivilsachen, wobei sich diese sowohl gegen das Urteil des Obergerichts als auch gegen das Urteil des Bezirksgerichts richtete.

[52] Das Bundesgericht erinnert zunächst an den **Grundsatz der Ausschöpfung des Instanzenzuges**: «Gegen den auf Rückweisung hin ergangenen Entscheid der ersten Instanz ist grundsätzlich wiederum der Instanzenzug zu durchlaufen.» (E. 1.1) Dies gilt uneingeschränkt insoweit, als das erstinstanzliche Gericht aufgrund des Rückweisungsentscheids der zweiten Instanz über einen Ermessensspieldraum verfügt oder gewisse Aspekte des Verfahrens erstmals beurteilt. Darauf kann gegen einen entsprechenden erstinstanzlichen Entscheid nicht direkt das Bundesgericht angerufen werden (vgl. Art. 75 BGG).

[53] Anders verhält es sich allerdings dann, wenn das erstinstanzliche Gericht für diejenigen Aspekte des Urteils, die nun vom Bundesgericht beurteilt werden sollen, aufgrund des zweitinstanzlichen Rückweisungsentscheids keinen Ermessensspieldraum hatte. Mit Bezug auf diese Aspekte wäre zwar bereits gegen den Rückweisungsentscheid die Beschwerde in Zivilsachen zulässig gewesen. Es schadet aber nicht, wenn diese nicht sofort ergriffen, sondern zunächst der neue Entscheid der ersten Instanz abgewartet wird. Weil eine Trennung des kantonalen und des eidgenössischen Rechtsweges nicht zulässig ist, steht der direkte Weg an das Bundesgericht gegen den erstinstanzlichen Entscheid nur offen, wenn der Beschwerdeführer ausschliesslich die Erwägungen des Rückweisungsentscheides rügen will.⁶² Zu beachten ist sodann, dass es «nicht Aufgabe des Bundesgerichts [ist], den oberinstanzlichen Rückweisungsentscheid auszulegen und dessen Erwägungen danach abzugrenzen, ob sie für das erstinstanzliche Gericht verbindliche Anordnungen enthalten oder ob sie diesem einen Entscheidungsspieldraum überlassen. Vielmehr obliegt es der beschwerdeführenden Partei, dies klar und soweit möglich belegt darzutun (Art. 42 Abs. 2 BGG).»⁶³

[54] Das prozessuale Vorgehen des Beschwerdeführers im konkreten Fall wäre daher unter Umständen grundsätzlich möglich gewesen. Allerdings hatte er vorliegend sowohl Teile des Urteils mit und Teile ohne Ermessensspieldraum der ersten Instanz angefochten.⁶⁴ Bei dieser Sachlage hätte der Instanzenzug ausgeschöpft, mithin zuerst die zweite kantonale Instanz angerufen werden müssen. Die Beschwerde in Zivilsachen wurde daher durch Nichteintretentscheid erledigt.

⁶² Urteil 5A_130/2022 vom 8. September 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 1.1. mit Hinweis u.a. auf BGE 145 III 42 E. 2.2.1.

⁶³ Urteil 5A_130/2022 vom 8. September 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 1.1.

⁶⁴ Urteil 5A_130/2022 vom 8. September 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 1.3.

4. Entstehung des Kindesverhältnisses

4.1. Vaterschaftsanerkennung durch Testament

[55] Um eine familien- und erbschaftssteuerrechtlich relevante Testamentsauslegung geht es im Urteil 5A_631/2021 vom 20. Juni 2022. Ausgangspunkt des Rechtsstreits war ein öffentlich beurkundetes Testament mit folgendem Wortlaut: «Als gesetzliche Erben hinterlasse ich voraussichtlich meine Nachkommen, nämlich: a. Herrn A. [...], b. Herrn D. [...], c. Frau B. [...].» In der Folge betonte der Erblasser seinen ausdrücklichen Wunsch, dass alle vier im Testament genannten Personen (die drei «Nachkommen» sowie ein Neffe) zu je einem Viertel erbberechtigt sein sollten. Die namentlich genannten Erben A., D. und B. sind unstrittig die drei biologischen Kinder des Erblassers, für die er aufgrund einer **altrechtlichen Zahlvaterschaft** Unterhalt geleistet hatte. Gemäss Personenstandsregister waren die Kinder allerdings rechtlich vaterlos, registerrechtlich handelte es sich somit nicht um «Nachkommen» des Erblassers.

[56] Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, ob die zitierte Testamentsklausel eine rechts-gültige **Vaterschaftsanerkennung** darstellt. Das Bundesgericht verneint dies u.a. unter Verweis auf seine ältere Rechtsprechung, die (an sich ohne einen entsprechenden Anhaltspunkt im Wortlaut von Art. 260 ZGB) eine deutliche, klare bzw. eindeutige Willensäußerung fordert, die hier nicht vorliege. Diese Argumentation und das Ergebnis des bundesgerichtlichen Urteils überzeugen nicht. Es gibt keinen Grund anzunehmen, dass der Erblasser sich nicht auf der Erklärung, als Vater zu gelten, behaften lassen wollte.⁶⁵ Ebenso wenig sind vorliegend irgendwelche registerrechtlichen Schwierigkeiten auszumachen, die für eine zurückhaltende Auslegung des Testaments sprechen würden.

[57] Siehe zu diesem Urteil auch MEIER/HÄBERLI, die den Entscheid für «sehr streng» halten, «umso mehr unter Berücksichtigung des Umstands, dass Bedeutung und Tragweite einer Zahlvaterschaft für Laien nicht ohne weiteres verständlich sind» und auf eine mögliche Haftung des verurkundenden Notars hinweisen.⁶⁶

[58] Immerhin sollte den drei Nachkommen nunmehr die **Vaterschaftsklage** (entgegen Art. 13a SchLT ZGB) noch offen stehen, hält doch die Übergangsnorm, wie in der Literatur mehrfach dargelegt wurde, nicht vor Art. 8 EMRK stand.⁶⁷

4.2. Im Ausland erfolgte Vaterschaftsanerkennung, Eintragung im Register

[59] Grosszügiger mit Bezug auf eine Vaterschaftsanerkennung zeigt sich das Bundesgericht im Urteil 5A_760/2021 vom 22. Juli 2022. A (Jahrgang 1931, Schweizer Bürger mit Wohnsitz in der

⁶⁵ Dazu u.a. PETER BREITSCHMID, Erbrechtliche Paralipomena, successio 4/2021, S. 326 ff., Rz. 16, der mit Recht betont, «dass jegliche (und m.E. nicht einmal notwendig testamentarische) Äusserung eines Erblassers, die seine Übereinstimmung mit der heutigen, längst (sowohl vom ZGB wie von elementarsten grundrechtlichen Normen her) als selbstverständlich empfundenen Rechtslage erkennen lässt, als Anerkennung eben dieser heutigen Rechtslage (und damit als Anerkennung i.S.v. Art. 260 ZGB) zu gelten hat.»

⁶⁶ PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, ZKE 5/2022, S. 372 f.; zur unzulässigen Diskriminierung von Zahlvaterkindern im Erbrecht u.a. PETER BREITSCHMID, Kurz vor der Zukunft des Erbrechts, successio 2022, S. 346 ff., 351.

⁶⁷ Exemplarisch: SIMONE SPRENGER/MARTINA ENGEL, Neue Hoffnung für Kinder ohne rechtlichen Vater? Die Zahlvaterschaft und das Übergangsrecht im Lichte der EMRK, FamPra.ch 2/2022, S. 347 ff.; ebenso MEIER/HÄBERLI (Fn. 66), S. 373.

Schweiz) hatte im Jahr 2018 in Frankreich das im Jahr 2016 geborene Kind von B (Jahrgang 1980) anerkannt. Die Anerkennung wurde in das französische Zivilstandsregister eingetragen. Die Zivilstandsbehörde des Kantons Waadt verweigerte indessen die Eintragung der Vaterschaft in das Schweizer Personenstandsregister mit der Begründung, es bestünden erhebliche Zweifel an der Vaterschaft von A. Die Behörde führte aus, nur der biologische Vater könne ein Kind anerkennen und das Zivilstandamt könne bei begründeten Zweifeln eine DNA-Untersuchung verlangen. A und B heirateten im Jahr 2019 in Frankreich, die Ehe wurde in das französische Zivilstandsregister eingetragen. In der Folge stellte sich die Zivilstandsbehörde des Kantons Waadt auf den Standpunkt, auch die Ehe könne nicht in das Schweizer Register eingetragen werden, solange die strittige Vaterschaftsanerkennung nicht bereinigt sei. A gab daraufhin ausdrücklich zu, nicht der genetische Vater des Kindes zu sein, verlangte aber weiterhin die Eintragung der Anerkennung. Sowohl die Behörde wie auch das gegen den erstinstanzlichen Entscheid angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Waadt verweigerten diese jedoch; die in Frankreich erfolgte Anerkennung widerspreche dem *Ordre public* und könne daher nicht in das Schweizerische Register eingetragen werden.

[60] Mit Recht weist das Bundesgericht diese Argumentation zurück: Die Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 73 Abs. 1 ZGB lagen vor, war doch die Anerkennung im Heimatstaat des Kindes, Frankreich, nach dortigem Recht gültig erfolgt und in das französische Register eingetragen worden. Damit könnte die Eintragung in das Schweizerische Register nur verweigert werden, wenn ein Verweigerungsgrund vorliegen würde. Selbst eine wissentlich falsche Kindesanerkennung verstösst jedoch nicht gegen den **Ordre public i.S.v. Art. 27 IPRG**.⁶⁸ Das muss schon deshalb gelten, weil die genetische Vaterschaft keine Anerkennungsvoraussetzung nach Art. 260 ZGB ist; die einhellige Lehre geht folgerichtig davon aus, dass die Zivilstandsbehörden nicht befugt sind, einen Beweis der genetischen Vaterschaft zu verlangen. Zwar will ein Teil der Literatur die Anerkennung dann nicht zulassen, wenn die genetische Vaterschaft ausgeschlossen ist.⁶⁹ Im vorliegenden Fall ist jedoch zu bedenken, dass die Anerkennung in Frankreich stattgefunden hat und in das dortige Register eingetragen wurde. Hinkende Situationen zum Nachteil des Kindes sind, wenn immer möglich, zu vermeiden; vorbehalten bleibt einzig ein «fraude manifeste».⁷⁰ Daher muss die Kindesanerkennung auch in der Schweiz akzeptiert und eingetragen werden.

4.3. Eintragung der Elternschaft in das Schweizerische Zivilstandsregister nach Leihmutterschaft in Georgien

[61] Gleich zwei amtlich publizierte Urteile haben sich im Jahr 2022 mit georgischen Leihmutter-schaften und deren Wirkung in der Schweiz befasst.

[62] Im Sachverhalt, der **BGE 148 III 245** (Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022) zugrunde lag, hatten die Wunscheltern mit einer georgischen Leihmutter einen Leihmutterschaftsvertrag abgeschlossen. Für die künstliche Befruchtung wurden eine Eizelle der Wunschmutter sowie

⁶⁸ Urteil 5A_760/2021 vom 22. Juli 2022 E. 5.1.2.

⁶⁹ Siehe die Hinweise im Urteil 5A_760/2021 vom 22. Juli 2022 E. 5.1.2.

⁷⁰ Urteil 5A_760/2021 vom 22. Juli 2022 E. 5.2.

Sperma des Wunschvaters verwendet. Die von der Leihmutter ausgetragenen und in Georgien geborenen Zwillinge stammen daher genetisch von den Wunscheltern ab.

[63] Nach georgischem Recht werden bei Vorliegen eines Leihmutterschaftsvertrages die Wunscheltern von Gesetzes wegen zu rechtlichen Eltern erklärt. Entsprechend wurden auf den georgischen Geburtsurkunden die in der Schweiz wohnhaften Wunscheltern eingetragen. Die Wunscheltern, die beide die türkische Staatsangehörigkeit besitzen, liessen die beiden Babys zunächst in der Türkei als türkische Staatsangehörige und als ihre Kinder registrieren, bevor sie mit ihnen in die Schweiz zurückkehrten und die Aufnahme der Kinder in das Personenstandsregister verlangten. Daraufhin wurde der Wunschvater als Vater durch Anerkennung eingetragen, als Mutter wurde die georgische Leihmutter eingetragen. Auf Rekurs hin ordnete die Justizdirektion des Kantons Zürich die Eintragung der Wunscheltern als Eltern (ohne weitere Spezifizierung der Beziehungsart) an. Dagegen erhob wiederum das Bundesamt für Justiz Beschwerde beim Verwaltungsgericht, das die Beschwerde guthiess und die ursprüngliche Eintragung bestätigte. Die dagegen gerichtete Beschwerde in Zivilsachen blieb erfolglos.

[64] Die Aufnahme einer im Ausland erfolgten Geburt in das Schweizerische Zivilstandsregister erfolgt durch Nachbeurkundung. Dabei ist vorliegend allerdings nicht Art. 70 IPRG anwendbar, weil es sich bei der Geburtsurkunde, die ein durch Gesetz entstandenes Kindesverhältnis wie-der gibt, nicht um eine ausländische «Entscheidung» handelt. Massgebend ist vielmehr **Art. 68 IPRG**.⁷¹ Nach dieser Bestimmung untersteht die Entstehung des Kindesverhältnisses dem **Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes**. Die Wunscheltern haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt – trotz eines kurzen Aufenthalts in Georgien, wo sie die Kinder abholten, und eines rund dreimonatigen Aufenthaltes in der Türkei – weiterhin in der Schweiz. Das hat entsprechende Konsequenzen für den gewöhnlichen Aufenthalt der Kinder: «Sorgen die Wunscheltern – wie hier – praktisch ab Geburt für die beiden Kinder und haben sie geplant, in nächster Zeit in den Staat ihres eigenen Lebensmittelpunkts zurückzukehren, liegt dort der gewöhnliche Aufenthalt der neugeborenen Leihmutterkinder.»⁷² Entsprechend ist Schweizerisches Abstammungsrecht für die rechtliche Zuordnung der Kinder anwendbar, was zwingend zur Mutterschaft der georgischen Geburtsmutter führt.⁷³ Immerhin war die Vorinstanz von der gültigen Anerkennung der Kinder durch den Wunschvater ausgegangen, sodass das rechtliche Kindesverhältnis zu diesem besteht.⁷⁴ Möglich bleibt in der Folge die Stiefkindadoption der Zwillinge durch die Wunschmutter, was nach Auffassung des Bundesgerichts den Vorgaben der EMRK genügt.⁷⁵

[65] Mit einem ähnlichen Sachverhalt befasst sich **BGE 148 III 384** (Urteil 5A_32/2021 vom 1. Juli 2022). Die in der Schweiz wohnhaften Wunscheltern hatten ebenfalls mit einer georgischen Leihmutter einen Leihmutterschaftsvertrag abgeschlossen. Für die Zeugung des Kindes wurde allerdings eine Eizellspende in Anspruch genommen, sodass das Mädchen nur mit dem Wunschvater, nicht mit der Wunschmutter, genetisch verwandt ist. Das zuständige Departement des Kantons Aargau wies das Zivilstandsamt an, bei der Eintragung in das Schweizer Zivilstandsregister das Kind als leibliches Kind der georgischen Leihmutter (Zusatzangabe: Name der Eizellspenderin) und ohne rechtlichen Vater einzutragen. Das Obergericht hiess die dagegen gerichtete Beschwer-

⁷¹ BGE 148 III 245 E. 4.2. und 5.2.

⁷² BGE 148 III 245 E. 6.2.

⁷³ BGE 148 III 245 E. 6.4.

⁷⁴ Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022, in BGE 148 III 245 nicht abgedruckte E. 7.2.–7.3.

⁷⁵ Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022, in BGE 148 III 245 nicht abgedruckte E. 8.

de teilweise gut, indem es entschied, der Wunschvater könne als rechtlicher Vater durch Anerkennung eingetragen werden. Allerdings wurde die Leihmutter nur noch bei den «Zusatzangaben» angeführt, womit das Mädchen im Register als rechtlich mutterlos dargestellt wurde.

[66] Gegen diesen Entscheid wiederum gelangte das Bundesamt für Justiz an das Bundesgericht. Mit derselben Begründung wie im kurz zuvor ergangenen Parallelfall (vgl. Rz. 62 ff.) hielt das Bundesgericht dafür, die georgische Geburtsurkunde könne in der Schweiz nicht nachbeurkundet werden, weil das Kind seit seiner Geburt den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz habe und daher Schweizer Recht anwendbar sei.⁷⁶ Damit stand fest, dass als Mutter die georgische Leihmutter einzutragen ist. Zu prüfen war daher nur noch, ob eine gültige Kindesanerkennung durch den Vater entweder nach georgischem Recht (Staatsangehörigkeit des Kindes) oder nach Schweizer Recht vorliegt. Anwendbar ist insofern Art. 73 IPRG. Da das Mädchen nach georgischem Recht von Gesetzes wegen den Wunscheltern zugeordnet worden war, bestand insofern zum vornherein keine Möglichkeit zur Kindesanerkennung durch den Wunschvater.⁷⁷ Es liegt aber auch keine Anerkennung nach schweizerischem Recht vor. Insbesondere stellt der **Leihmutterschaftsvertrag keine Kindesanerkennung i.S.v. Art. 260 ZGB** dar, dies schon deshalb, weil eine gültige Anerkennung nicht vor der Zeugung erfolgen kann und weil der Vertragsinhalt nicht auf eine Kindesanerkennung gerichtet ist, sondern das Zusammenwirken aller Beteiligten sowie deren Rechte und Pflichten im Hinblick auf die Reproduktion regelt. Entsprechend konnte der Vater (noch nicht) durch Anerkennung ins Zivilstandsregister eingetragen werden, allerdings steht ihm eine entsprechende Erklärung jederzeit offen.⁷⁸ Anschliessend ist mit Bezug auf die Wunschmutter eine Stieffkindadoption möglich.⁷⁹

5. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

5.1. Elterliche Sorge; anwendbares Recht

[67] Das Urteil 5A_41/2022 vom 3. November 2022 dient als Erinnerung daran, dass das Familiengericht in grösserem Umfang als andere Rechtsgebiete auf **internationale Bezüge** abstellt, sodass gegebenenfalls ausländisches Recht beachtet werden muss.

[68] Der Fall betrifft die unverheirateten Eltern eines Kindes, das in Belgien zur Welt gekommen war und zunächst mit ihrer Mutter dort gewohnt hatte. Inzwischen sind beide Eltern und das Kind in der Schweiz wohnhaft. Der Vater stellte einen Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge und auf Einführung einer alternierenden Obhut, verbunden mit dem Recht, mit dem Kind (ferienhalber) ins Ausland reisen zu dürfen. Die Mutter verlangte ihrerseits die Abweisung dieser Begehren. Während die erste kantonale Instanz die Anträge des Vaters abwies, hiess das Kantonsgericht Waadt dessen Berufung teilweise gut. Es ordnete die gemeinsame elterliche Sorge an, regelte das Besuchsrecht des Vaters und erlaubte beiden Eltern, mit dem Kind aus der Schweiz zu reisen. Erst das Bundesgericht, das von der Mutter angerufen wurde, stellte fest, dass nach belgischem Recht seit der Geburt des Kindes beide Eltern Inhaber der elterlichen

⁷⁶ BGE 148 III 384 E. 5.2.

⁷⁷ BGE 148 III 384 E. 6.2.

⁷⁸ BGE 148 III 384 E. 7.4.1.

⁷⁹ BGE 148 III 384 E. 7.4.2.

Sorge sind. Daran hatte sich mit dem Umzug in die Schweiz auch nichts geändert (Grundsatz der Kontinuität, Art. 16 Abs. 3 HKsÜ⁸⁰).

[69] Entsprechend hätten die kantonalen Instanzen nicht die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge, sondern vielmehr die Frage klären müssen, ob eine **wesentliche Änderung der Verhältnisse** eine Neuregelung der elterlichen Sorge i.S. der mütterlichen Alleinsorge rechtfertigte oder nicht (Art. 298d Abs. 1 ZGB).⁸¹ Da die Mutter – in der festen Überzeugung, sie sei Alleininhaberin des Sorgerechts – im ganzen Verfahren geltend gemacht hatte, es liege keine wesentliche Änderung der Verhältnisse vor, bleibt es im praktischen Ergebnis bei dem, was das Kantonsgericht erkannt hatte: nämlich bei der gemeinsamen elterlichen Sorge beider Eltern.

5.2. Begleitetes Besuchsrecht

[70] Mehrere Urteile des Bundesgerichts während der Berichtsperiode befassen sich mit dem begleiteten Besuchsrecht. Eine schöne (wenngleich nicht neue) Zusammenfassung des Zwecks des begleiteten bzw. überwachten Besuchsrechts findet sich u.a. im Urteil 5A_874/2021 vom 13. Mai 2022 E. 4.1.1: «Le droit de visite surveillé tend à mettre efficacement l'enfant hors de danger, à désamorcer des situations de crise, à réduire les craintes et à contribuer à l'amélioration des relations avec l'enfant et entre les parents.»

[71] Im selben Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass ein begleitetes Besuchsrecht zwar im Prinzip eine vorläufige Lösung darstelle und daher nur für einen begrenzten Zeitraum angeordnet werden könne. Allerdings werden ausdrücklich Fälle vorbehalten, in denen von vornherein klar ist, dass die Besuche in absehbarer Zukunft nicht unbegleitet durchgeführt werden können.⁸² Der konkrete Fall betraf einen Vater mit Suchtproblemen. Die (**ausnahmsweise**) **Zulassung eines unbefristeten begleiteten Besuchsrechts** ist eine erfreuliche Abkehr vom Urteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020, wo das Bundesgericht mit Bezug auf einen Vater, der an einer psychischen Erkrankung litt, noch festgehalten hatte, dass ein begleitetes Besuchsrecht nur befristet angeordnet werden könne. Ein begleitetes Besuchsrecht, so argumentierte das Bundesgericht damals, scheide aus, «wenn von vornherein klar ist, dass die Besuche nicht innert absehbarer Zeit ohne Begleitung ausgeübt werden können».⁸³ Es ist zu begrüßen, dass diese Rechtsprechung (hoffentlich definitiv) aufgegeben wird,⁸⁴ sie hätte insbesondere für Eltern mit einer dauerhaften psychischen oder physischen Behinderung u.U. die Konsequenz, dass von einem Besuchsrecht ganz abgesehen werden müsste, wenn ein unbegleitetes Besuchsrecht nicht verantwortet werden könnte.

⁸⁰ Haager Kinderschutzübereinkommen vom 19. Oktober 1996, SR 0.211.231.011.

⁸¹ Vgl. zur unterschiedlichen Ausgangslage bei der erstmaligen bzw. Neuregelung der elterlichen Sorge nach Art. 298b ZGB bzw. Art. 298d Abs. 1 ZGB u.a. das Urteil 5A_230/2022 vom 21. September 2022 E. 2.

⁸² Urteil 5A_874/2021 vom 13. Mai 2022 E. 4.1.1.

⁸³ Urteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.2.

⁸⁴ Bestätigt wurde die Aussage, wonach die Befristung der Begleitung nur die Regel darstelle, von der abgewichen werden könne, schon wenige Monate später im Urteil 5A_177/2022 vom 14. September 2022 E. 3.1.1.

6. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (inkl. Verfahren)

6.1. Errichtung eines Vorsorgeauftrags, Voraussetzung der Urteilsfähigkeit

[72] Das Urteil 5A_926/2021 vom 19. Mai 2022 rekapituliert die Voraussetzungen der Errichtung eines Vorsorgeauftrages, insbesondere die Urteilsfähigkeit und deren Nachweis. Zwei erste Vorsorgeaufträge (einer betreffend die Vermögenssorge, der andere betreffend die Personensorge) datieren aus dem Jahr 2015. Darin wurden drei Vorsorgebeauftragte bezeichnet, u.a. ein Sohn des Vorsorgeauftraggebers. Im Mai 2016 wurden die Vorsorgeaufträge durch die Erwachsenenschutzbehörde in Kraft gesetzt. Im Dezember 2016 erteilte der Betroffene anlässlich einer Hospitalisation seinem Sohn eine Generalvollmacht und errichtete einen weiteren Vorsorgeauftrag, in dem er den Sohn als alleinigen Vorsorgebeauftragten bezeichnete.

[73] Wie das Bundesgericht richtigerweise festhält, impliziert die Validierung des Vorsorgeauftrages, dass der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt urteilsunfähig war.⁸⁵ Damit wird für die Zukunft die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen. Der Sohn hätte daher beweisen müssen, dass der Vater im Dezember 2016 anlässlich der Errichtung des zweiten Vorsorgeauftrages die Urteilsfähigkeit wieder erlangt hatte. Dies gelang ihm indessen nicht, obschon einer der betreuenden Ärzte dem Betroffenen die Urteilsfähigkeit bescheinigt hatte und weitere Gesundheitsfachpersonen dies bestätigt hatten. Da die Vorinstanzen – gestützt auf Sachverständigengutachten – die Urteilsfähigkeit des Betroffenen aus guten Gründen in Zweifel gezogen und u.a. dessen Beeinflussbarkeit betont hatten, musste es bei der durch die Validierung des Vorsorgeauftrages begründeten Vermutung der Urteilsunfähigkeit bleiben.

6.2. Uneinigkeit zweier Beistandspersonen

[74] In BGE 146 III 313 hatte das Bundesgericht mit Bezug auf ein gemeinsam sorgeberechtigtes Elternpaar festgehalten, dass die Uneinigkeit der gesetzlichen Vertreter betreffend einen Impfentscheid eine Kindeswohlgefährdung darstelle, die nötigenfalls durch Einschreiten der Kindeschutzbehörde zu beseitigen sei. Das Urteil 5A_154/2022 vom 20. Mai 2022 betrifft eine analoge Sachlage. Die geschiedenen Eltern eines erwachsenen, wegen eines Down-Syndroms unter umfassender Beistandschaft stehenden Sohnes waren gemeinsam als Beistandspersonen eingesetzt worden. Sie konnten sich in der Folge über die Covid-Auffrischimpfung nicht einigen. Wie bei uneinigen, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ist es nicht hinnehmbar, dass für eine verbeistandete erwachsene Person wegen der Uneinigkeit mehrerer Beistände kein Entscheid getroffen werden kann. Entsprechend kann bei dieser Sachlage die KESB angerufen werden. In Impffragen entscheidet diese entsprechend den Empfehlungen des BAG.

6.3. Entlassung der Beistandin

[75] Auf Antrag der Schwester einer verbeistandeten Person wurde die bisherige Beistandin (Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung) durch die KESB aus dem Amt entlassen.⁸⁶ Da-

⁸⁵ Urteil 5A_926/2021 vom 19. Mai 2022 E. 3.2.

⁸⁶ Der Entlassung war ein rund dreieinhalbjähriges Verfahren vorausgegangen; siehe dazu u.a. die Urteile 5A_345/2019 vom 24. Juli 2019 und 5A_71/2020 vom 16. Juni 2020.

gegen gelangte die Beistandin zuerst erfolglos an das Obergericht und er hob anschliessend ebenso erfolglos Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht führt im **Urteil 5A_839/2021** vom 3. August 2022 aus, bei der Entlassung eines Beistandes «aus wichtigem Grund» i.S.v. Art. 423 Abs. 1 Ziff. 2 **ZGB** sei «eine Gefährdung der Interessen bzw. des Wohls der betroffenen Person zu verlangen. Der wichtige Grund setzt ein der Beistandin zuzuschreibendes Handeln oder Unterlassen voraus, das in schwerwiegender Weise eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der erwachsenenschutzrechtlichen Tätigkeit darstellt [...]. Dazu zählen Ursachen wie etwa Amtsmissbrauch, Amtsanmassungen, Persönlichkeitsverletzungen oder Rollenkonflikte [...].»⁸⁷ Demgegenüber setzt eine Entlassung wegen nicht mehr bestehender Eignung nach Art. 423 Abs. 1 Ziff. 1 **ZGB** kein Fehlverhalten voraus, es genügt die abstrakte Gefährdung der Interessen der betroffenen Person.⁸⁸ In casu erwies sich die Entlassung der Beistandin wegen mehrfachem Zu widerhandeln gegen klare Anweisungen der KESB sowie wegen wiederholter Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit einem Interessenkonflikt (Zahlungen aus dem Vermögen der betroffenen Person an eine der Beistandin nahestehende Stiftung) als rechtmässig.

6.4. Örtliche (Un)Zuständigkeit der KESB

[76] Die örtliche Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde ist bundesrechtlich geregelt (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 442 Abs. 1 **ZGB**). Die Kindesschutzbehörde muss daher ihre (örtliche) Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen. Eine Einlassung auf das von einer unzuständigen Behörde geführte Verfahren ist wegen der zwingenden Natur der Zuständigkeitsregeln nicht möglich. Dies hat, wie das Bundesgericht im **Urteil 5A_773/2021** vom 22. November 2022 ausführt, zur Folge, dass die Unzuständigkeit auch erst im Berufungsverfahren gerügt werden kann. Im konkreten Fall hatte eine Behörde Kindesschutzmassnahmen erlassen, obschon das Kind zum Zeitpunkt des Entscheids seit mehr als eineinhalb Jahren nicht mehr im Zuständigkeitsbereich der KESB wohnhaft war. Der Vater, der mit dem Entscheid nicht einverstanden war, rügte die fehlende Zuständigkeit erst in seiner Beschwerde an das Kantonsgericht. Dieses hielt dafür, das Vorbringen der fehlenden Zuständigkeit sei verspätet. Das ist unzutreffend, wie das Bundesgericht ausführt: Auf die Aufhebung des mit dem Rechtsmittel angefochtenen Entscheids der unzuständigen Behörde «kann aus prozessökonomischen Gründen [nur] unter der doppelten Voraussetzung verzichtet werden, dass die fehlende Zuständigkeit im Rechtsmittelverfahren nicht gerügt wird und aufgrund der Aktenlage in der Sache entschieden werden kann [...].»⁸⁹

6.5. Internationale (Un)Zuständigkeit der KESB

[77] Das **Urteil 5A_226/2021** vom 27. April 2022 befasst sich mit der Zuständigkeit im internationalen Erwachsenenschutzrecht. Art. 85 Abs. 2 **IPRG** verweist bei internationalen Sachverhalten für die Zuständigkeit der Schweizer Behörden auf das **HesÜ**.⁹⁰ Dessen Regeln gelangen

⁸⁷ Urteil 5A_839/2021 vom 3. August 2022 E. 2.1.1. mit Hinweis auf die Urteile 5A_443/2021 vom 18. Januar 2022 E. 5.1 und 5A_706/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.5.

⁸⁸ Urteil 5A_839/2021 vom 3. August 2022 E. 2.1.1.

⁸⁹ Urteil 5A_773/2021 vom 22. November 2022 E. 3.3.

⁹⁰ Haager Erwachsenenschutzübereinkommen vom 13. Januar 2000, SR 0.211.232.1.

daher auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten – konkret ging es um die Türkei – zur Anwendung. Im zu beurteilenden Sachverhalt bestand für eine erwachsene, in jeder Hinsicht urteilsunfähige Person eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung. Eine Schwester des Betroffenen nahm ihn, angeblich für einen Ferienaufenthalt, mit in die Türkei und liess ihn dann dort. Der Betroffene hat inzwischen in der Türkei seinen gewöhnlichen Aufenthalt, liegt doch dort der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung bzw. der Schwerpunkt seiner Bindungen.⁹¹ Gemäss Art. 5 Abs. 1 HEsÜ wurden daher die türkischen Behörden für erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen zuständig. Die KESB hatte daher zu Recht die Beistandschaft aufgehoben.

6.6. Einzelzuständigkeit im Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes

[78] Zahlreiche Kantone haben die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 445 ZGB einem Einzelmitglied der KESB übertragen.⁹² Dies steht in einem Spannungsverhältnis zu Art. 440 Abs. 2 ZGB, wonach Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen sind und Kantone lediglich «für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen» können. Wie das Bundesgericht im Urteil 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) festhält, ist die Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen. Nach dem anwendbaren Recht des Kantons Jura darf allerdings der Präsident oder Vizepräsident der Behörde alle superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen alleine treffen. Wie das Bundesgericht nach sorgfältiger Analyse der Gesetzesmaterialien festhält, ist eine so weitgehende Regelung der Einzelzuständigkeit problematisch. Vorsorgliche Massnahmen können, gerade im Bereich des Kinderschutzes, tiefgreifende Folgen für die betroffenen Personen haben und, auch wenn sie lediglich provisorischen Charakter haben, längere Zeit in Kraft bleiben.⁹³

[79] Im konkreten Fall war den Eltern durch ein Einzelmitglied der Behörde das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihr Kind entzogen und dieses fremdplatziert worden. Bei diesen Massnahmen handelt es sich um schwere Eingriffe in die elterlichen Rechte. Daher drängt sich die Prüfung durch die Kollegialbehörde auf. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil für einen solchen Ermessensentscheid eine umfassende Interessenabwägung nötig ist, was wiederum die Bedeutung der interdisziplinär zusammengesetzten Behörde unterstreicht.⁹⁴ Ein Einzelentscheid ist mit Bezug auf solche Eingriffe daher nur ausnahmsweise bei besonderer Dringlichkeit im Rahmen superprovisorischer Massnahmen zulässig.⁹⁵

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

⁹¹ Urteil 5A_226/2021 vom 27. April 2022 E. 3.4.1. mit weiteren Ausführungen dazu, welche Anhaltspunkte für einen solchen Mittelpunkt der Lebensführung sprechen.

⁹² Siehe die Zusammenstellung im Urteil 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.6.4.2.

⁹³ Urteil 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.6.4.4.

⁹⁴ Urteil 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.7.

⁹⁵ Urteil 5A_524/2021 vom 8. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 3.8.