



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# Zusammenfassung ZGB – Familienrecht

## I. Einführung in das Familienrecht

### 1. Gegenstand des Familienrechts

#### 1.1 Familie

Der Begriff «Familie» ist durch den Gesetzgeber nicht einheitlich festgelegt. Er lässt sich nur aus dem jeweiligen Zusammenhang erschliessen. Im Allgemeinen handelt es sich um eine Mehrzahl von Personen die entweder miteinander verwandt (Art. 20 ZGB) oder verschwägert sind (Art. 21 ZGB). Die Struktur der Familie ist einem stetigen Wandel unterworfen.

#### 1.2 Familienrecht

Gesamtheit der Normen, welche die **personen- und vermögensrechtlichen Beziehungen** der durch Ehe oder Verwandtschaft verbundenen Personen regeln, sowie das **Erwachsenenschutzrecht**.

Das Familienrecht

- regelt die Rechtsbeziehung zwischen den einzelnen Familienmitgliedern
- enthält Statusbestimmungen, die über das Familienrecht hinauswirken (z.B. Bürgerrecht des Kindes, Art. 271 ZGB)
- enthält einzelne Bestimmungen zum Sozialhilferecht (Kinderschutz, Art. 307 ff. ZGB und Fürsorgerische Unterbringung, Art. 426 ff. ZGB)
- ist teilweise materiell öffentliches Recht, z.B. Erwachsenenenschutzrecht (nur formell Bundesprivatrecht) oder Familienbegriff bzgl. Ausrichtung von Waisenrente bestimmt sich nach Art. 252 ff. ZGB.

Das Familienrecht charakterisiert sich durch:

- Beschränkte Gleichstellung der Beteiligten
  - Eltern - Kind-Verhältnis
  - Erwachsenenenschutzrecht (KESB – verbeiständete Personen)
- Einschränkung der Privatautonomie
  - Setzt im Interesse der als gegenseitig unterstützungsbedürftigen Familienmitgliedern und der Öffentlichkeit zahlreiche Schranken mittels zwingender Bestimmungen oder durch die Mitwirkung von Behörden (z.B. bei der Eheschliessung durch öffentliches Verfahren, Genehmigung von Unterhaltsverträgen durch KESB/Gericht und im Erwachsenenenschutzrecht)
- Viele höchstpersönliche Rechte (vgl. auch ZF Personenrecht, S. 9 f.)

### 2. Historisches

Das Familienrecht wird oft durch die Gesellschaft bestimmt. Der Gesetzgeber versucht mit Revisionen eine Anpassung an die Wirklichkeit der Gesellschaft vorzunehmen. Das Familienrecht ist jedoch notwendig, da der Eingriff des Gesetzgebers in diesen «privaten Bereich» dem Schutz der Schwächeren dient und den Rechtsfrieden herstellt.

Bis 1912 war Familienrecht durch die kantonale geregelt. Seither gab es umfassende Revisionen, insbesondere im Adoptionsrecht, Kindesrecht, Eherecht, fürsorgerische Freiheitsentziehung etc.

Früher war gesetzliche Stellung des Ehemannes «Haupt der Familie». Ehefrau war zuständig für Haushaltsführung. Heute: Gleichstellung der Ehegatten.

### 3. Rechtsquellen

Bestimmungen zum Eherecht finden sich sowohl in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3, Art. 14, Art. 38 Abs. 1, Art. 41, Art. 116 und Art. 119 Abs. 2 lit. d BV) sowie auch im ZGB (Art. 90-456 ZGB, Art. 1-4 und 7-14d SchIT ZGB und im PartG) sowie in der ZPO (Art. 23 ff. Zuständigkeit im Familienrecht; Art. 271 ff. Summarverfahren in eherechtlichen Angelegenheiten; Art. 274 ff., Scheidungsverfahren; Art. 295 ff., Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten; Art. 305 ff., Verfahren bei eingetragener Partnerschaft) wie auch in weiteren Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundes und im Kantonalen Recht. Zudem ist die umfangreiche Rechtsprechung zu beachten.

## II. Ehe und Eherecht

### 1. Begriff der Ehe

Die Ehe ist eine Willenseignung zwischen Frau und Mann zur Begründung einer auf Dauer angelegten und öffentlich anerkannten Lebensgemeinschaft.

Es handelt sich somit um die gesetzlich geordnete Verbindung zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts mit Ausschliesslichkeitscharakter.

Die Ehe ist sowohl ein Vertrag mit gesellschaftsrechtlichem Charakter (einfache Gesellschaft, Art. 530 ff. OR) sowie auch eine Institution durch die gesetzliche Inhaltsbestimmung.

### 2. Schutz der Ehe als Institution gegenüber dem Staat

Die Ehefreiheit wird ggü. dem Staat durch Art. 14 BV sowie Art. 12 und 14 EMRK geschützt. Zudem besteht gemäss Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Achtung des Familienlebens.

### 3. Schutz der Ehe als Institution unter Privaten

Der privatrechtliche Schutz der Ehe beinhaltet insb. den Schutz der Freiheit der Entscheidung zur Ehe. Der privatrechtliche Schutz erstreckt sich zudem auf den Schutz gegen Ehestörung durch Dritte (Art. 28 ZGB). Nach Auffassung des BGer schliessen jedoch die Bestimmungen des Eheschutzes (Art. 171 ff. ZGB) als *lex specialis* die besonderen persönlichkeitsrechtlichen Klagen (Art. 28a Abs. 1 ZGB) gegen den Ehepartner aus. Von praktischer Bedeutung ist jedoch immer Art. 28b ZGB (z.B. bei Stalking, häuslicher Gewalt, etc).

### 4. Eherecht im formellen und materiellen Sinn

Eherecht im formellen Sinn → alle Rechtsnormen betr. Abschluss, Wirkung und Auflösung der Ehe (Art. 90-251 ZGB).

Eherecht im materiellen Sinn → Alle Rechtsnormen, die an den Bestand einer Ehe bestimmte Wirkungen knüpfen, z.B. Personenrecht (Art. 21 ZGB), Erbrecht (Art. 462 ZGB), Obligationenrecht (Art. 494 OR), Bürgerrecht (Art. 21 BüG), Ausländerrecht (Art. 42 AuG), Steuerrecht (Art. 9 Abs. 1 DBG) und Sozialversicherungsrecht (u.a. Art. 3 Abs. 3 AHVG).

## III. Verlobung und Verlöbnis

### 1. Die Verlobung

Bei der Verlobung handelt es sich um einen familienrechtlichen Vertrag bestehend aus einem gegenseitigen Eheversprechen zwischen Mann und Frau (Art. 90 Abs. 1 ZGB)

Die Verlobung ist absolut höchstpersönlich. Eine Vertretung ist ausgeschlossen.

#### 1.1 Persönliche Voraussetzungen

- Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB)

- Volljährigkeit oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 90 Abs. 2 ZGB)
- Keine Unmöglichkeit wegen unbehebbarer Ehehindernissen (Art. 95 f. ZGB i.V.m. Art. 20 OR), z.B. bei naher Verwandtschaft der Verlobten oder Eheversprechen eines bereits Verheirateten → Verlobung ist nichtig.

## 1.2 Form

Die Verlobung kommt formfrei zustande (Art. 11 Abs. 1 OR). Eine konkludente Erklärung genügt.

Gesuch um Durchführung eines Ehevorbereitungsverfahrens gilt als Eheversprechen (Art. 98 ZGB).

## 1.3 Wirkungen

- Treuepflicht analog zu Art. 159 ZGB (jedoch mit begrenzter Durchsetzbarkeit)
- Die Verlobten sind «nahestehende» Personen (Art. 477 ZGB; Art. 30 OR)
- Mögliche Geltendmachung von Versorgerschaden nach Art. 45 Abs. 3 OR (gilt auch im Konkubinat)
- Ausstandsvorschriften und Zeugnisverweigerungsrecht
- Kein Erfüllungsanspruch (Nichterzwingbarkeit der Erfüllung des Eheversprechens (Art. 90 Abs. 3 ZGB))

## 1.4 Beendigung

### 1.4.1 Beendigungsgründe

- durch Eheschliessung
- nachträgliche Unmöglichkeit (Tod des Verlobten, bleibendes Ehehindernis, Heirat einer der Verlobten mit einer anderen Person)
- Einvernehmliche Auflösung (contrarius actus); Urteilsfähige Minderjährige/Verbeiständete Personen (beschränkt Handlungsunfähige) können die Verlobung ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auflösen).
- Einseitige Auflösung durch einen der Verlobten (da kein Erfüllungsanspruch)

### 1.4.2 Folgen der Beendigung ohne Eheschliessung

- Rückforderung von Geschenken (ausser bei Tod des Verlobten), Art. 91 ZGB
  - o Besonders ausgestalteter Bereicherungsanspruch (lex specialis zu Art. 249 OR)
  - o Nur Geschenke mit Vermögenswert (keine üblichen Gelegenheitsgeschenke wie z.B. zum Geburtstag oder Weihnachten)
  - o Beschränkt sich auf Geschenke unter den Verlobten. Nicht Zuwendung von Dritten (z.B. vermeintlich künftiger Schwiegervater schenkt Paar ein Haus zu Miteigentum)
- Beitragspflicht für Aufwendungen, welche in guten Treuen im Hinblick auf die Eheschliessung getätigt wurden, Art. 92 ZGB
  - o Vermögensverminderung/entgangener Gewinn der klarerweise im Hinblick auf Eheschliessung angefallen ist und die finanziellen Möglichkeiten der Verlobten nicht offensichtlich sprengt
  - o z.B. Miete einer grösseren Wohnung, Aufgeben einer Arbeitsstelle, Kauf eines Hochzeitskleides
  - o Höhe des Beitrages richtet sich nach der Gesamtheit der Umstände, namentlich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Verlobten
  - o Auslagen Dritter sind den Verlobten dann zuzurechnen, wenn die Auslagen sonst von diesen getätigt worden wären (z.B. Hochzeitsessen wurde bereits durch Eltern bezahlt).

- Genugtuung bei Verlöbnisbruch nur wenn sich dies in Anwendung von Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR rechtfertigt, z.B. Blossstellung auf Social Media mit unangemessenen Bildern

## 2. Das Verlöbnis

Das Verlöbnis ist ein (als Vorstufe zur Ehe verstandener) familienrechtlicher Status, an den bestimmte Wirkungen anknüpfen.

Im Unterschied zum Konkubinat bedeutet das Verlöbnis keine Lebensgemeinschaft. Umgekehrt fehlt aber beim Konkubinat oftmals die Absicht, die Ehe vorzubereiten. Überschneidungen sind denkbar.

## IV. Die Eheschliessung

Ehevoraussetzungen sind die Ehefähigkeit sowie die Abwesenheit von Ehehindernissen.

### 1. Ehefähigkeit

Das Ehefähigkeitserfordernis ist eine persönliche Ehevoraussetzung. Ehefähig ist, wer **volljährig** und **urteilsfähig** ist. Die Urteilsfähigkeit wird jeweils vermutet, jedoch:

- Urteilsunfähige und Minderjährige können nicht heiraten

### 2. Abwesenheit von Ehehindernissen

- Verwandtschaft (Art. 95 ZGB)
  - Die Eheschliessung zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen Geschwister oder Halbgeschwistern ist verboten.
  - Es spielt keine Rolle, ob diese durch Adoption oder Abstammung verwandt sind.
  - Möglich jedoch Stiefverwandtschaft (Hindernis wurde aufgehoben)
- Bestehende Ehe (Art. 96 ZGB); Verbot der Bigamie
- Gleichgeschlechtlichkeit (Eheschliessung von gleichgeschlechtlichen Partnern ist ausgeschlossen)

### 3. Vorbereitung der Eheschliessung und Trauung

Die Eheschliessung ist mit etwas umständlichen Formvorschriften verbunden. Diese dienen dazu:

- zu klären ob die Voraussetzungen der Ehe erfüllt sind
- Schutz vor Übereilung und unzulässiger Beeinflussung
- grenzen die Ehe von der Nicht-Ehe ab und
- gewährleisten Beweis und Publizität der Ehe

#### 3.1 Vorbereitungsverfahren (Art. 98 ZGB)

Es ist ein Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens beim Zivilstandsamt am Wohnort des Bräutigams oder der Braut zu stellen. Die Eheleute müssen:

- persönlich erscheinen
- ihre Personalien mittels Dokumenten belegen (Art. 62 ff. ZStV)
- Persönlich erklären, dass sie die Ehevoraussetzungen erfüllen (Art. 94 ZGB)
- Ggf. einen Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz erbringen (Ausländerausweis) gemäss Art. 97a ZGB<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Gemäss BGER stellt dies Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB dar. Es muss jeglicher Wille fehlen, eine eheliche Gemeinschaft zu begründen und die Eheleute müssen beabsichtigen, mit

- ➔ Das Zivilstandsamt prüft das Gesuch, die Identität der Brautleute und die Ehevoraussetzungen (Art. 99 ZGB resp. Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)
- ➔ Das Zivilstandsamt weist das Gesuch entweder ab (z.B. bei Eindruck auf Scheinehe) oder teilt den Verlobten den Abschluss des Vorbereitungsverfahrens mit, legt den Trauungszeitpunkt fest oder stellt eine Ermächtigung zur Trauung in einem anderen Zivilkreis aus (Art. 99 Abs. 2 und 3 ZGB). Die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses darf gemäss BGer nur dann verweigert werden, wenn die zukünftigen Ehegatten beabsichtigen, sich nach der Trauung in der Schweiz niederzulassen (BGE 142 III 609)

### 3.2 Trauung

Die Trauung darf frühestens 10 Tage und spätestens drei Monate nach Abschluss des Vorbereitungsverfahrens stattfinden (Art. 100 Abs. 1 ZGB) [neu: innert 3 Monaten nach Abschluss].

Die Trauung hat öffentlich in einem amtlichen Trauungslokal zu erfolgen (unter Vorbehalt von Art. 101 Abs. 3 ZGB). Die Trauung findet in Anwesenheit zweier volljähriger, urteilsfähiger Zeugen statt (Art. 102 ZGB). Formell vollzogen wird die Trauung durch den übereinstimmenden Konsens der Brautleute (Ja-Wort).

Eine religiöse Eheschliessung darf nicht vor der Ziviltrauung durchgeführt werden (Art. 97 Abs.3 ZGB).

## 4. Eheungültigkeit

Nachfolgend wird auf die Eheungültigkeit i.e.S. eingegangen. Zur Eheungültigkeit i.w.S. zählt auch die Nicht-Ehe, welche besonders grundlegende Mängel hat (z.B. Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts, Trauung nicht vor Zivilstandsbeamten).

### 4.1 Unbefristete Eheungültigkeit (Art. 105 f. ZGB)

Eine Ehe ist unbefristet ungültig, aufgrund:

- Bigamie: Ehefrau/Ehemann war bereits verheiratet
- Urteilsunfähigkeit eines Ehegatten bei Trauung und fortdauernd
- Verwandtschaft unter den Ehegatten
- Scheinehe
- Zwangsheirat
- Minderjährigkeit (es sei denn, die Weiterführung der Ehe entspricht dem überwiegenden Interesse der Ehegatten)

### **Aktivlegitimation (Art. 106 ZGB):**

- Kantonale Behörde (öffentliches Interesse, Klage von Amtes wegen)
- Jedermann, der ein Interesse hat (Ehegatte selbst, Ehegatte aus früherer Ehe, etc)

Die Klage ist nicht befristet und keiner Verjährung unterworfen.

### 4.2 Befristete Eheungültigkeit (Art. 107 f. ZGB)

Ein Ehegatte kann verlangen, dass die Ehe für ungültig erklärt wird, wenn er

- bei der Trauung aus einem vorübergehenden Grund nicht urteilsfähig war
- sich aus Irrtum hat trauen lassen (Ehe selbst oder betreffende Person)

---

der Heirat die Bestimmungen des Ausländerrechts zu umgehen. Zum Nachweis des Missbrauchs genügt Zusammenspiel von Indizien (BGer 5A\_30/2014).

- Täuschung über wesentliche persönliche Eigenschaften des Partners (z.B. schwere Krankheit, erhebliche Vorstrafen, jedoch nicht wirtschaftliche Situation des Ehegatten)

Aktivlegitimiert ist nur der betroffene Ehegatte selbst. Die Klage hat innerhalb von sechs Monaten seit Kenntnis des Ungültigkeitsgrundes, in jedem Fall aber vor Ablauf von 5 Jahren nach der Eheschliessung (Verwirkungsfrist).

#### 4.3 Wirkungen des Urteils

Das Eheungültigkeitsurteil entfaltet seine Wirkung ex nunc, d.h. die Eheleute bleiben bis zum Urteil verheiratet und die Ehe hat alle Wirkungen einer gültigen Ehe (mit Ausnahme der erbrechtlichen Ansprüche).

Eine Eheungültigkeitsklage ist zudem bei den nachträglich eingeführten Eheungültigkeitsgründen für früher geschlossene Ehen nicht möglich (Regel der Nichtrückwirkung, Art. 1 SchIT ZGB. Die Ehe muss geschieden werden (BGE 141 III 1).

## V. Allgemeine Wirkungen der Ehe

### 1. Die eheliche Gemeinschaft

Art. 159 ZGB ist die Grundnorm des Eherechts. Sie ist der Schlüssel zur Auslegung der anderen eherechtlichen Normen (inkl. Vorsorge-, Güter- und Scheidungsrecht). Zudem erfüllt die Norm eine Auffangfunktion hinsichtlich nicht speziell geregelter Rechte und Pflichten.

Im Zentrum steht die Pflicht zum «einträchtigen Zusammenwirken», dies bedeutet auch, dass die Interessen der (Ehe-)Gemeinschaft den Individualinteressen grds. vorgehen. Nichterfüllung kann allerdings nur indirekt sanktioniert werden (keine Realvollstreckung).

Die eheliche Gemeinschaft ist eine

Lebensgemeinschaft resp. auf Dauer angelegte Beziehung	(Treuepflicht)
einer Frau und eines Mannes,	(gemäss h.L. und BGer)
welche auf Partnerschaft/Gleichberechtigung beruht,	(Pflicht zum einträchtigen Zusammenwirken)
ausschliesslich ist (d.h. vor anderen Beziehungen Vorrang hat),	(Treuepflicht)
affektive, sexuelle, seelisch-geistige und wirtschaftliche Gemeinschaft umfasst	(Treuepflicht)
und zumeist in einem gemeinsamen Haushalt gelebt wird.	(Pflicht zum Zusammenleben)

### 2. Ehwirkungen

#### 2.1 Intern

Der Inhalt und die Wirkungen der Ehe sind grds. zwingend durch das Geschäft geregelt. Eine vertragliche Aufhebung/Änderung von Rechten und Pflichten ist unzulässig. Ein Spielraum besteht nur dort, wo es der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen hat (z.B. Verteilung der Aufgaben, Art. 163 Abs. 2 ZGB oder Wahl des Namens)

#### 2.2 Extern

Die eheliche Gemeinschaft kann durch einen Ehegatten vertreten werden (Art. 166 ZGB), d.h. der Ehegatte verpflichtet nicht nur sich selbst, sondern auch den anderen Ehegatten. Zudem hat jeder Ehegatte ein gesetzliches Vertretungsrecht bei Urteilsunfähigkeit des anderen Ehegatten (Art. 374 ZGB).

### 3. Organisation der ehelichen Gemeinschaft

Mann und Frau sind gleichberechtigt und gleichverpflichtet, d.h. sie sind gemeinsam «Haupt der Familie» und Mitinhaber der «Hausgewalt» (vgl. auch ZGB 333).

### 3.1 Pflicht zum einträchtigen Zusammenwirken (Art. 159 Abs. 2 ZGB)

Die Ehegatten verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren (Art. 159 Abs. 2 ZGB).

Die Ehegatten können ihre Rollenverteilung frei, formlos und verbindlich festlegen und jederzeit übereinstimmend abändern. Sie können auch nicht Gegenstand eines Ehevertrages sein.

Eine einseitige Abänderung ist nur zulässig, wenn folgende Umstände berücksichtigt und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben gewichtet werden (ius variandi):

- Grund des Abänderungswunsches (z.B. Weiterbildung)
- Art und Ausmass der angestrebten Veränderung (z.B. Reduktion des Arbeitspensums)
- Auswirkungen auf den anderen Ehegatten (z.B. erhebliche finanzielle Einschränkungen)
- Bedeutung der Veränderung für die Persönlichkeit des änderungswilligen Ehegatten

Ein Eheschutzgericht kann sich veranlasst sehen, in die Aufgabenteilung der Ehegatten einzugreifen, in dem es z.B. die Geldbeträge festsetzt, welche jeder Ehegatte beizutragen hat.

### 3.2 Treuepflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB)

Die Treuepflicht gebietet umfassende und unbedingte Loyalität und bezieht sich auf den affektiven, sexuellen, seelisch-geistigen und wirtschaftlichen Bereich.

Die Beziehung zu Dritten ist so zu gestalten, dass damit die Beziehung unter Ehegatten als umfassende und auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft nicht zerstört wird.

Beispiel für wirtschaftliche Treuepflicht: Aufnahme von Krediten im Namen des Ehemannes, um sich höheren Lebensstandard zu finanzieren.

### 3.3 Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB)

Betrifft sowohl die moralische wie auch wirtschaftliche Unterstützung, und zwar über die Unterhaltspflicht im engeren Sinne hinaus. Sie gilt jedoch als subsidiäre Norm. Zählt ein Beitrag zu den Leistungen, die schon aufgrund der ehelichen Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) geschuldet sind, muss zu seiner Begründung nicht auf die Beistandspflicht zurückgegriffen werden. Sie ist jedoch durch die moralische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten begrenzt.

Typische Anwendungsfälle:

- Gerichtskostenvorschüsse (auch für Scheidungsverfahren)
- Unterstützung bei der Erfüllung von Unterhaltspflichten ggüb. Kindern aus einer früheren Beziehung oder an den geschiedenen Ehegatten
- Pflicht zur Mitarbeit im Beruf/Gewerbe des Partners
- Pflicht an die Ausbildung des Partners beizutragen.

### 3.4 Pflicht zum Zusammenleben

Das Gesetz schreibt den Ehegatten das Zusammenleben in einer ehelichen Wohnung vor (Art. 162 ZGB). Daraus folgt, dass die Ehegatten einen gemeinsamen Wohnsitz haben. Weigert sich ein Ehegatte eine Wohngemeinschaft einzugehen, verletzt er die ehelichen Pflichten.

Die Ehelichen Pflichten bleiben zudem auch bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts bestehen.



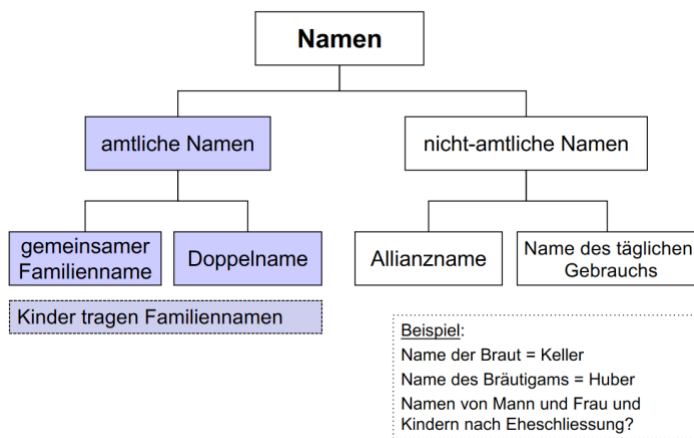
## VI. Persönlicher Status der Ehegatten

### 1. Das Namensrecht

#### 1.2 Altes Namensrecht (bis 2012)

Bis 2012 galt der Grundsatz der Namenseinheit in der Familie. Der Familienname der Ehegatten war nach altem Recht grundsätzlich der Name des Ehemannes. Faktisch konnten die Ehegatten jedoch bei der Eheschliessung zwischen dem Namen der Braut und demjenigen des Bräutigams als Familiennamen wählen.

Derjenige Ehegatte, der den Namen des anderen angenommen hatte, konnte seinen eigenen Namen dem Familiennamen (ohne Bindestrich) voranstellen. Ein so unter früherem Recht erworbener Doppelname ist der amtliche Name dieses Ehepartners und so in den Zivilstandsregistern eingetragen.



→ Kinder heissen Huber!

Doppelname = früherer Name wird vorangestellt (ohne Bindestrich), z.B. Deborah Rosser Ritter

Nicht amtliche Namen = Alltagsnamen

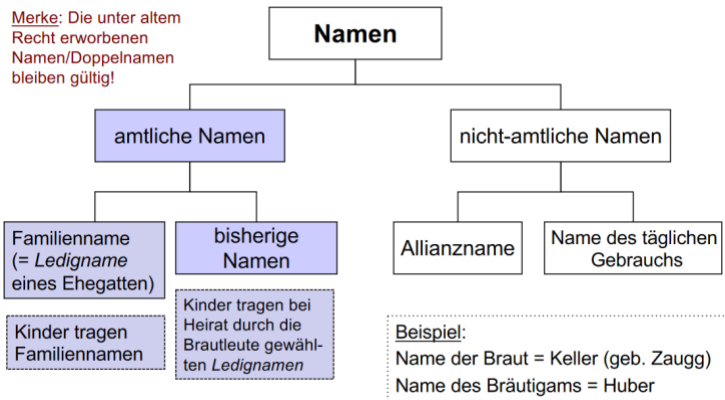
Allianzname = Name mit Bindestrich (ist kein amtlicher Name), z.B. Deborah Ritter-Rosser

Name des täglichen Gebrauchs = z.B. Künstlername (Stefanie Heinzmann (auch wenn sie eigentlich Müller heisst)).

Nach altem Recht musste bei einer Scheidung innert eines Jahres seit Rechtskraft des Urteils erklärt werden, wieder den angestammten Namen oder den Namen den er unmittelbar vor der Heirat trug führen zu wollen. Eine Bestimmung für die Auflösung der Ehe durch Tod fehlte.

#### 1.2 Neues Namensrecht (ab 2013)

Leitgedanken des neuen Rechts ist der Grundsatz der Unveränderlichkeit des Geburtsnamens. Bei einer Heirat nach dem 1.1.2013 behalten daher beide Brautleute ihren bisherigen Namen (Art. 160 ZGB). Sie können aber gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen. Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch nur bis zur Eheschliessung. Ein nachträglicher Wechsel zu einem gemeinsamen Familiennamen oder zurück zum Ledignamen bedarf einer ordentlichen Namensänderung nach Art. 30 ZGB. Die bisherigen Doppelnamen können nicht mehr erworben werden!



Familiename = alle heissen Huber oder bisherige Namen: Frau Keller / Herr Huber (Kinder heissen jedoch entweder Zaugg oder Huber)

Der verwitwete oder geschiedene Ehegatte kann gegenüber dem Gericht jederzeit erklären, wieder den Ledignamen führen zu wollen (Art. 30a ZGB und 119 ZGB), jedoch nicht den Namen aus 1. Ehe.

### 1.3 Begriff des Ledignamens

Gemäss Art. 24 Abs. 2 ZstV ist der Ledigname einer Person der Name, den sie unmittelbar vor ihrer ersten Eheschliessung getragen hat oder gestützt auf einen Namenänderungsentscheid als neuen Ledignamen erworben hat). Zudem muss auch der durch gesetzliche Namensänderung (z.B. Erwachsenenadoption) erworbene Namen gelten.

## 2. Bürgerrecht

Im ZGB geht es nur um das Kantons- oder Gemeindebürgerrecht. Das Schweizer Bürgerrecht wird im Bürgerrechtsgesetz (BüG) geregelt.

### 2.1 Altes Bürgerrecht (bis 2012)

Ehefrau erhält Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes, ohne diejenigen Bürgerrechte zu verlieren, die sie als ledig hatte. Ehemann konnte die Bürgerrechte seiner Frau nicht erwerben.

### 2.2 Neues Bürgerrecht (ab 2013)

Eheschliessung und Scheidung haben keinen Einfluss auf das Kantons- und Gemeindebürgerrecht mehr.

## VII. Allgemeine Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe

### 1. Der eheliche Unterhalt nach Art. 163 ZGB

Die Ehegatten sorgen nach Art. 163 Abs. 1 ZGB «gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie».

Die Unterhaltsleistungen sind geschuldet von der Heirat bis zur Auflösung der Ehe (d.h. auch während des Getrenntlebens).

Geldleistungen und Naturalbeträge zählen beide zum ehelichen Unterhalt (vgl. auch Art. 162 Abs. 2 ZGB). Der Richter setzt aber oftmals Geldleistungen fest.

Die interne Aufteilung erfolgt durch Absprache mit Bezug auf die Art des Beitrages (z.B. finanzielle Beteiligung, Haushaltführung, Kindebetreuung, etc.) und dessen Mass (z.B. Beschäftigungsgrad). Die Beiträge beider Ehegatten zusammen müssen den gesamten Unterhalt abdecken. Die festgesetzten (i.d.R. ungleichen) Beiträge sind gleichwertig, da jeder Ehegatte angesichts seiner persönlichen Lage und Fähigkeiten verhältnismässige Anstrengungen übernimmt.

Bei Uneinigkeit kann der Eheschutzrichter die Geldbeiträge festsetzen.

### 1.1 Umfang des Unterhalts

Der Unterhalt umfasst in **persönlicher Hinsicht** alle relevanten Familienmitglieder (d.h. die Ehegatten, die gemeinsamen Kinder und allenfalls weitere unterstützungsbedürftige Personen im (nicht-)gemeinsamen Haushalt.

In **sachlicher Hinsicht** umfasst der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf, d.h. alle häuslichen und persönlichen Verhältnisse der Familie. Ob und in welchem Ausmass eine bestimmte Ausgabe zum Unterhalt zählt, hängt von der Lebenshaltung und den wirtschaftlichen Verhältnissen (objektive Beschränkung) als auch von der gemeinsam gewählten Lebenshaltung (subjektive Beschränkung) ab. In sachlicher Hinsicht zählen zum Unterhalt somit nebst den Grundbedürfnissen und Versicherungen auch kulturelle Bedürfnisse (Freizeitbetätigungen, Kino, Bücher, etc.), persönliche Bedürfnisse der Ehegatten, Einkommens- und allgemeine Vermögenssteuern, notwendige Weiterbildungskosten und Beiträge an die 2. und u.U. auch an die 3. Säule. Nicht zum ehelichen Unterhalt gehören Bedürfnisse welche völlig ausserhalb eines üblichen Budgets liegen oder luxuriöser Art sind (bezogen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie).

Geschuldet ist nur der «gebührende Unterhalt». Dieser richtet sich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen und dem individuellen Bedarf der Familienmitglieder. Die Bedürfnisse der Familienmitglieder bestimmen sich nach der gewählten Lebenshaltung, für welche sich die Ehegatten in beidseitigem Einverständnis entschieden haben, d.h. grds. haben beide Ehegatten Anspruch auf dieselbe Teilhabe an der gewählten Lebenshaltung.

### 1.2 Abänderbarkeit der Vereinbarung

Eine getroffene Vereinbarung ist verbindlich. Eine Abänderung auf gemeinsamen Wunsch ist hingegen jederzeit möglich und muss während der Dauer der Ehe laufend angepasst werden, soweit sich der Bedarf und die persönlichen Umstände der Ehegatten ändern.

Eine einseitige Abänderung ist nur möglich, wenn:

- Eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse vorliegt;
- Für den «betroffenen Ehegatten» keine unzumutbaren Nachteile entstehen;
- Kein den persönlichen Interessen übergeordneter wichtiger Grund vorliegt.

### 1.3 Rechtsnatur des Unterhaltsanspruchs

Das Recht auf Unterhaltsanspruch ist höchstpersönlich und somit unübertragbar, unverzichtbar und unpfändbar sowie während der Ehe unverjährbar.

## 2. Der Beitrag zur freien Verfügung des haushaltsführenden Ehegatten (Art. 164 ZGB)

Erweitert den Unterhaltsanspruch des Ehegatten, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut und/oder dem anderen im Beruf oder Gewerbe hilft. Aus dem Verzicht auf ein eigenes Erwerbseinkommen zugunsten der Familie soll dem Ehegatten kein Nachteil erwachsen.

### Tatbestand

- Hausgattenehe  
(d.h. Ehe in der eine klare Rollenaufteilung herrscht. Einer ist zuständig für Haushalt, der andere für den wirtschaftlichen Unterhalt)  
≠ Doppelverdiener Ehe (beide Ehegatten arbeiten und erzielen einen Lohn)  
≠ Zuverdiener Ehe (ein Ehegatte arbeitet vollständig (mind. 80%). Der andere Partner bringt Zuverdienst mit, d.h. trägt weniger zum wirtschaftlichen Unterhalt bei (ergänzt diesen lediglich)

- Keine ausreichenden Eigenmittel des haushaltführenden Ehegatten (z.B. Einkommen aus der IV, Vermögenserträge, etc.)
- Wirtschaftliche Verhältnisse des anderen Ehegatten lassen die Ausrichtung des Betrages zu (es ist genug Geld vorhanden, dass jeder seine Bedürfnisse angemessen befriedigen kann).

Rechtsfolge:

- ➔ Angemessener Betrag zur freien Verfügung und zur Befriedigung der persönlichen Verhältnisse (z.B. für Coiffeurbesuch) und Erhalt einer gewissen wirtschaftlichen Unabhängigkeit.

Die Ehegatten bestimmen die Art und Höhe des angemessenen Betrages in gemeinsamen Einvernehmen. Können sie sich nicht einigen, haben sie die Möglichkeit das Eheschutzgericht anzurufen, welches den Betrag für das Jahr vor Einreichung des Begehrens und für die Zukunft festlegt (Art. 173 ZGB).

### 3. Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten (Art. 165 ZGB)

Der Ehegatten, der einen erheblich grösseren Beitrag an den ehelichen Unterhalt geleistet hat, als ihm vereinbarungsgemäss oblag, soll ein angemessener Anspruch gewährt werden.

#### Tatbestand

- Ausserordentlicher Beitrag wurde geleistet
  - Durch Arbeitsleistung im Rahmen des Berufs/Gewerbes des anderen Ehegatten
  - Durch Geldleistung an den Unterhalt der Familie
- Beitrag ist aussergewöhnlich, d.h. erheblich grösser als er aufgrund der Unterhaltspflicht sein müsste und übersteigt das übliche Mass.
- Es liegt kein besonderes Vertragsverhältnis vor (z.B. Arbeitsvertrag, Darlehen, Schenkung, etc.).

Rechtsfolge:

- ➔ Angemessene Entschädigung (unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls)  
Der Entschädigungsanspruch ist höchstpersönlich und kann vor Abschluss eines Scheidungsverfahrens jederzeit eingefordert werden.

### 4. Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB)

Verhältnis der Ehegatten gegenüber Drittpersonen. Vertretungsrecht nach Art. 166 ZGB ist höchstpersönliches Recht.

#### 4.1 Ordentliche Vertretungsbefugnis (Art. 166 Abs. 1 ZGB)

TB:

- volle Handlungsfähigkeit des vertretenden Ehegatten
- Zusammenleben der Ehegatten (bei faktischem Getrenntleben keine Vertretungsbefugnis)
- Laufende Bedürfnisse der Familie (Bedürfnisse des täglichen Lebens)

Rechtsfolge:

- ➔ Solidarische Verpflichtung beider Ehegatten
- ➔ Gutgläubensschutz des Vertragspartners bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis (Art. 166 Abs. 3 ZGB). Da Vertretungsbefugnis bei laufenden Bedürfnissen immer gegeben ist, ist dies nur relevant wenn fraglich ist, ob es sich um ein laufendes Bedürfnis handelt.

#### 4.2 Ausserordentliche Vertretungsbefugnis (Art. 166 Abs. 2 ZGB)

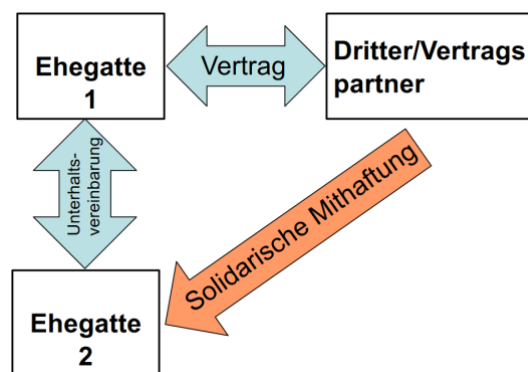
TB:

- Volle Handlungsfähigkeit des vertretenen Ehegatten
- Zusammenleben der Ehegatten
- Übrige Bedürfnisse der Familie, d.h. solche die nicht regelmässig anfallen und/oder geringfügig sind (z.B. Kauf von teuren Einrichtungsgegenständen, Kauf eines Autos, Entscheid über kostspielige Zahnbehandlung der Kinder, Kosten für grössere Ferienreise, etc.)
- Ermächtigung durch Partner (ausdrücklich/stillschweigend) oder Gericht (wenn ein Ehegatte seine Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert) oder zeitliche Dringlichkeit (z.B. bei ärztlicher Notbehandlung), d.h. Geschäft erduldet keinen Aufschub und Genehmigung des anderen Ehegatten kann nicht rechtzeitig eingeholt werden.

Rechtsfolge:

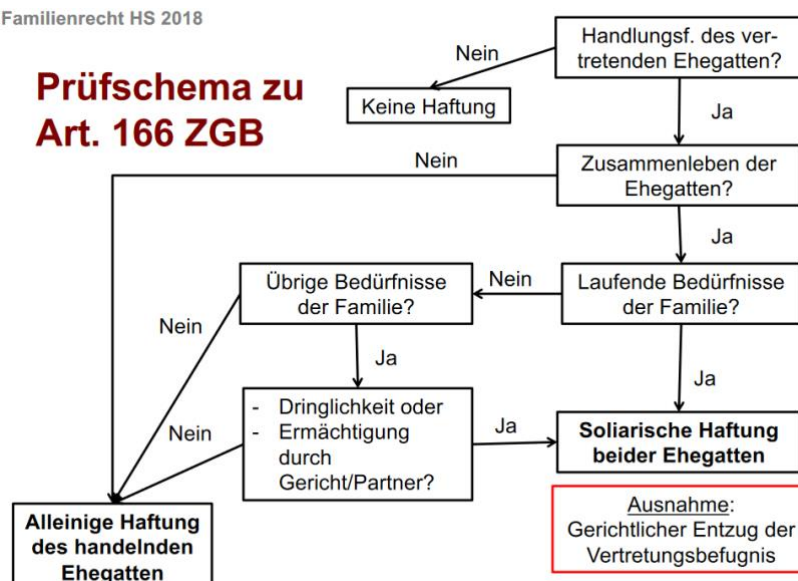
- ➔ Solidarische Verpflichtung beider Ehegatten
- ➔ Gutgläubensschutz des Vertragspartners bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis (Art. 166 Abs. 3 ZGB), jedoch kein Gutgläubensschutz bei Bestand der Ehe oder Zusammenleben der Ehegatten resp. auf die Frage, ob Ermächtigung erteilt wurde!

#### 4.3 Mechanismus und Prüfschema



Familienrecht HS 2018

#### Prüfschema zu Art. 166 ZGB



#### 4.4 Entzug der Vertretungsbefugnis (Art. 174 ZGB)

TB:

- Unfähigkeit eines Ehegatten zur vernünftigen Wahrnehmung der Vertretungsbefugnis ODER
- Überschreitung der Vertretungsbefugnis, wenn er damit den anderen Ehegatten gefährden könnte, weil die Überschreitung für Dritte nicht erkennbar ist

Rechtsfolge:

- ➔ Entzug der Vertretungsbefugnis durch den Eheschutzrichter (auf Antrag des Ehegatten)
- ➔ Entzug wirkt nicht gegenüber gutgläubigen Dritten (nur wenn Anordnung des Gerichts in einem öffentlichen Publikationsorgan veröffentlicht wurde).

### 5. Abschluss von Rechtsgeschäften (Art. 168 ZGB)

Die Handlungsfähigkeit der Ehegatten wird durch die Ehe grds nicht beschränkt. In bestimmten Fällen ergeben sich aber besondere eheliche Schranken aufgrund der allgemeinen Wirkungen der Ehe (z.B. ist gemäss Art. 167 ZGB bei der Wahl des Berufs oder dem Betreiben eines Gewerbes auf das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen) oder zwingendes Familienrecht oder bäuerliches Bodenrecht kann in bestimmten Fällen entgegenstehen.

Die Ehegatten können auch untereinander Rechtsgeschäfte abschliessen, z.B. Arbeitsvertrag des Unternehmer-Ehemannes mit der Ehefrau, welche als Angestellte im Betrieb mitarbeiten soll oder Vermögensverwaltungsvertrag von Ehefrau an Ehemann, hier hat BGer entschieden, dass die im Auftragsverhältnis geltenden Treue- und Auskunftspflichten durch die Beistands- und Treuepflicht nach Art. 159 ZGB noch verstärkt wird, d.h. der Ehemann haftet nach Auftragsrecht, jedoch verschärft durch seine familienrechtlichen Pflichten.

### 6. Gegenseitiges Auskunftsrecht (Art. 170 ZGB)

Gegenseitiges Pflichtrecht zur Erteilung von Auskunft über Einkommen, Vermögen und Schulden.

Der Ehegatte beansprucht sein Recht informiert zu werden, durch sein Ansuchen um Auskunft. Er braucht sein Begehren nicht zu rechtfertigen, solange es sich nicht um Schikane oder Ausforschung der Privatsphäre handelt. Ebenfalls besteht keine Pflicht zur regelmässigen Berichterstattung.

Das Auskunftsrecht besteht auch im Eheschutz und Scheidungsverfahren weiter, nicht aber nach rechtskräftiger Scheidung. Es kann ggf. gerichtlich durchgesetzt werden (ggf. können auch Dritte beigezogen werden, wenn der Ehegatte selbst nicht in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben seines Ehepartners zu beurteilen).

### 7. Durchsetzung von Forderungen zwischen Ehegatten

Es gelten die Bestimmungen nach OR (Zwangsvollstreckung, z.B. Betreibung ist ebenfalls möglich). Forderungen unter Ehegatten verjähren während der Dauer der Ehe nicht (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Nach Art. 203, 235 und 250 gelten jedoch besondere Zahlungsfristen im Güterrecht.

### 8. Schutz der Familienwohnung (Art. 169 ZGB)

**Eheliche Wohnung** = Tatsächlich gemeinsam bewohnte Wohnräume. Ein Ehepaar kann mehrere eheliche Wohnungen haben (vgl. Art. 162 ZGB)

Wird unterteilt in **Familienwohnung** = Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens (Lebensmittelpunkt). Ein Ehepaar kann grds. nur eine Familienwohnung haben. Die Ehegatten können nur gemeinsam über die Familienwohnung verfügen, auch wenn diese nur einem Ehegatten gehört. Die Familienwohnung bleibt während der Dauer der Ehe bestehen, auch wenn Ehegatten faktisch getrennt leben.

«nur» eheliche Wohnung = gemeinsam bewohnte Wohnräume, aber nicht Mittelpunkt des Familienlebens (z.B. Ferienwohnung)

Jeder Ehegatte kann neben der ehelichen Wohnung noch über Wohnräumlichkeiten verfügen, welche keine eheliche Whg. sind (z.B. angemietetes Büro oder Wohnung aufgrund Arbeitstätigkeit). Bloss ganz vorübergehende Unterkünfte sind auch bei gemeinsamem Bewohnen keine eheliche Wohnung (z.B. Hotelzimmer).

Der Wohnsitz der Ehegatten bestimmt sich nach Art. 23 und Art. 24 ZGB!

Der Schutz der Familienwohnung greift nicht mehr, wenn die Familienwohnung dem Mann gehört und die Frau die Wohnung aus freiem Entschluss für unbestimmte Zeit verlässt, die Ehegatten gemeinsam die Familienwohnung aufheben oder diese definitiv geregelt haben, wer in der Wohnung bleiben darf.

Zustimmungsbedürftig sind Kündigung der Mietwohnung (vgl. dazu auch Art. 266m OR), Veräußerung der Eigentumswohnung, Untervermietung, Einräumung dinglicher Rechte etc. Die Zustimmung muss ausdrücklich erfolgen und bedarf keiner besonderen Form.

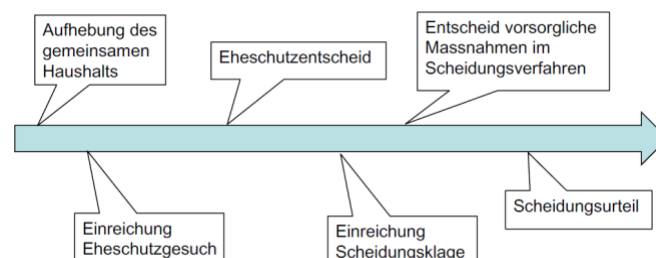
Fehlende Zustimmung verhindert den Abschluss des Rechtsgeschäfts. Hat der eine Ehegatte ohne Zustimmung des anderen über die Familienwhg verfügt, so ist dieses Rechtsgeschäft nichtig.

## VIII. Schutz der ehelichen Gemeinschaft

Erfüllt ein Ehegatte seine Pflichten gegenüber der Familie nicht oder sind sich die Ehegatten in einer wichtigen Angelegenheit uneinig, können sie gemeinsam oder einzeln das Eheschutzgericht um Vermittlung anrufen (Art. 172 Abs. 1 ZGB).

Der ursprüngliche Zweck (1907) der Eheschutzmassnahmen war auf die Aussöhnung der Ehegatten, auf Vermeidung künftiger oder Behebung bestehender Schwierigkeiten ausgerichtet. Die Eheschutzmassnahmen sollen verhindern, dass die Uneinigkeit der Ehegatten zur völligen Entfremdung führt.

Die heutige Funktion ist vielmehr, die Vorbereitung bzw. gerichtliche Klärung der Folgen einer langfristigen Aufhebung des gemeinsamen Haushalts und/oder die Vorbereitung auf Ehescheidung. Dies aufgrund der Revision des Scheidungsrechts, wonach mit Ausnahme von Art. 115 das Scheidungsverfahren nur noch eingeleitet werden kann, wenn sich die Ehegatten mit Bezug auf die Scheidung an sich geeinigt haben und bereits mind. 2 Jahre getrennt leben.



### 1. Voraussetzungen des gerichtlichen Eheschutzes

#### Formelle Voraussetzung:

- Ersuchen eines Ehegatten (erfolgt nie von Amtes wegen!)

#### Materielle Voraussetzungen:

- (Ernsthafte) Vernachlässigung familiärer Pflichten  
Es geht um das objektiv feststellbare Fehlverhalten und nicht um ein Verschulden!

Die Pflichten ergeben sich entweder aus dem Gesetz (Art. 159 Abs. 2 und 3 ZGB resp. Konkretisierend aber nicht abschliessend in Art. 162 – 170 ZGB) oder aus der unter den Ehegatten vereinbarten Aufgabenteilung (Art. 163 ZGB).

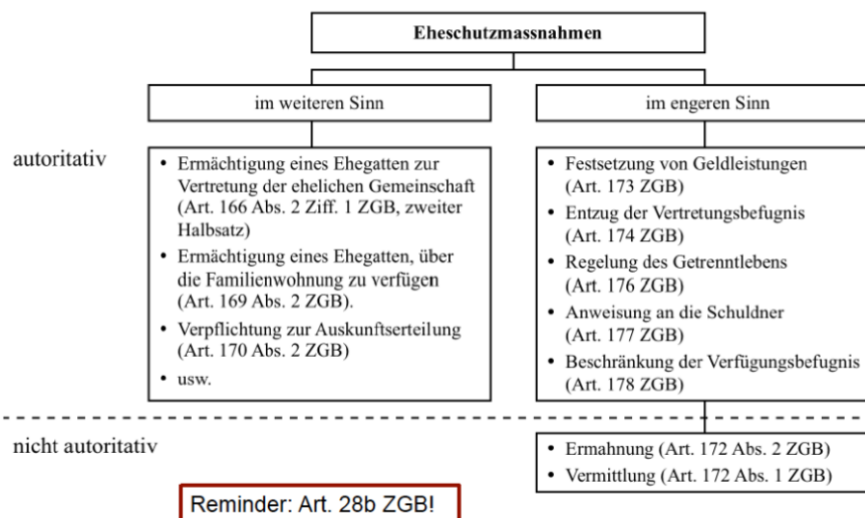
Die Missachtung der Familienpflichten muss zudem ernsthafter Natur sein, z.B. Verletzung der Auskunftspflicht, ungenügende Unterhaltsleistung des Partners, etc.

- Uneinigkeit der Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit Nicht als Uneinigkeit gelten Meinungsverschiedenheiten im höchstpersönlichen Bereich der Ehegatten (z.B. politische, religiöse Ansichten, Geschmacksfragen, etc.). Hier kann allenfalls eine Ehe- oder Familienberatungsstelle weiterhelfen.

Keine Voraussetzung ist die Hoffnung auf Versöhnung resp. Wiedervereinigung der Ehegatten.

## 2. Massnahmen

Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft beruht zunächst auf Hilfe zur Konsensfindung durch Beratung und Ermahnung. Die Ermahnung will Pflichten in Erinnerung rufen. Das durch Ermahnung bezweckte Verhalten kann jedoch weder zivil- noch strafrechtlich durchgesetzt werden. Führt dies zu keiner Lösung, bedarf es der Vermittlung (Mediationsverfahren). Hier wird versucht, Bedeutung, Umfang und Ursachen der Meinungsverschiedenheit zu klären und mit Hilfe von Aufklärung über die Rechtslage eine Annäherung der Standpunkte bzw. Aussöhnung der Ehegatten anzustreben. Fruchtet auch die Vermittlung nicht, kann das Eheschutzgericht besondere Massnahmen anordnen. Die autoritativen gerichtlichen Massnahmen sind daher subsidiär. Das Gericht kann zudem nur die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen anordnen (Art. 172 Abs. 3 ZGB)



Die Massnahmen von Art. 172 Abs.1 und 2 sind allgemeine, die übrigen sind besondere Eheschutzmassnahmen.

Die Eheschutzmassnahmen im weiteren Sinn sind Gesetzesbestimmungen, welche ausserhalb von Buchstabe K (Art. 171-180 ZGB) vorgesehen sind (z.B. auch Anordnung auf Gütertrennung (Art. 185 ZGB) oder Zahlungsfristen (Art. 203 Abs. 2 ZGB)).

Im Einzelfall ist auch immer an Art. 28b ZGB zu denken! Weil sich Stalking und häusliche Gewalt oft aber nicht immer in einer Ehe abspielen, hat der Gesetzgeber die allgemeinen Persönlichkeitsschutznormen ergänzt. Die Aufzählung der konkreten Schutzmassnahmen in Art. 28b ZGB ist nicht abschliessend (vgl. hierzu auch S. 27 f. Personenrecht).



## 2.1 Massnahmen während des Zusammenlebens

### a) **Festsetzung von Geldleistungen (Art. 173 ZGB)**

Das Gericht setzt die finanziellen Beiträge eines oder beider Ehegatten an den Unterhalt der Familie (Art. 163 ZGB) und den Betrag zur freien Verfügung (Art. 164 ZGB) verbindlich fest. Ebenfalls inbegriffen ist der Unterhalt der Kinder (Art. 278 ZGB), sofern sie im ehelichen Haushalt leben.

### b) **Entzug der Vertretungsbefugnis (Art. 174 ZGB)**

Das Gericht kann den anderen Ehegatten zur ausserordentlichen Vertretung ermächtigen (Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) oder dem anderen die ordentliche Vertretungsbefugnis entziehen.

Derjenige Ehegatte, der das Begehren stellt, darf den Entzug durch persönliche Mitteilung an Dritte bekannt geben, jedoch nicht einem grösseren Personenkreis zugänglich machen. Der Ehegatte entgeht der Haftung nur dann, wenn der Dritte vom Entzug tatsächlich Kenntnis hatte. Bei einer gerichtlichen Veröffentlichung des Entzuges der Vertretungsbefugnis entfällt allerdings der Gutgläubenschutz des Dritten.

## 2.2 Aufhebung des gemeinsamen Haushalts

Wenn die Parteien die Folgen der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einvernehmlich regeln, bedarf diese Vereinbarung keiner schriftlichen Genehmigung.

### a) **Feststellung der Berechtigung zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 175)**

Grundsätzlich sind die Ehegatten verpflichtet, zusammenzuleben – soweit sie nicht einvernehmlich etwas anderes festlegen.

Zum Getrenntleben gegen den Willen des anderen ist ein Ehegatte berechtigt, wenn das weitere Zusammenleben eine ernstliche Gefährdung der Persönlichkeit (i.S.v. Art. 28 ff. ZGB), der materiellen Sicherheit oder des Familienwohls (inkl. Kindesinteressen) darstellt. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, stellt das Verlassen des ehelichen Haushalts daher keine Pflichtverletzung dar, daher beurteilt das Eheschutzgericht dies vorfrageweise.

Da Art. 114 ZGB aber ein zweijähriges Getrenntleben zur Scheidung voraussetzt, kann der Ehegatte der die Scheidung anstrebt und keine Gründe für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nachweisen kann, keinen Anspruch auf gerichtliche Regelung des Getrenntlebens. Die Praxis bejaht allerdings den Anspruch auf Regelung des Getrenntlebens durch den scheidungswilligen Ehegatten. Zu prüfen ist einzig der «unverrückbare Trennungswille» des Antragsstellers.

### b) **Regelung des Getrenntlebens (Art. 176 ZGB)**

Wird der gemeinsame Haushalt aufgelöst, so sind weitere Eheschutzmassnahmen erforderlich, sofern sich die Ehegatten nicht einigen können.

#### ➤ **Zuteilung der Familienwohnung und des Hausrats**

Das Gericht entscheidet in freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in Abwägung der Interessen von Eltern und Kinder: Welcher Ehegatte zieht aufgrund seiner konkreten Bedürfnisse den grösseren Nutzen auf Zuweisung der Wohnung? Welchem Ehegatten ist ein Umzug eher zuzumuten? Wenn diese Fragen zu keinem klaren Ergebnis führen, kann ggf. die Eigentümerstellung ausschlaggebend für die Zuweisung sein.

#### ➤ **Anordnung der Gütertrennung**

Stellt eher eine Ausnahme dar. Die blossе Tatsache der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts ist für sich genommen kein Grund für die Anordnung der Gütertrennung.

#### ➤ **Massnahmen betr. Kinder**

Bei Minderjährigen Kindern trifft das Gericht von Amtes wegen die erforderlichen Abklärungen. Es setzt die Unterhaltsbeiträge fest, regelt die Betreuung und allenfalls ein Besuchs- bzw. Kontaktrecht. Das Eheschutzgericht ist zudem für die Anordnung oder Anpassung von Kinderschutzmassnahmen zuständig (Art. 315a ZGB).

➤ **Festsetzung der Geldbeiträge**

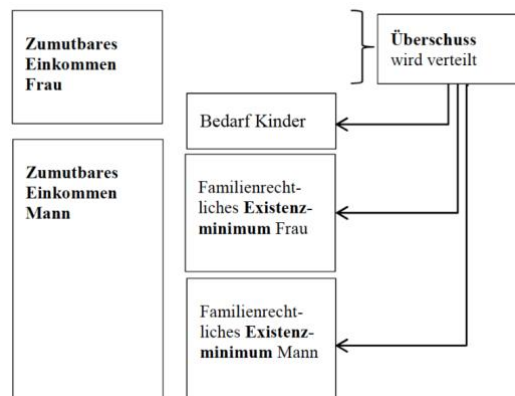
Grds. richtet sich die Bemessung an der bisherigen Aufgabenteilung und Lebenshaltung (Lebensstandard der Familie). Die zusätzlichen Lasten z.B. Kosten für 2 Wohnungen können einen Ehegatten jedoch zwingen, wieder eine bezahlte Tätigkeit aufzunehmen oder diese auszuweiten. Das Eheschutzgericht bestimmt analog zu Art. 173 ZGB den Betrag, den der eine Ehegatte für den anderen zu erbringen hat. Der Unterhaltsbeitrag ist abhängig von der Leistungsfähigkeit der Ehegatten und vom Bedarf der Familie. Denkbar ist, dass der Unterhaltsbeitrag gekürzt wird oder untergeht, weil der anspruchsberechtigte Ehegatte in einer neuen Lebensgemeinschaft Einsparungen erzielt oder sogar in einem qualifizierten Konkubinat lebt. Die Festsetzung des Unterhaltbeitrages erfolgt für die Zukunft und für maximal ein Jahr vor Einreichung des Gesuches (Art. 173 Abs. 3 ZGB).

2.3 Festsetzung des Unterhaltbeitrages

Vorgehen: Berechnung des Grundbedarfs und Teilung des Überschusses. Begrenzung nach unten durch das (betreibungsrechtliche) Existenzminimum und nach oben durch die bisherige Lebenshaltung.

Wenn das Geld nicht reicht um den Lebensstandard zu halten, müssen beide Ehegatten Abstriche machen.

Methode Existenzminimumberechnung mit Unterhaltsverteilung



Gesamteinkommen = Einkommen Mann + Einkommen Frau

– (erweiterter) Notbedarf (Notbedarf nach betreibungsrechtlichem Existenzminimum + erweiterter Notbedarf für Versicherungen, Ferien, Hobbies)

= Überschuss → Verteilung des Überschusses nach grossen und kleinen Köpfen, d.h. die Eltern erhalten doppelt so viel des Überschusses (je Fr. 400.-) wie das Kind (Fr. 200.-) → bei einem Kind 2/5 für Eltern, 1/5 für Kind; bei 2 Kindern 2/6 für Eltern, 1/6 für Kind!

Notbedarf + Überschussanteil = Zielgrösse

2.4 Weitere Eheschutzmassnahmen

Unabhängig vom Zusammenleben oder nicht

**a) Auskunftspflicht (Art. 170 Abs. 2 ZGB)**

Dient dem Schutz der Ehegatten und der Familie, als ein Ehegatte die nötigen Auskünfte einholen muss, um allfällige Schutzmassnahmen rechtzeitig zu beantragen. Der Ehegatte muss aber ein berechtigtes Rechtsschutzinteresse geltend machen. Neugier allein genügt nicht.

**b) Anweisung an die Schuldner (Art. 177 ZGB)**

Erfüllt ein Ehegatte seine Unterhaltspflicht nicht, kann der Richter dessen Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder teilweise dem anderen Ehegatten zu leisten.

Die Schuldneranweisung muss auf einen eindeutig bestimmten Geldbetrag lauten (Unterhaltsbeitrag, Beitrag zur freien Verfügung nach Art. 164 ZGB und Kosten für die Pflege und Erziehung der Kinder).

Ehegatte 1 verdient Fr. 10'000 und hat gegenüber Ehegatte 2 eine Unterhaltsverpflichtung von Fr. 3'000.-, welcher er nicht nachkommt. Bei der Anweisung bezahlt der Arbeitgeber dem Ehegatten 2 direkt den Unterhaltsbeitrag. Ehegatte 1 erhält nur noch Fr. 7'000.- Lohn.

**c) Beschränkung der Verfügungsbefugnis (Art. 178 ZGB)**

Ist eine ernsthafte Gefährdung der wirtschaftlichen Lebenslage zu befürchten, kann das Eheschutzgericht die Verfügungsbefugnis des Ehegatten über sein Vermögen beschränken, soweit es für die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie erfordert. Beschränkungen können sich auch auf Vermögenswerte im Ausland beziehen.

Die einzelnen Gegenstände und Vermögenswerte sind so bestimmt wie möglich zu bezeichnen. Die Beschränkung muss zudem verhältnismässig sein und darf nicht weiter gehen, als es der Sicherungszweck erfordert.

Die Verfügungsbeschränkung ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren analog anwendbar.

## IX. Die Ehescheidung

Die Auflösung der Ehe erfolgt entweder von Gesetzes wegen (Tod eines Ehegatten oder Verschollenerklärung) oder durch Urteil (Ungültigkeitserklärung oder Scheidung).

Das «neue» Scheidungsrecht gilt seit dem 1.1.2000. Die Konventionalscheidung (Einverständnis beider Ehegatten) ist neu die Regel. Im Gegensatz zu früher gibt es kein Aufrollen der Ehegeschichte und keine Prüfung des Verschuldens.

### 1. Die Scheidungsgründe

#### 1.1 Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB)

Die Ehe ist dann gescheitert, wenn die Ehegatten sich einig sind, dass ihre Ehe geschieden werden soll. Scheidungsgrund ist der ernsthafte, d.h. wohlüberlegte und nicht mangelbehaftete gemeinsame Scheidungswille. Die Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens ist gerichtlich festzustellen. Es findet hingegen keine Prüfung der Gründe/Motive der Ehescheidung statt und auch keine Prüfung des Kindesinteresses.

Die Ehegatten können sich dabei bereits vor Verfahrensbeginn durch Mediatoren bzw. Anwälte unterstützen lassen, wobei die Kosten für den Beizug solcher Experten ggf. im Rahmen einer unentgeltlichen Rechtspflege durch den Staat getragen werden. Während des Verfahrens erfolgt nötigenfalls eine Unterstützung durch die gerichtlichen Instanzen.

## 1.2 Klage eines Ehegatten: zweijähriges Getrenntleben (Art. 114 ZGB)

Leben die Ehegatten seit mindestens 2 Jahren getrennt, kann jeder von ihnen die Scheidung auch gegen den Widerstand des anderen durchsetzen (formalisierter Scheidungsgrund)

Die Trennungsfrist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem ein Ehegatte das eheliche Zusammenleben willentlich aufgibt. Ein rein faktisches, als solches gewolltes Getrenntleben genügt. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes durch das Eheschutzgericht (Art. 175 f. ZGB) ist nicht notwendig.

Die zweijährige Frist muss bei Eintritt der Rechtshängigkeit, d.h. bei Klageerhebung abgelaufen sein.

## 1.3 Klage eines Ehegatten: Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe (Art. 115 ZGB)

Subsidiärer Scheidungsgrund → soll dann zur Anwendung kommen, wenn der Ehegatte mit der Scheidung nicht einverstanden und dem anderen die Fortsetzung der Ehe noch während zwei Jahren nicht zugemutet werden kann (Notventil für Härtefälle).

Die «schwerwiegenden Gründe» müssen entweder objektiver Natur sein oder dem beklagten Ehegatten zugerechnet werden können. Es muss hingegen kein Verschulden vorliegen, z.B. schwerste körperliche Attacken, psychische Krankheit, Belästigung und Verfolgung, Gründung einer neuen Familie, Im Stiche Lassen der Familie, Doppelleben, Täuschung über wahre Eheabsichten (Erbschleicher). Es wird jedoch ein strenger Massstab angesetzt, damit der formalisierte Scheidungsgrund von Art. 114 ZGB nicht seine Bedeutung verliert.

## 2. Persönliche Wirkungen der Ehescheidung

Das Scheidungsurteil entfaltet seine Wirkungen ex nunc, d.h. für die Zukunft.

- Zivilstand: geschieden
- Schwägerschaft bleibt bestehen (keine neuen Schwägerschaften)
- Name bleibt bestehen, wenn der Ehegatte der seinen Namen geändert hat nicht erklärt, dass er wieder seinen Ledignamen führen will (Art. 119 ZGB)
- Bürgerrecht bleibt bestehen

## 3. Die wirtschaftlichen Nebenfolgen einer Scheidung

### 3.1 Güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 120 ZGB)

Für die güterrechtliche Auseinandersetzung bei einer Scheidung gelten die Regeln des Ehegüterrechts (vgl. Ziff. X nachfolgend).

### 3.2 Wohnung der Familie (Art. 121 ZGB)

Die Wohnung hat für das Gericht eine grosse soziale Bedeutung. Deshalb kann das Gericht nach Art. 121 ZGB einem Ehegatten die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag allein übertragen, wenn dieser wegen der Kinder oder aus anderen wichtigen Gründen auch nach der Scheidung auf die Familienwohnung angewiesen ist. Steht die Familienwohnung im Eigentum eines Ehegatten, so kann das Gericht dem anderen ein befristetes Wohnrecht nach Art. 776 ff. ZGB einräumen.

#### a) Voraussetzungen

- **Wichtiger Grund**  
beurteilt sich nach gerichtlichem Ermessen (ZGB 4) und erfordert eine Interessensabwägung
- **Familienwohnung entspricht nahehelichen Verhältnissen**  
Die Familienwohnung muss angesichts von zwei getrennten Haushalten den nahehelichen Verhältnissen des Ansprechers entsprechen, d.h. weder räumlich noch finanziell unangemessen erscheinen.

## b) Modalitäten

- Bei Mietwohnung: Gläubiger- resp. Schuldnerwechsel. Der bisherige Mieter haftet für Mietzins solidarisch weiter, bis zu dem Zeitpunkt in dem das Mietverhältnis gemäss Gesetz oder Vertrag endet oder beendet werden kann (höchstens aber für zwei Jahre)
- Einräumung eines Wohnrechts: Gericht hat Befristung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzusetzen. Der Wohnberechtigte muss eine angemessene Entschädigung leisten.

### 3.3 Vorsorgeausgleich (Art. 122 ff. ZGB)

Der eheliche Unterhalt umfasst auch eine hinreichende Altersvorsorge. Zudem soll kein Ehegatte im Falle einer Scheidung durch die während der Ehe gelebte Rollenverteilung benachteiligt sein.

- **1. Säule (AHV/IV) → Sicherung des Existenzbedarfs**  
Die während der Ehe bezahlten Beträge und allfällige Erziehungs- bzw. Betreuungsgutschriften werden geteilt und je hälftig beiden Ehegatten angerechnet (Ehegattensplitting)
- **2. Säule (BV) → Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung**  
Die während der Ehe akkumulierte Austrittsleistung des FZG wird bei der Scheidung gleichmässig auf beide Ehegatten aufgeteilt (Vorsorgeausgleich)
- **3. Säule (freiwillige Vorsorge → Selbstvorsorge)**  
Die während der Ehe gemachten Ersparnisse werden nach den Regeln des Güterrechts behandelt.

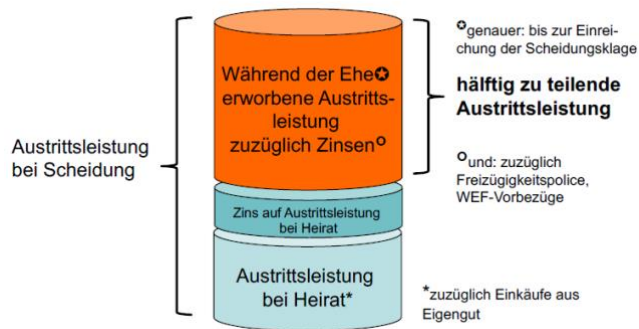
Auswirkungen auf den nahehelichen Unterhalt: Soweit die Eigenversorgung der geschiedenen Ehegatten durch Vorsorgeguthaben gewährleistet ist, erübrigt sich ein nahehelicher Unterhaltersatz im Rahmen von Art. 125 ZGB.

Die berufliche Vorsorge knüpft an die Erwerbstätigkeit an. Haben sich die Ehegatten für eine traditionelle Aufgabenteilung in der Ehe entschieden, verfügt der erwerbstätige Ehegatte regelmässig über wesentlich bessere Vorsorge als der nicht erwerbstätige.

Der sog. Vorsorgeausgleich bezweckt einerseits den Ausgleich für die vorsorgerechtlichen Nachteile der während der Ehe erfolgten Aufgabenteilung auszugleichen und andererseits die wirtschaftliche Selbständigkeit jedes Ehegatten nach der Scheidung. Die am 1.1.2017 in Kraft getretene Regelung sieht vor:

- Es erfolgt grds. eine hälftige Teilung der beruflichen Vorsorge
- Geteilt wird nur die während der Ehe (bis zur Einreichung der Scheidungsklage) erworbene Austrittsleistung zzgl. Zinsen (zzgl. Freizügigkeitspolice und WEF-Vorbezüge). Die bei der Eheschliessung vorhandene Austrittsleistung und der darauf erwachsene Zins bleiben beim betreffenden Vorsorgenehmer
- Die Austrittsleistungen bei Eheschliessung sowie jene bei Klageeinreichung müssen bekannt sein
- Die Austrittsleistungen bei der Eheschliessung müssen aufgezinnt werden

**a) Aufteilung bei Scheidung vor Eintritt eines Vorsorgefalles (beide Ehegatten sind weiterhin erwerbstätig) → Art. 123 ZGB**



Der berechtigte geschiedene Ehegatte erhält keine Barauszahlung, sondern eine (bis zum Eintritt des Vorsorgefalles nicht frei verfügbare) Freizügigkeitsleistung. Sie wird an die Vorsorgeeinrichtung des (neuen) Arbeitgebers oder auf ein spezielles Freizügigkeitskonto überwiesen. Damit wird sichergestellt, dass der erhaltene Betrag auch wirklich der Altersvorsorge zugutekommt.

Es gelten somit die gleichen Regeln im Scheidungsfall wie für die bei der Vorsorgeeinrichtung verbindlichen Austrittsleistungen (bei Wechsel der Stelle oder Beendigung einer Erwerbstätigkeit vor Eintritt des Vorsorgefalles)

Der verpflichtende Ehegatte erfährt in der Höhe der übertragenen Austrittsleistung eine Einbuße in seinem nahehelichen Versicherungsschutz. Er kann sich aber bei der Vorsorgeeinrichtung entsprechend wieder einkaufen, falls er dies wünscht und es ihm finanziell möglich ist.

### **Einkäufe in die Pensionskasse während der Ehe**

Wenn während der Ehe ein Ehegatte einen rückwirkenden Einkauf in die Vorsorgeeinrichtung tätigt, kommt es darauf an, ob das Geld aus Errungenschaft oder aus Eigengut stammt. Stammen die Mittel für den Einkauf aus Eigengut, muss der entsprechende Teil der Austrittsleistung (samt Zins) von der Zahlung ausgenommen werden (Art. 123 Abs. 2 ZGB). Handelt es sich hingegen um Errungenschaft, ist auch der Einkauf hälftig zu teilen. Dies gilt unabhängig des durch die Ehegatten vereinbarten Güterstandes.

### **Vorbezüge und Verpfändung**

Hat die versicherte Person einen Teil ihres Anspruchs auf Vorsorgeleistungen bezogen, um damit Wohneigentum zu erwerben, ist ein solcher Vorbezug zur Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung hinzuzurechnen (Art. 123 Abs. 1 ZGB).

Ist das Grundstück hingegen während der Ehe veräußert worden und dabei kein Erlös erzielt worden, der zu einer Rückerstattungspflicht der Vorsorgeleistung geführt hätte, so darf der entsprechende Betrag auch beim Vorsorgeausgleich nicht mehr berücksichtigt werden.

Möglich ist eine bloße Verpfändung der Austrittsleistung für Wohneigentum (als zusätzliche Sicherheit für die kreditgebende Bank). Hier bleibt die Austrittsleistung vorerst bei der Vorsorgeeinrichtung, sodass in aller Regel weder im Güterrecht noch beim Vorsorgeausgleich Besonderheiten gelten.

### **b) Aufteilung bei Scheidung nach Eintritt des Vorsorgefalles Invalidität (Art. 124 ZGB)**

Bezieht ein Ehegatte bei Einleitung des Scheidungsverfahrens bereits eine Invalidenrente, so ist für den Vorsorgeausgleich auf die hypothetische Austrittsleistung abzustellen, auf die der Ehegatte bei Erlöschen der Invalidenrente im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens Anspruch hätte.

### **c) Aufteilung bei Scheidung nach Eintritt des Vorsorgefalles Alter (Art. 124 ZGB)**

Nach Eintritt des Vorsorgefalls Alter kommt es i.d.R. zu einer Rententeilung nach Art. 124a ZGB, da keine Austrittsleistung im Sinne des Gesetzes mehr besteht.

Das Gericht setzt somit eine angemessene Entschädigung in einem zweistufigen Vorgehen fest:

1. Es wird aufgrund der Ehedauer ermittelt, welcher Teil des Anspruchs während der Ehe erworben wurde und was eine hälftige Teilung dieses Anspruchs in etwa als Ausgleichsforderung ergäbe (Ermessen des Gerichts), das heisst, der der Gläubigerin zugesprochene Rentenanteil wird in eine lebenslängliche Rente umgerechnet.

2. Es ist zu prüfen, ob das Resultat mit Blick auf die Vorsorgebedürfnisse angemessen ist.

#### **d) Absehen von der hälftigen Teilung (Art. 124b ZGB)**

Nur wenn «wichtige Gründe» gemäss Art. 124b ZGB vorliegen, wobei nach bisherigem Recht eine sehr restriktive Rechtsprechung angewandt wird.

Durch Vereinbarung (Scheidungskonvention), sofern vorausgesetzt ist, dass eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet ist (Art. 124b Abs. 1 ZGB)

Ausnahmsweise überhälftige Teilung nach Art. 124b Abs. 3 ZGB, wenn der Berechtigte nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut und der verpflichtende Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt.

#### 3.4 Nachehelicher Unterhalt (Art. 125 f. ZGB)

Die Ehe ist eine Wirtschaftsgemeinschaft der Ehegatten und der im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder (insb. Kinder). Der eheliche Unterhalt umfasst den Lebensbedarf der gesamten Familie. Im Scheidungsrecht gibt es zwei auf den ersten Blick widersprüchliche Grundprinzipien:

1. Das Ehepaar hat die in der Ehe gewählten Aufgabenteilung gemeinsam zu tragen. Hier geht es um den «Vertrauensschutz» bzw. eine nacheheliche Solidarität: Das berechtigte Vertrauen in den ehelichen Lebensstandard und die gelebte Rollenteilung darf nicht enttäuscht werden

→ Es stellt sich die Frage der Lebensprägung der Ehe: Hat die konkrete Ehe (insb. Ehedauer, gemeinsame Kinder) ein schutzwürdiges Interesse geschaffen, das nicht enttäuscht werden darf?

2. Clean-Break (Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit): Mit der Auflösung der Ehe endet die Wirtschaftsgemeinschaft -jeder Ehegatte soll finanziell auf eigenen Beinen stehen

→ Wer massgeblichen Lebensstandard durch zumutbare Eigenleistung erreichen kann, hat keinen Unterhaltsanspruch

→ War die Ehe nicht «lebensprägend» besteht nur Anspruch auf ein «negatives Vertragsinteresse», d.h. auf die Abgeltung des «Eheschadens»

#### *Prüfungsschema*

1. Was sind die massgebenden Lebensverhältnisse bzw. war die konkret gelebte Ehe lebensprägend oder nicht?
2. Welches ist die zumutbare Eigenversorgung und inwiefern ist diese Eigenversorgung im Vergleich zu jener des anderen Ehegatten unzureichend?
3. Wo liegen die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichtenden?
4. Besteht trotz unzureichender Eigenversorgung ein Ausschlussgrund wegen grober Unbilligkeit, insbesondere zufolge Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 125 ZGB?



## 1. Die Lebensprägung der Ehe

### Regeln der Rechtsprechung

→ mehr als 10 Jahre oder gemeinsame Kinder = lebensprägende Ehe (ebenso Entwurzelung aus dem bisherigen Kulturkreis resp. Betreuung des Kindes des anderen Ehegattens und deshalb Aufgabe der Erwerbstätigkeit)

→ weniger als 5 Jahre und keine gemeinsamen Kinder = nicht lebensprägend (ebenso kurze Ehe mit Kindern, aber nur sehr beschränkte tatsächliche Betreuung)

→ zwischen 5 und 10 Jahren ohne Kinder = Einzelfallabhängig («ob die tatsächlichen Umstände die Lebensverhältnisse der Ehegatten nachhaltig geprägt haben oder nicht»)

Ist die Ehe nicht lebensprägend, wird des i.d.R. beiden Ehegatten keine Mühe bereiten, mit ihrer Lebensweise an die vorehelichen Verhältnisse anzuknüpfen. Die Ehegatten sind so zu stellen, wie wenn die Ehe nie abgeschlossen worden wäre.

Nicht berücksichtigt werden grundsätzlich die Trennungsdauer (wenn mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr gerechnet werden kann) oder die Dauer eines vorehelichen Konkubinats.

## 2. Die zumutbare Eigenleistung

Der Unterhaltsbedarf verändert sich bei einer Scheidung qualitativ und quantitativ, da das Führen von zwei getrennten Haushalten zu Mehrkosten führt, aber auch der erwerbstätige Ehegatte nicht mehr von der Haushaltsführung des anderen Ehegatten profitiert. Auch diesem scheidungsbedingten Mehraufwand ist Rechnung zu tragen.

Ausgangspunkt bei der Ermittlung des nachehelichen Unterhalts ist der gebührende Unterhalt gemäss Art. 163 ZGB. Der gebührende Unterhalt ist die auch nachehelich zu erreichende «Zielgrösse».

→ bei lebensprägender Ehe = eheliche Lebensstandard (oder bei langer Trennungsdauer (>10 Jahre: Standard während der Trennungsdauer)

→ bei nicht lebensprägender Ehe = voreheliche Lebensstandard

«Lebensprägung» bedeutet aber nicht automatisch Anspruch auf Unterhalt, sondern nur dann, wenn die Leistungsfähigkeit/Eigenversorgungskapazität eines Ehegatten (vorübergehend oder auf Dauer) nicht ausreicht, um aus eigenen Kräften die Zielgrösse zu erreichen. Wichtige Faktoren dafür sind: Erwerbseinkünfte (tatsächliche/hypothetische), Altersvorsorge oder Vermögenserträge.

### Hypothetisches Einkommen

Sofern eine zusätzliche Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nicht nur tatsächlich möglich, sondern auch zumutbar ist, wird ein hypothetisches Einkommen angerechnet (Einkommen, das tatsächlich realisiert werden könnte und dessen Erzielung dem betreffenden Ehegatten zumutbar ist). Bei der Abklärung der Zumutbarkeit sind die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen:

- **Tatsächliche Betreuungspflichten gegenüber minderjährigen Kindern (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB):**

Früher: *10/16-Regel*: Nach Vollendung des 10. Altersjahres des jüngsten Kindes ist eine Teilzeittätigkeit zumutbar, nach Vollendung des 16. Altersjahres des jüngsten Kindes ist eine Vollzeitberufstätigkeit zumutbar (vorbehältlich besonderer Betreuungsbedarf, z.B. bei behinderten Kindern)

Nach neuester Rechtsprechung BGR: *Schulstufenregel*



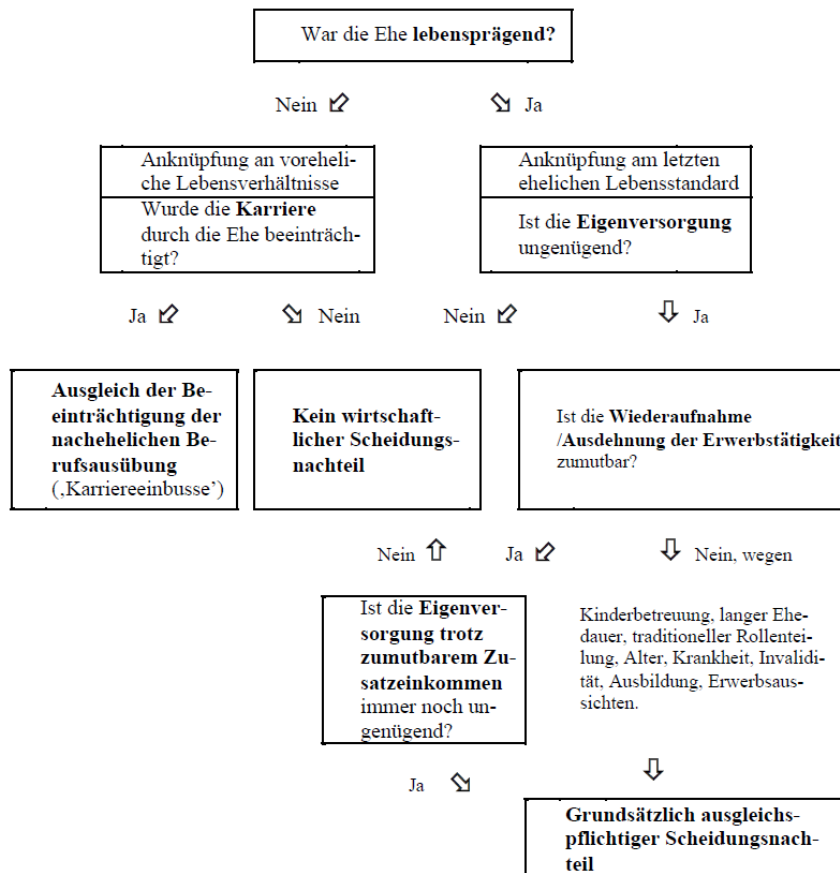
Bis zur obligatorischen Einschulung: Persönliche Betreuung, ab der Einschulung (in den meisten Kantonen Kindergarten): 50% Erwerbstätigkeit zumutbar, ab Sekundarstufe I: 80% Erwerbstätigkeit zumutbar. Ab Vollendung des 16. Altersjahres: 100% Erwerbstätigkeit zumutbar

Abweichung nach pflichtgemäßem richterlichen Ermessen ist möglich.

- **Alter:** Eine lange Ehedauer (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) mit einer traditionellen Rollenverteilung lässt eine Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ab dem 45. Altersjahr als unzumutbar erscheinen. (Tendenz des BGer's neu ab 50 Jahren)
- **chronische Krankheit oder Invalidität** können Hindernis für (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 4)
- zu beachten sind auch **Ausbildung und die Erwerbsaussichten** (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 7 ZGB). Ein misslicher Arbeitsmarkt kann ein objektiver Hinderungsgrund für eine Wiedereingliederung bzw. Aufstockung der Erwerbstätigkeit sein.

#### 4. Kürzung wegen Rechtsmissbrauch (Art. 125 Abs. 3 ZGB)

Ein nahehehlicher Unterhalt kann ausnahmsweise gestrichen oder gekürzt werden, wenn es offensichtlich unbillig wäre einen solchen zu leisten, z.B. wenn unterhaltsberechtigter Person ihre Pflicht zum Unterhalt der Familie beizutragen grob verletzt hat oder gegen die verpflichtende oder einer dieser nahestehende Person eine schwere Straftat begangen hat



#### Vorgehen zur Berechnung der Höhe des Unterhaltsbeitrages (konkrete Berechnung)

Bei der Unterhaltsberechnung gibt es drei Fallgruppen:

### 1. Mangellage

Die zur Verfügung stehenden Mittel (inkl. hypothetischen Einkommen) reichen nicht, um das Existenzminimum beider Ehegatten und deren Kinder zu decken (knappe wirtschaftliche Verhältnisse).

Berechnung

- (familienrechtliches) Existenzminimum für alle Beteiligten berechnen (ohne Steuerlast, weil man von Erlass der Steuerschuld ausgeht)
- Zumutbares Einkommen der Ehegatten berechnen
- Wer einen Überschuss über sein Existenzminimum erzielt, hat diesen als Unterhalt dem anderen zu überlassen (das familienrechtliche Existenzminimum bleibt jedoch gewahrt, bei keinem Überschuss ist kein Unterhalt zu leisten!).

**2. «Ausreichende Mittel» (statistisch häufigster Fall)**

Die zur Verfügung stehenden Mittel (inkl. hypothetischen Einkommen) decken nicht nur das Existenzminimum beider Haushalte, sondern ermöglichen zusätzliche Ausgaben (Fortsetzung des Lebensstandards während der Ehe oder eines zwar tieferen, jedoch für beide Parteien über dem Existenzminimum liegenden Lebensstandards)

Berechnung gemäss Methode der familienrechtlichen Grundbedarfsberechnung mit (allfälliger) Überschussverteilung

- Erweitertes Existenzminimum für alle Beteiligten berechnen (familienrechtlicher Grundbedarf)
- Zumutbares Einkommen der Ehegatten berechnen
- Gleichmässige Verteilung des Überschusses

Obergrenze bildet die zuletzt gelebte Lebenshaltung. Falls diese nicht erreicht werden kann, müssen beide Parteien gleichmässig Abstriche machen! Beide Ehegatten haben Anspruch auf die gleiche Lebenshaltung auf einer tieferen Stufe.

**3. sehr gute Verhältnisse**

Die zur Verfügung stehenden Mittel (inkl. hypothetischen Einkommen) decken nicht nur den während der Ehe gelebten Standard für nunmehr zwei Haushalte, sondern ermöglichen eine nacheheliche Sparquote

Berechnung:

- Nachweis der bisher gelebten Lebenshaltung
  - Abzüglich zumutbares eigenes Einkommen der Unterhaltsgläubigerin
  - Differenz ist vom Unterhaltsschuldner zu decken
- Obergrenze bildet der zuletzt gelebte Lebensstandard!

*Abstrakte vs. Konkrete Berechnung*

Abstrakte Berechnung → %-Anteil des massgeblichen Einkommens als Unterhalt. Massgebliches nacheheliches Einkommen wird nach Quoten geteilt. Drittelsregel = Anteil der nicht erwerbstätigen Ehefrau am Einkommen des Ehemannes beträgt rund 1/3. Vorteil: einfache Berechnung; Nachteil: Massgeblicher Prozentsatz ist willkürlich.

Konkrete Berechnung → Einkommens- und Bedarfsermittlung (Pauschalisierung kombiniert mit individuellem Einzelbedarf)

Konkrete Methode hat sich weitgehendst durchgesetzt. Abstrakte Methode dient höchstens noch als Rückkontrolle des Resultats, aber nicht als Ersatz für die konkrete Berechnung.

*Dauer und Form des Unterhaltsbeitrages*

Der Unterhaltersatz ist solange geschuldet, wie Bedarf besteht. In der Regel endet der Unterhaltsanspruch spätestens mit Erreichen des Rentenalters, d.h. der Unterhaltsanspruch ist bis zum Erreichen des Rentenalters befristet. In Ausnahmefällen, kann aber auch ein lebenslänglicher Unterhalt geschuldet sein (z.B. bei mangelhafter Vorsorge eines Ehegatten oder bei grossem Altersunterschied).

Denkbar ist auch, dass der Unterhaltsanspruch erlischt, sobald die Kinder nicht mehr auf persönliche Betreuung angewiesen sind, sodass beide Ehegatten voll erwerbstätig sein können (Schulstufenregel) I.d.R. ist ein Wiedereinstieg nach langjähriger Hausgattenehe ab dem Alter von 45-50 der Ehefrau nicht mehr zumutbar.

Einer vorhersehbaren künftigen Entwicklung kann schon im Scheidungsurteil in Form von Bedingungen/Befristungen Rechnung getragen werden:

- mittels Indexierung (der als Rente zu leistende Unterhaltsbeitrag erhöht oder vermindert sich bei einer Veränderung der Lebenskosten, vgl. Art. 128 ZGB).
- Wegfall des Kindesunterhalts kann zu einer höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gegenüber dem geschiedenen Ehegatten führen
- Wegfall der Kinderbetreuung ab einem Gewissen Alter kann zur Wiederaufnahme/Ausdehnung der Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils führen
- Nichteinhaltung der Betreuungsregelung durch einen Ehegatten kann zur Erhöhung des Betreuungsbedarfs für den anderen Ehegatten führen (Problematisch, da Urteil direkt vollstreckbar sein sollte).

In der Regel setzt das Scheidungsgericht als Unterhaltsbeitrag eine Rente fest (Art. 126 Abs. 1 ZGB). Ausnahmsweise ist aber auch eine Kapitalabfindung denkbar (Art. 126 Abs. 2 ZGB), z.B. bei stark zerstrittenen Parteien (endgültige Auseinandersetzung) oder bei ausreichend liquiden Mitteln und schlechter Zahlungsmoral des Unterhaltsschuldners. Nachteile: Kapital wird u.U. zu rasch verbraucht, Berechnung des Kapitals ist schwierig (späteren Veränderungen kann nicht Rechnung getragen werden). Oft ist der Unterhaltsschuldner aber nicht genügend liquid.

*Nachträgliche Abänderung des Unterhaltsentscheids durch das Gericht (Art. 129 ZGB)*

Eine Nachträgliche Herauf-/Herabsetzung der Rente kann bei Veränderung der Verhältnisse durch den Richter vorgenommen werden (Art. 129 ZGB). Die Voraussetzungen sind gesetzlich verankert:

<b>Herabsetzung/Aufhebung</b>	Bei <u>unvorhersehbarer, erheblicher und dauerhafter</u> (kumulativ!) <u>Verschlechterung</u> der Verhältnisse der verpflichteten Person (Art.129 Abs. 1 ZGB). Bsp.: Krankheit, Arbeitslosigkeit. Bei <u>unvorhersehbarer, erheblicher und dauerhafter Verbesserung</u> der Verhältnisse der berechtigten Person, jedoch nur, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte, d.h. keine Mangellage vorlag (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Bsp.: unerwartete Aufnahme oder Erhöhung der Erwerbstätigkeit, Anfall einer Erbschaft.
<b>Festsetzung/Erhöhung</b>	Bei <u>unvorhersehbarer, erheblicher und dauerhafter Verbesserung</u> der Verhältnisse der verpflichteten Person, jedoch <u>nur innert fünf Jahren</u> nach der Scheidung und

	wenn im Scheidungsurteil festgehalten wurde, dass keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichende Rente festgesetzt werden konnte, d.h. keine Mangellage vorlag (Art.129 Abs. 3 ZGB).
<b>Sistierung</b> (Einstellung der Zahlungspflicht)	Bei <u>unvorhersehbarer erheblicher und dauerhafter Veränderung</u> der Verhältnisse, wobei diese Veränderung noch nicht zum Abschluss gekommen ist (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Bsp.: Unfall, Weiterbildung, Arbeitslosigkeit, «instabiles» Konkubinat.

→ Sofern ein Konkubinat länger als 5 Jahre gedauert hat, ist die Aufhebung der Rente der Regelfall. Nicht entscheidend ist die finanzielle Situation des Konkubinatspartners. Entgegen dem Wortlaut von Art. 129 Abs. 1 soll eine Sistierung auch bereits zum Zeitpunkt der Scheidung möglich sein.

#### *Erlöschen der Rente*

Die Unterhaltspflicht erlischt mit Tod oder Wiederverheiratung (Art. 130 ZGB) resp. qualifiziertes Konkubinat (d.h. eine auf Dauer ausgerichtete, jederzeit formlos auflösbare, Wohn-, Tisch- (Wirtschaftsgemeinschaft) und Geschlechtsgemeinschaft zwischen Mann und Frau). Nach fünf Jahren gilt eine Tatsachenvermutung, dass das Konkubinat qualifiziert ist.

#### *Durchsetzung des Unterhaltsbeitrages*

- **Unentgeltliche Inkassohilfe (Art. 131 Abs. 1 ZGB)**  
Beratung, informelle Kontaktaufnahme mit Schuldner, Hilfe bei der betriebsrechtlichen Durchsetzung der Forderung (eine vom Kanton bezeichnete Fachstelle)
- **Alimentenbevorschussung (Art. 131a ZGB)**  
Kantonal geregelt, i.d.R. nur für Kinderunterhalt und nur bei knappen wirtschaftlichen Verhältnissen. Legalzession der Unterhaltsforderung: durch die Bevorschussung wird das entsprechende Gemeinwesen neu Gläubiger der Forderung
- **Anweisung an den Schuldner (Art. 132 Abs. 1 ZGB)**  
Wirksames Mittel bei unselbständig Erwerbstätigen, weil Arbeitgeber Unterhalt direkt an den Berechtigten zahlt. Nur möglich nach Prüfung der Angemessenheit (u.a. wegen der Bekanntgabe von Daten an den Schuldner)
- **Verpflichtung zur Sicherstellung (Art. 132 Abs. 2 ZGB)**  
v.a. wenn dieser beharrlich die Erfüllung der Unterhaltspflicht vernachlässigt oder anzunehmen ist, dass er Vermögen verschleudert oder beiseiteschafft.

#### **4. Kinderbelange (Art. 133 f. ZGB)**

Bei Kinderbelangen gilt die Offizial- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das Gericht hat auch ohne Parteiantrag über die Kinderbelange (elterliche Sorge, Obhut, Betreuung, Kontakt-/Besuchsrecht und Unterhaltsbeitrag) zu befinden und den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, d.h. das Gericht darf nicht einfach den Parteianträgen folgen, sondern muss sich selber ein Urteil darüber bilden, welche Lösung für das Kind die Beste ist. Das Gericht «beachtet alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände. Es berücksichtigt einen gemeinsamen Antrag der Eltern und soweit tunlich, die Meinung des Kindes».

##### 4.1 Elterliche Sorge

Elterliche Sorge = Pflichtrecht der Eltern, für das minderjährige Kind die notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen, zu vertreten und sein Vermögen zu verwalten.

Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus. Dies trifft regelmässig auch noch nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu (dann ist aber die tatsächliche Betreuung

zu regeln). Falls nötig, kann das Eheschutzgericht ausnahmsweise die elterliche Sorge einem Elternteil alleine zuteilen (Art. 176 Abs. 3 ZGB).

Bei einer Scheidung sind zwei Lösungen denkbar:

- **Gemeinsame elterliche Sorge (Regelfall), Art. 298a ZGB**  
Ist seit dem 1.7.14 der Regelfall. Früher setzte dies einen gemeinsamen Antrag und eine entsprechende Vereinbarung der Eltern voraus. Dadurch hatte der bisher hauptsächlich betreuende Elternteil (i.d.R. die Mutter) ein gewisses Druckmittel in der Hand.
- **Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil (Ausnahme), Art. 298 Abs. 1 ZGB**  
Bei andauernden und unüberbrückbaren Konflikten, die sich negativ auf das Kindeswohl auswirken (z.B. bei dauernder Abwesenheit, Desinteresse am Kind, Gewalttat am Kind, jedoch nicht schon bei grosser räumlicher Distanz!)

#### 4.2 Obhut, Betreuung, Kontakt-/Besuchsrecht

##### Kriterien für die Zuteilung der Obhut

- Erziehungsfähigkeit der Eltern
- Persönliche Beziehungen zwischen dem Kind und den Eltern
- Möglichkeit der unmittelbaren Betreuung und Pflege durch einen Elternteil
- Persönlichkeit von Eltern und Kindern
- Stabilität der Lebensverhältnisse (u.a. Schule, Sozialkontakte, etc) → ist oft das ausschlaggebende Kriterium
- Bereitschaft eines Elternteils, dem Kind den Kontakt zum nicht sorgeberechtigten Elternteil zu ermöglichen (oft bei Müttern)
- Alle übrigen für das Kindeswohl wichtigen Umstände (Geschwister werden i.d.R. nicht getrennt)
- Zuteilungswunsch des Kindes (erst ab 12-14 Jahren entscheidend)

→ Keine starren Regeln; massgeblich sind immer die gesamten Umstände des Einzelfalles; das Gericht hat einen erheblichen Ermessensspielraum! Allenfalls kommt auch alternierende Obhut in Betracht.

#### 4.3 Kindesunterhalt

Der Kindesunterhalt ist nicht eine spezifische scheidungsrechtliche Bestimmung, sondern eine Bestimmung des Kindesrechts. Er ist aber Teil des Scheidungsurteils! Der Betreuungsunterhalt ist auch bei verheirateten, aber getrenntlebenden Ehegatten resp. bei unverheirateten Eltern zu berechnen!

Kindesunterhalt ist vom Ehegattenunterhalt zu unterscheiden und im Urteil separat auszuweisen!

Falls eine Betreuung des Kindes nötig ist (Schulstufenregel!), ist zwingend zuerst der Kindesunterhalt (zuerst Bar- und dann Betreuungsunterhalt) zu berechnen und erst dann der Ehegatten-/Scheidungsunterhalt!

Der Unterhaltsanspruch des Kindes erlischt mit Abschluss der Ausbildung (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Nach neuester Rechtsprechung sollte im Scheidungsurteil der Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus festgelegt werden.

Früher erbrachte i.d.R. der (primär) obhutsberechtigte Elternteil den Unterhalt in Form von Naturalunterhalt (Pflege, Erziehung, Betreuung, etc.). Der andere Elternteil leistete den Barunterhalt.

In vielen Fällen konnte die Mutter jedoch aufgrund ihrer Betreuungspflichten ihren persönlichen Unterhalt nicht sicherstellen und war auf Sozialhilfe oder Fremdbetreuung angewiesen. Damit wurden nichteheliche Kinder schlechter gestellt, als Kinder, die aus einer Ehe hervorgegangen sind, da bei dieser zusätzlich Ehegattenunterhalt geleistet werden musste.

Daher sind seit dem 1.1.2017 die Kosten der Betreuung Teil des Kindesunterhalts (Art. 276 und Art. 285 Abs. 2 ZGB), der durch beide Elternteile zu tragen ist.

#### *Aufteilung des Barunterhalts*

Der Barunterhalt ist im Verhältnis der Leistungsfähigkeit der Eltern zu verteilen (und zwar unabhängig vom Betreuungsunterhalt).

Wird das Kind fremdbetreut, so gehören die dadurch ausgelösten Fremdbetreuungskosten zum Barunterhalt (Kindesunterhalt), der durch die Eltern entsprechend ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu tragen ist.

Ist ein Elternteil neben der Fremdbetreuung hauptsächlich für das Kind verantwortlich, so ist diesem Naturalunterhalt bei der Verteilung des Barunterhalts angemessen Rechnung zu tragen.

Die konkrete Berechnung kann nach unterschiedlichen Modellen erfolgen, inbs. Auch nach dem Modell der Grundbedarfsberechnung mit Zuschlägen (vgl. S. 25).

#### *Bemessung des Betreuungsunterhalts (Art. 285 Abs. 2 ZGB)*

Teil des Kindesunterhaltes sind die Kosten, die sich aus der Betreuung der Kinder ergeben (Betreuungsunterhalt). Der Gesetzgeber verzichtete jedoch darauf, eine Berechnungsmethode für den Betreuungsunterhalt festzulegen.

#### **Wesentliche Vorfragen**

- Welcher Elternteil betreut die Kinder? Ist die Betreuung zwischen den Eltern aufgeteilt?
- Welchen Betreuungsbedarf haben die Kinder? Ausgangsfrage: Wie lange und in welchem Umfang braucht ein Kind im konkreten Fall persönliche Betreuung?

##### **1. Objektivierbare Bedürfnisse des Kindes**

Grundsatz: Schulstufenregel bei gesundem, normal entwickeltem Kind

Abweichung nach pflichtgemäßem richterlichem Ermessen

**2. Kontinuitätsprinzip**, weil die Eltern am besten wissen, welches Betreuungskonzept für ihr Kind das Beste ist

##### **3. Existenz adäquater Drittbetreuungsstrukturen (Krippe, Grosseltern, etc.)**

- Wurden die Kinder vor der Trennung bzw. zum Urteilszeitpunkt persönlich betreut oder wurde ein Teil der Betreuung durch Dritte (entgeltlich/unentgeltlich) übernommen?
  - Falls persönliche Betreuung (über die Schulstufenregel hinaus) gelebt wurde: Kontinuität für eine angemessene Übergangszeit
  - Falls Fremdbetreuung (über die Schulstufenregel hinaus) in Anspruch genommen wurde: Fremdbetreuung kann fortgeführt werden

#### **→ Grundsatz der Elternautonomie / Kontinuitätsprinzip!**

Ob der persönlichen oder der Fremdbetreuung der Vorzug zu geben ist, entscheidet sich ausschliesslich mit Blick auf das Kindeswohl im Einzelfall. Dabei wird man für eine allererste Lebensphase der Mutter den Vorzug geben müssen, wenn nicht triftige Gründe dagegensprechen. Ab wann eine Fremdbetreuung in Betracht fällt, hängt von den konkret zur Verfügung stehenden Betreuungsmöglichkeiten (Grosseltern, Krippe, Tagesmutter, etc.) ab, andererseits auch von der Persönlichkeit des Kindes.

Wenn ein Elternteil zufolge Betreuung nicht oder nur beschränkt arbeiten kann, sind die Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils basierend auf dem familienrechtlichen Existenzminimum als Betreuungsunterhalt abzugelten.

Lässt die Betreuungspflicht eine Teilzeitarbeit zu, so kommt die Lebenskostenmethode zur Anwendung: Der Betreuungsunterhalt ist grds. nur dann bzw. nur insoweit geschuldet, als der betreuende Elternteil seine Lebenshaltungskosten nicht selber zu decken vermag (Existenzminimum – (hypothetisches) Einkommen = Betreuungsunterhalt). Reicht das neben der Betreuung erzielte Einkommen zur Deckung seiner Lebenshaltung (wenngleich auf tiefem Niveau) aus, ist überhaupt kein Betreuungsunterhalt geschuldet.

Bei mehreren Kindern, die vom gleichen Elternteil betreut werden, verteilt sich der Betreuungsunterhalt auf die Kinder entsprechend ihrem Betreuungsbedarf.

Der Betreuungsunterhalt wird jeweils dem Barunterhalt des Kindes aufgerechnet!

Da der Betreuungsunterhalt aber für die Bestreitung des Lebensunterhalts des betreuenden Elternteils verwendet werden darf, ist dieser

#### *Koordination mit dem Scheidungsunterhalt*

Der beim Kind berücksichtigte Betreuungsunterhalt ist bei der Berechnung des nahehelichen Unterhalts zu berücksichtigen, und zwar weil es sich beim Betreuungsunterhalt nur um einen Minimalbetrag (Deckung des Grundbedarfs des betreuenden Elternteils) handelt und weil es im Scheidungsrecht u.U. einen Vertrauensschutz bzgl. der Pflicht zur Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit gibt. In vielen Fällen ist daher nebst dem Betreuungsunterhalt auch Scheidungsunterhalt nach Art. 125 ZGB geschuldet.

Beispiel: Grundbedarf zur Fortführung des während der Ehe gelebten Standards =	4000.-
./. Einkommen aus Teilzeiterwerb	3000.-
./. Betreuungsunterhalt	<u>500.-</u>
Scheidungsunterhalt	<u>500.-</u>

Das Kind erhält:

Barunterhalt	1'000.-
Betreuungsunterhalt	500.-
Überschussverteilung:	<u>250.-</u>
Kindesunterhalt	<u>1'750.-</u>

Nur auf Art. 125 ZGB stützt sich der Unterhaltsanspruch immer dann, wenn gar keine betreuungsbedürftigen Kinder vorhanden sind!

Wichtig: Bei einer Wiederverheiratung erlischt der Scheidungsunterhalt. Der Betreuungsunterhalt für das Kind bleibt hingegen bestehen, daher ist der Betreuungsunterhalt vom Scheidungsunterhalt zu unterscheiden und immer zuerst zu berechnen!

## **5. Das Scheidungsverfahren**

Seit 1.1.2011 ist das Scheidungsverfahren in der ZPO geregelt. Es gab allerdings nur wenige materielle Änderungen, daher wird weiterhin auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen.

### 5.1 Zuständigkeit

#### *Örtliche Zuständigkeit*

Wahlweise zwingend am Wohnsitz des einen oder des anderen Ehegatten (Art. 23 Abs. 1 ZPO).

## Sachliche Zuständigkeit

Kantonales Recht (Gerichtorganisationsgesetz)

### 5.2 Rechtshängigkeit

Das gemeinsame Scheidungsbegehren wird im Zeitpunkt der Einreichung von Gericht rechtshängig (Art. 62 und 274 ZPO). Die Rechtshängigkeit der Klage eines Ehegatten auf Scheidung tritt mit der Klageanhebung ein (Art. 62 i.V.m. Art. 274 ZPO).

Prozessrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit → Fixierung des Gerichtsstandes (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO) und grundsätzliches Verbot der Klageänderung

Materielle Wirkungen der Rechtshängigkeit → Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 275 ZPO), Auflösung des Güterstandes sowie Vorsorgeausgleich.

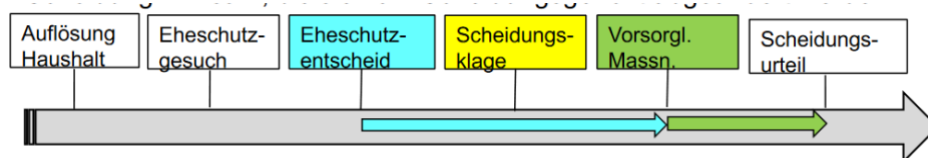
### 5.3 Vorsorgliche Massnahmen

Weil sich das Scheidungsverfahren hinziehen kann, aber eine der Parteien oder die Kinder u.U. auf rasche gerichtliche Hilfe angewiesen sind, kann das Gericht auf Antrag einer Partei alle nötigen Massnahmen anordnen, sobald die Scheidungsklage oder das gemeinsame Begehren hängig ist (Art. 276 ZPO). Bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ist das Eheschutzgericht für allfällige Massnahmen zuständig.

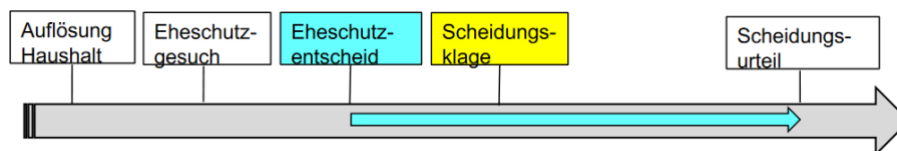
Vorsorgliche Massnahmen beziehen sich auf die Zuteilung der Obhut über die Kinder, den Unterhalt, die Zuteilung der Familienwohnung, etc.

Es gibt keine Beschränkung auf die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen wie im Eheschutzverfahren. Geregelt werden kann alles, was nötig ist.

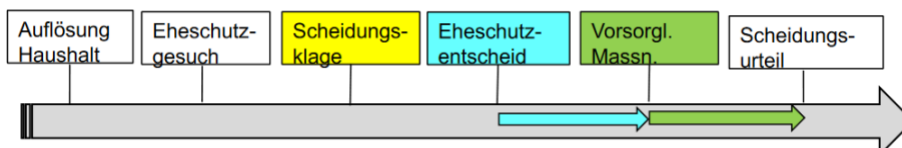
Hat das Eheschutzgericht vor Einleitung des Scheidungsverfahrens Massnahmen getroffen, so bleiben diese auch nach Rechtshängigkeit der Scheidung wirksam, bis sie vom Scheidungsgericht abgeändert werden.



Für die Abänderung der Eheschutzmassnahmen ist eine erhebliche Änderung nachzuweisen. Daher ist auch denkbar, dass die Eheschutzmassnahmen bis zum Scheidungsurteil in Kraft bleiben.

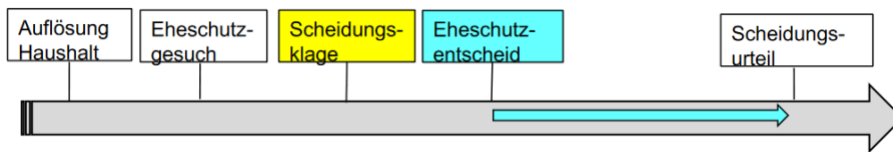


Hat der Eheschutzrichter bei Klageeinreichung noch nicht entschieden, so wird das Eheschutzgesuch nicht gegenstandslos, aber der Eheschutzrichter ist nur noch für die Phase zwischen Gesuchseinreichung und Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig, falls gleichzeitig ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen hängig ist.





Auch bei dieser Sachlage ist denkbar, dass das Scheidungsgericht keine vorsorglichen Massnahmen trifft bzw. den Eheschutzentscheid nicht abändert, sodass diese Massnahmen bis zum Urteil wirksam bleiben.



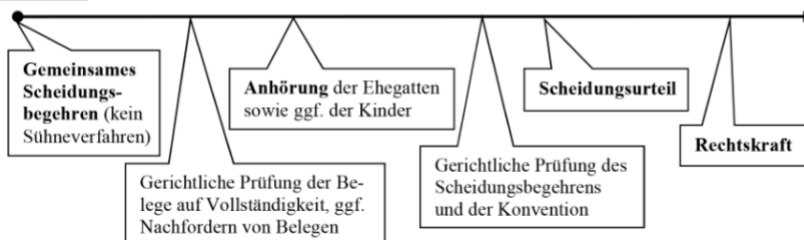
#### 5.4 Die Scheidungskonvention und Verfahrensabläufe

Die Konvention kann verbindlich erst im Kontext der Scheidung abgeschlossen werden (Art. 279 ZPO). Frühere Vereinbarung sind nicht rechtswirksam (ausgenommen güterrechtliche Regelungen im Ehevertrag). Bis zum Abschluss der gerichtlichen Anhörung kann die Zustimmung zur Konvention widerrufen werden.

##### *Ablauf des Verfahrens bei vollständiger Einigung*

1. **Einreichen des gemeinsamen Scheidungsbegehrens und der vollständigen Scheidungsvereinbarung.**
2. Erste **vorläufige Prüfung** der Vereinbarung und Vorladung der Ehegatten.
3. **Anhörung** der Ehegatten zu ihrem Scheidungsbegehren und zur Vereinbarung:
  - Anhörung der Ehegatten erfolgt getrennt und gemeinsam.
  - Anhörung in mehreren Sitzungen ist möglich.
  - Kinderanhörung nicht vergessen!
  - Nach Abschluss der Anhörung wird die Zustimmung zur Scheidung und zur Konvention unwiderruflich; jeder Ehegatte kann aber bis zur Urteilsberatung einen Antrag auf Nichtgenehmigung der Konvention stellen (praktische Bedeutung: gering).
4. **Gerichtliche Prüfung** des Scheidungsbegehrens und der Konvention.
5. **Urteil:** Die Konvention wird zum vollwertigen Urteilsbestandteil.

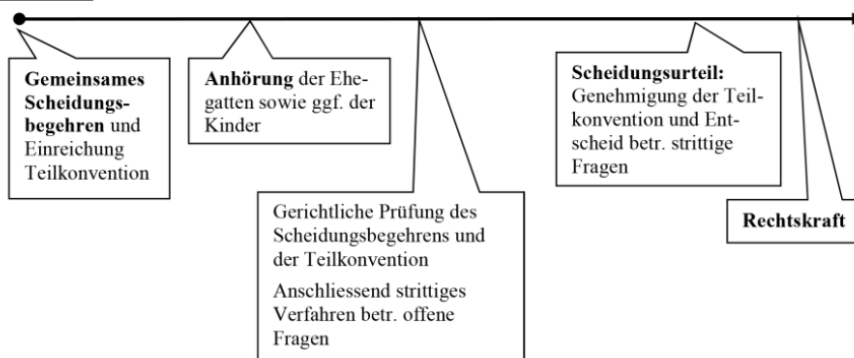
Übersicht in Form einer Zeitachse:



### Ablauf des Verfahrens bei Teileinigung

1. Einreichen des gemeinsamen Scheidungsbegehrens, der teilweisen Scheidungsvereinbarung und der jeweiligen Anträge betr. die strittigen Scheidungsfolgen.
2. Erste vorläufige Prüfung der Teilvereinbarung durch das Gericht und Vorladung der Ehegatten.
3. Anhörung der Ehegatten zu ihrem Scheidungsbegehren und zur Teilvereinbarung (analog zur vollständigen Einigung).
4. Prüfung des Scheidungsbegehrens und der Konvention.
5. Strittiges Verfahren betr. die offenen Fragen.
6. Gesamturteil.

Übersicht in Form einer Zeitachse:



### Wechsel vom gemeinsamen Scheidungsbegehren zur Scheidungsklage

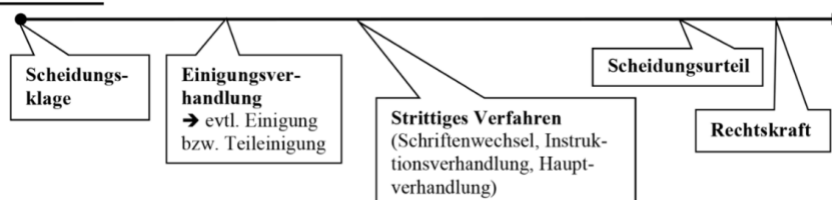
Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 und Art. 112 ZBG) nicht erfüllt sind, so setzt es jedem Ehegatten eine Frist an, um das Scheidungsbegehren durch eine einseitige Klage zu ersetzen (Art. 288 Abs. 3 ZPO).

### Einigungsverhandlung

Wir das Scheidungsverfahren durch Klage eines Ehegatten eingeleitet, so sieht Art. 291 ZPO eine Einigungsverhandlung vor, bei der einerseits der Scheidungsgrund geklärt werden soll und andererseits versucht wird, eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen. Die Einigungsverhandlung ist immer durchzuführen. Der Schriftenwechsel (Klageantwort, Replik, Duplik) findet erst nach der Einigungsverhandlung statt.

Führen die Bemühungen des Gerichts nicht oder nur zu einer teilweisen Einigung, erfolgt eine autoritative Entscheidung des Gerichts hinsichtlich der Scheidungsfolgen (Art. 288 Abs. 2 ZPO).

Übersicht in Form einer Zeitachse:



### 5.5 Prozessmaximen und -grundsätze

- **Dispositionsmaxime**

Das Gericht ist an die Anträge bzw. Rechtsbegehren gebunden und darf dem Kläger nicht mehr zusprechen, als er verlangt und nicht weniger, als der Beklagte anerkennt (z.B. Nachehelicher Unterhalt, Güterrecht, Wohnung der Familie, etc), Art. 58 Abs. 1 ZPO

- **Offizialmaxime**

Das Gericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Die Parteien müssen aber trotzdem Anträge stellen (z.B. Kinderbelange (Unterhalt, elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht) und Vorsorgeausgleich).

→ Betrifft konkrete Anträge bzw. Verantwortung für Klage

- **Verhandlungsmaxime**

Die Parteien haben dem Gericht die Grundlagen für das Urteil zu liefern (Sachverhalt behaupten und beweisen und zwar genügend konkret), Art. 221 f. ZPO

Anwendungsbereich analog Dispositionsmaxime

- **Untersuchungsmaxime**

Das Gericht klärt den Sachverhalt von Amtes wegen ab

Anwendungsbereich analog Offizialmaxime

→ Betrifft Klärung des Sachverhalts, d.h. die Grundlage des Entscheides

## 5.6 Kinderbelange im Scheidungsverfahren

Im Scheidungsverfahren steht das Kind «zwischen den Fronten» und kann seine Interessen gegenüber den Eltern selber nicht oder nur erschwert durchsetzen. Des Weiteren kommt die fehlende Handlungsfähigkeit, je nach Alter die fehlende Urteilsfähigkeit und die fehlenden Mittel hinzu. Das Kind kann selber keinen Anwalt mandatieren.

Zudem ist das Kind auch nicht Prozesspartei im Scheidungsverfahren (umstritten!)

Daher gilt die Offizial- und Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht ist nicht an die Anträge der Eltern gebunden, sondern kann eine eigene Lösung durchsetzen. Es hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und ist nicht an die Sachverhaltsdarstellung der Eltern gebunden.

Das Kind muss in der Regel durch das Gericht persönlich angehört werden, wenn nicht das Alter oder andre wichtige Gründe dagegensprechen (Art. 298 ZPO). Die Anhörung ist i.d.R. durch den Richter persönlich vorzunehmen.

Sofern nötig, ordnet das Gericht die Vertretung des Kindes im Verfahren durch einen Beistand (Kinderanwalt) an (Art. 299 ZPO). Dem Kind dürfen aus der Vertretung keine Gerichts- oder Verfahrenskosten entstehen.

## 5.7 Änderung des Scheidungsurteils bezüglich Kinderbelange

Vorhersehbare Änderungen sollte bereits im Scheidungsurteil Rechnung getragen werden. Selbst bei kleinen Kindern sollte der Volljährigkeitsunterhalt im Scheidungsurteil festgelegt werden, für den Fall, dass das Kind bei Erreichen der Volljährigkeit die Erstausbildung noch nicht abgeschlossen hat.

Bei nachträglichen Abänderungen richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 134 ZGB und Art. 315 ZGB.

### **Zuständigkeit Gericht**

Strittige Abänderung der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Alimente (Art. 134 i.V.m. Art. 315b ZGB). Voraussetzung: Neuregelung ist wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohle des Kindes geboten (Art. 134 Abs. 1 ZGB).

## Zuständigkeit Kinderschutzhbehörde

Bei nichtstrittigen Fällen für die Neuregelung des Besuchsrechts (Art. 134 Abs. 4 i.V.m. Art. 275 Abs. 1 ZGB). Voraussetzung: bestehende Regelung ist infolge Entwicklung der Verhältnisse unangemessen.

## 6. Die Ehetrennung

Bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes (gemeinsamer Antrag, zweijähriges Getrenntleben oder Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB) kann auf Antrag der Ehegatten oder eines Ehegatten anstelle der Scheidung die Trennung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit angeordnet werden (Art. 117 ZGB).

In der Rechtspraxis fast bedeutungslos (z.B. bei Paaren die sich aus religiösen Gründen oder im Hinblick auf ihr Alter nicht scheiden lassen wollen).

Rechtsfolgen:

- Ähnlich Eheschutz (Zuteilung Wohnung und Hausrat, Unterhalt, Kinderbelange)
- Zivilstand: Verheiratet, Treue-, Beistands- und Unterhaltspflicht bleiben bestehen
- Erb- und sozialversicherungsrechtliche Ansprüche bestehen fort
- Gütertrennung tritt von Gesetzes wegen ein

Die Scheidungsrechtlichen Vorschriften über die Wohnung (Art. 121 ZGB) und den nachehelichen Unterhalt (Art. 125 ff. ZGB) finden keine Anwendung!

Trotz Trennungsurteil kann jeder Ehegatte später noch die Scheidung verlangen. Die zweijährige Frist beginnt mit der Trennung nicht neu zu laufen!

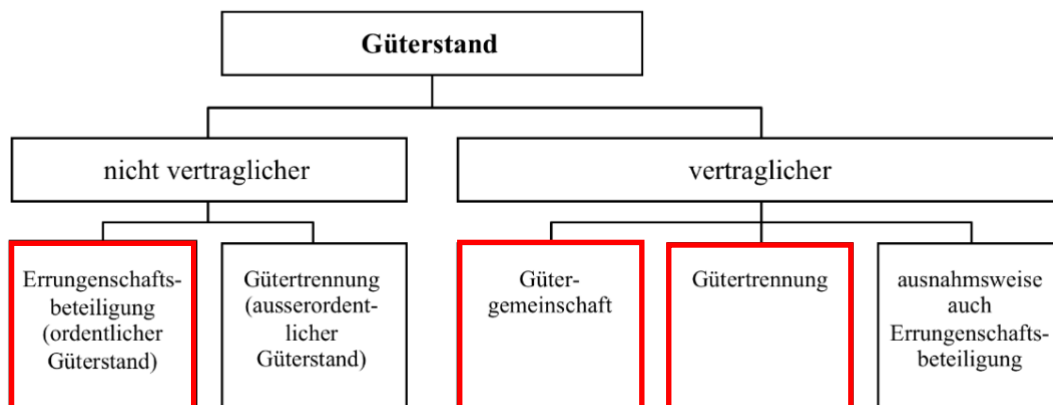
## X. Das Ehegüterrecht

### 1. Allgemeine Vorschriften zum ehelichen Güterrecht

#### 1.1 Güterrecht und Güterstände

Das eheliche Güterrecht umschreibt die Wirkungen der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten. Das Güterrecht ist nur ein (wichtiger) Ausschnitt aus dem ehelichen Vermögensrecht. Ergänzend zu berücksichtigen sind ins. Die Regelungen des ehelichen Unterhalts (Art. 163-165 ZGB, siehe S. 9) und die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft gegenüber Dritten (Art. 166 ZGB, siehe S. 11).

Das ZGB kennt drei unterschiedliche Güterstände:



→ Die Errungenschaftsbeteiligung ist der ordentliche, subsidiäre Güterstand und kommt nur zum Tragen, wenn kein anderer Güterstand (durch Ehevertrag) vereinbart wurde oder kein

ausserordentlicher Güterstand eingetreten ist. Die Errungenschaftsbeteiligung ist auf eine grosse Zahl von Ehepaaren zugeschnitten und dementsprechend am weitesten verbreitet.

→ Die vertraglichen Güterstände (Gütergemeinschaft und Gütertrennung) werden durch Ehevertrag gewählt und beruhen auf einer Willenseinigung der Ehegatten. Ausnahmsweise kann auch die Errungenschaftsbeteiligung vertraglich vereinbart werden, nämlich dann, wenn die Ehegatten bisher unter einem anderen Güterstand gelebt haben und nun die Errungenschaftsbeteiligung wählen.

→ Der Güterstand der Gütertrennung kann auch auf gerichtliche Anordnung (Art. 176, Art. 185 und Art. 189 ZGB) oder von Gesetzes wegen (Art. 188 ZGB) eintreten.

## 1.2 Altrechtliche Güterstände

Das geltende Güterrecht ist am 1.1.1988 in Kraft getreten. Es gibt noch zahlreiche Ehen, welche unter dem alten Güterrecht (von 1907), also bis zum 31.12.1987 geschlossen wurden. Diese könnten u.U. noch dem alten Güterrecht unterstehen.

Grundsätzlich gilt gemäss den anwendbaren Übergangsbestimmungen auch für altrechtlich geschlossene Ehen das neue Ehe- und Ehegüterrecht. Es gibt aber Fälle, in denen noch die altrechtlichen Güterstände der Güterverbindung und Gütergemeinschaft anwendbar sind:

- Die Ehegatten haben bis am 31.12.1988 den alten Güterstand durch gemeinsame Erklärung beibehalten (Beibehaltserklärung);
- Die Ehegatten hatten unter dem alten Recht einen Ehevertrag abgeschlossen und sich nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nicht ausdrücklich dem neuen Recht unterstellt.

## 1.3 Der Ehevertrag

Der Ehevertrag ist eine vertragliche Vereinbarung der Brautleute oder Ehegatten zum Zweck der erstmaligen Begründung, des Wechsels oder der Modifikation des Güterstandes. Gegebenenfalls enthält der Ehevertrag auch Feststellungen tatsächlicher Natur (z.B. Massenzugehörigkeit von Vermögenswerten). Nicht Gegenstand des Ehevertrages sind die vermögensrechtlichen Bestimmungen der allgemeinen Wirkungen der Ehe (z.B. Vereinbarung über den Unterhaltsbeitrag beider Ehegatten gemäss Art. 163 ZGB oder Vertretung der ehelichen Gemeinschaft über die laufenden Bedürfnisse hinaus gemäss Art. 166 Abs.2 ZGB).

Werden solche Absprachen dennoch in den Ehevertrag aufgenommen, sind sie nicht wesentlicher Bestandteil und damit Gegenstand des Ehevertrages, d.h. die Absprachen können auch wieder formlos und selbständig abgeändert werden.

Zum Abschluss eines Ehevertrages bedarf es die Urteilsfähigkeit der Ehegatten (Art. 16 ZGB). Die Vertretung ist aufgrund der Höchstpersönlichkeit ausgeschlossen. Bei Urteilsfähigen Minderjährigen oder Personen unter umfassender Beistandschaft ist zusätzlich zur eigenen Zustimmung die Zustimmung und Mitunterzeichnung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 183 Abs.2 ZGB). Bei fehlender Urteilsfähigkeit kann kein Ehevertrag abgeschlossen werden. Der andere Ehegatte (Art. 185 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB) und der gesetzliche Vertreter des dauernd Urteilsunfähigen (Art. 185 Abs. 3 ZGB) können jedoch die gerichtliche Anordnung der Gütertrennung verlangen.

Der Ehevertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und muss von den vertragsschliessenden Personen unterzeichnet werden. Gleiches gilt auch für die Abänderung oder Aufhebung des Ehevertrages. Die öffentliche Beurkundung ist dort nicht erforderlich, wo das Gesetz selber im Rahmen des Güterstandes eine andere Formvorschrift vorsieht (Art. 201 Abs. 2, Art. 205 Abs. 3, Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 218 Abs. 2, Art. 228, Art. 229, Art. 230 ZGB).

Es ist zwischen den drei Güterständen zu wählen, die das Gesetz anbietet (Typengebundenheit). Die Kombination verschiedener Güterstände ist unzulässig. Modifikationen eines Güterstandes sind in einem eng begrenzten Rahmen möglich (Art. 199 ZGB, Art. 215 ZGB, Art. 241 ZGB resp. bei der Gütergemeinschaft können die Ehegatten den Umfang des Gesamtgutes selbst bestimmen).

#### 1.4 Vermögensverwaltung in der Ehe

Grundsätzlich verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbst (Art. 201 Abs. 1, Art. 232, Art. 247 ZGB). Für in Miteigentum/Gesamteigentum stehenden Gegenstände gelten die Bestimmungen des Sachenrechts (Art. 646 Abs. 3 und Art. 653 ZGB).

Überlässt ein Ehegatte dem anderen die Verwaltung seines Vermögens, so wird das Vorliegen eines Auftrags vermutet (Art. 195 Abs. 1 ZGB). Anwendbar sind somit grds. die Regeln des OR über den Auftrag (Art. 394 ff. OR). Die Verwaltung muss sich nicht auf das gesamte Vermögen erstrecken, sondern kann inhaltlich auf bestimmte Aufgaben beschränkt sein (z.B. Verwaltung einer Liegenschaft ohne Mieterauswahl). Eine solche Beschränkung bedarf aber einer ausdrücklichen Vereinbarung (Art. 396 Abs. 1 OR). Der Auftrag wird grds. unentgeltlich ausgeführt (Art. 394 Abs. 3 OR) und kann jederzeit durch beide Ehegatten widerrufen werden (Art. 404 OR). Das Widerrufsrecht ist unverzichtbar und kann auch nicht durch Ehevertrag aufgehoben werden.

#### 1.5 Das Inventar (Art. 195a ZGB)

Das Inventar soll Beweisschwierigkeiten betreffend Eigentum und Massenzugehörigkeit bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorbeugen.

Das Inventar kann von jedem Ehegatten verlangt werden. Der andere ist zur Mitwirkung verpflichtet. Im Verweigerungsfall kann das zuständige (Eheschutz-)Gericht angerufen werden.

Das Inventar erbringt bis zum Beweis des Gegenteils den Nachweis der Richtigkeit der durch die Urkundsperson bezeugten Tatsachen (Art. 9 ZGB). Es besteht hingegen keine Prüfungspflicht des Notars, ob die durch die Ehegatten vorgetragenen Tatsachen zutreffen. Wurde allerdings das Inventar innert eines Jahres seit dem Einbringen der verzeichneten Vermögenswerte errichtet, wird die inhaltliche Richtigkeit des Inventars bzgl. Einbringen, Zuordnung und Vollständigkeit der betreffenden Vermögenswerte vermutet (Art. 195a ZGB). Insofern geht Art. 195a ZGB über die Wirkung von Art. 9 ZGB hinaus. Die Wirkung bezieht sich nicht nur auf die Tatsache, dass die Parteien übereinstimmend eine bestimmte Erklärung über die Herkunft der Vermögenswerte abgegeben haben, sondern auch darauf, dass diese Erklärungen inhaltlich zutreffend sind. Demgegenüber kann sich die Richtigkeitsvermutung nicht auf die Massenzugehörigkeit der im Inventar genannten Vermögenswerte beziehen (z.B. Die Aktien sind Eigengut der Ehefrau), da dies eine Rechts- und keine Sachverhaltsfrage ist und somit dem Beweis nicht zugänglich ist.

#### 1.6 Gläubigerschutz (Art. 193 ZGB)

Art. 193 ZGB schützt den Gläubiger eines Ehegatten vor Verschlechterung der Vermögensverhältnisse dieses Ehegatten durch güterrechtliche Vorkehren bzw. güterrechtliche Auseinandersetzung.

Der Gläubiger wird daher so behandelt, wie wenn die ihm nachteilige Änderung der Vermögenszuordnung nicht eingetreten wäre. Ist Vermögen an den anderen Ehegatten verschoben worden, so kann der Gläubiger auch den anderen Ehegatten direkt belangen (im Ausmass des verschobenen Vermögens).

Die Begründung/Änderung eines Güterstandes kann aber nur die in Art. 193 ZGB vorgesehenen Folgen haben, wenn eine Gütergemeinschaft begründet oder aufgehoben wurde, da weder bei der Errungenschaftsbeteiligung noch bei der Gütertrennung die Stellung der Gläubiger beeinträchtigt wurde (Art. 202 und Art. 249 ZGB).

Der Schutz der Gläubiger umfasst jede Vermögensübertragung, die in Erfüllung güterrechtlicher Ansprüche erfolgt ist, jedoch nicht Schenkungen, Kauf, Darlehen, usw. Ebenfalls ausserhalb des Schutzzwecks von Art. 193 ZGB liegen Unterhaltsforderungen (Art. 163 f. ZGB) und Forderungen aufgrund a.o. Beiträge an den Unterhalt der Familie (Art. 165 Abs. 1 und 2 ZGB).

Zudem gelangt Art. 193 ZGB nur zur Anwendung, wenn dem Gläubiger eines Ehegatten mit dem Wechsel des Güterstandes/der güterrechtlichen Auseinandersetzung Haftungssubstrat für seine Forderungen entzogen wurde, z.B. Begründung von Gesamteigentum an einem Vermögensgegenstand durch Zuweisung zum Gesamtgut oder Übertragung von Vermögenswerten vom Alleineigentum des einen in dasjenige des anderen Ehegatten.

### 1.7 Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand

Bei Art. 185 ZGB handelt es sich um eine Eheschutzmassnahme im weiteren Sinn, d.h. bei Sachlagen, in welchen das einträchtige Zusammenwirken der Ehegatten im wirtschaftlichen Bereich gestört oder bei einem Ehegatten ein Vermögensverfall eingetreten ist. Dies führt dazu, dass die Ehegatten in vermögensrechtlicher Hinsicht so gestellt werden, als wenn sie nie verheiratet gewesen wären.

Ausserordentlich ist der Güterstand insofern, als dass er auch gegen den Willen eines oder beider Ehegatten eintritt.

Der a.o. Güterstand kann aufgrund gerichtlicher Anordnung und zwar rückwirkend auf den Tag der Einreichung des Begehrens bei Gericht eintreten:

**a) Auf Begehren eines Ehegatten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (Art. 185 ZGB)**

Der wichtige Grund wird in Art. 185 Abs. 2 ZGB näher aber nicht abschliessend umschrieben.

**b) Als Eheschutzmassnahme oder im Rahmen vorsorglicher Massnahmen bei Scheidung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bzw. Art. 276 ZPO)**

Als Eheschutzmassnahme im Zusammenhang mit dem Getrenntleben rechtfertigt sich die Anordnung der Gütertrennung bloss bei begründeter Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 175 ZGB) und nur, wenn es die Umstände rechtfertigen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Dies trifft zu, wenn ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 185 Abs. 1 ZGB vorliegt und die Interessen des Gesuchstellers nicht anders, z.B. durch Vermögensbeschränkung, geschützt werden können.

**c) Auf Begehren der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen**

Das Gericht kann bei Ehegatten die in Gütergemeinschaft leben, die Gütertrennung anordnen, wenn für eine Eigenschuld eines Ehegatten sein Anteil am Gesamtgut gepfändet wird.

Örtlich zuständig ist das Gericht am Wohnsitz eines Ehegatten (Art. 23 ZPO). Für das Begehren der Aufsichtsbehörde das Gericht am Wohnort des Schuldnerhegatten (Art. 23 Abs. 2 ZPO). Das sachlich zuständige Gericht bestimmen die Kantone (i.d.R. Eheschutzgericht). Der Entscheid über die Gütertrennung ist innerhalb von 10 Tagen mit Berufung anfechtbar (Art. 308 und 314 ZPO).

Von Gesetzes wegen erfolgt der Wechsel zur Gütertrennung einerseits im Falle einer gerichtlichen Ehetrennung und zwar rückwirkend auf den Tag der Einreichung der Trennungsklage (vgl. S. 34) oder wenn über einen Ehegatten unter Gütergemeinschaft der Konkurs eröffnet wird (die Gütertrennung tritt am Tag der Konkurseröffnung ein).

Hat das Gericht gestützt auf Art. 185 ZGB oder als Eheschutzmassnahme den a.o. Güterstand angeordnet, können die Ehegatten durch Ehevertrag jederzeit wieder auf ihren früheren Güterstand zurückkommen oder einen anderen wählen (Art. 187 ZGB). Anders verhält es sich, wenn die



Gütertrennung infolge Konkurs eines Ehegatten, der in Gütergemeinschaft lebt, eintritt (Art. 188 ZGB) oder das Gericht auf Ersuchen der Aufsichtsbehörde in Betreibungssachen die Gütertrennung angeordnet hat, weil der Anteil eines Ehegatten am Gesamtgut gepfändet wurde (Art. 189 ZGB). Diesfalls können die Ehegatten ehevertraglich nur die Errungenschaftsbeteiligung vereinbaren. Erst wenn die Gläubiger befriedigt sind, kann das Gericht die Gütergemeinschaft wiederherstellen (Art. 191 ZGB).

Auf Begehren eines Ehegatten kann das Gericht auch gegen den Willen des anderen den früheren Güterstand wiederherstellen, wenn der Grund der zur Gütertrennung geführt hat, weggefallen ist (Art. 187 Abs. 2 ZGB).

### 1.8 Örtliche und sachliche Zuständigkeit für Klagen über die güterrechtliche Auseinandersetzung

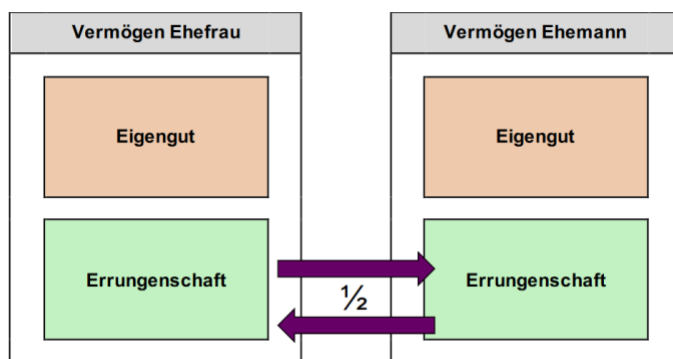
Bei Auflösung des Güterstandes durch Tod eines Ehegatten → Das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO)

Bei Auflösung des Güterstandes durch Scheidung, Trennung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe → Das Gericht am Wohnsitz einer Partei (Art. 23 Abs. 1 ZPO)

In den übrigen Fällen (z.B. bei gerichtlicher Anordnung der Gütertrennung, bei Eintritt der Gütertrennung aufgrund Art. 188 ZGB oder bei vertraglicher Vereinbarung eines neuen Güterstandes) → Das Gericht am Wohnsitz einer Partei (Art. 23 Abs. 1 ZPO).

Sachlich zuständig ist das ordentliche Gericht, sofern nicht in einem bereits hängigen Verfahren (z.B. Scheidung) über die güterrechtliche Auseinandersetzung zu befinden ist.

## 2. Die Errungenschaftsbeteiligung



Während der Ehe gleicht die Errungenschaftsbeteiligung der Gütertrennung insofern, als dass jeder Ehegatte über sein Vermögen alleine verfügt (d.h. das Vermögen der Ehegatten ist getrennt).

Bei Auflösung des Güterstandes (z.B. bei Scheidung oder Tod) behält jeder Ehegatte sein Eigengut und jeder Ehegatte hat Anspruch auf  $\frac{1}{2}$  der Errungenschaft des anderen Ehegatten, d.h. es kommt zu einer hälftigen Teilung des Vorschlages (= positiver Saldo der Errungenschaft).

Der Gesetzgeber bringt dadurch zum Ausdruck, dass die unterschiedlichen Beiträge der Ehegatten gleichwertig sind; es soll nicht derjenige Ehegatte zu kurz kommen, der die eigene Karriere zugunsten des anderen zurückgesteckt und diesem «den Rücken freigehalten» hat. Die Errungenschaftsbeteiligung widerspiegelt auch die Idee des einträchtigen Zusammenwirkens während der Ehe.



## 2.1 Errungenschaft

Zur **Errungenschaft** (Art. 197 ZGB) zählt entgeltlicher Erwerb (es sei denn der erworbene Gegenstand diene ausschliesslich dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten oder es liegt eine Ersatzanschaffung für Eigengut vor). Art. 197 Abs. 2 ZGB zählt beispielhaft einige Errungenschaften auf. So ist Errungenschaft das Einkommen aus Arbeitserwerb (inkl. 13. Monatslohn und Bonus), Ersatzeheneinkommen aus der 1. und 2. Säule oder Arbeitslosentaggelder, Erträge des Eigenguts (z.B. Mietzinse der geerbten Liegenschaft oder Dividenden) und Ersatzanschaffungen für Errungenschaft (also alles, was man aus der Errungenschaft kauft). Beiträge der 3. Säule hingegen sind derjenigen Gütermasse zuzuordnen, welche finanziell dafür aufgekommen ist (Surrogationsprinzip)

## 2.2 Eigengut

Zum **Eigengut** zählen

- Gegenstände, die einem Ehegatten ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch dienen (auch wenn der Gegenstand aus dem Arbeitslohn gekauft wurde), z.B. Kleider, Schmuck, Gegenstände zur Ausübung eines Hobbies (Pferd, Segelschiff), wobei Mitgebrauch durch den anderen Ehegatten oder Familienmitglieder den Eigengutscharakter ausschliesst. Geht die Anschaffung zudem über den Rahmen des gewöhnlichen Unterhalts hinaus, kann eine Ersatzforderung der Errungenschaft gegenüber dem Eigengut entstehen (Art. 209 Abs. 3 ZGB), z.B. Ehefrau gönnt sich einen teuren Diamantring.
- Vermögenswerte, die der Ehegatte in die Ehe mitgebracht hat (Ersparnisse vor Eheschliessung), er durch Erbschaft oder sonstwie unentgeltlich erworben hat (d.h. Schenkung, Entgelt für Erbverzicht, Aneignung herrenloser Sachen, Fund, Schatzfund, Ersitzung, Schuldenerlass, Schuldentilgung durch Dritte)
- Genugtuungsansprüche (aufgrund der Höchstpersönlichkeit)
- Ersatzanschaffungen für Eigengut (z.B. Autokauf aus Erbschaft). Damit ist Mittelersatz, nicht aber Zweckerersatz gemeint (d.h. der alte Teppich der aus Erbschaft stammt, wird mit Mitteln aus Errungenschaft ersetzt. Der neue Teppich gehört zufolge der Herkunft der investierten Mittel zur Errungenschaft, obwohl er dem Zweck nach einen früher zum Eigengut gehörenden Gegenstand ersetzt)

Die Aufzählung in Art. 198 ZGB ist abschliessend, d.h. was nicht den Kategorien des Eigengut zugeordnet werden kann, ist Errungenschaft.

## 2.3 Ehevertraglich begründetes Eigengut (Art. 199 ZGB)

Die gesetzliche Massenzuordnung ist zwingend. Die Ehegatten können sie nur im Rahmen von Art. 199 ZGB mittels Ehevertrag abändern, d.h. Vermögenswerte dem Eigengut zuweisen, nämlich einerseits bezüglich Vermögenswerten, die für die Ausübung eines Berufs oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind (der Unternehmerlohn kann jedoch nicht dem Eigengut zugewiesen werden) oder andererseits für Erträge des Eigenguts (z.B. Dividenden).

## 2.4 Spezialfall bei Kapitalleistungen (Art. 207 Abs. 2 ZGB)

Leistungen der beruflichen Vorsorge und von Sozialversicherungen (AHV/IV) sowie Entschädigung wegen Arbeitsunfähigkeit (insb. Schadenersatzzahlungen) sind Ersatz für die fehlende oder reduzierte Arbeitskraft des betreffenden Ehegatten und daher Errungenschaft (Art. 197 Abs. 2 ZGB).

Werden solche Leistungen als Kapitalabfindung erbracht, wird mit einer solchen Abfindung der künftige Erwerb ersetzt.

Kommt es nach einer Kapitalabfindung zur Auflösung des Güterstandes ist daher zu fragen, welcher Teil der Abfindung für den bis zum Zeitpunkt der Auflösung entstandenen Erwerbsausfall und

welcher Teil für die Zukunft gedacht ist: Nach der Auflösung des Güterstandes erzielter Erwerb/Erwerbssersatz gehört nämlich nicht mehr zur Errungenschaft, sondern muss dem berechtigten Eigentümer ungeteilt verbleiben (Eigengut), da der Betrag für die Zukunft vorgesehen ist. Keine Anwendung findet Art. 207 Abs. 2 ZGB, wenn der Güterstand durch Tod des an der Kapitaleistung berechtigten Ehegatten aufgelöst wird.

## 2.5 Beweis (Art. 200 ZGB)

Art. 200 ZGB regelt die Beweislast, d.h. derjenige der (im Prozess) Eigentum eines Ehegatten behauptet, muss dies beweisen (bzw. trägt die Folgen der Beweislosigkeit).

Gemäss Art. 200 Abs. 2 ZGB gilt eine Vermutung (bzw. Fiktion) des Miteigentums (je zur Hälfte) beider Ehegatten bei Misslingen des Beweises des Alleineigentums

Gemäss Art. 200 Abs. 3 ZGB gilt eine Vermutung zugunsten der Errungenschaft, wenn der Beweis der Zugehörigkeit zum Eigengut misslingt.

Für die Frage, ob ein bestimmter Vermögenswert im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes (Art. 204 ZGB) vorhanden gewesen ist, gilt Art. 8 ZGB. Ergänzt wird Art. 200 ZGB durch das Inventar nach Art. 195a ZGB, das gewisse Beweiserleichterungen bewirkt.

## 2.6 Haftung und Massenzuordnung von Schulden

Schulden gegenüber Dritten oder auch gegenüber dem Ehegatten belasten jene Vermögensmasse, mit welcher sie sachlich zusammenhängen, d.h. Einkommenssteuerschuld belastet die Errungenschaft, ebenso Aufwand für den Unterhalt der Familie, die Hypothekarschuld der Eigengutliegenschaft hingegen das Eigengut. Im Zweifel aber die Errungenschaft.

Schulden, welche vor Eheschluss entstanden sind, belasten immer das Eigengut. Dies gilt auch für Schulden, welche die Ausbildungskosten betreffen.

Jeder Ehegatte haftet für seine Schulden mit seinem gesamten Vermögen (Art. 202 ZGB). Ein Gläubiger kann somit zur Befriedigung seiner Schuld auf beide Gütermassen (Errungenschaft und Eigengut) zugreifen. Wurde eine Schuld durch die «falsche» Gütermasse beglichen, entsteht eine entsprechende Ersatzforderung (Art. 209 Abs. 1 ZGB).

## 2.7 Zusammenwirken verschiedener Gütermassen

Beteiligen sich beide Gütermassen eines Ehegatten an der Finanzierung eines Vermögenswertes oder investiert ein Ehegatte in Vermögenswerte des anderen Ehegatten, ist dem Grundsatz der Unabänderlichkeit der Gütermassen mittels einer Ersatzforderung Rechnung zu tragen.

Dabei ist zu unterscheiden:

- Vermögenswerte beider Gütermassen eines Ehegatten (ER und EG) sind beteiligt → Art. 209 ZGB
- Investitionen eines Ehegatten in Vermögen des anderen Ehegatten → Art. 206 ZGB

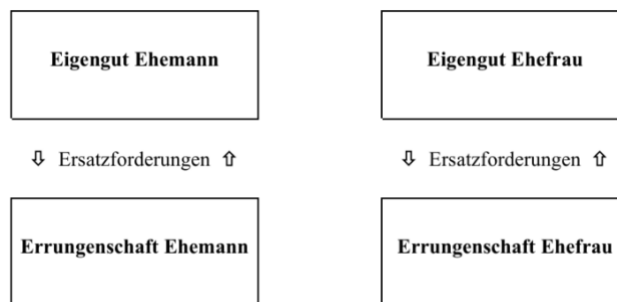
*Beteiligung beider Gütermassen eines Ehegatten (Art. 209 Abs. 3 ZGB)*

### Konkretes Vorgehen

1. Wer ist Eigentümer des fraglichen Vermögenswertes?  
→ Alleineigentum eines Ehegatten oder Miteigentum beider Ehegatten?  
Bei diesbezüglicher Beweislosigkeit gilt die Vermutung von Art. 200 Abs. 2 ZGB.
2. Welcher Gütermasse des Eigentümer-Ehegatten (bzw. beider Miteigentümer) ist der Vermögenswert zuzuordnen?  
→ Jeder Vermögenswert ist vollständig entweder dem EG oder der ER zuzuordnen.

→ Die Zuordnung zur einen oder anderen Gütermasse erfolgt nach dem Übergewicht der Beteiligung im Zeitpunkt des Erwerbs, z.B. der Ehemann kauft sich eine Jacht aus einer Erbschaft. 20% der Jacht zahlt er aus Ersparnissen aus Arbeitserwerb → Die Jacht gehört in das Eigengut des Ehemannes. Bei gleicher Beteiligung beider Gütermassen kann in Analogie zu Art. 200 Abs. 3 und Art. 209 Abs. 2 ZGB von Errungenschaft ausgegangen werden.  
Die andere beteiligte Gütermasse hat eine variable Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 3 ZGB. Bei Beweislosigkeit gilt die Vermutung nach Art. 200 Abs. 3 ZGB.

Art. 209 ZGB Abs. 3 ZGB will Verschiebungen zwischen Gütermassen verhindern, indem entsprechende Ersatzforderungen zwischen der Errungenschaft und dem Eigengut innerhalb des Vermögens eines Ehegatten entstehen, welche nach oben und nach unten variabel sind:



Die Jacht des Ehemannes wird beim Kauf dem Eigengut zugewiesen. Die Errungenschaft erhält eine Ersatzforderung in der Höhe von 20% zulasten des Eigenguts.

#### Voraussetzungen der Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 3 ZGB

##### 1. Investition in einen Vermögenswert

Der investierte Betrag muss zum Erwerb (Teil der Jacht ist geerbt, Teil gespart), zur Verbesserung (beim geerbten Haus soll die Heizung erneuert werden, diese wird aus ER finanziert) oder zur Erhaltung (Verhinderung von Wertzerfall, z.B. alte Küche wird durch neue ersetzt) eines Vermögensgegenstandes verwendet worden sein.

##### 2. Beteiligung beider Gütermassen eines Ehegatten

Investition der ER in einen EG-Vermögenswert oder Investition des EG in einen ER-Vermögenswert. Eine Schenkung zwischen den Gütermassen ist rechtlich nicht möglich und es ist auch kein In-Sich-Geschäft des Eigentümer-Ehegatten denkbar (Gegenleistung).

→ **RF: Ersatzforderung** der investierten Gütermasse unter Berücksichtigung des bis zur Güterrechtlichen Auseinandersetzung/Veräußerung eingetretenen Mehr- oder Minderwerts

##### 3. Mehr- oder Minderwert

Die Beteiligung am Mehrwert nach Art. 209 Abs. 3 betrifft nur konjunkturelle Mehrwertschwankungen des Vermögensgegenstandes. Ein konjunktureller Mehrwert beruht auf Angebot und Nachfrage betr. den fraglichen Vermögenswert. Davon abzugrenzen ist der industrielle Mehrwert, welcher auf einer «Verbesserung» des Vermögenswertes durch Einsatz des wirtschaftlich tätigen Ehegatten (was der Errungenschaft dieses Ehegatten zugerechnet wird) oder auf einer entsprechenden Investition beruht (z.B. Renovation durch Dritte, was ER oder EG zugerechnet wird, je nach Herkunft der eingesetzten Mittel des investierenden Ehegatten).

Der konjunkturelle Mehrwert ist proportional auf Eigengut und Errungenschaft zu verteilen. Es handelt sich um eine einheitliche, zweiseitig variable Forderung.

**Rechenbeispiel mit Mehrwert:**

	<b>EG von X</b>	<b>ER von X</b>	<b>Total</b>
Erwerb Oldtimer	30'000	10'000	40'000
Restauration (= industrieller Mehrwert)		20'000	20'000
<b>Total Investition</b>	<b>30'000</b>	<b>30'000</b>	<b>60'000</b>
Beteiligungsverhältnis	50%	50%	100%
Konjunktureller Mehrwert	10'000	10'000	20'000
<b>Total Ansprüche</b>	<b>40'000</b>	<b>40'000</b>	<b>80'000</b>

→ Es handelt sich nach wie vor um einen Oldtimer im Eigengut. Die Errungenschaft hat jedoch einen Anspruch gegen das Eigengut in der Höhe von Fr. 40'000.-.

Als Minderwert gilt auch der Verbrauch und die Abnutzung zufolge Alterung des Vermögenswerts. Auch eine Schenkung an Dritte gilt als Minderwert, der somit auf beide Gütermassen verteilt wird und somit die Ersatzforderung untergehen lässt. Der Minderwert wird proportional auf die beiden Gütermassen verteilt.

**Rechenbeispiel mit Minderwert:**

	<b>EG von X</b>	<b>ER von X</b>	<b>Total</b>
Erwerb Oldtimer	30'000	10'000	40'000
Restauration (= industrieller Mehrwert)		20'000	20'000
<b>Total Investition</b>	<b>30'000</b>	<b>30'000</b>	<b>60'000</b>
Beteiligungsverhältnis	50%	50%	100%
Minderwert infolge Unfalls	-20'000	-20'000	-40'000
<b>Total Ansprüche</b>	<b>10'000</b>	<b>10'000</b>	<b>20'000</b>

→ Die Errungenschaft hat nur noch einen Anspruch von Fr. 10'000.- gegen das Eigengut. Ist kein konjunktureller Mehr- oder Minderwert eingetreten, sondern der Wert stabil geblieben, ist die Investition zum Nominalwert zurückzuerstatten (Art. 209 Abs. 1 und 3 ZGB).

Massgeblich ist der Wert des Vermögensgegenstandes zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder aber im Zeitpunkt der Veräusserung eines früheren Vermögensgegenstandes

Art. 209 Abs. 3 ZGB ist zwingendes Recht, weil man nicht möchte, dass es zu Vermögensverschiebungen kommt. Im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung kann auf einen Mehrwertanteil zulasten des EG verzichtet werden. Ein Verzicht zulasten der ER bedarf der Zustimmung des anderen Ehegatten. Im Voraus ist ein ehevertraglicher Ausschluss der Mehrwert-/Minderwertbeteiligung nur im Rahmen von Art. 199 ZGB zulässig.

Eine vorzeitige Rückzahlung ist jederzeit möglich und bedarf keiner Zustimmung des anderen Ehegatten.

*Investition eines Ehegatten in einen Vermögenswert des anderen Ehegatten (Art. 206 ZGB)*

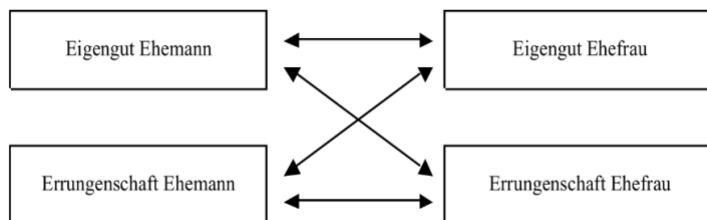
**Konkretes Vorgehen**

1. Wer ist Eigentümer des fraglichen Vermögenswertes?  
→ Ehemann oder Ehefrau
2. Welcher Gütermasse des Eigentümer-Ehegatten ist der Vermögenswert zuzuordnen?  
→ Jeder Vermögenswert ist vollständig entweder dem EG oder der ER zuzuordnen.

→ Die Zuordnung zur einen oder anderen Gütermasse erfolgt nach dem Übergewicht der Beteiligung im Zeitpunkt des Erwerbs, z.B. Ehefrau zahlt aus ihren Ersparnissen aus Arbeitserwerb CHF 10'000.- → ihre Errungenschaft erhält eine Ersatzforderung von CHF 10'000.-. Ein allfälliger Mehrwert wird sodann ebenfalls der Errungenschaft zugeordnet – und zwar proportional zur Investition.

Hat ein Ehegatte einen im Eigentum des anderen Ehegatten stehenden Gegenstand ganz oder teilweise finanziert, so stellt sich (sofern es sich nicht um eine Schenkung handelt) die Frage, welche seiner Gütermassen in welcher Form an diesem Gegenstand und einer allfälligen Wertsteigerung «beteiligt» ist. Die Antwort ergibt sich aus Art. 206 ZGB.

Art. 206 Abs. 3 regelt somit die Investition eines Ehegatten in den Vermögenswert des anderen Ehegatten:



Bei Veräußerung dieses Vermögensgegenstandes oder bei Auflösung des Güterstandes soll der investierende Ehegatte die Investition zurückfordern können und zwar zzgl. eines allfälligen konjunkturellen Mehrwerts.

### Voraussetzungen der Ersatzforderung nach Art. 206 ZGB

#### 1. Investition in einen Vermögenswert des anderen Ehegatten

Der investierte Betrag muss zum Erwerb (Ehefrau kauft Bild, Mann beteiligt sich mit 10% am Kaufpreis), zur Verbesserung (beim Haus der Ehefrau soll die Heizung erneuert werden, diese wird vom Ehemann finanziert) oder zur Erhaltung (Verhinderung von Wertzerfall, z.B. alte Küche wird von Ehemann durch neue ersetzt) eines Vermögensgegenstandes des anderen Ehegatten verwendet worden sein. Der Beitrag kann in Geld oder in einer geldwerten Sach- oder Arbeitsleistung bestehen.

#### 2. Die Investition erfolgt ohne entsprechende Gegenleistung und nicht als Schenkung

Der Beitrag des Nichteigentümer-Ehegatten darf weder auf eine Schenkung beruhen noch durch eine Gegenleistung (z.B. Darlehenszins) abgegolten werden. Eine Schenkung wird nicht vermutet und ist von dem Ehegatten zu beweisen, der sich darauf beruft.

→ **RF: Ersatzforderung** der investierten Gütermasse des Nichteigentümer-Ehegatten unter Berücksichtigung des bis zur Güterrechtlichen Auseinandersetzung/Veräußerung eingetretenen Mehrwerts. Bei einem Minderwert ist der investierte Betrag zurückzuerstatten (Nennwertgarantie), Art. 206 Abs. 1 ZGB. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich ein Ehegatte zur Mitfinanzierung vielfach mehr oder weniger gezwungen sieht.

#### 3. Mehrwert

Die Beteiligung am Mehrwert nach Art. 206 betrifft nur konjunkturelle Mehrwertschwankungen des Vermögensgegenstandes. Industrielle Mehrwerte werden wiederum der jeweiligen

Gütermasse zugeordnet (z.B. Frau betreut Wertschriftenportfolio des Mannes, dies führt zu einer Wertverdoppelung. Der durch die Ehefrau erwirtschaftete Gewinn ist als Investition (Arbeitsleistung) der Ehefrau in das Vermögen ihres Mannes zu sehen. Wenn die Wertschriften nochmal an Wert zulegen, ist der Frau 1/3 des Mehrwerts zuzusprechen, da die investierte Arbeitsleistung der Frau zu einer mehrwertberechtigten Ersatzforderung geführt hat.

Der konjunkturelle Mehrwert ist proportional auf die jeweiligen Ehegatten zu verteilen. Beim Mehrwert handelt es sich um eine einheitliche, einseitig variable Forderung, weil nur der Mehrwert- nicht aber der Minderwert berücksichtigt wird.

Der Mehrwert muss im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder im Zeitpunkt einer früheren Veräußerung (Art. 206 Abs. 2 ZGB) vorhanden sein.

Die Mehrwertbeteiligung darf zudem nicht durch schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen werden (Art. 206 Abs. 3 ZGB), d.h. Art. 206 ZGB ist dispositiver Natur und kann im Voraus mit einfacher Schriftlichkeit ausgeschlossen werden, dies weil die Ehegatten abmachen können was sie wollen.

**Rechenbeispiel mit Mehrwert:**

	<b>EG von Ehemann</b>	<b>ER von Ehefrau</b>	<b>Total</b>
Erwerb Bild	30'000	30'000	60'000
<b>Total Investition</b>	<b>30'000</b>	<b>30'000</b>	<b>60'000</b>
Beteiligungsverhältnis	50%	50%	100%
Konjunktureller Mehrwert Bild	10'000	10'000	20'000
<b>Total Ansprüche</b>	<b>40'000</b>	<b>40'000</b>	<b>80'000</b>

→ Es handelt sich nach wie vor um ein Bild im EG des Ehemannes. Die Errungenschaft der Ehefrau hat jedoch einen Anspruch gegen das Eigengut des Ehemannes in der Höhe von Fr. 40'000.-.

Der Mehrwert ist derjenigen Masse zuzuordnen, welche die Investition erbracht hat.

Werden mehrere Investitionen in unterschiedliche Vermögenswerte getätigt muss eine Globalrechnung erfolgen, dabei ist für jeden Vermögensgegenstand einzeln abzurechnen. Ergeben sich dabei Minderwerte, sind diese mit den Mehrwerten zu verrechnen. Die Nennwertgarantie von Art. 206 Abs. 1 ZGB gilt demnach nur hinsichtlich aller Investitionen (und nicht im Hinblick auf einzelne Vermögenswerte!), d.h. wenn sich z.B. bei gemeinsam finanzierten Aktien ein Minderwert ergibt, aber gleichzeitig die ebenfalls gemeinsam finanzierte Liegenschaft einen Mehrwert aufweist, ist der Minderwert der Aktien am Schluss mit dem Mehrwert zu verrechnen. Der Minderwert ist aber aufgrund der Nennwertgarantie nicht bei der Berechnung der Ansprüche der Aktien zu berücksichtigen!

Gleich verhält es sich, wenn eine globale Abrechnung erfolgt und die gemeinsam finanzierten Aktien (aus Errungenschaft) einen Minderwert ergeben und die aus Eigengut mitfinanzierte Liegenschaft einen Mehrwert ergibt. Der Minderwert des Aktienanteils wird vom Mehrwert der Liegenschaft in Abzug gebracht (vollumfänglich beim Eigengut und nicht etwa bei der Errungenschaft, aufgrund Mehrwertgarantie!).

Wichtig: Ein allfälliger Minderwert wird in der globalen Abrechnung immer nur bis zur maximalen Höhe eines Mehrwerts eines anderen Vermögensgegenstandes in Abzug gebracht (Nennwertgarantie!).

Eine vorzeitige Rückzahlung des Beitrages ist nur mit Zustimmung des Gläubiger-Ehegatten möglich (Art. 81 OR).

#### *Sonderfall der mehrstufigen Berechnung*

Peter hat im Jahr 2000 ein Chalet zum Preis von Fr. 600'000 gekauft. Die Finanzierung erfolgte mit Fr. 400'000 Errungenschaft und 200'000 Eigengut. Im Jahr 2015 (das Chalet wies mittlerweile einen Wert von Fr. 720'000 auf) finanzierte Maja aus ihrem Eigengut eine Renovation für Fr. 120'000.-. Im Jahr 2018 wird das Chalet für Fr. 875'000 verkauft.

Der Beitrag von Maja hat nur für eine vergleichsweise kurze Zeit zur Entstehung des konjunkturellen Mehrwerts beigetragen. Daher darf ihr Beitrag nicht gleichermassen am Gesamtgewinn partizipieren wie die Investitionen von Peter. Es muss daher mehrstufig abgerechnet werden:

	<b>ER Peter</b>	<b>EG Peter</b>	<b>EG Maja</b>	<b>Total</b>
Ursprüngliche Investitionen	400'000	200'000		600'000
Beteiligungsverhältnis	2/3	1/3		
Mehrwert bis 2015	80'000	40'000		120'000
Beteiligung vor Renovation	480'000	240'000		
Renovation 2015			120'000	120'000
Total Investitionen nach Renovation	480'000	240'000	120'000	840'000
Beteiligungsverhältnis neu	4/7	2/7	1/7	7/7
Mehrwert bis 2018	20'000	10'000	5'000	35'000
<b>Total Ansprüche</b>	<b>500'000</b>	<b>250'000</b>	<b>125'000</b>	<b>875'000</b>

#### 2.8 Hinzurechnung und Herabsetzung nach Art. 208 und Art. 220 ZGB

Sowohl die Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) wie auch die Herabsetzung (Art. 220 ZGB) dienen dem Schutz des Anspruchs eines Ehegatten auf Beteiligung am Vorschlag. Da jeder Ehegatte über sein ganzes Vermögen (ER und EG) an sich frei verfügen kann, ist es möglich, dass ER verschenkt wird und dies die Beteiligungsforderung des anderen Ehegatten schmälert.

Die Schenkung aus Errungenschaftsvermögen führt deshalb nicht zu einer Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 2 ZGB, sondern ist nur dann i.S. einer Hinzurechnung zu berücksichtigen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 208 ZGB erfüllt sind.

Art. 208 und Art. 220 beziehen sich ausschliesslich auf das Errungenschaftsvermögen, da die Veräusserung von Eigengut nicht zu einer Schmälerung des Vorschlagsanspruchs führt.

#### *Tatbestandsvoraussetzungen der Hinzurechnung (Art. 208 ZGB)*

##### **a) Unentgeltliche Zuwendung ohne Zustimmung des Ehegatten aus ER**

Es muss sich um eine unentgeltliche Zuwendung, die ein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten an einen Dritten gemacht hat, soweit es sich nicht um Gelegenheitsgeschenke handelt. Damit sind aber nur Zuwendungen aus der Errungenschaft (nicht aber aus dem Eigengut) gemeint. Die Zustimmung ist von demjenigen Ehegatten zu beweisen, welcher die unentgeltliche Zuwendung vorgenommen hat. Dasjenige Vermögen, dass der Ehegatte für sich selbst ausgegeben hat, fällt nicht unter Art. 208 ZGB.

##### **b) während der letzten 5 Jahre vor Auflösung des Güterstandes oder Vermögensentäusserungen mit Schädigungsabsicht**

Die unentgeltliche Zuwendung hat während der letzten 5 Jahre vor Auflösung des Güterstandes zu erfolgen (Ziff. 1) oder die unentgeltliche Zuwendung muss in Schädigungsabsicht erfolgen (Ziff. 2), d.h. es handelt sich ein eigentliches

Umweggeschäft, auch wenn die Zuwendung nicht völlig unentgeltlich erfolgte oder weiter als 5 Jahre zurückliegt. Voraussetzung dafür ist eine Schädigungsabsicht

→ **RF: Wertmässige Hinzurechnung** des entäusserten Vermögenswerts (reine Rechenoperation!) mit Wert zum Zeitpunkt der Veräusserung (Art. 214 Abs. 2 ZGB). Es spielt auch keine Rolle, ob der Vermögenswert zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung noch existiert! Der andere Ehegatte erlangt einen höheren Beteiligungsanspruch am Vorschlag. Die Hinzurechnung hebt aber die Verfügung des Vermögensgegenstandes nicht mehr auf.

Die Hinzurechnung verlangen kann jeder Ehegatte, der der Entäusserung nicht zugestimmt hat (oder seine Erben, der überlebende Ehegatte, der den Vermögenswert veräusserte ausgenommen (venire contra factum proprium)).

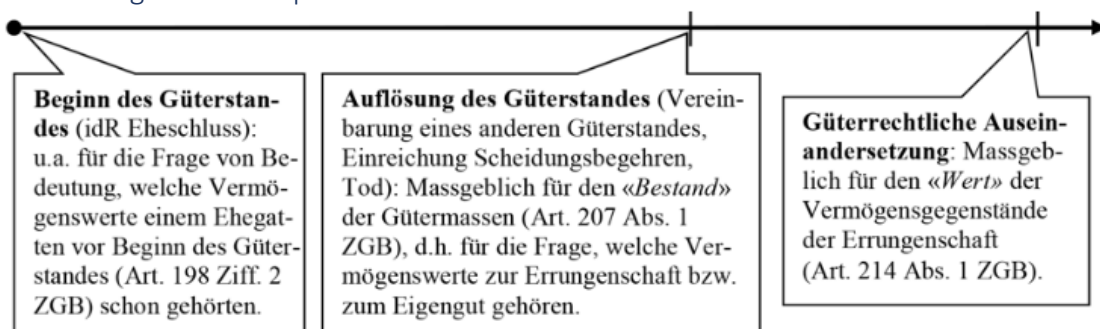
Der Anspruch muss mit der Auflösung des Güterstandes geltend gemacht werden (spätestens aber innert 10 Jahren, Art. 127 OR).

#### *Klage gegen Dritte (Herabsetzung) nach Art. 220 ZGB*

Art. 220 ZGB ergänzt Art. 208 ZGB für den Fall, dass das Vermögen des Schuldner-Ehegatten die Forderung des Gläubiger-Ehegatten nicht deckt. In einem solchen Fall kann der aus der Hinzurechnung Berechtigte das Fehlende beim Zuwendungsempfänger (beim bedachten Dritten oder seinen Erben) einfordern (selbst wenn er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Besitz der Sache ist). Bei einem gutgläubigen Dritten begrenzt sich der Umfang der Rückzahlungspflicht auf den Wert der Sache im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes (Art. 220 Abs. 3 ZGB). Bei Bösgläubigkeit ist die gesamte Zuwendung herauszugeben (auch wenn z.B. das Fahrzeug zwischenzeitlich keinen Wert mehr hat). Es handelt sich zudem immer um eine Geldforderung, nicht um den Anspruch auf Herausgabe der Sache. Massgeblich ist der Wert zum Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Art. 214 Abs. 1 ZGB).

Die Klage gegen Dritte kann nur innert eines Jahres seit Kenntnis der Verletzung (relative Frist) und innert zehn Jahren seit Auflösung des Güterstandes (absolute Frist) geltend gemacht werden.

#### 2.9 Massgebliche Zeitpunkte



Ab Einreichung der Klage (Auflösung des Güterstandes) nach Art. 207 und Art. 204 ZGB bis zur güterrechtlichen Auseinandersetzung sind Ersparnisse aus dem Arbeitserwerb nicht mehr zu teilen. Nach diesem Zeitpunkt wird nämlich keine neue Errungenschaft mehr gebildet. Gegenstand der Bewertung bildet nur das während der Ehe erworbene Errungenschaftsvermögen.

Für den Wert der bei der Auflösung des Güterstandes vorhandene Errungenschaft ist jedoch der Zeitpunkt der Auseinandersetzung massgebend (Art. 214 ZGB). Demnach kann von einem Wertzuwachs von Vermögenswerten, welche sich vor Einreichung der Klage bereits im Besitz der Ehegatten befunden haben und welche sich in der Errungenschaft befinden, noch profitiert werden.



## 2.10 Güterrechtliche Auseinandersetzung

Es ist in vier Schritten vorzugehen:

### 1. Trennung des Vermögens von Mann und Frau

Die Ehegatten haben ihr Eigentum zurückzunehmen und zwar ungeachtet ihrer Massenzugehörigkeit (Art. 205 Abs. 1 ZGB). Bei Vermögenswerten in Miteigentum und herrschender Uneinigkeit, kann das zuständige Gericht die Sache gegen volle Entschädigung jenem Ehegatten zu Alleineigentum zuweisen, der ein überwiegendes Interesse nachweist. Ist noch nicht klar, welchem Ehegatten ein Gegenstand zu Alleineigentum zugewiesen wird, so ist dem Vermögen eines jeden vorerst der jeweilige Miteigentumsanteil zuzuordnen.

Die Ehegatten haben ihre gegenseitigen Schulden zu regeln (Art. 205 Abs. 3 ZGB). Die Schulden sind grundsätzlich zum Nennwert einzusetzen und Forderungen nach Art. 206 Abs. 1 ZGB sind zu bereinigen. Schliesslich sind auch die Schulden gegenüber Dritten zu regeln (siehe S. 40).

### 2. Berechnung des Vorschlags (= positiver Saldo der Errungenschaft) unter Berücksichtigung allfälliger Mehrwertanteile

Nach der Festlegung der Aktiven und Passiven des Vermögens von Frau und Mann gilt es, für beide Ehegatten den Saldo der Errungenschaft (positiver Saldo = Vorschlag; negativer Saldo = Rückschlag) zu bestimmen. Jeder Ehegatte und seine Erben haben Anspruch auf einen Teil des Vorschlags des anderen (Art. 215 Abs. 1 ZGB). Ein Rückschlag hat jeder Ehegatte allein zu tragen (Art. 210 Abs. 2 ZGB).

Das Vermögen der Ehegatten wird auf das Eigengut und die Errungenschaft aufgeteilt. Auch die Schulden sind entweder dem EG oder der ER zuzuordnen. Eine Schuld belastet diejenige Vermögensmasse, mit welcher sie sachlich zusammenhängt. Im Zweifel aber die Errungenschaft (Art. 209 Abs. 2 ZGB). Allenfalls besteht eine Ersatzforderung nach Art. 209 Abs. 1 ZGB.

Für die Berechnung der einzelnen Vermögenswerte der ER ist grds. der Verkehrswert, d.h. der aktuelle Marktwert des konkreten Gegenstandes einzusetzen.

### 3. Bestimmung der Beteiligung am Vorschlag (normalerweise ½)

Jeden Ehegatten steht die Hälfte des Vorschlags des anderen zu (Art. 215 ZGB).

Bei positivem Vorschlag: Saldi beider Errungenschaften werden addiert und anschliessend halbiert → «Zielgrösse»

Bei einem Rückschlag sind die Ansprüche getrennt zu berechnen (z.B. Vorschlag Ehefrau 30'000.-, Rückschlag Ehemann 40'000.-. Der Ehemann hat Anspruch auf 15'000.-, Ehefrau auf 0.- (da negativer Vorschlag des Ehemannes).

Der Beteiligungsanspruch ist grds. ein Wert- und nicht ein Sachanspruch. Eine Ausnahme bildet die Auflösung des Güterstandes durch Tod eines Ehegatten. Der verpflichtete Ehegatte kann den Anspruch auch aus Eigengutsmitteln erfüllen.

Eine ehevertragliche Änderung des Teilungsschlüssels ist zulässig (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Am häufigsten in der Praxis ist eine Zuweisung beider Vorschläge an den überlebenden Ehegatten. In den Nachlass fällt dann nur noch das Eigengut des Ehegatten. Pflichtteile dürfen jedoch

nicht verletzt werden. Die ehevertragliche Abänderung der Vorschlagsstellung gilt nur dann auch im Scheidungsfall, wenn dies ausdrücklich so vereinbart wurde (Art. 217 ZGB).

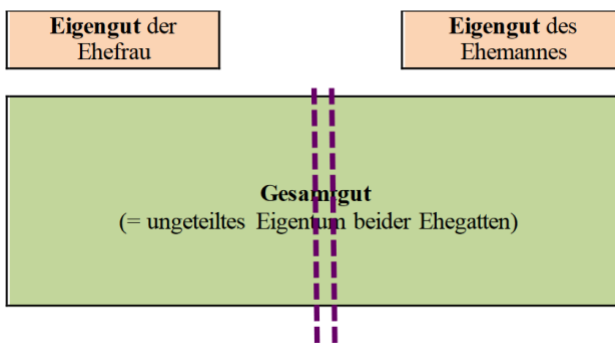
#### 4. Erfüllung der Ansprüche (inkl. Rückzahlung von Schulden, soweit nicht bereits vorher geschehen)

In der Schlussabrechnung sind die Forderungen der Ehegatten aus Güterrecht miteinander zu verrechnen: «Zielgrösse» minus kleinerer Vorschlag: So viel muss vom «reicheren» an den «ärmeren» Ehegatten bezahlt werden. Anschliessend müssen die noch nicht beglichenen Forderungen zwischen den Ehegatten (inkl. Mehrwert Art. 206 ZGB) tatsächlich erledigt werden!

→ Es lohnt sich am Schluss zu berechnen, wie viel nun jeder Ehegatte nach Zahlung aller Schulden hat. Die Summe des Vermögens beider Ehegatten nach Erledigung aller Zahlungen sollte identisch sein mit dem Anfangs-Gesamtvermögen der Ehegatten.

Damit bei Tod eines Ehegatten der überlebende Ehegatte seine bisherige Lebensweise beibehalten kann, wird ihm auf Antrag am Haus oder an der Wohnung die Nutzniessung oder das Wohnrecht zugeteilt (Art. 219 Abs. 1 ZGB). Zudem kann er die Zuteilung des Eigentums am Hausrat verlangen. Es erfolgt eine Anrechnung auf die güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten.

### 3. Die Gütergemeinschaft



Kennzeichnend für die Gütergemeinschaft ist das Gesamtgut, das im Gesamteigentum der Ehegatten steht. Die Gütergemeinschaft ist ein schwerfälliger, nicht leicht durchschaubarer Güterstand, der ein hohes Mass an Kooperationsbereitschaft fordert (die im Fall einer Ehekrise nicht ohne Weiteres gewährleistet ist). Es liegt im Willen der Ehegatten, was während des Güterstandes zum Gesamtgut werden soll und was im entsprechenden Eigengut bleibt. Über den Bestand und die Zusammensetzung der drei Massen kann ein Inventar aufgenommen werden (Art. 195a ZGB).

#### 3.1 Gütergemeinschaft: Grundmodell und Varianten

Die Gütergemeinschaft kann nur durch Ehevertrag begründet werden. Zu unterscheiden sind drei Varianten:

<b>Allgemeine Gütergemeinschaft</b>	Das Gesamtgut umfasst alle Einkünfte und alles Vermögen der Ehegatten, mit Ausnahme des gesetzlichen Eigenguts (Art. 222 ZGB)
<b>Errungenschaftsgemeinschaft</b>	Das Gesamtgut wird beschränkt auf die Errungenschaft beider Ehegatten (Art. 223 ZGB).
<b>Ausschlussgemeinschaft</b>	Bestimmte Vermögenswerte werden vom Gesamtgut ausgeschlossen (Art. 224 ZGB). Das Gesamtgut umfasst demnach nur alle nicht zum gesetzlichen Eigengut

	gehörenden und nicht durch den Ehevertrag ausgeschlossenen Vermögenswerte
--	--

### 3.2 Das Gesamtgut

Das Gesamtgut resp. die Möglichkeit ein solches zu bilden, ist notwendige Voraussetzung der Gütergemeinschaft. Ohne anderslautende Vereinbarung, fallen die Erträge des Eigenguts in das Gesamtgut (Art. 223 ZGB). Eigentümäsmässig handelt es sich beim Gesamtgut um gemeinschaftliches Eigentum zur gesamten Hand (Art. 652-654a ZGB). Der Ehevertrag hat dingliche Wirkung, d.h. er bewirkt bereits den Eigentumswechsel. Der Grundbucheintrag hat nur deklaratorische Bedeutung. Wenn unklar ist, in welche Gütermasse ein Gegenstand gehört, gilt die Gesamtgutsvermutung (Art. 226 ZGB).

Die Verwaltung des Gesamtguts steht grundsätzlich beiden Ehegatten zu (Art. 227 ZGB). Für ordentliche Verwaltungshandlungen (= Handlungen, die eine gewissenhafte Vermögensverwaltung nach allgemeiner Lebenserfahrung gewöhnlich erfordert) ist jeder Ehegatte selbst zuständig. Bei ausserordentlichen Verwaltungshandlungen, wird die Zustimmung beider Ehegatten benötigt. Gutgläubige Dritte dürfen allerdings die Zustimmung des anderen Ehegatten als gegeben voraussetzen. Eine Besonderheit ergibt sich aus der Berufsausübung und dem Gewerbebetrieb, sofern der Ehegatte diesen mit Zustimmung des anderen vornimmt bzw. betreibt (Art. 229 ZGB).

### 3.3 Das Eigengut

Entstehen kann Eigengut durch Gesetz, durch Ehevertrag oder durch Zuwendung Dritter (Art. 225 ZGB). Ebenfalls zum Eigengut zählen Ersatzanschaffungen für Eigengut. Das Eigengut bei der Gütergemeinschaft ist je nach gewähltem Modell verschieden. Allerdings ist ein gesetzlicher Mindestumfang zu beachten (Art. 225 Abs. 2 ZGB). Jeder Ehegatte hat an seinem Eigengut Alleineigentum und kann dieses selber verwalten und darüber verfügen. Im Extremfall zählen zum Eigengut nur die persönlichen Affekte der jeweiligen Ehegatten.

### 3.4 Haftung der Ehegatten

Für Vollschulden haftet jeder Ehegatte mit seinem Eigengut und mit dem Gesamtgut. Vollschulden sind Schulden, bei denen beide Ehegatten aufgrund der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft oder zufolge einer unerlaubten Handlung zu Solidarschuldern werden, Schulden aufgrund Verwaltung des Gesamtguts (z.B. bei Renovation einer Liegenschaft), Schulden durch Ausübung des Berufs oder Gewerbes, wenn sich das Unternehmen im Gesamtgut befindet oder dessen Erträge ins Gesamtgut fallen oder aber bei entsprechender Vereinbarung mit dem Gläubiger (Art. 233 ZGB).

Bei Eigenschulden haftet jeder Ehegatte mit seinem Eigengut und der Hälfte des Gesamtguts (Art. 234 ZGB). Eigenschulden umfassen alle Schulden, die keine Vollschulden sind (inkl. Erbschaftsschulden).

Bezüglich Schulden unter den Ehegatten gilt das gleiche wie bei der Errungenschaftsbeteiligung (vgl. S. 40), d.h. sie belasten diejenige Vermögensmasse mit welcher sie sachlich zusammenhängen, im Zweifel aber das Gesamtgut.

### 3.5 Auflösung des Güterstandes

Die güterrechtliche Auseinandersetzung ist (jedenfalls bei Auflösung durch Tod eines Ehegatten) wesentlich einfacher als bei der Errungenschaftsbeteiligung:

#### 1. Feststellung des Gesamtgutes

Eigengüter und Gesamtgut werden ausgeschieden. Ein allfälliger Rückschlag des Gesamtgutes ist von beiden Ehegatten gemeinsam zu tragen. Ebenfalls können die Bestimmungen über den Mehrwertanteil zur Anwendung gelangen (Art. 239 ZGB i.V.m. Art. 206 ZGB).

#### 2. Bestimmung der Anteile

- Bei Tod, Verschollenerklärung oder Vereinbarung eines anderen Güterstandes (und wenn nichts anderes vereinbart wurde):  
Jeder Ehegatte erhält die Hälfte des Gesamtguts (Art. 241 Abs. 1 ZGB)
- Bei Scheidung, Ungültigkeitserklärung der Ehe, gesetzlicher und gerichtlicher Gütertrennung:  
Jeder Ehegatte nimmt zurück, was unter der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut wäre (Art. 242 i.V.m. Art. 198 ZGB). Die Eheauflösung führt somit in diesen Fällen von Gesetzes wegen zu einer nachträglichen Errungenschaftsgemeinschaft. Art. 242 ZGB ist zwingendes Recht, die Ehegatten können ehevertraglich somit nicht darauf verzichten.  
Das verbleibende Gesamtgut wird hälftig geteilt (sofern nichts anderes vereinbart wurde)

#### 4. Die Gütertrennung



Die Gütertrennung ist ein Nichtgüterstand bzw. die Verneinung eines Güterstandes, weil die Ehe keinerlei Auswirkungen auf das Vermögen der Ehegatten hat. Die Gütertrennung muss ebenfalls ehevertraglich vereinbart werden.

Innerhalb der gesetzlichen Schranken verwaltet und nutzt jeder Ehegatte sein Vermögen und verfügt darüber (Art. 247 ZGB).

Bei Auflösung des Güterstandes gibt es keine güterrechtliche Auseinandersetzung, da die Vermögen getrennt voneinander bleiben und die Auflösung (mit Ausnahme von Art. 251 ZGB betr. Vermögenswerte im Miteigentum) keine güterrechtlichen Ansprüche entstehen lässt. Kein Ehegatte hat Anspruch auf eine Beteiligung am Vorschlag des anderen, ebenso wenig auf eine Mehr- oder Minderwertbeteiligung bei gegenseitigen Investitionen (Art. 206 ZGB). Schenkungen werden hingegen auch bei der Gütertrennung nicht vermutet, d.h. i.d.R. besteht ein Rückerstattungsanspruch, jedoch muss ein Darlehen nachgewiesen werden.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung beschränkt sich daher auf die Rücknahme des Vermögens und die Regelung der Schulden (Art. 205 ZGB).

#### 5. Grundstücke in der güterrechtlichen Auseinandersetzung

Oft ist der wichtigste Verkehrswert in der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine Liegenschaft.

An sich handelt es sich bei den Liegenschaften um «normale» Vermögenswerte, die güterrechtlich keine besondere Behandlung erfahren. Zu beachten sind allerdings folgende Besonderheiten:

→ Oft wird statt Alleineigentum eine Form des gemeinschaftlichen Eigentums begründet (je nach kantonaler Beurkundungstradition Mit- oder Gesamteigentum)

→ Da die Eigentumsrechte im Grundbuch eingetragen sind, kann i.d.R. auf den Grundbucheintrag abgestellt werden, dessen Richtigkeit vermutet wird.

→ Die Finanzierung von Wohneigentum erfolgt meist mithilfe von Fremdmitteln (Hypotheken oder Vorbezügen für Wohneigentum (WEF-Vorbezüge). Es stellt sich dann die Frage, wie der damit

erwirtschaftete Gewinn/Verlust zu verteilen ist, da das FK massgeblich dazu beiträgt, dass der Wert der Liegenschaft steigt, daher fällt ein Teil des Mehrwerts auf die Hypothek.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung von Grundeigentum hängt nicht nur vom Güterstand, sondern auch davon ab, ob sich die Ehegatten für Allein-, Mit- oder Gesamteigentum entschieden haben. Die Regel ist Alleineigentum. Mit- oder Gesamteigentum ist auch denkbar, allerdings nur dann, wenn es grundbuchlich ausgewiesen ist.

Bei Mit- oder Gesamteigentum kann ein Ehegatte nur sehr eingeschränkt über seinen Liegenschaftsanteil verfügen oder diesen hypothekarisch belasten. Ein gewisser Schutz besteht aber aufgrund der Familienwohnung ohnehin schon durch Art. 169 Abs. 1 ZGB. Die Vorteile gemeinschaftlichen Eigentums sind daher vergleichsweise bescheiden.

Ist über die Zuweisung der Liegenschaft bei Scheidung zu entscheiden, hat derjenige Ehegatte, der Mit- oder Gesamteigentümer ist, eine erheblich bessere Stellung als der Partner des Alleineigentümers.

Sind jedoch nicht beide Ehegatten wirtschaftlich gleich stark, sodass ein Ehegatte auf die Mitfinanzierung durch den anderen Ehegatten angewiesen ist, trägt der finanziell schwächere Ehegatte ein überproportionales Verlustrisiko.

### 5.1 Alleineigentum

Alleineigentum ist bei allen drei Güterständen möglich (bei Gütergemeinschaft nur im Zusammenhang mit einer Ausschlussgemeinschaft, vgl. S. 49). Das Alleineigentum ergibt sich aus dem Grundbucheintrag.

Bei Errungenschaftsbeteiligung ist nicht nur das Eigentum, sondern auch die Massenzugehörigkeit massgebend. Die Zuordnung erfolgt jedoch immer nur zu einer Gütermasse, dabei ist der Zeitpunkt des Eigentümererwerbs massgeblich (daran vermögen auch spätere Investitionen aus der anderen Gütermasse nichts zu ändern). Konkret ist ausschlaggebend, aus welcher Gütermasse die Eigenmittel des Eigentümerehegatten stammen (Grundsatz des engsten sachlichen Zusammenhangs). Ein allfälliges Fremdkapital (Hypothek) ist für die Zuordnung nicht relevant. Ist die Investition aus EG und ER gleichhoch, so wird in Anlehnung an Art. 200 Abs. 3 ZGB von Errungenschaft ausgegangen.

Wurden Mittel der einen Vermögensmasse in eine Liegenschaft investiert, die der anderen Vermögensmasse zugehört, so entsteht eine variable Ersatzforderung (Art. 209 Abs. 3 ZGB, vgl. S. 41). Dadurch wird verhindert, dass eine Gütermasse durch Mittel der anderen finanziert wird und dadurch eine Verschiebung von Vermögenswerten von der einen in die andere Masse stattfindet.

Eigenleistungen sind der Errungenschaft zuzuordnen. Der durch Arbeitskraft investierte Beitrag an die «Verbesserung» der Liegenschaft ist als Barinvestition nach Art. 209 Abs. 3 ZGB abzurechnen.

Investiert bei Alleineigentum eines Ehegatten der andere Ehegatte Geld oder Arbeitskraft in die Liegenschaft, können die Parteien die Rechtsfolge vertraglich regeln (Art. 168 ZGB). Wurde keine Vereinbarung getroffen gilt folgendes:

Bei Errungenschaftsbeteiligung → Allenfalls Rückerstattungspflicht nach Art. 206 ZGB

Bei Gütertrennung → Verweis auf Art. 165 ZGB, sofern kein Vertrag vorhanden

Bei Gütergemeinschaft → Allenfalls Rückerstattungspflicht nach Art. 239 ZGB

Sind die Voraussetzungen von Art. 206 ZGB gegeben, partizipiert der Ehegatte proportional zu seiner Investition an einem allfälligen Gewinn, trägt aber zufolge der Nennwertgarantie kein Verlustrisiko.

Eine Hypothek wird als Ganzes derjenigen Gütermasse zugeordnet, der auch die Liegenschaft angehört. Die Hypothek als solche wird somit nicht proportional auf die Gütermassen aufgeteilt.

Bei Alleineigentum ist bei Auflösung des Güterstandes ist bei der Gütertrennung und der Gütergemeinschaft der aktuelle Verkehrswert bzw. ein allfälliger Verkaufserlös dem Vermögen des Eigentümers zuzuordnen. Bei der Errungenschaftsbeteiligung ist der Mehr- oder Minderwert (auch jener einer allfälligen Hypothek) gemäss Art. 209 Abs. 3 auf die beteiligten Gütermassen aufzuteilen.

→ ist nur eine Gütermasse an der Liegenschaft beteiligt, so fällt dieser der gesamte Mehrwert zu.

→ Sind beide Gütermassen am Erwerb der Liegenschaft beteiligt, so ist der (mittels Hypothek) erwirtschaftete Mehrwert proportional auf die beteiligten Gütermassen zu verteilen, da beide Gütermassen das Risiko mittragen, d.h. der Mehrwert wird nach Übergewicht der Beteiligungen einer Gütermasse zugeordnet, während der anderen eine variable Ersatzforderung (Art. 209 Abs. 3 ZGB zusteht).

Für die konkrete Berechnung empfiehlt sich bei einer Hypothek eine tabellarische Darstellung, bei welcher die Hypothek wie eine zusätzliche Gütermasse betrachtet wird:

#### Vorgehen bei einer Hypothek

1. Verhältnis der Beteiligungen aller Vermögensmassen und der auf der Liegenschaft belasteten Hypothek. Der seit der Investition eingetretene Mehr- oder Minderwert wird nach dem berechneten Verhältnis auf die Hypothek und die anderen beteiligten Vermögensmassen aufgeteilt.

	ER Frau	EG Frau	EG Mann	Hypothek	Total
Investition	60'000	240'000	120'000	180'000	600'000
Beteiligungsverhältnis	10%	40%	20%	30%	100%
Mehrwert	20'000	80'000	40'000	60'000	200'000

2. Der auf die Hypothek entfallende Mehr- oder Minderwert ist auf das EG und die ER des Eigentümers im Verhältnis der Beteiligungen dieser beiden Vermögensmassen aufzuteilen.

	ER Frau	EG Frau	EG Mann	Hypothek	Total
Mehrwert	20'000	80'000	40'000	60'000	200'000
Beteiligungsverhältnis	20%	80%		100%	
Verteilung des mittels Hypothek erzielten Mehrwerts	12'000	48'000			
<b>Total Ansprüche</b>	<b>92'000</b>	<b>368'000</b>	<b>160'000</b>	<b>180'000</b>	<b>800'000</b>

Bei zeitlich gestaffelten Investitionen bzw. Amortisationen der Hypothek ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die später getätigte Investition nur eine reduzierte Zeitspanne zum konjunkturellen Mehrwert beigetragen hat. Diesfalls ist eine mehrstufige Mehrwertberechnung (vgl. S. 45) zu machen.

Von dieser Vorgehensweise ist abzuweichen, wenn die Hypothekarzinsen dauernd und regelmässig durch eine andere Gütermasse des Eigentümergehatten erbracht werden als durch diejenige, der die Hypothek an sich zuzuordnen ist.

Diesfalls wird der auf der Hypothek entfallende Mehrwert (nicht aber der Minderwert) derjenigen Gütermasse zugeordnet, welche die Hypothekarzinsen finanziert hat:

	ER Frau	EG Frau	EG Mann	Hypothek	Total
Investition	60'000	240'000	120'000	180'000	600'000
Beteiligungsverhältnis	10%	40%	20%	30%	100%
Mehrwert	20'000	80'000	40'000	60'000	200'000
Verteilung des mittels Hypothek erzielten Mehrwerts	60'000				
<b>Total Ansprüche</b>	<b>140'000</b>	<b>320'000</b>	<b>160'000</b>	<b>180'000</b>	<b>800'000</b>

Von dieser Ausnahme gibt es zwei Gegenausnahmen:

- Wenn die Hypothekarzinsen für eine vermietete EG-Liegenschaft aus dem Mietertrag bezahlt werden.
- Wenn die EG-Liegenschaft als eheliche Wohnung genutzt wird und der Hypothekarzins aus den Errungenschaftsmitteln des Eigentümerehegatten bezahlt wird, da es sich diesfalls um einen Beitrag an den Unterhalt der Familie handelt (Art. 163 ZGB).

## 5.2 Miteigentum beider Ehegatten

In einigen Kantonen (u.a. LU und ZH) tendieren die Urkundspersonen dazu, bei Liegenschaftserwerb durch Ehegatten stets Miteigentum (i.d.R. je zur Hälfte) zu empfehlen (Art. 646 Abs. 2 ZGB).

Miteigentum ist sowohl bei der Errungenschaftsbeteiligung wie auch bei der Gütertrennung möglich und bedarf keines besonderen Rechtsverhältnisses (i.d.R. Vertrag). Die Miteigentümerstellung der Ehegatten ergibt sich aus dem Grundbuch.

Unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung sind die Miteigentumsanteile jedes Ehegatten nach den Regeln des Alleineigentums an einer Liegenschaft den beteiligten Gütermassen zuzuordnen.

### *Auflösung gemeinschaftlichen Eigentums bei Errungenschaftsbeteiligung*

1. Auflösung des Gesamt- oder Miteigentums gemäss Vertrag oder Gesetz
2. Zuordnung der Anteile zu ER und EG jedes Ehegatten
  - Regelung der gegenseitigen Schulden (unter Berücksichtigung von Art. 206 ZGB)
  - Art. 209 Abs. 3 ZGB bei Beteiligung beider Gütermassen eines Ehegatten an dessen Anteil
3. Güterrechtliche Auseinandersetzung
4. Ggf. Erbrechtliche Auseinandersetzung

### *Ungleiche Beiträge der Ehegatten bei Errungenschaftsbeteiligung*

Hat mindestens ein Ehegatte Eigengut investiert und sind die geleisteten Beiträge nicht gleich hoch, liegt eine Investition eines Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten vor. Die Miteigentumsanteile werden für die Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung als selbständige Vermögenswerte behandelt, d.h. obwohl z.B. der Mann die Investition vollständig aus einem Erbvorbezug erbracht hat, wird der Frau zufolge Miteigentum CHF 100'000.- als Investition angerechnet. Die zufolge ungleicher Beiträge erfolgte Investition ist in Anwendung von Art. 206 Abs. 1 ZGB einschliesslich eines allfälligen Mehrwerts zurückzuerstatten:

	EG Mann	ER Frau	Hypothek	Total
Investition	100'000 (und nicht 200'000 (!))	<b>100'000</b>	1'000'000	1'200'000
Mehrwert	20'000	20'000	200'000	240'000
Feinverteilung Mehrwert	100'000	100'000		

Forderung aus Art. 206 ZGB	<b>120'000</b>	<b>-120'000</b>		
Ergebnis Liegenschaft	340'000	100'000	1'000'000	1'440'000
Ergebnis nach Vorschlagsteilung	390'000	50% von 100'000 = 50'000		

Die Frau partizipiert somit vorliegend am Mehrwert der Hypothek infolge des Miteigentums (bei Alleineigentum wäre der Mehrwert vollumfänglich dem Ehemann zugerechnet worden!)

Erleidet die Liegenschaft einen Minderwert, so bleibt die Investition des überwiegend finanzierenden Ehegatten in den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten aufgrund der Nennwertgarantie von Art. 206 ZGB erhalten:

	EG Mann	ER Frau	Hypothek	Total
Investition	100'000 (und nicht 200'000 (!))	<b>100'000</b>	1'000'000	1'200'000
Minderwert	-30'000	-30'000	<b>-300'000</b>	-360'000
Feinverteilung Mehrwert	<b>-150'000</b>	<b>-150'000</b>		
Forderung aus Art. 206 ZGB*	<b>100'000 (Nennwertgarantie)</b>	<b>-100'000</b>		
Ergebnis Liegenschaft	20'000	-180'000	1'000'000	840'000
Ergebnis nach Vorschlagsteilung**	20'000	-180'000		

\* Wegen der Nennwertgarantie ist die Investition des Ehemannes in den Miteigentumsanteil der Ehefrau vor Wertverlust geschützt.

\*\* Da es nur eine Beteiligung am Vorschlag, nicht aber am Rückschlag gibt, trägt die Ehefrau einen überproportionalen Verlustanteil!

### 5.3 Gesamteigentum beider Ehegatten

Ein Gesamteigentum ist nur bei Vorliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses (Gütergemeinschaft oder einfache Gesellschaft nach Art. 530 OR) möglich. Im Kanton Bern werden ist es üblich, für Liegenschaften die der Familie dienen (Familienwohnungen) einfache Gesellschaften und damit ein Gesamthandverhältnis zu begründen. Ehegatten die nicht der Gütergemeinschaft unterstehen, müssen für den Erwerb von Gesamteigentum zwingend einen Gesellschaftsvertrag (einfache Gesellschaft) abschliessen (grds. formlos möglich).

Gesamteigentum wird i.d.R. ebenfalls hälftig geteilt. Die Teilung erfolgt nach Güterrecht (bei Gütergemeinschaft) oder nach Gesellschaftsvertrag.

Das Gesamteigentum ist jedoch relativ schwerfällig und zudem für den wirtschaftlich schwächeren Ehegatten risikobehaftet.



## XI. Das Kindesrecht

### 1. Grundlagen des Kindesrechts

#### 1.1 Das Kindsverhältnis

Das Kindesrecht im engeren Sinn regelt die Verhältnisse zwischen Eltern und Kind, wohingegen das Kindesrecht im weiteren Sinn alle gesetzlichen Normen umfasst, die auf das begründete Verwandtschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kind abstellen, um Rechte und Pflichten von Rechtssubjekten zu regeln (z.B. Erbrecht, Strafrecht, Erwachsenenschutzrecht, Steuerrecht, etc.).

Einerseits gibt es das genetische (biologische) Kindsverhältnis, andererseits kann auf einer psychosozialen Ebene eine Eltern-Kind-Beziehung bestehen (z.B. bei Adoptiv- Stief- oder Pflegeeltern und ihrem Kind). Davon zu unterscheiden ist das rechtliche Kindsverhältnis. Dabei handelt es sich um die rechtlich anerkannte, im Zivilstandsregister dokumentierte Eltern-Kind-Beziehung. Wenn im Gesetz daher von «Eltern» und «Kind» die Rede ist, dann ist grundsätzlich immer das rechtliche Kindsverhältnis gemeint (dieses kann, muss aber nicht mit dem genetischen und/oder sozialen Kindsverhältnis übereinstimmen).

Das schweizerische Recht lässt keine Mehrfachelternschaft zu. Für die Rechtswirkungen des Kindsverhältnisses ist somit die rechtliche Zuordnung massgebend (d.h. max. 1 Mutter und 1 Vater werden im Register eingetragen). **Das rechtliche Kindsverhältnis bildet somit die Grundlage aller rechtlichen Wirkungen der Beziehungen zwischen Eltern und Kind.** Es begründet zudem die rechtliche Verwandtschaft und Schwägerschaft. Vereinzelt wird aber einer tatsächlichen Beziehung zwischen Erwachsenen und Kindern auch ausserhalb eines Kindsverhältnisses Rechnung getragen (z.B. bei Unterhaltspflicht von Stiefeltern an die Stiefkinder, welche sich aus der ehelichen Unterstützungspflicht von Art. 163 ZGB ergeben kann).

#### 1.2 Das Kindeswohl

Beim Kindeswohl handelt es sich um eine Handlungsdirektive, welche die Minderjährigkeit ausgleicht, d.h. das Verhalten des Entscheidungsträgers hat gewissen Grundsätzen zu genügen, damit die Kinder nicht dessen Willkür ausgesetzt sind. Wer mit dem Kind zu tun hat, soll dessen Integrität wahren und auf eine bestmögliche Entfaltung der Persönlichkeit des Minderjährigen hinwirken. Mit zunehmendem Alter des Kindes ist ausserdem dessen Meinung ernst zu nehmen.

Der Grundsatz des Kindeswohls richtet sich an alle Personen, die mit dem minderjährigen Kind in Kontakt treten. Es handelt sich um die **grundlegende, oberste Maxime des Kindesrechts** und ist ebenfalls in Art. 11 Abs. 1 BV verankert.

Der Begriff des Kindeswohls lässt sich weder einheitlich noch abschliessend definieren. Es handelt sich daher um eine konkretisierungsbedürftige Generalklausel. Nur im grundlegenden Bereich der körperlichen, geistigen und seelischen Integrität des Kindes lässt sich das Kindeswohl absolut und objektiv umschreiben. Ansonsten konkretisiert sich der Inhalt des Kindeswohls je nach Sachlage, Fragestellung und Adressat.

Für die Eltern bedeutet das Kindeswohl einerseits Ziel und andererseits Schranke ihrer erzieherischen Tätigkeit. Für die Behörden ist das Kindeswohl massgebendes Kriterium, welches darüber entscheidet, ob in familiäre Verhältnisse eingegriffen wird oder nicht.

### 2. Entstehung des Kindsverhältnisses (Art. 252 – 269c ZGB)

Es geht um die rechtliche Zuordnung eines Kindes zu bestimmten Eltern, d.h. zwischen welcher Mutter und welchem Vater und dem Kind ein rechtlich relevantes Kindsverhältnis bestehen soll.

Die Entstehung des Kindesverhältnisses sind unterschiedlich, so kann die Mutter bei der Geburt zweifelsfrei dem Kind zugeordnet werden, beim Vater ist die Zuordnung jedoch naturgemäss weniger offensichtlich.

Denkbar ist auch, dass das Kindesverhältnis nur zwischen dem Kind und einer Frau/einem Mann entsteht, das Kind also nur über einen Elternteil verfügt.

Spezifische Verfahrensregeln finden sich in Art. 296 ZPO. Im Verfahren zur Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses gilt die Official- wie auch die Untersuchungsmaxime (vgl. S. 33). Zudem haben Parteien und Dritte (also insb. auch der potentielle Kindsvater) an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind (z.B. DNA-Analyse). Verweigerungsrechte sind nicht anwendbar, d.h. die DNA-Analyse kann nötigenfalls auch zwangsweise durchgeführt werden

## 2.1 Das Kindesverhältnis zur Mutter

Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht (unter Vorbehalt der Adoption) mit der Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Nach dem römisch-rechtlichen Grundsatz «mater semper certa est» (die Mutter ist immer gewiss) wird davon ausgegangen, dass die Geburt eindeutig Aufschluss darüber gibt, wer die Mutter des Kindes ist. Es sind also ausschliesslich biologische Begebenheiten entscheidend.

Die Entstehung des Kindesverhältnisses ist unabhängig vom Willen der Mutter, d.h. die rechtliche Anerkennung durch die Mutter ist weder erforderlich noch zulässig. Auch wenn die Mutter schon vor der Geburt den Willen äussert, das Kind zur Adoption freizugeben, vermag dies die Entstehung des Kindesverhältnisses nicht zu verhindern. Selbst im Falle einer Leihmutterchaft oder Eizellenspende (beide in der Schweiz verboten) oder ist die Geburtsmutter die rechtliche Mutter.

Nur ausnahmsweise (bei Findelkindern oder der in der Schweiz unzulässigen anonymen Geburt) kann das Kindesverhältnis zur Mutter nicht ohne weiteres nachgewiesen werden. Jedoch entsteht auch bei einem Findelkind ein Kindesverhältnis zur unbekanntem Identität der Mutter. Das Kindesverhältnis bleibt in diesem Fall registerrechtlich ungeklärt, d.h. es muss wenn die mutmassliche Mutter ausfindig gemacht wird, mittels Klage auf Feststellung der Mutterschaft festgestellt werden. Gleiches gilt, wenn die Mutterschaft strittig ist, d.h. umstritten ist, ob die Frau, welche im Geburtsregister als Mutter eingetragen ist, das Kind auch tatsächlich zur Welt gebracht hat. In diesen Sachlagen ist ausnahmsweise nicht die biologische, sondern die genetische Abstammung entscheidend (Ermittlung erfolgt durch DNA-Analyse) und es wird vom Grundsatz, dass auf die Geburt abzustellen sei, abgewichen. Es besteht aber eine tatsächliche Vermutung, dass die genetische Mutter das Kind geboren und damit gleichzeitig auch dessen biologische Mutter ist.

Das Kindesverhältnis zur Mutter ist Grundlage für die Verwandtschaft mütterlicherseits und für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater von Bedeutung. Das Kindesverhältnis zur leiblichen Mutter erlischt mit Adoption des Kindes.

## 2.2 Das Kindesverhältnis zum Vater

Es wird zwischen drei Arten der Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater unterschieden:

- Entstehung kraft Ehe mit der Kindsmutter (Art. 255 ff. ZGB)
- Entstehung durch Anerkennung (Art. 260 ff. ZGB)
- Entstehung durch Urteil aufgrund einer Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB)

Das Gesetz knüpft für alle drei Entstehungsarten an die Identität der Mutter an. Das Kindesverhältnis zum Vater kann daher nach der h.L. nur entstehen, wenn die rechtliche Mutter feststeht (z.B. ist keine Anerkennung der Vaterschaft bei einem Findelkind möglich, wenn die Mutter nicht bekannt ist).

Bei der Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater steht somit nicht ausschliesslich das biologische Kindesverhältnis im Vordergrund.

#### *Vaterschaftsvermutung des Ehemannes*

Nach Art. 255 ZGB gilt ein Mann als Vater eines Kindes, wenn er im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist. Das Kindesverhältnis zum Vater entsteht diesfalls mit Geburt. Eine formal bestehende Ehe zum Zeitpunkt der Geburt ist damit zwingende und ausreichende Voraussetzung der Vaterschaftsvermutung. Unerheblich sind die gerichtliche oder faktische Trennung, die Dauer der Ehe, der Zeitpunkt der Zeugung (wenn Ehegatten nachweislich keinen Geschlechtsverkehr gehabt haben), eine Zeugungsunfähigkeit des Mannes oder wenn der Ehemann aufgrund des äusseren Erscheinungsbildes (z.B. Hautfarbe) ausscheidet oder heterologe Insemination (Samenspende).

Die Beendigung der Ehe führt nicht in jedem Fall zum Wegfall der Vaterschaftsvermutung. Bei Auflösung der Ehe durch Tod des Ehemannes vor der Geburt kommt die **300-Tage-Regel** zur Anwendung, d.h. der Verstorbene wird als Vater vermutet, wenn das Kind innert 300 Tagen nach seinem Tod geboren wird. Erfolgt die Geburt nach Ablauf der 300-Tage-Frist, muss nachgewiesen werden, dass das Kind vor dem Tod des Ehemannes gezeugt worden ist.

Ist die Ehe vor der Geburt durch Scheidung aufgelöst worden, darf nach der allg. Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass der geschiedene Mann nicht der Vater des Kindes ist. Die Vaterschaftsvermutung endet deshalb mit rechtskräftiger Scheidung. Wird das Kind vor Rechtskraft des Scheidungsurteils geboren, greift die Vaterschaftsvermutung (da während der Ehe geboren).

Trifft die Vermutung auf zwei Männer zu (neue Eheschliessung und Geburt innert 300 Tagen seit Tod des ersten Ehemannes) gilt gemäss Art. 257 ZGB der zweite Ehemann als Vater. Nur wenn diese Vermutung widerlegt wird, gilt der erste vor der Geburt verstorbene Ehemann als Vater.

Heiraten die Eltern erst nach der Geburt des Kindes, muss die rechtliche Vaterschaft durch Anerkennung oder Urteil hergestellt werden. Geschieht dies, so gelten für das Kind von Gesetzes wegen die Bestimmungen über das während der Ehe geborene Kind (Art. 259 Abs. 1 ZGB), d.h. gesetzliche Namensänderung, Bürgerrecht, Unterhaltspflicht und elterliche Sorge. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Anerkennung vor oder nach der Heirat erfolgt. Diese Unterschiede sind aber nur noch formeller Natur, da das eheliche Kind dem nichtehelichen Kind weitestgehend gleichgestellt ist. Es besteht jedoch für die Anfechtung der Anerkennung ein wesentlicher Unterschied: Aktivlegitimiert ist nur noch ein beschränkter Kreis von Berechtigten (Art. 259 Abs. 2 ZGB). Dies im Unterschied zur Anerkennung des nicht mit der Kindsmutter verheirateten Vaters nach Art. 260a ff. ZGB.

#### *Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZGB)*

Wenn die Vaterschaft des Ehemannes angezweifelt wird, ist die Anfechtungsklage nach Art. 256 ff. ZGB zu erheben. Auf das Klagerecht kann im Voraus nicht verzichtet werden.

#### **Aktivlegitimation (Art. 256 ZGB)**

- Ehemann (ausser er hat im Rahmen eines Verfahrens der künstlichen Fortpflanzung der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt)
- Eltern des Ehemanns (wenn Ehemann innerhalb der Klagfrist verstirbt oder dauernd urteilsunfähig wird)
- Kind, sofern der gemeinsame Haushalt der Mutter und dem Ehemann während dessen Minderjährigkeit aufgegeben wurde (kein Klagerecht, wenn nie gemeinsamer Haushalt geführt oder dieser erst nach Volljährigkeit aufgelöst wurde → mit dieser Einschränkung soll die Gefährdung stabiler familiärer Verhältnisse verhindert werden)

Die Anfechtungsklage ist relativ höchstpersönlicher Natur. Bei Urteilsunfähigkeit des Vaters üben dessen Eltern das Klagerecht aus. Bei Urteilsunfähigkeit des Kindes der Beistand (Art. 306 Abs. 2 ZGB) oder der Vormund (Art. 327a ff. ZGB).

Nicht klageberechtigt hingegen sind die Mutter oder ein allfälliger Dritter, welcher sich für den Vater des Kindes hält. In Ausnahmefällen kann KESB einen Beistand bestellen, der im Namen des Kindes die Klage erhebt. Daher ist auch der genetische Vater über diesen Umweg klageberechtigt.

### **Klagegrund (Art. 256a ZGB)**

Anfechtungsgegenstand ist die Vermutungsfolge, d.h. die Vaterschaft des Ehemannes. Der Kläger muss beweisen, dass der als Vater vermutete Ehemann nicht der genetische Vater des Kindes ist. Dies wird regelmässig aufgrund eines DNA-Tests bewiesen.

### **Klagefristen (Art. 256c ZGB)**

Es handelt sich bei den Fristen um sog. Verwirkungsfristen, die nicht erstreckt oder unterbrochen werden können und deren Einhaltung von Amtes wegen zu beachten ist.

Ehemann:

→ Relative Frist von einem Jahr seit Kenntnis von Geburt und Tatsache, dass er nicht der Vater ist (Frist beginnt erst mit der sicheren Kenntnis zu laufen)

→ Absolute Frist von 5 Jahren seit Geburt des Kindes (unabhängig von Kenntnis)

Kind:

→ bis zum Erreichen des 19. Altersjahres, jedoch nur dann, wenn während der Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgelöst worden ist.

Ausnahme: Wird die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt, wird die Klage auch nach Ablauf dieser Fristen zugelassen (BGE 132 III 1 und BGer 5C.113/2005). Die Klage muss in diesem Fall jedoch unverzüglich eingereicht werden.

### **Wirkungen des Urteils**

Das Urteil ist ein Gestaltungsurteil, d.h. die rechtliche Zuordnung wird kraft Richterspruchs geändert.

Bei Gutheissung wird das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes aufgehoben. Damit entfällt u.a. auch die Unterhaltspflicht des vermeintlichen Vaters rückwirkend. Das Kindesverhältnis zum leiblichen Vater muss in der Folge (durch Anerkennung oder Urteil) neu begründet werden. Der bisherige Registervater kann vom leiblichen Vater oder von der Mutter die bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

### *Anerkennung des rechtlich vaterlosen Kindes*

Wird das Kind nicht während der Ehe geboren, muss es durch den leiblichen Vater zuerst anerkannt werden. Die Anerkennung ist die formbedürftige, unwiderrufliche Erklärung eines Mannes, welche seinem Willen, ein Kindesverhältnis zum geborenen Kind zu begründen, Ausdruck gibt und mit welcher er sich als Vater des Kindes bezeichnet.

### **Voraussetzungen (Art. 260 ZGB)**

- Kindesverhältnis besteht nur zur Mutter
- Vaterschaft muss als möglich erscheinen (kein Nachweis genetischer Abstammung nötig)
- Urteilsfähigkeit des Anerkennenden (absolut höchstpersönlich). Bei Urteilsunfähigkeit kann Kindesverhältnis nur mittels Vaterschaftsklage begründet werden.
- Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten, durch letztwillige Verfügung oder vor Gericht (bei gleichzeitiger Hängigkeit der Vaterschaftsklage)

Das Kind kann bereits vorgeburtlich anerkannt werden (unter der Voraussetzung, dass das Kind lebend geboren wird und Mutter während der Schwangerschaft nicht heiratet).

### **Wirkungen**

Rückwirkende Entstehung des Kindesverhältnisses auf den Zeitpunkt der Geburt hin mit allen Rechten und Pflichten, die sich aus dem Eltern-Kind-Verhältnis ergeben.

### **Anfechtung der Anerkennung (Art. 260a ff. ZGB)**

Jedermann ist zur Anfechtung berechtigt, der ein entsprechendes Interesse hat, namentlich die Mutter, das Kind, der (genetische) Vater des Kindes, Verwandte des Anerkennenden sowie die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden (u.a. mit Blick auf das Bürgerrecht und allfällige Sozialhilfeansprüche, vgl. BGE 143 III 624).

Der Anerkennende selber ist nur zur Klage berechtigt, wenn er einen Willensmangel nachweisen kann (Art. 260a Abs. 2 ZGB). Der Irrtum hat sich darauf zu beziehen, dass der Anerkennende während der Empfängniszeit der einzige Mann der Mutter des Kindes war. Wurde das Kind anerkannt, obschon der Anerkennende wusste oder damit rechnete, dass die Kindesmutter zur Empfängniszeit (auch) mit anderen Männern Geschlechtsverkehr hatte, ist der Irrtum unbeachtlich und somit die Anfechtung unmöglich.

### **Klagegrund (Art. 260b ZGB)**

Der Kläger hat zu beweisen, dass er nicht der Vater des Kindes ist (DNA-Test).

### **Fristen (Art. 260c ZGB)**

Analoge Fristen zur Anfechtung der Vaterschaftsvermutung

### **Wirkungen**

Das Kindesverhältnis zum Anerkennenden wird rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt aufgehoben.

### *Vaterschaftsklage*

Besteht das Kindesverhältnis nur zur Mutter und wird das Kind nicht freiwillig anerkannt, können Mutter und Kind die gerichtliche Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater herbeiführen.

### **Voraussetzungen**

- Es besteht ein Kindsverhältnis zur Mutter
- Es liegt kein Kindesverhältnis väterlicherseits vor

### **Aktivlegitimation (Art. 261 ZGB)**

Mutter und das Kind (relativ höchstpersönliches Recht). Urteilsunfähiges Kind wird im Prozess allerdings nicht durch die Mutter, sondern durch einen Beistand vertreten. Das Klagerecht ist unverzichtbar.

Die Klage richtet sich gegen den Mann, dessen Vaterschaft behauptet wird oder bei Tod des potentiellen Vaters gegen seine Nachkommen oder wenn solche fehlen gegen die Eltern. Wenn solche ebenfalls fehlen gegen die Geschwister oder in letzter Linie gegen die Behörde am letzten Wohnsitz des Verstorbenen.

Ausgeschlossen ist die Vaterschaftsklage gegen einen Mann, der sein Sperma im Rahmen einer künstlichen Befruchtung zur Verfügung gestellt hat. In solchen Fällen kann das Kind mit Volljährigkeit allerdings Auskunft über die Personalien des Spenders verlangen.

### **Klagegrund**

Beweis der Vaterschaft durch klägerische Partei (DNA-Analyse)

Die Klageanerkennung durch den Beklagten ist möglich → Wirkung wie bei Anerkennung (Art. 260 Abs. 3 ZGB)

### **Klagefristen (Art. 263 ZGB)**

Mutter → 1 Jahr seit Geburt

Kind → bis zum 19. Geburtstag

Bei Kindsverhältnis mit anderem Mann → auf jeden Fall innert eines Jahres seit Beseitigung des Kindesverhältnisses

oder aus «wichtigen Gründen» zu einem späteren Zeitpunkt. Eine absolute Frist besteht nicht.

### **Wirkungen**

Gestaltungsurteil → rückwirkende Begründung des Kindesverhältnisses zum Beklagten auf den Zeitpunkt der Geburt

## 2.3 Adoption

Bei der Adoption handelt es sich um die Begründung des Kindesverhältnisses durch einen besonderen Rechtsakt. Es wird eine rechtlich relevante Eltern-Kind-Beziehung zwischen Personen hergestellt, welche nicht durch ein genetisches Abstammungsverhältnis verbunden sind. Das Adoptivkind wird dem leiblichen Kind gleichgestellt, das bisherige Kindesverhältnis erlischt. Die Adoption ist grds. unauflöslich. Der Regelfall aus Sicht des Gesetzgebers ist die Adoption eines Minderjährigen durch ein Ehepaar. Daneben gibt es aber auch noch einige Spezialfälle wie die Einzeladoption (Adoption durch eine unverheiratete Person), die Stiefkindadoption (Adoption des Kindes des (Ehe-)Partners/eingetragenen Partners) und die Volljährigenadoption (Adoption einer volljährigen Person).

Bei der Adoption spielt das internationale Recht eine wichtige Rolle, da oft Kinder aus Drittweltländern adoptiert werden. In etwas mehr als der Hälfte der Fälle erfolgt die Adoption daher grenzüberschreitend, weshalb völkerrechtliche Verträge (insb. das Haager Adoptionsübereinkommen) von Bedeutung sind.

Das Adoptionsrecht wurde per 1.1.18 revidiert. Möglich ist seither die Stiefkindadoption für Paare in eingetragener Partnerschaft sowie in faktischer Lebensgemeinschaft. Dadurch ist es künftig möglich, dass ein Kind zwei Väter oder zwei Mütter hat. Nach wie vor nicht möglich ist aber die Adoption eines «fremden» Kindes durch ein gleichgeschlechtliches oder unverheiratetes Ehepaar.

### *Voraussetzungen*

#### – **Eigenschaften des Adoptierenden**

Die adoptierende Person muss handlungsfähig (insb. urteilsfähig) sein. Weitere Anforderungen ergeben sich für die gemeinschaftliche Adoption aus Art. 264a ZGB für die gemeinschaftliche Adoption, aus Art. 264b ZGB für die Einzeladoption und aus Art. 264c ZGB für die Stiefkindadoption. Die Stiefkindadoption ist nicht an ein Mindestalter, sondern an eine Mindestdauer der gelebten Beziehung geknüpft. Adoptionswillige Personen in faktischer Lebensgemeinschaft dürfen nicht verheiratet oder durch eingetragene Partnerschaft mit dem früheren Partner verbunden sein. Solche Formalbeziehungen müssten vor der Stiefkindadoption des neuen Lebenspartners aufgelöst werden.

#### – **Altersunterschied**

Altersunterschied vorausgesetzt, vgl. Art. 264d ZGB (ein zu kleiner resp. grosser Altersunterschied kann dem Kindeswohl widersprechen)

#### – **Pflegeverhältnis**

Mind. Ein Jahr bei Minderjährigen. Setzt eine Hausgemeinschaft voraus (Ferienaufenthalte genügen nicht). Die Pflegezeit entfällt, wenn eine Adoption bereits im Heimatstaat des Kindes

erfolgt ist (Haager Übereinkommen). Pflegeverhältnis ist ein tatsächliches Familienverhältnis. Dieses hat dem betroffenen Minderjährigen den Schutz und die Entwicklungsmöglichkeiten zu gewähren, welche ihm in seiner eigenen Familie unter normalen Umständen zuteilwürden. Die Aufnahme eines Pflegekindes im Hinblick auf eine Adoption bedarf der behördlichen Bewilligung (Art. 316 ZGB).

– **Kindeswohl**

Die Adoption darf nur erfolgen, wenn nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, dass sie dem Wohl des Kindes dient. Dabei geht es in erster Linie darum, für das Kind Eltern zu finden (und nicht umgekehrt!). Die Würdigung der «gesamten Umstände» im Hinblick auf das Kindeswohl erfolgt nach den in Art. 268 Abs. 2 ZGB umschriebenen Kriterien. Auch für weitere Aspekte des konkreten Einzelfalls ist das Kindeswohl massgebend (Herkunft aus unterschiedlichen Kulturkreisen, Umstand das Kind die bisherigen rechtlichen Eltern verliert, bei Abweichung der vom Gesetz definierten Altersgrenzen oder wenn Kind nur einen Elternteil hat (bei Einzeladoption)).

– **Zustimmung der leiblichen Eltern**

Zustimmungsrecht steht nur einem rechtlichen Elternteil zu. Ein rein genetisches Abstammungsverhältnis genügt nicht. Die Zustimmung ist auch nicht von der elterlichen Sorge abhängig. Die Zustimmung kann sich auf die Adoption durch bestimmte (dem Zustimmenden allenfalls auch unbekannte) Adoptiveltern oder durch unbestimmte Adoptiveltern (Blankoadoption) beschränken. Die Fristen werden in Art. 265b ZGB geregelt und sollen verhindern, dass eine Zustimmung überstürzt, unter Einfluss geburtsbedingter Gefühlsschwankungen oder unter Druck erfolgt. Nur ganz ausnahmsweise kann vom Zustimmungserfordernis abgewichen werden, nämlich wenn ein Elternteil unbekannt oder mit unbekanntem Aufenthalt länger abwesend oder dauernd urteilsfähig ist.

– **Zustimmung des Kindes (falls urteilsfähig) und u.U. der KESB**

Urteilsfähigkeit im Zusammenhang mit Adoption ist kaum vor dem 14. Lebensjahr zu bejahen. Auch wenn eine förmliche Zustimmung nicht erforderlich ist, ist das Kind seiner Reife entsprechend in altersgerechter Form in das Verfahren einzubeziehen. Ist das Kind bevormundet oder verbeiständet, muss zusätzlich die KESB zustimmen (auch wenn das Kind urteilsfähig ist). Die Zustimmung wird erteilt, wenn die Adoption dem Kindeswohl dient und alle Adoptionsvoraussetzungen erfüllt sind. Es genügt nicht, dass alle Beteiligten mit der Adoption einverstanden sind.

– **Besondere Voraussetzungen bei der Erwachsenenadoption**

Erwachsenenadoption ist die Ausnahme. Es sind die Bestimmungen der Minderjährigenadoption zu beachten (insb. Adoption im Interesse der zu adoptierenden Person, Altersunterschied, Zustimmung der adoptierenden Person (sofern urteilsfähig). Zusätzliche Voraussetzungen nach Art. 266 Abs. 1 ZGB. Wird vom BGer sehr restriktiv ausgelegt, so reicht eine enge persönliche Bindung und das gemeinsame Führen eines Hofes nicht aus. Keine Zustimmung der bisherigen Eltern erforderlich. Zustimmung der KESB nur bei umfassender Beistandschaft erforderlich.

*Wirkungen der Adoption (Art. 267 f. ZGB)*

- Entstehung des Kindesverhältnisses zu den Adoptiveltern (Volladoption)
- Erlöschen des bisherigen Kindesverhältnisses (ausser bei Stiefeltern)
- Name des Kindes: gemeinsamer Familienname oder Name, der bei Eheschliessung für gemeinsame Kinder gewählt wurde. Allenfalls auch neuer Vorname (bei Einzel- und gemeinschaftlicher Adoption), sofern achtenswerte Gründe vorliegen und das Kind zustimmt resp. angehört wird. Bei der Stiefkindadoption bleibt der Weg über die formelle Namensänderung nach Art. 30 ZGB:



- Bürgerrecht: Kantons- und Bürgerrecht desjenigen Elternteils, dessen Familienname es trägt. Bei Volljährigenadoption bleibt bisheriges Bürgerrecht bestehen.

#### *Adoptionsverfahren (Art. 268 ff. ZGB)*

Die Adoption ist ein Hoheitsakt der zuständigen Behörde, welcher auf Gesuch der potentiellen Adoptiveltern hin ergeht. Es handelt sich um ein nicht Streitiges Verfahren, für welches die Untersuchungsmaxime gilt. Die Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht (Wohnsitz der Adoptiveltern).

Der Verfahrensablauf ist wie folgt:

1. Vermittlung eines Kindes (durch Adoptionsvermittler) und Pflegeplatzbewilligung für dieses Kind
2. Gegebenenfalls Entscheid über das Absehen von der Zustimmung der leiblichen Eltern zur Adoption (Art. 265d ZGB)
3. Aufnahme des Kindes zur Pflege (mind. 1 Jahr)
4. Adoptionsgesuch an die nach kantonalem Recht zuständige Stelle (Art. 268 Abs. 1 ZGB) → absolut höchstpersönlich!
5. Abklärung aller wesentlichen Umstände der Adoption sowie Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Adoption (Art. 268a ZGB); Anhörung des Kindes und ggf. Würdigung der Einstellung von Angehörigen
6. Entscheid der zuständigen Behörde (ist zu begründen)

#### *Anfechtung der Adoption (Art. 269 ZGB)*

Die Adoption ist grundsätzlich endgültig und unauflöslich. Sie kann nur durch Anfechtung oder durch erneute Adoption aufgehoben werden.

#### Anfechtungsgründe

- Fehlen der erforderlichen Zustimmung (der bisherigen Eltern und/oder des urteilsfähigen Kindes)
- Bei «schwerwiegenden Mängeln» (Aktivlegitimation: jedermann der ein Interesse hat), z.B. zu geringer oder zu grosser Altersunterschied, das Fehlen eines vorgängigen Pflegeverhältnisses oder eine Adoption, die in erster Linie dem Bürgerrechtserwerb dienen soll.

#### Fristen

- Relative Frist von 6 Monaten seit Entdeckung des Anfechtungsgrundes
- Absolute Frist von 2 Jahren seit Adoptionsentscheid
- Verspätete Zulassung aus «wichtigen Gründen» (analog Art. 256c Abs. 3 ZGB) durch die Rechtsprechung

#### *Adoptionsgeheimnis*

Das Adoptionsgeheimnis dient dem Schutz der Adoption als Volladoption. Demnach dürfen die bisherigen Eltern des Kindes identifizierende Informationen über das Kind und seine Adoptiveltern nur erfahren, wenn das minderjährige Kind urteilsfähig ist und sowohl die Adoptiveltern wie auch das Kind der Bekanntgabe zugestimmt haben. Die leiblichen Eltern haben aber ohne eine solche Zustimmung auch den Anspruch darauf zu wissen, ob und wann ihr Kind adoptiert worden ist.

Die Adoptiveltern sind neu verpflichtet, das Adoptivkind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über den Umstand der Adoption zu informieren (Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung)

Das Kind hat Anspruch auf Informationen über die leiblichen Eltern und ggf. auch über die leiblichen Geschwister.



Art. 268e ZGB regelt die offene Adoption, d.h. die Adoptiveltern den leiblichen Eltern einen Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Kind einräumen wollen. Das Kind selbst darf den Kontakt zu seinen leiblichen Eltern aber jederzeit verweigern. Gegen seinen Willen dürfen die Adoptiveltern den leiblichen Eltern keine Informationen über das Kind zutragen.

#### *Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*

Das Adoptivkind hat ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nach Art. 268c ZGB. Ein absolutes Recht besteht ab Erreichen der Volljährigkeit. Ein relatives Recht ab Urteilsfähigkeit. Diesfalls ist aber noch eine Interessenabwägung vorzunehmen. Ein mittels Samenspende gezeugtes Kind hat dieses Recht ebenfalls (Art. 27 FMedG).

Das BGer bejaht in jüngster Zeit auch ausserhalb dieser gesetzlichen Sonderrechte einen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung gestützt auf Art. 8 EMRK. Zu beachten ist allerdings, dass die Persönlichkeitsrechte der leiblichen bzw. rechtlichen Eltern entgegenstehen können, weshalb eine Interessensabklärung erforderlich ist.

### **3. Wirkungen des Kindesverhältnisses**

Die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270-327c ZGB) umschreiben sowohl die Rechte und Pflichten aus der Eltern-Kind-Beziehung als auch den Personenstand des Kindes.

#### 3.1 Gemeinschaft der Eltern und der Kinder

Die Bestimmungen von Art. 270-275a ZGB befassen sich mit den Grundlagen der Eltern-Kind-Beziehung.

#### *Personenstand*

##### **Familiennamen**

- **Eltern sind verheiratet:**
  - Gemeinsamer Familienname
  - Ledignamen eines Elternteils, der bei Heirat bestimmt wurde
  - Eltern können bis ein Jahr nach Geburt des ersten Kindes gemeinsam verlangen, dass das Kind den Ledignamen des anderen Elternteils tragen soll (Art. 270 Abs. 2 ZGB)
  - Ledignamen muss nicht unbedingt dem aktuellen Namen entsprechen!
  - Falls dies so ist und geändert werden soll → ordentliche Namensänderung über Art. 30 ZGB
  - Gesuch um Dispens bzgl. Pflicht zur Nennung des Namens für gemeinsame Kinder kann in begründeten Fällen (z.B., wenn Eheleute bereits in einem Alter sind, indem keine Kinder mehr geboren wären und auch eine Adoption nicht realistisch ist)
  - Ungeklärt: Wer ist zuständig, wenn Eltern sich bei der Namenswahl nicht einig sind.
- **Eltern sind nicht verheiratet:**
  - Elterliche Sorge eines Elternteils: Kind erhält dessen Ledignamen (Art. 270a Abs. 1 ZGB). Wechsel innert eines Jahres seit Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge möglich (Art. 270a Abs. 2 ZGB); gilt dann für sämtliche (auch früher geborene und unter alleiniger elterlicher Sorge der Mutter stehende) Kinder.
  - Elterliche Sorge bei beiden Eltern: Kind erhält Ledignamen, den Eltern bestimmt haben.
  - Keine elterliche Sorge: Kind erhält Ledignamen der Mutter (Art. 270a Abs. 2 ZGB)
- **Mutter des Kindes unbekannt:**
  - Behörde wählt Familiennamen den Kind bis zur Feststellung des Kindesverhältnisses oder bis Adoption trägt (originärer Namenswerb)
- **Nachträgliche Heirat der Eltern:**

- Familiennamen der verheirateten Eltern (oder)
- Ledignamen, der bei Heirat bestimmt wurde

Achtung: Eine Scheidung hat keine Auswirkungen auf die Änderung des Geburtsnamen des Kindes (auch wenn die Mutter wieder ihren Ledignamen annimmt).

Ist keine gesetzliche Namensänderung vorgesehen bleibt die Möglichkeit einer Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB.

Gesuch um Namensänderung = relativ höchstpersönliches Recht, welches grds. durch die Eltern im Namen des Kindes ausgeübt werden kann. Gemäss Art. 270b ZGB muss das Kind einer Änderung aber zustimmen, wenn es bei Ablauf der vorgesehenen Jahresfrist das 12. Altersjahr erreicht hat.

### **Bürgerrecht**

Der Kind erhält immer die Bürgerrechte desjenigen Elternteils, dessen Namen es trägt (Art. 271 Abs. 1 ZGB). Erwirbt das Kind während seiner Minderjährigkeit den Namen des anderen Elternteils, wechselt damit auch das Bürgerrecht.

Ist nur ein Elternteil Schweizer, so erhält dessen Bürgerrechte, unabhängig davon, ob es auch dessen Namen trägt. Sind die Eltern nicht verheiratet, gilt dies nur, wenn das Kindesverhältnis während der Minderjährigkeit begründet wurde.

### **Wohnsitz**

Der Wohnsitz des Kindes bestimmt sich in erster Linie nach dem Inhaber der elterlichen Sorge. Haben die Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge keinen gemeinsamen Wohnsitz, richtet sich der Wohnsitz nach dem Elternteil in dessen Obhut das Kind steht. Subsidiär richtet sich der Wohnsitz des Kindes nach seinem Aufenthaltsort (Art. 25 Abs.1 ZGB).

### *Beistand und Gemeinschaft*

Art. 272 ZGB ist eine Generalklausel mit Leitbildfunktion. Zwischen Eltern und Kinder besteht somit ein dem Heranwachsen des Kindes Rechnung tragendes gegenseitiges Pflichtrecht, einander Beistand zu gewähren sowie Rücksicht und Achtung zukommen zu lassen. Davon umfasst sind Geld-, Natural- oder Dienstleistungen, welche nicht bereits im Rahmen der Unterhaltspflicht geschuldet sind, Pflicht zur psychischen Unterstützung bei Alltagsproblemen oder in Notsituationen, Rücksichtspflicht dient der Konkretisierung des geschuldeten Beistandes. Achtung bedeutet Anerkennung der Persönlichkeit des Gegenübers.

Der Umfang der aus Art. 272 ZGB geltenden Pflichten lässt sich nicht generell-abstrakt umschreiben. Er richtet sich einerseits nach den Bedürfnissen, Möglichkeiten und Fähigkeiten der Beteiligten und andererseits nach dem, was nach den persönlichen Verhältnissen und der inneren Natur der Eltern-Kind-Beziehung dem einen gebührt und dem anderen zuzumuten ist.

Einzelne Aspekte werden in anderen Bestimmungen konkretisiert (z.B. elterliche Unterhaltspflicht, Kindesvermögen, elterliche Sorge und persönlicher Verkehr).

Die Erfüllung der Beistandspflicht kann nur freiwillig erfolgen. Von Gesetzes wegen stehen keine Rechtsbehelfe zur Durchsetzung zur Verfügung. Es handelt sich daher um eine unvollkommene Obligation, d.h. die Verpflichtung besteht zwar, kann aber nicht mit Rechtsmitteln durchgesetzt werden. Eine Verletzung der Pflichten kann sich allerdings auf die Unterhaltspflicht nach Eintritt der Volljährigkeit auswirken oder gar einen Enterbungsgrund darstellen.

### 3.2 Unterhaltspflicht der Eltern

Die Unterhaltspflicht in Art. 276 ff. ZGB umfasst als Lebensbedarf alles, was ein Kind an Mitteln für seine körperliche, geistige und sittliche Entwicklung benötigt, d.h. alles was ein Kind bedarf, um aus

dem Zustand der Hilflosigkeit zur Selbstverantwortung heranzuwachsen. Davon umfasst sind nicht nur die physischen Grundbedürfnisse (Nahrung, Kleidung, Unterkunft, Betreuung, Körper- und Gesundheitspflege, ärztliche, therapeutische und pflegerische Leistungen, etc.), sondern auch geistige und emotionale Anliegen, Ausbildung oder Kosten von Kinderschutzmassnahmen.

Für den Unterhalt haben grundsätzlich die (rechtlichen) Eltern aufzukommen. Stiefeltern trifft grundsätzlich keine Unterhaltspflicht. Sie sind dem Kind aber im Rahmen des Eherechts (Art. 159 Abs. 2 ZGB) u.U. indirekt zu Unterhalt verpflichtet. Die Unterhaltsbeiträge stehen dem Kind zu.

### *Unterhaltsformen*

#### **Barunterhalt**

Geldunterhalt ist während der Minderjährigkeit an dessen gesetzlichen Vertreter resp. Inhaber der elterlichen Obhut zu leisten (Art. 289 Abs. 1 ZGB).

Auszugehen ist vom Bedarf des Kindes (welcher sich aus dessen Bedürfnissen ergibt). Davon abzuziehen sind die zumutbaren Eigenleistungen des Kindes (z.B. Lehrlingslohn) sowie übrige Mittel, die dem Unterhalt des Kindes dienen sollen (z.B. Waisenrente der AHV oder Erbschaft). Das Defizit haben die Eltern grundsätzlich zu decken, dabei ist allerdings die Leistungsfähigkeit beider Eltern zu berücksichtigen und deren eigenes Existenzminimum zu wahren. Für unvorhergesehenen ausserordentlichen Bedarf vgl. Art. 286 Abs. 3 ZGB.

#### **Naturalunterhalt**

Unterhalt durch Pflege und Erziehung, z.B. Hilfe bei den Hausaufgaben

#### **Betreuungsunterhalt**

Wenn ein Ehegatte aufgrund der Betreuung des Kindes keine Arbeitstätigkeit mehr ausüben kann, vgl. S. 28

### *Volljährigenunterhalt*

Der Unterhaltsanspruch endet grundsätzlich mit der Volljährigkeit (Art. 277 Abs. 1 ZGB). Regelmässig hat das Kind mit Volljährigkeit aber noch keine angemessene Ausbildung abgeschlossen. Der Volljährigenunterhalt ist geschuldet bis eine angemessene Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Die Kosten für die Ausbildung sind Bestandteil der elterlichen Unterhaltspflichten. Eine absolute Altersgrenze gibt es nicht, jedoch «verflacht» der Volljährigenunterhalt mit zunehmendem Altem des «Kindes» graduell.

Der Volljährigenunterhalt muss für die Eltern zumutbar sein. So gelten Eltern nur als leistungspflichtig, wenn ihnen über ihren eigenen Unterhalt hinaus weitere Mittel verbleiben. Auch die wirtschaftlichen Gegebenheiten beim Kind müssen berücksichtigt werden. Ausserdem kann es eine Rolle spielen, ob das Kind die Ausbildung ernsthaft betreibt oder nicht.

Ebenfalls eine Rolle spielt, ob zwischen den Eltern und dem Kind Kontakt bestand. Bei einem mündigen Kind, das schuldhaft seinen Pflichten der Familie gegenüber nicht nachkommt und mithin ohne Grund aus eigenem Willen die persönlichen Beziehungen zu den Eltern abbricht, kann die Zahlung von Ausbildungsunterhalt im Sinne von Art. 277 Abs. 2 ZGB für die Eltern unzumutbar sein. Einem minderjährigen Kind kann jedoch ein Kontaktabbruch nicht angelastet werden.

### *Ansprüche der unverheirateten Mutter*

Sind in Art. 295 ZGB geregelt. Die Ansprüche sind jedoch sehr minim, da die meisten Kosten von der Krankenkasse oder der Mutterschaftsversicherung getragen werden. Die Ansprüche stehen auch einer verheirateten Mutter, eines ausserhalb der Ehe gezeugten Kindes zu. Durch Art. 295 ZGB sind die Unterhaltskosten der Mutter nur gerade für eine sehr kurze Zeitspanne vor und nach der Geburt gedeckt. Betreut sie das Kind anschliessend weiterhin persönlich und kann deshalb keiner

Erwerbstätigkeit nachgehen, kommt der Betreuungsunterhalt zum Zug. Dieser ist jedoch ein Anspruch des Kindes, auch wenn der betreuende Elternteil davon profitiert.

#### *Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs*

Unterhaltsbeiträge werden entweder im nichtstreitigen Verfahren durch Vereinbarung bzw. Rechtsgeschäft oder im streitigen Verfahren durch Urteil festgesetzt.

- **Unterhaltsvertrag**

Genehmigungspflichtiges familienrechtliches Rechtsgeschäft zwischen dem Kind (vertreten durch gesetzlichen Vertreter) und dem Unterhaltspflichtigen. Keine Formvorschrift. Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch Schriftlichkeit. Art. 278 ZGB klärt den erforderlichen Mindestinhalt. Für das minderjährige Kind wird der Vertrag erst durch die Genehmigung der KESB verbindlich.

Unterhaltsvereinbarungen für ein volljähriges Kind können ohne behördliche Genehmigung getroffen werden. Vertraglich festgelegte Unterhaltsbeiträge können abgeändert werden, sofern dies nicht im Unterhaltsvertrag selbst und mit Genehmigung der KESB ausgeschlossen wurde. Auch eine Änderung bedarf aber stets einer behördlichen Genehmigung.

- **Unterhaltsurteil**

Kommt keine Einigung zustande, ist für die Festlegung des Unterhaltsbeitrages das Zivilgericht am Wohnsitz einer Partei zuständig (Art. 26 ZPO; Art. 295 ZPO). Die KESB hat demnach keine Kompetenz zur verbindlichen Festsetzung oder Abänderung des Unterhalts. Das Gericht hat die Möglichkeit vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (Art. 304 und Art. 248 lit. d ZPO).

### 3.3 Elterliche Sorge

Unverzichtbares und unverfügbares Pflichtrecht der Eltern, die für das minderjährige Kind notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen sowie es zu vertreten und sein Vermögen zu verwalten. Ziel der elterlichen Sorge ist es, das Kind in die Selbständigkeit zu führen. Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes.

#### *Inhaber der elterlichen Sorge*

Inhaber der elterlichen Sorge sind die rechtlichen Eltern. Pflege- und Stiefeltern oder ein bloss genetischer Vater fallen ausser Betracht. Stiefeltern sind dazu berechtigt, den Ehegatten bei der Ausübung der elterlichen Sorge zu unterstützen und ihn gegebenenfalls zu vertreten (Art. 299 ZGB). Pflegeeltern sollen vor wichtigen Entscheidungen angehört werden und vertreten die rechtlichen Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge, soweit dies angezeigt ist (Art. 300 ZGB).

Seit dem 1.7.14 üben **verheiratete Eltern** die elterliche Sorge während der Ehe gemeinsam aus, dies bedeutet, dass kein Elternteil das Kind alleine vertreten darf (Art. 304 ZGB). Auch bei Scheidung bleibt es nach neuem Recht im Regelfall bei der gemeinsamen elterlichen Sorge. Eine Zuteilung der elterlichen Sorge an nur einen Elternteil setzt voraus, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

Sind die **Eltern nicht verheiratet**, ist die volljährige Mutter zunächst alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge. Sobald das Kindesverhältnis zum Vater hergestellt ist, können die Eltern entweder eine gemeinsame Erklärung abgeben (Art. 298a Abs. 2 ZGB). Bei Uneinigkeit der Eltern kann der andere Elternteil die KESB anrufen (i.d.R. der Vater) und diese entscheidet über das gemeinsame Sorgerecht (sofern es nicht dem Kindeswohl widerspricht). Die KESB entscheidet auch über die übrigen strittigen Punkte (z.B. Betreuungsanteile). Vorbehalten bleibt der Kindesunterhalt, der in der ausschliesslichen Zuständigkeit der Zivilgerichte liegt (Art. 298b Abs. 3 ZGB).

Die gemeinsame elterliche Sorge ist daher nach neuem Recht der Regelfall (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Bei Gefährdung des Kindeswohl ist die Zuteilung der elterlichen Sorge an nur einen Elternteil vorgesehen und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 311 ZGB noch nicht erfüllt sind (z.B.

genügen erhebliche und chronische Konflikte rund um das Besuchsrecht oder den Unterhalt oder etwa ein unterschiedlicher Erziehungsstil für die Alleinsorge nicht; auch eine erhebliche räumliche Distanz steht der gemeinsamen Sorge nicht im Weg (z.B. NY – Schweiz)). Die Gefährdung des Kindeswohls kann aber z.B. dann gegeben sein, wenn die Eltern nicht in der Lage sind gemeinsam Entscheide zu fällen oder wenn sich Eltern in grundlegenden Fragen der religiösen Erziehung uneinig sind). Stirbt ein Elternteil, dem die elterliche Sorge zustand, gelangt Art. 297 ZGB zu Anwendung.

Der elterlichen Sorge unterstehen minderjährige Kinder, d.h. sie endet spätestens mit der Volljährigkeit (wenn sie nicht schon vorher infolge umfassender Beistandschaft oder Tod der Eltern entfällt oder einem Elternteil allein zugeteilt resp. entzogen wird).

#### *Inhalt der elterlichen Sorge*

- Befugnis, dem Kind einen **Vornamen** zu geben (Grundsatz der freien Vornamenswahl), d.h. bei unverheirateten Eltern, wenn das Kind nicht schon vorgeburtlich anerkannt wird, ist die Mutter allein befugt, dem Kind einen Vornamen zu geben (Art. 301 Abs. 4 ZGB).
- Recht und Pflicht zur **Erziehung** (Art. 301 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 302 ZGB): Nebst der Schul- und Berufsbildung sind auch eine angemessene Gesundheits- und Körperpflege, die Ernährung und die religiöse Erziehung Bestandteil der Erziehung. Letztere endet aber mit Vollendung des 16. Altersjahres (Art. 303 Abs. 3 ZGB)
- **Vertretungsbefugnis** (Art. 301 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 304 ZGB), vorbehältlich der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes (Art. 19 ff. ZGB; u.a. Ausübung relativ höchstpersönlicher Rechte oder auch Art. 306 Abs. 1 ZGB) oder absolut höchstpersönlichen Rechten, «verbotenen Geschäften» (Art. 304 Abs. 3 ZGB) sowie entsprechend seiner Reife (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Billigkeitshaftung von Art. 54 Abs. 1 OR beachten! Bei gegenteiligen Interessen von Eltern und Kindern (Interessenskonflikte) ist Art. 306 Abs. 3 ZGB zu beachten. Die KESB kann dem Kind unter diesen Umständen gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB einen Beistand bestellen oder selbst für das Kind handeln. Die Vertretungsbefugnis steht, wenn beide Elternteile Inhaber der elterlichen Sorge sind, beiden gemeinsam zu. Gutgläubige Dritte dürfen davon ausgehen, dass die Vertretung von einem Elternteil im Einvernehmen mit dem anderen ausgeübt wird (Art. 304 Abs. 2 ZGB).
- **Obhut und Betreuung:** Das Recht zur Aufenthaltsbestimmung steht dem Inhaber der elterlichen Sorge zu (Art. 301a ZGB). Damit ist der gewöhnliche Aufenthalt gemeint. Demgegenüber bestimmt der vorübergehende Aufenthaltsort immer derjenige Elternteil, der die faktische Obhut des Kindes (d.h. die momentane Betreuung des Kindes im Alltag) innehat, z.B. besteht kein Anspruch mitzuentcheiden, wo der andere Elternteil die Ferien mit dem Kind verbringt. Hinsichtlich Art. 301a Abs. 2 ZGB ist davon auszugehen, dass der betreffende Elternteil umziehen wird und es ist zu prüfen, ob dadurch eine Anpassung der Betreuungs- und Besuchsrechtsregelung erforderlich wird, es geht jedoch nicht darum, dass dem anderen Elternteil der Umzug verboten werden kann. Des Weiteren besteht eine Informationspflicht bei Alleinsorge eines Elternteils oder Wohnsitzwechsel eines Elternteils ohne Kind. Das neue Recht zielt auf eine gleichmässige Betreuung, ohne dazu Vorgaben zu machen. Die Eltern haben sich darauf zu einigen. Möglich sind verschiedenste Modelle: z.B. Aufteilung nach Wochentagen (Mo-Do bei Mutter, Fr-So beim Vater, Pendelmodell (1 Woche Mutter, 1 Woche Vater), Nestmodell (Kind bleibt am selben Ort und wird von Eltern abwechselnd betreut, erfordert 3 Haushalte), überwiegende Betreuung bei einem Elternteil, Besuchsrecht des anderen. In erster Linie müssen sich die Eltern auf ein bestimmtes Modell einigen. Nur wenn keine Einigung zustande kommt, muss das Gericht oder die KESB eine Anordnung treffen. Dabei wird nicht jedes Modell gegen den Willen der einen oder anderen Partei verbindlich angeordnet werden können. Das Gericht hat stets zu prüfen, ob eine alternierende Obhut dem Kindeswohl am besten entspricht und zwar auch bei Fehlen eines entsprechenden Antrags (vgl. dazu auch

Art. 298 Abs. 2ter und Art. 298b Abs. 3ter ZGB). Alternierende Obhut kann auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden. Beide Eltern müssen aber erziehungsfähig und zeitlich verfügbar sein.

Schranken der elterlichen Sorge sind das Kindeswohl und die Achtung der Persönlichkeit des Kindes.

#### *Vorgehen bei Uneinigkeit der Eltern*

Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern grundsätzlich alles, was das Kind betrifft, gemeinsam entscheiden. Alltägliche oder dringliche Entscheidungen kann jeder Elternteil allein treffen (Art. 301 Abs.1bis ZGB). Als alltäglich sind diejenigen Angelegenheiten anzusehen, welche die Ausübung der Elternrechte durch den anderen Elternteil nicht betreffen (z.B. Besuch des Sporttraining am Dienstagabend, wenn der Vater das Kind betreut, kann der Vater entscheiden. Wird das Kind jedoch von der Mutter betreut, handelt es sich nicht mehr um eine alltägliche Angelegenheit, welche der Vater alleine entscheiden kann).

Nicht ausdrücklich geregelt ist, was geschieht, wenn sich die Eltern in einer nicht alltäglichen Angelegenheit uneinig sind (z.B. Entscheidungen betr. Religionszugehörigkeit, schulische Karriere oder Berufswahl, (mehr als harmlose) medizinische Eingriffe oder Freizeitaktivitäten, welche sich auf die Betreuung des anderen Elternteils auswirken). Es ist daher vorab zu prüfen, ob ein Entscheid überhaupt notwendig ist oder ob der bisherige Zustand ohne Schaden für das Kind nicht unverändert weitergeführt werden kann. Erweist sich ein Entscheid als notwendig, bedeutete dies, dass durch die Meinungsverschiedenheit das Kindeswohl gefährdet ist. Diesfalls kann die KESB eingreifen (Art. 307 ff. ZGB); aber nur dann (KESB ist nicht dazu da, den Eltern die Entscheidungen abzunehmen). Sie kann versuchen durch Vermittlung eine Einigung zu erreichen. Bei ernsthaften Situationen kann sie Weisungen erlassen oder für die betreffende Angelegenheit das Entscheidungsrecht einem Elternteil alleine zuteilen, d.h. den anderen diesbzgl. Vom Sorgerecht auszuschliessen (z.B. bzgl. religiöser Erziehung). Evtl. drängt sich auch die Bestellung eines Beistandes auf (z.B. bei einem Schullaufbahnentscheid). Bei andauernden Konflikten, die mehrere wichtige Bereiche umfassen und die das Kindeswohl gefährden kann (ausnahmsweise) die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil erfolgen.

### 3.4 Persönlicher Verkehr

Der persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kind ergibt sich i.d.R. aus dem Lebensalltag. Dies ist aber bei einem Elternteil, dem kein Betreuungsanteil oder keine elterliche Sorge zusteht, nicht der Fall. In diesen Gründen ist die Regelung des persönlichen Verkehrs erforderlich (Art. 273 ff. ZGB). Als oberste Richtschnur gilt auch hier das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist.

#### *Berechtigte*

Beim Anspruch auf persönlichen Verkehr handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht des nicht obhuts-/nicht sorge resp. nicht betreuungsberechtigten Elternteils und des Kindes. In erster Linie dient er den Interessen des Kindes (daher Pflichtrecht). Unter besonderen Voraussetzungen von Art. 274a ZGB steht auch Dritten ein Recht auf persönlichen Verkehr zu (z.B. leibliche Eltern, frühere Pflegeeltern, Grosseltern usw.). Massgebendes Kriterium für die Einräumung eines Rechts auf persönlichen Verkehr zugunsten eines Dritten ist das Kindeswohl, insb. das Interesse des Kindes an einer stabilen Bezugsperson.

#### *Inhalt, Umfang und Regelung*

Der persönliche Verkehr umfasst jegliche Art von Kontakt zwischen dem Kind und dem berechtigten Elternteil. Im Vordergrund steht das Besuchsrecht, aber auch der telefonische, schriftliche oder e-Mailverkehr kommt infrage. Der Verkehr soll «angemessen» sein, d.h. auf die konkreten Umstände



des Einzelfalles abgestimmt sein. Massgebend ist zunächst das Kindeswohl, so ist auf das Alter, die Gesundheit des Kindes, die Beziehung zwischen Eltern und Kind, die örtliche Distanz, die Wohnsituation, usw. Rücksicht zu nehmen. Von diesen Umständen hängt auch ab, wo das Besuchsrecht ausgeübt wird (beim berechtigten Elternteil, am Aufenthaltsort des Kindes oder bei Dritten).

Der Umfang des persönlichen Verkehrs ist im Einzelfall zu bemessen. Es haben sich in der Praxis bestimmte Regeln herausgebildet (jedes 2. Wochenende und Hälfte der Feier- und Ferientage). Diese stellen aber keine Rechtfertigung für eine bestimmte Ausgestaltung dar. Entscheidend ist stets das Kindeswohl (z.B. Gefahr der Überforderung des Kindes oder Notwendigkeit eines vorsichtigen Aufbaus des Besuchsrechtes, wenn die Beziehung noch wenig etabliert ist).

Für die Regelung des persönlichen Verkehrs ist der Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut zuständig. Erst wenn diese Selbstregulierung zu Konflikten führt, kann die zuständige Behörde einschreiten bzw. die Betroffenen können eine Regelung der Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr verlangen (Art. 273 Abs.3 ZGB).

#### *Schranken des Rechts auf persönlichen Verkehr (Art. 274 ZGB)*

Der persönliche Verkehr kann verweigert oder entzogen werden, wenn er das Wohl des Kindes nachhaltig gefährdet, wenn der berechtigte Elternteil ihn pflichtwidrig ausübt oder sich nicht ernsthaft um das Kind kümmert. Ein völliges Absehen vom Besuchsrecht ist ultima ratio nur in Extremfällen möglich, die auch nicht anderweitig (z.B. durch begleitetes Besuchsrecht) gelöst werden können.

Der Wille des urteilsfähigen Kindes (insb. bei Weigerung zur Kontaktaufnahme) ist nur eines von mehreren und nicht einziges Kriterium für einen allfälligen Ausschluss des Besuchsrechtes.

Wenn sich die Ausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind offensichtlich negativ auswirkt oder andere Gründe ein Einschreiten der Behörde rechtfertigen, kann die KESB Weisungen (z.B. begleitetes Besuchsrecht) erteilen (Art. 273 Abs. 2 ZGB). In rechtlicher Hinsicht handelt es sich um eine Kindesschutzmassnahme nach Art. 307 ff. ZGB (Besuchsrechtsbeistandschaft). Die Überwachung erfolgt entweder im Rahmen einer speziellen Einrichtung oder durch einen Bestand oder eine Vertrauensperson der Eltern (z.B. neue Lebenspartnerin des Vaters, sofern diese das Vertrauen der Mutter genießt).

#### 3.6 Recht auf Information und Auskunft (Art. 275a ZGB)

Eltern ohne elterliche Sorge steht unabhängig vom Recht auf persönlichen Verkehr ein Recht auf Information zu. Vor wichtigen Entscheidungen sind sie anzuhören (z.B. Unterbringung in einer Institution, Berufswahl, medizinische Eingriffe, Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes ins Ausland (neu nach Art. 301a Abs. 4 ZGB nur noch eine Informationspflicht des Elternteils ohne elterliche Sorge), etc.).

Das Recht auf Auskunft erlaubt dem nicht sorgeberechtigten Elternteil bei Ärzten, Lehrkräften, usw. selbständig Auskunft über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einzuholen.

In beiden Fällen ist eine Einschränkung mit Blick auf das Kindeswohl denkbar. Auch dieses Recht kann nur von den rechtlichen Eltern ausgeübt werden!

#### **4. Kindesschutz**

Dabei geht es um Massnahmen, die zum Schutz eines Minderjährigen, der unter elterlicher Sorge steht, ergriffen werden können.

#### 4.1 Grundsätze

- Es muss eine **Kindeswohlgefährdung** vorliegen (warum die Gefährdung besteht ist unerheblich. Die Gefährdung muss sich nicht verwirklicht haben, es reicht die blosser Absehbarkeit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls)
- Kinderschutzmassnahmen sind **subsidiär** zu nichtstaatlicher Unterstützung (d.h. die Massnahme darf nur dann ergriffen werden, wenn die Gefährdung nicht anderweitig, z.B. durch die Eltern selber oder eine Jugendhilfeorganisation abwendet werden kann)
- Kinderschutzmassnahmen müssen den **Grundsatz der Komplementarität** wahren (d.h. die vorhandenen elterlichen Fähigkeiten sollten nicht übergeben, sondern durch die Massnahme ergänzt werden)
- Die angeordnete Massnahme muss **verhältnismässig** sein, d.h. dem Grad der Kindeswohlgefährdung entsprechen und die elterliche Sorge so wenig wie möglich aber so viel wie nötig einschränken.

#### 4.2 Mögliche Massnahmen

Der gesetzliche Kinderschutz umfasst vier Arten von Massnahmen, welche sich durch die Schwere des Eingriffs in die elterliche Sorge unterscheiden:

##### *Geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB)*

Diese umfassen die Ermahnung der Eltern oder Pflegeeltern, das Erteilen von Weisungen und die Bestimmung einer Person, welche Einblick und Auskunft zu gewähren ist und welche ihre Beobachtungen der KESB meldet bzw. befugt ist, weitere Massnahmen zu beantragen (z.B. Fürsorgerin, Jugendsekretariat)

##### *Beistandschaft (Art. 308 ZGB)*

Die KESB kann einen Erziehungsbeistand ernennen, welcher die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge unterstützt und dem Kind mit Rat und Tat zur Seite steht. Die Erziehungsbeistandschaft wird angeordnet, wenn der Beizug einer Drittperson für die Abwendung der Kindeswohlgefährdung als notwendig erscheint. Häufig ist die Einsetzung eines Besuchsrechtsbeistandes, die die Ausübung des persönlichen Verkehrs bei zerstrittenen Eltern begleitet und überwacht. Evtl. kann eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Eltern und Übertragung dieses Teilrechts auf den Beistand erfolgen (z.B. Besuch des Beistandes beim Zahnarzt).

##### *Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Betreuung (Art. 310 ZGB)*

Voraussetzung ist, dass die Kindeswohlgefährdung massgeblich mit dem Aufenthaltsort des Kindes zusammenhängt. Die elterliche Sorge wird dahingehend eingeschränkt, dass die KESB oder allenfalls der andere Elternteil über den Aufenthaltsort des Kindes entscheidet. Meist wird gleichzeitig auch das betreuungsrecht der Eltern/des betroffenen Elternteils (resp. die faktische Obhut) aufgehoben und das Kind wird fremdplatziert.

Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts lässt die anderen Aspekte der elterlichen Sorge unberührt, d.h. die Eltern entscheiden nach wie vor über die Ausbildung des Kindes und verwalten das Kindesvermögen.

Wird das Recht auf Betreuung entzogen, ist gleichzeitig zu klären, ob dem betroffenen Elternteil dennoch ein Recht auf persönlichen Verkehr gewährt werden soll (evtl. auch nur per Brief- oder Telefonkontakt).

##### *Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB)*

Ist die einschneidendste Kinderschutzmassnahme und darf nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass die anderen Massnahmen erfolglos geblieben sind oder von vorherhin als ungenügend erscheinen. Hierbei entfallen alle mit der elterlichen Sorge verbundenen Rechte und Pflichten (nicht



aber das Kindesverhältnis als solches). Die Unterhaltspflicht sowie das Kontakt- und Informationsrecht bleiben davon unberührt.

Die Entziehung wirkt unbefristet und kann nicht vor Ablauf eines Jahres aufgehoben werden (Art. 313 Abs. 2 ZGB). Ohne eine ausdrückliche gegenteilige Anordnung erstreckt sich die Massnahme auf sämtliche Kinder des/der Betroffenen.

→ Dem Kind das nicht unter elterlicher Sorge steht muss ein Vormund bestellt werden

### 3.8 Kindesvermögen

Auch das minderjährige resp. urteilsunfähige Kind kann Träger von Vermögensrechten sein (Kindesvermögen i.w.S.). Es gilt zu unterscheiden zwischen:

#### *Kindesvermögen i.e.S. (Art. 318 ff. ZGB)*

Die Eltern sind (solange ihnen die elterliche Sorge zusteht) befugt, das Kindesvermögen i.e.S. zu verwalten. Die Verwaltungshandlungen haben das Ziel das Kindesvermögen in seinem Bestand zu erhalten oder es zu mehren. Die Verwaltung durch die Eltern ist unentgeltlich und gehört zu ihrer Pflicht als Inhaber der elterlichen Sorge. Allfällige Erträge sowie Beträge in Form von Abfindungen, Schadenersatz oder ähnlichen Leistungen dürfen nur für den Kindesunterhalt (inkl. Erziehung und Ausbildung) verwendet werden. Das übrige Kindesvermögen darf in seinem Bestand nur angegriffen werden, wenn dies zur Bestreitung der Kosten des Unterhalts notwendig ist und muss von der zuständigen KESB bewilligt werden.

#### *Freies Kindesvermögen (Art. 321 ff. ZGB)*

Die elterliche Verwaltung kann durch ausdrückliche Anordnung des Schenkers ausgeschlossen werden. Der Zuwendende kann sodann festlegen, wer anstelle der Eltern die Verwaltung übernehmen soll. Trifft er keine Anordnung, wird der Vermögenswert je nach Urteilsfähigkeit des Kindes durch dieses selber oder durch einen Beistand verwaltet.

Ebenso gehören Arbeitserwerb und Vermögen, welches das Kind zur Ausübung eines Berufes oder seines eigenen Gewerbes von den Eltern bekommt zum freien Kindesvermögen und stehen unter der Verwaltung und Nutzung des (urteilsfähigen) Kindes.

## **5. Die Familiengemeinschaft**

Ziel der Bestimmungen zur Familiengemeinschaft ist es, Familienverhältnisse zu regeln, die sich nicht auf das Eltern-Kind-Verhältnis beschränken, sondern eine Mehrzahl von Verwandten und/oder im selben Haushalt lebenden Personen betreffen und über Generationen hinaus bedeutsam sind. Einige dieser Bestimmungen haben heute nur noch eine untergeordnete Bedeutung. Nur einige wenige Normen sind noch relevant.

### 5.1 Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ff. ZGB)

Die Unterhalts- bzw. Unterstützungspflichten von Privatpersonen ergeben sich aus dem Familienrecht. Nebst der Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 276 ff. ZGB), dem Volljährigenunterhalt (Art. 277 ZGB) und der Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten (Art. 125 ff. ZGB, Art. 159 Abs. 2 ZGB und Art. 163 ff. ZGB) gibt es auch die Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ff. ZGB). Letztere ist gegenüber den Unterhaltspflichten subsidiär und kommt nur zum Zug, wenn keine Unterhaltsberechtigung vorliegt oder der Unterhalt zur Deckung der Bedürfnisse nicht ausreicht.

Im öffentlichen Recht hingegen richten sich die Pflichten der öffentlichen Hand nach den kantonalen Sozialhilfegesetzen. Die privatrechtlichen Pflichten gehen den Leistungen der sozialen Sicherheit (z.B. Sozialhilfe) vor. Leistungen aus Sozialversicherungen (z.B. ALV, IV, EL) gehen dagegen der Unterstützungspflicht vor.

### *Voraussetzungen*

#### – **Notlage des Berechtigten**

Der betriebsrechtliche Notbedarf kann nicht mehr durch den Berechtigten selber gedeckt werden. Zum Notbedarf zählt alles, was zur Deckung des Lebensbedarfs erforderlich ist (Nahrung, Kleidung, Wohnung, Berufsbildung, ärztliche Betreuung, Heilmittel, Anstaltsbehandlung, etc.). Der massgebende Notbedarf kann daher deutlich unter dem erweiterten familienrechtlichen Existenzminimum liegen. Ob die Notlage selbst verschuldet wurde, spielt keine Rolle. Jedoch ist entscheidend, ob dem Betroffenen entsprechende Sozialversicherungsleistungen zur Verfügung stehen. Keine Notlage liegt vor, wenn eine Behandlung durch die obligatorische Krankenversicherung getragen wird. Ein Unterstützungsanspruch entfällt, wenn die bedürftige Person ihren Unterhalt zwar selbst bestreiten könnte, dies aber böswillig unterlässt.

#### – **Unterstützungspflichtige Verwandte**

Eine Unterstützungspflicht besteht nur zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie. Für die Verwandtschaft massgebend ist das rechtliche Kindesverhältnis. Nicht unterstützungspflichtig sind Verwandte in Seitenlinie und verschwägte Personen.

#### – **«günstige Verhältnisse»**

Der Verwandte muss in günstigen Verhältnissen leben. Gemeint ist eine besondere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verwandten. Die Unterstützungsbeiträge müssen ohne wesentliche Beeinträchtigung des bisherigen Lebensstandards entrichtet werden können. Es wird sowohl Einkommen wie auch Vermögen berücksichtigt. Die Leistungsfähigkeit wird anhand der SKOS-Richtlinien ermittelt (ab Fr. 120'000 resp. Fr. 180'000 Jahreseinkommen bei alleinstehenden/verheirateten Personen).

### *Umfang*

Der Umfang richtet sich nach der Notlage des Berechtigten und nach der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Die Obergrenze entspricht der Sozialhilfeleistung, die der Berechtigte erwarten dürfte.

### *Subrogation*

Über die Festlegung von Verwandtenunterstützungsbeiträgen entscheidet das Gericht. Die Sozialhilfe kann die Verwandten nicht verbindlich verpflichten, sondern die Beiträge können nur auf freiwilliger Basis erfolgen. Besteht hingegen tatsächlich eine Unterstützungspflicht, subrogiert das Gemeinwesen in die Ansprüche des Berechtigten. Daher kann es erbrachte Leistungen von den pflichtigen Verwandten zurückfordern resp. beim zuständigen Gericht einklagen.

## 5.2 Hausgewalt

Die Hausgewalt ist das Recht und die Pflicht die im gemeinsamen Haushalt erforderliche Ordnung zu wahren und die nötige Fürsorge zu gewährleisten. In der «klassischen» Familie sind die beiden Elternteile Inhaber der Hausgewalt und Mann und Frau somit Familienhaupt.

### *Haftung des Familienhauptes (Art. 333 ZGB)*

Das Familienhaupt haftet für den Schaden, den ein Hausgenosse einem Dritten zugefügt hat (milde Kausalhaftung). Voraussetzung der Haftung sind ein Schaden, die adäquat kausale Verursachung des Schadens durch einen minderjährigen bzw. unter umfassender Beistandschaft stehenden Hausgenossen, die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung und ein Misslingen des Sorgfaltsbeweises. Dies ist der Nachweis, dass es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass an Sorgfalt bei der Beaufsichtigung der Hausgenossen aufgewendet hat (Sorgfaltsbeweis). Die erforderliche Sorgfalt bestimmt sich nach den konkreten Umständen, nebst der Voraussehbarkeit

spielen auch Alter und Charakter des Hausgenossen sowie allfällige involvierte Gegenstände eine Rolle.

Bei Urteilsfähigkeit des Hausgenossen kann neben der Haftung des Familienhauptes auch eine ausservertragliche Haftung zur Anwendung kommen (Art. 19 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 OR). Bei Urteilsunfähigkeit ist an Art. 54 OR zu denken.

## XII. Das Erwachsenenschutzrecht

Das Erwachsenenschutzrecht wurde per 1.1.13 umfassend revidiert. Das frühere Vormundschaftsrecht stammte aus dem Jahr 1912.

Die wichtigsten Reformpostulate waren:

- die Entstigmatisierung und Vermeidung von Diskriminierung von Betroffenen durch eine neue Terminologie (Erwachsenenschutz und nicht mehr Vormundschaft, psychische Störung statt Geisteskrankheit)
- Aufwertung des Subsidiaritätsprinzips und Stärkung des Selbstbestimmungsrechts durch die Möglichkeit der eigenen Vorsorge (Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht) und die gesetzliche Vertretung durch Angehörige
- Massgeschneiderte Massnahmen zur Stärkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes
- -Professionalisierung durch eine verbesserte Behördenorganisation, durch Fachbehörden und Verfahrensgrundsätze (vorher kantonales Recht, neu nur noch kantonale Kompetenz)

### 1. Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts – eine Übersicht

Ein gesetzlicher Schwächezustand ist immer eine Voraussetzung für die Anordnung einer behördlichen Massnahme (Art. 390 ZGB), dies kann eine geistige Behinderung, psychische Störung oder auch eine vorübergehende Urteilsunfähigkeit sein. Zusätzlich ist immer ein vollständiges oder teilweises Unvermögen zur Eigensorge gefordert. Es gilt zudem das Subsidiaritätsprinzip, d.h. wenn die gesetzliche Vertretung oder die eigene Vorsorge (mittels Vorsorgevollmacht) genügen, dürfen keine behördlichen Massnahmen angeordnet werden.

### Übersicht über die Massnahmen

	Massnahmen/Rechtsinstitute		Artikel nZGB
<b>Behördliche Massnahmen</b>	<b>Amtsgebundene Massnahmen: Beistandschaften</b>	Begleit-, Vertretungs-, Vermögensverwaltungs-, Mitwirkungsbeistandschaft	393 ff.
		Kombinierte Beistandschaft	397
		Umfassende Beistandschaft	398
	<b>Nicht amtsgebundene Massnahmen</b>	Erforderliche Vorkehren der Erwachsenenschutzbehörde	392
		Fürsorgerische Unterbringung	426 ff.
<b>Nicht behördliche Massnahmen</b>	<b>Gesetzliche Massnahmen</b>	Vertretung durch Ehegatten oder Partner	374 ff.
		<b>Eigene Vorsorge</b>	
		Vorsorgeauftrag	360 ff.
	Patientenverfügung	370 ff.	

## 1.1 Grundsätze des Erwachsenenschutzrechts

### 1. *Verhältnismässigkeit*

Die angeordnete Massnahme muss verhältnismässig sein (geeignet, erforderlich, zumutbar), d.h. weder stärker noch schwächer in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreifen als tatsächlich erforderlich ist. Daraus ergibt sich auch die Stufenfolge der Massnahmen. Es ist demnach immer die möglichst mildeste Massnahme, die zum Ziel führt zu wählen.

### 2. *Subsidiaritätsprinzip*

Erwachsenenschutzmassnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn es kein milderes Mittel gibt. Wenn die Folge des Schwächezustandes auch anders behoben werden können, haben diese Alternativen Vorrang.

### 3. *Typengebundenheit*

Damit ist der *numerus clausus* der Massnahmen gemeint. Nach altem Recht waren die vormundschaftlichen Massnahmen starr. Nach neuem Recht wurde diese Starrheit etwas aufgeweicht. Die ESB kann die verschiedenen Beistandschaften kombinieren (Art. 397 ZGB), muss sich aber immer noch an die Grundtypen halten.

## 2. **Organisation und Verfahren**

### 2.1 *Erwachsenenschutzbehörde (Art. 440 ZGB)*

Die Organisation der KESB ist den Kantonen überlassen. Entschiede müssen aber von mind. 3 Mitgliedern getroffen werden. Hingegen werden keine Vorgaben zur Anzahl Mitglieder der ESB und zu deren Pensen gemacht. Der Einzugskreis kann unterschiedlich gross sein (kommunale, bezirks- oder gar kantonale Ebene). Exemplarisch dazu ist das «Tessiner Modell», wo sich die ESB aus zwei ständigen Mitgliedern sowie einem Delegierten der Wohnsitz- oder Aufenthaltsgemeinde der betroffenen Person zusammensetzt.

KESB ist eine interdisziplinäre Behörde, deren Mitglieder über Professionalität und den notwendigen Sachverstand verfügen müssen (Fachbehörde). Es ist mind. ein Jurist als Mitglied erforderlich. Notwendig sind aber auch psychologischer, medizinischer, treuhänderischer und versicherungsrechtlicher Sachverstand sowie Kenntnisse der Sozialen Arbeit und Pädagogik.

Ist für alle Aufgaben des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig, ausser bei den gesetzlich festgelegten Ausnahmen. Namentlich hat die KESB folgende Aufgaben

- Inkraftsetzung des Vorsorgeauftrages (Art. 363 ZGB)
- Aufsicht, Qualitätssicherung und Einschreiten bei Interessengefährdungen aller Art im Zusammenhang mit Patientenverfügungen (Art. 373 ZGB)
- Einschreiten bei gesetzlichen Vertretungsrechten bei Urteilsunfähigkeit im Zusammenhang mit medizinischen Angelegenheiten (Art. 381 ZGB)
- Einschreiten gegen freiheitsbeschränkende Massnahmen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 385 ZGB)
- Anordnung und Aufhebung von Beistandschaften (Art. 389 ff. ZGB) oder Anordnung von Massnahmen, wenn keine Beistandschaft notwendig ist.
  - Ernennung/Entlassung von Beiständen (Art. 400 ZGB) sowie Festsetzung der Entschädigung (Art. 404 ZGB)
  - Mitwirkung bei der Führung der Beistandschaft (Art. 405, Art. 416 f., Art. 374 Abs. 3 ZGB, Art. 410 f. ZGB, Art. 425 ZGB)
  - Verhinderung von Interessenkollisionen (Art. 403 ZGB) und Überwachung des Beistandes (Art. 419 ZGB)
- Anordnung und Aufhebung einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 428 ZGB)

- Behandlung von Beschwerden gegen die Amtsträger (Beschwere gegen Handlungen und Unterlassungen des Beistandes, Art. 419 ZGB)
- Einleitung von Verfahren, inkl. persönlicher Anhörung (Art. 443 ff. ZGB)
- Zusammenarbeit mit weiteren Behörden (Art. 453 ZGB)

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 442 ZGB.

## 2.2 Aufsichtsbehörde (Art. 441 ZGB)

Der Aufsichtsbehörde steht die allgemeine administrative Aufsicht über die unterstellten Erwachsenenschutzbehörden zu. Sie überwacht die gesamte Tätigkeit der ESB (und mittelbar auch jene des Amtsträgers). Die Kantone sind frei, wie sie die Behörde ausgestalten wollen. Es kann sich um ein Gericht oder eine Administrativbehörde handeln. Die Kantone können auch ein zweistufiges Verfahren mit einer unteren und einer oberen Aufsichtsbehörde vorsehen.

Sie sorgt für eine korrekte und einheitliche Rechtsanwendung. Die Aufsichtsbehörde kann Weisungen erlassen oder von Amtes wegen einschreiten, um z.B. die KESB auf die Möglichkeit einer Wiedererwägung eines Entscheides hinzuweisen.

Sie sorgt für eine effiziente Organisation, hat darauf zu achten, dass die Behördenmitglieder fachkundig und instruiert sind und die Qualitätskontrolle sichergestellt ist.

## 2.3 Der Amtsträger (Beistand, Art. 400 ff. ZGB)

Die ESB ernennt eine geeignete Person als Beistand. Der Behörde steht hinsichtlich der Eignung ein grosses Ermessen zu. Es wird unterschieden zwischen Privat- und Berufsbeiständen. Letztere befinden sich in einem Anstellungsverhältnis zum Gemeinwesen und üben ihre Tätigkeit innerhalb der Sozialbehörde hauptberuflich aus. Unzulässig ist die Einsetzung der Mitglieder der KESB.

Angehörige der betroffenen Person haben kein Vorrecht als Beistand eingesetzt zu werden. Werden sie jedoch eingesetzt, kommt ihnen eine Sonderstellung zu, da sie von bestimmten Pflichten entbunden werden können (Art. 420 ZGB).

Für die Wahl des Beistandes sind die Anliegen und Wünsche der betroffenen Person von zentraler Bedeutung (Art. 401 ZGB).

Die Einsetzung setzt neu die Zustimmung der Person voraus (früher Annahmepflicht), Art. 400 Abs. 2 ZGB. Eine gesetzliche Amtsdauer ist nicht vorgesehen.

Die Aufgaben des Beistandes werden nur rudimentär umschrieben (Art. 391 ZGB) und ergeben sich im Wesentlichen aus der Umschreibung der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen (vgl. auch Ziff. 3 nachfolgend). Der Beistand hat zudem eine Rechnungslegungspflicht (Art. 410 ZGB), d.h. er muss eine Buchhaltung über die Beistandschaft führen, er muss der ESB regelmässig Bericht erstatten (Art. 411 ZGB) und für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der ESB einholen (Art. 416 ZGB).

## 2.4 Gerichtliche Beschwerdeinstanz (Art. 450 ZGB)

Die Kantone können die Aufgabe der gerichtlichen Beschwerdeinstanz in Erwachsenenschutzangelegenheiten einer bereits bestehenden Gerichtsbehörde zuteilen oder dafür ein spezielles (Fach)Gericht schaffen. Dieses muss nicht zwingend ein formelles Gericht sein, jedoch unabhängig und unparteiisch. Entscheide der KEBS können beim Gericht angefochten werden (1. Instanz) im Kt. LU ist dies das Kantonsgericht, danach steht die Beschwerde ans Obergericht resp. Bundesgericht offen.

## 2.5 Verfahren (Art. 443 ff. ZGB)

Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht. Hat der Kanton keine Verfahrensbestimmungen aufgestellt, gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Art. 450 f. ZPO). Bei der Ausgestaltung des Verfahrens sind aber die bundesrechtlichen Minimalvorgaben zu beachten (Art. 443-450e ZGB). So richten sich die Melderechte und -pflichten nach Art. 443 ZGB (bei Erwachsenen) und bei Kindern zusätzlich nach Art. 314c f. ZGB.

Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit und der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt nach dem Untersuchungsgrundsatz und der Officialmaxime.

## 2.6 Verantwortlichkeit/Haftung (Art. 454 ZGB)

Das Gesetz sieht eine Kausalhaftung des Kantons vor. Es bedarf somit kein Verschulden des handelnden Organs. Entscheidend für die Staatshaftung ist einzig, dass dem Geschädigten im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes kausal widerrechtlich ein Schaden zugefügt wurde. Die geschädigte Person hat Anspruch auf Schadenersatz und sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auch auf Genugtuung. Das kantonale Recht regelt sodann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmass der Kanton auf die fehlbaren Personen zurückgreifen kann.

### 3. Die behördlichen Massnahmen

Alle zur Verfügung stehenden behördlichen Massnahmen werden als Beistandschaften bezeichnet. Die verschiedenen Beistandschaften unterscheiden sich durch die Intensität des Eingriffs in die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person.

Der jeweilige Inhalt der Beistandschaften wird gesetzlich nicht im Einzelnen festgelegt. Mit einer flexiblen Ausgestaltung soll der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden, indem der Inhalt der angeordneten Beistandschaft im Einzelfall von der ESB konkret zu umschreiben ist.



#### 3.1 Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB)

Kann nur wirksam werden, wenn die betroffene Person bereit ist, mit dem Beistand zusammen zu arbeiten. Insofern muss sie mit der Massnahme einverstanden sein.

Die betroffene Person muss urteilsfähig sein. Die verbeiständete Person handelt selbständig und verpflichtet sich nur durch ihr eigenes Handeln. Der Begleitbeistand übt bloss eine gewisse Kontrolle



aus und berät und unterstützt die betroffene Person. Diese Form der Beistandschaft ist daher ungeeignet für eine Person, die sich passiv verhält

Beispiel: Jemand ist nicht mehr in der Lage die Steuererklärung zu machen, Arzttermine wahrzunehmen oder Verhandlungen zu führen.

### 3.2 Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 f. ZGB)

Eignet sich für Fälle, in denen sich eine Person vollkommen passiv verhält oder sich weigert zu kooperieren und deshalb eine Vertretung notwendig ist, die betroffene Person aber nicht in der Lage ist, jemanden zu bevollmächtigen und zu überwachen. Die Person muss allerdings nicht urteilsunfähig sein, Schutz- und Hilfsbedürftigkeit genügen.

Der Vertretungsbeistand vertritt die betroffene Person und handelt an ihrer Stelle im Rahmen der übertragenen Aufgaben (gesetzlicher Vertreter). Daher kommt die Massnahme nur für Rechtsbereiche in Frage, in denen eine Vertretung zulässig ist. Die betroffene Person wird durch das Handeln des Beistandes rechtsgültig verpflichtet.

Eine besondere Art der Vertretungsbeistandschaft ist die Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung (Art. 395 i.V.m. Art. 394 ZGB). Diese Massnahme ist angezeigt, wenn die Person zwar alltägliche Handlungen und Rechtsgeschäfte vornehmen kann, jedoch über grössere Vermögenswerte verfügt, zu deren Verwaltung sie nicht in der Lage ist. Die ESB hat in ihrer Verfügung anzuordnen, welche Vermögenswerte vom Beistand verwaltet werden.

### 3.3 Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB)

Verhält sich die Person nicht passiv, sondern besteht vielmehr die Gefahr, dass sie Rechtshandlungen zu ihrem Schaden vornimmt, kann eine Mitwirkungsbeistandschaft errichtet werden.

Der Mitwirkungsbeistand ist nicht gesetzlicher Vertreter. Er kann nicht für sondern nur mit der betreffenden Person handeln. Diese muss dementsprechend weiterhin urteilsfähig sein, muss aber der Beistandschaft nicht ausdrücklich zustimmen.

Die Handlungsfähigkeit wird von Gesetzes wegen eingeschränkt, d.h. sie bedarf für die von der Massnahme betroffenen Rechtsgeschäfte immer die Zustimmung des Beistandes. Beistand und betroffene Person müssen zusammen handeln, daher muss der Betroffene bereit sein, zu kooperieren.

### 3.4 Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB)

Diese Massnahme ist ultima ratio und nur dann gerechtfertigt, wenn eine Person ganz besonders hilfsbedürftig ist. Der Beistand ist somit ausschliesslicher gesetzlicher Vertreter. Die Handlungsfähigkeit entfällt vollständig (Art. 17 ZGB). Soweit die betroffene Person aber urteilsfähig ist, verleiht ihr eine beschränkte Handlungsunfähigkeit (Art. 19 ff. ZGB).

### 3.5 Verzicht auf Beistandschaft (Art. 392 ZGB)

Wenn es unverhältnismässig wäre eine Person unter Beistandschaft zu stellen, da sich nur punktuell Eingreifen als notwendig erweist, kann die ESB für die betroffene Person als gesetzlicher Vertreter handeln. Hat der Beistand eigene Interessen in einer Angelegenheit und entfällt daher die Vertretungsmacht, kann ebenfalls die ESB die verbeiständete Person direkt vertreten.

## 4. Die eigene Vorsorge

Subsidiarität und Selbstbestimmung sind wichtige Grundsätze des (neuen) Erwachsenenschutzrechts. Dies spiegelt sich auch in den Instituten der eigenen Vorsorge wieder.

Für den Fall der zukünftigen eigenen Urteilsunfähigkeit soll der Einzelne selber bestimmen können, wer sich dereinst in welcher Weise fremdbestimmend um ihn kümmern sollte. Damit kann das Selbstbestimmungsrecht auch über die Zeit der eigenen Urteils- und Handlungsfähigkeit hinaus gewahrt werden. Einerseits kann sie dies für medizinische Beläge (mittels Patientenverfügung) andererseits für die Personensorge, Vermögenssorge oder Vertretung im Rechtsverkehr (Vorsorgeauftrag). Falls keine eigene Vorsorge getroffen wurde, gilt die Priorität der gesetzlichen Vertretung durch Angehörige vor behördlichen Massnahmen i.S. des Subsidiaritätsprinzips.

#### 4.1 Der Vorsorgeauftrag (Art. 360 f. ZGB)

Der Vorsorgeauftrag ist die Vollmacht/Auftrag der betroffenen Person an einen Vorsorgebeauftragten für den Fall der Urteilsunfähigkeit. Die Vollmacht ist genereller Natur und umfasst neben der Vermögenssorge auch die Entscheidungsbefugnis über medizinische Belange, die Vertretung im Rechtsverkehr und die Personensorge im Allgemeinen. Die betroffene Person kann den Vorsorgeauftrag allerdings auf bestimmte Bereiche oder (Rechts-)Geschäfte beschränken. Sie kann zudem auch konkrete Handlungsanweisungen erteilen (Art. 360 Abs. 2 ZGB). Der Vorsorgebeauftragte ist namentlich zu nennen. Es kann sich auch um eine juristische Person (z.B. ein Treuhandbüro handeln).

Die beauftragte Person ist nicht verpflichtet den Auftrag anzunehmen, nach erfolgter Annahme gilt aber eine Kündigungsfrist von zwei Monaten (Art. 367 Abs. 1 ZGB). Die Kündigung kann jederzeit erfolgen und bedarf keiner Begründung. Nur aus wichtigen Gründen kann sie den Auftrag sofort kündigen. Dieser Grund kann im Verhalten der urteilsunfähigen Person, ihrem Umfeld, der ESB oder im überwiegenden Interesse des Beauftragten liegen (Art. 367 Abs. 2 ZGB).

Die Wirkung des Vorsorgeauftrages tritt nur bei Eintritt der (allenfalls bloss partiellen) Urteilsunfähigkeit ein. Die Urteilsunfähigkeit muss von einer gewissen Dauerhaftigkeit sein. Aufgrund der Relativität der Urteilsfähigkeit setzt die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages immer voraus, dass die Person bezüglich des im Vorsorgeauftrag umschriebenen Rechtsbereichs urteilsunfähig geworden ist.

DIE ESB hat die Möglichkeit zur Kontrolle und gegebenenfalls Massnahmen der ESB einzuleiten resp. die Vollmacht entziehen (Art. 368 ZGB). Es ist aber nicht zulässig, eine andere Person zur Vorsorgebeauftragten zu ernennen. Die ESB kann lediglich anstelle des Vorsorgeauftrages eine Beistandschaft errichten.

#### *Aufgaben und Pflichten des Beauftragten*

Zu den Aufgaben und Pflichten des Beauftragten gehört die sorgfältige Wahrnehmung der Interessen des Urteilsunfähigen und die Besorgung der Geschäfte im Rahmen des Auftrages, die persönliche Betreuung im Rahmen des Auftrages, die Entgegennahme von Mitteilungen und Informationen, die rechtsgeschäftliche Vertretung im umschriebenen Namen, die sorgfältige Dokumentation der betreuten Geschäfte (Art. 404 OR) und die unverzüglicher Informationen der ESB, wenn Geschäfte besorgt werden müssen, welche nicht vom Auftrag abgedeckt sind oder wenn aus anderen Gründen weitere Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Urteilsunfähigen notwendig sind. Die Bestimmungen über den einfachen Auftrag sind auf den Vorsorgeauftrag anwendbar (Art. 394 ff. OR), soweit das ZGB nicht abweichende Normen enthält.

Der Vorsorgeauftrag kann sowohl entgeltlich wie auch unentgeltlich sein. Dies bestimmt die Auftraggebende Person selber. Ansonsten kommt Art. 366 zur Anwendung.

#### *Errichtung, Widerruf und Erlöschen des Vorsorgeauftrages*

Die beauftragte Person muss bei Eintritt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages voll handlungsfähig sein. Das Formerfordernis ergibt sich aus Art. 361 ZGB.



Der Auftraggeber ist für die erforderliche Kenntnisnahme seines Umfelds über den Vorsorgeauftrag selbst verantwortlich. Er hat jedoch die Möglichkeit, dem Zivilstandsamt die Tatsache der Errichtung des Vorsorgeauftrages und dessen Hinterlegungsort mitzuteilen. Das Zivilstandsamt führt ein Register für Vorsorgeaufträge. Eingetragen wird die Tatsache, dass ein Vorsorgeauftrag besteht, wann dieser erfolgt ist und wo die Urkunde hinterlegt ist, nicht aber den Inhalt des Auftrages. Erfährt die ESB, dass jemand Urteilsunfähig geworden ist, muss sie abklären, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt und prüft, ob er gültig ist, die Urteilsunfähigkeit von einer gewissen Dauer ist und ob die beauftragte Person fachlich geeignet ist (Art. 363 ZGB). Sind die Voraussetzungen gegeben, erlässt die ESB eine Verfügung zur Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages und stellt dem Beauftragten eine Urkunde aus (Legitimationsurkunde i.S.v. Art. 9 ZGB)

Solange der Vorsorgefall noch nicht eingetreten ist, kann die urteilsfähige Person den Auftrag jederzeit in der entsprechenden Form widerrufen (Art. 362 ZGB). Voraussetzung für den Widerruf ist daher die Urteilsfähigkeit des Betroffenen und die Einhaltung der Formvorschrift.

Der Vorsorgeauftrag erlischt, wenn die betroffene Person die Urteilsfähigkeit wieder erlangt (Art. 369 Abs. 1 ZGB), mit dem Tod der betroffenen Person (wenn ein bestimmter Auftrag im Vorsorgeauftrag über den Tod hinaus gültig ist kommen die Bestimmungen des OR (Art. 405 Abs. 1 OR) zur Anwendung). Nach dem Tod sind nicht mehr die ESB, sondern die Erben zuständig. Eine gesetzliche Befristung des Vorsorgeauftrages gibt es nicht.

## **5. Patientenverfügung**

Die Grundlage von medizinischen Behandlungsentscheiden bildet immer die Einwilligung der urteilsfähigen Person. Es ist unmassgeblich ob der Betroffene verbeiständet ist oder nicht (Art. 407 ZGB).

Bei Behandlungsentscheiden von Urteilsunfähigen Personen ist zu prüfen, ob eine Patientenverfügung vorliegt. Ist dies der Fall, muss dieser entsprochen werden. Ist dies nicht der Fall, kommt die Kaskade von Art. 378 ZGB zur Anwendung. Die Vertretungsberechtigte Person entscheidet nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen des Patienten.

Der Inhalt der Patientenverfügung ergibt sich aus Art. 370 ZGB. Für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit können Anordnungen in Bezug auf künftige medizinische Massnahmen erfolgen.

Die Person, welche nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit in medizinischen Belangen entscheiden soll, kann sowohl in einem Vorsorgeauftrag sowie auch in einer Patientenverfügung bezeichnet werden. Der Patient kann dem Vertreter konkrete Weisungen mit Bezug auf den Behandlungsentscheid erteilen. Bei Fehlen einer solchen Weisung hat der Vertreter nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen des Patienten zu entscheiden.

Die Errichtung einer Patientenverfügung setzt nur Urteilsfähigkeit (nicht aber volle Handlungsfähigkeit) voraus. Die Formvorschrift ergibt sich aus Art. 371 ZGB. Es ist keine vorgängige (juristische oder medizinische) Beratung erforderlich und es kann auch ein Musterformular verwendet werden. Dies ist nicht ganz unproblematisch, da nicht immer klar ist, ob der Patient die Formulierungen und deren Tragweite für die eigene Situation hinreichend verstanden hat. Bestehen diesbezüglich ernsthafte Zweifel, ist der Patientenverfügung nicht zu entsprechen.

Auch bei der Patientenverfügung ist ein jederzeitiger Widerruf möglich, aber nur in den gesetzlichen Formen und nur solange Urteilsfähigkeit vorliegt.

Die Patientenverfügung entfaltet ihre Wirkung erst und nur so lange, wie der Patient urteilsunfähig ist. Einer gültigen Patientenverfügung ist i.d.R. Folge zu leisten. Bestehen aber begründete Zweifel, dass die Patientenverfügung noch dem Willen des Patienten entspricht, ist die Verfügung

unverbindlich (Art. 372 ZGB). Bei einer psychischen Erkrankung ist die Patientenverfügung nur zu berücksichtigen, nicht aber verbindlich (Art. 433 Abs. 3 ZGB).

## **6. Gesetzliche Vertretung urteilsunfähiger Personen**

Das neue Recht sieht eine gesetzliche Vertretungsberechtigung nahestehender Personen im rechtsgeschäftlichen und medizinischen Bereich vor (v.a. wenn ein Vorsorgeauftrag fehlt). Diese Vertretungsrechte entstehen von Gesetzes wegen. Ein behördliches Eingreifen erübrigt sich.

Das Vertretungsrecht besteht nur, wenn und soweit die vertretene Person Urteilsunfähig ist (Art. 374 Abs. 1 ZGB). Es kann sich auch um eine kurzfristige Urteilsunfähigkeit handeln.

Der Vertretungsrecht ist subsidiär zum Vorsorgeauftrag bzw. Patientenverfügung und entfällt von Gesetzes wegen, wenn eine Beistandschaft angeordnet worden ist.

Die Vertretungsberechtigten Personen im rechtsgeschäftlichen Bereich ist der Ehegatte (oder eingetragene Partner), wobei die Beziehung tatsächlich gelebt werden muss (gemeinsamer Haushalt oder regelmässiger, persönlicher Beistand; Art. 374 ZGB). Nicht vertretungsberechtigt ist der Konkubinatspartner.

Der gesetzliche Vertretungsrecht betrifft nur die Rechtshandlungen, die zur Befriedigung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise und gemäss dem Lebensstandard der Familie erforderlich sind sowie die Verwaltung des Einkommens/Vermögens resp. das Öffnen/Erledigen der Post/E-Mailverkehr. Letzteres Recht besteht aber nur, wenn es sich als tatsächlich notwendig erweist. Durch die Ausübung des gesetzlichen Vertretungsrechts entsteht keine solidarische Haftung der Ehegatten wie bei Art. 166 ZGB, es bleibt bei der Verpflichtung und Haftung des Vertretenen.

Obwohl das Vertretungsrecht von Gesetzes wegen besteht, kann die ESB einschreiten (Art. 376 ZGB). Sie kann eine Urkunde ausstellen, welche als Ausweis dient und den regelmässigen, persönlichen Beistand bestätigt. Sie kann auf Antrag einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen das Vertretungsrecht entziehen (von Amtes wegen → Bei Einreichung einer Gefährdungsmeldung. Kann durch jedermann erfolgen).

Bei medizinischen Massnahmen kommt die Kaskade von Art. 378 ZGB zur Anwendung. Es geht auch hier um den mutmasslichen Willen und der Interessen der betroffenen Person und nicht um die eigenen Wertungen/Auffassung des Vertreters. In eine Massnahme kann nur eingewilligt werden, wenn diese medizinisch indiziert ist.

Sind mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt (z.B. bei mehreren Kindern), darf der gutgläubige Arzt voraussetzen, dass jede im Einverständnis der anderen handelt (Gutglaubensvermutung, Art. 3 ZGB). Sind sich die mehreren (gleichrangigen) Vertreter uneinig und ist der Arzt nicht gutgläubig, so kann die ESB angerufen werden (Art. 381 ZGB).

Bei der Behandlung einer urteilsunfähigen Person ist, falls keine Patientenverfügung vorliegt, ein Behandlungsplan zu erstellen (Art. 377 ZGB). Dieser muss mit der vertretungsberechtigten Person besprochen werden. Sie ist klar, verständlich und vollständig aufzuklären. Die betroffene Person ist soweit als möglich in die Entscheidungsfindung einzubeziehen (sog. Partizipationsrecht). In gewissen Fällen kann die ESB selbst handeln (Art. 381 ZGB).

Wenn es um die Behandlung einer psychischen Erkrankung in einer psychiatrischen Klinik geht, kommen die Bestimmungen über die fürsorgliche Unterbringung (vgl. Ziff. 7 nachfolgend) zur Anwendung.

## 7. Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB)

Die FU gelangt zur Anwendung, wenn eine Person wegen ihres Schwächezustandes der persönlichen Fürsorge und Pflege bedarf, diese aber nur durch Unterbringung der Person in einer geeigneten Anstalt erbracht werden können. Sie dient daher einzig der Personensorge und bleibt ohne Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit. Sie schränkt aber den Betroffenen in seiner Bewegungsfreiheit ein.

Art. 426 ff. gelangt immer zur Anwendung, wenn eine Person in eine psychiatrische Klinik eingewiesen oder in einer solchen zurückbehalten werden muss, ohne dass sie selbst zustimmt.

### 7.1 Voraussetzungen der FU

#### – Schwächezustand

Psychische Störung (inkl. Suchtkrankheiten) oder geistige Behinderung oder aber eine schwere Verwahrlosung (Obdachlosigkeit allein genügt nicht)

#### – Subsidiarität

Die nötige Behandlung kann nicht anders als durch Unterbringung in einer geeigneten Anstalt erfolgen (Verhältnismässigkeit)

→ Unterbringung oder Zurückbehaltung der betroffenen Person gegen oder ohne deren Willen in einer geeigneten Einrichtung (stationäre Einrichtung, nicht unbedingt geschlossene Anstalt).

### 7.2 Anordnung der FU

Für die ordentliche Anordnung der FU ist ausschliesslich die ESB zuständig (Art. 440 ZGB). Die Kantone können für die Einweisung nebst der EBS auch geeignete Ärzte als zuständig bezeichnen (Art. 429 Abs. 1 ZGB). Die ärztliche Einweisung ist aber immer auf eine Dauer von max. sechs Wochen befristet und darf erst nach persönlicher Untersuchung des Betroffenen erfolgen.

Eine freiwillig eingetretene Person mit einer psychischen Störung kann zudem von der Klinikleitung während maximal drei Tagen gegen ihren Willen zurückbehalten werden, wenn die entsprechenden (restriktiven) Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 427 ZGB).

### 7.3 Verfahren und Überprüfung der FU

Soweit es sich um eine Einweisung der ESB handelt, richtet sich das Verfahren nach Art. 443 ff. ZGB, d.h. es gilt die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB), eine medizinische Begutachtung ist unumgänglich und die Anhörung der betroffenen Person erfolgt durch die ESB als Kollegium (Art. 447 Abs. 2 ZGB). Zudem hat die betroffene Person das Recht auf Beizug einer Vertrauensperson, diese kann sie frei bestimmen (Art. 432 ZGB).

Auch gegen die FU ist eine Beschwerde ans Gericht möglich (Art. 450 ff. ZGB). Die Beschwerdefrist beträgt aber nur 10 Tage seit Mitteilung des Entscheides (Art. 450b Abs. 2 ZGB). Weitere Besonderheiten ergeben sich aus Art. 450e ZGB.

Ebenfalls der Beschwerde unterliegen Einweisungsentscheide der Ärzteschaft wie auch Entscheide der Kliniken über Zurückbehaltungen (Art. 439 ZGB).

Die ESB ist zudem verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Einweisung die FU umfassend zu überprüfen (Art. 431 ZGB). Die Überprüfung muss in einem schriftlichen Bericht dokumentiert werden.

Die betroffene Person muss entlassen werden, sobald die Voraussetzungen der FU nicht mehr erfüllt sind (Art. 426 Abs. 3 ZGB). Die betroffene Person oder eine ihr nahestehende Person kann auch jederzeit ein Gesuch um Entlassung stellen. Über die Entlassung entscheidet die ESB resp. die

Einrichtung (wenn die FU vom Arzt angeordnet wurde (Art. 428 und 429 ZGB). Wird ein Entlassungsgesuch eingereicht, muss die ESB innert 5 Arbeitstagen darüber entscheiden (Art. 426 Abs. 4, Art. 450e Abs. 5 ZGB).

#### 7.4 Zwangsbehandlung im Rahmen der FU (Art. 434 ZGB)

Eine Zwangsbehandlung ist nur mit Bezug auf «psychische Störungen» möglich. Der Chef der betreffenden Spitalabteilung hat die Behandlung schriftlich i.S. einer Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung anzuordnen. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein.

- Es muss eine **Gefahrensituation** vorliegen, d.h. ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden i.S. einer Eigengefährdung oder aber ernstlichen Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität Dritter. Es genügt nicht, dass die medizinische Massnahme bloss seinem Wohl dient.
- Der Patient muss **urteilsunfähig** in Bezug auf die Behandlung sein.
- Es darf keine weniger einschneidende Massnahme zur Verfügung stehen, die ebenfalls wirksam und zweckmässig werden (**Subsidiarität der Zwangsbehandlung**).

Keine Zwangsbehandlung ist zulässig, wenn der Patient nicht im Rahmen einer FU in der entsprechenden Institution untergebracht ist (sondern sich z.B. freiwillig dort aufhält oder ambulant behandelt wird), wenn es sich nicht um eine psychische Störung, sondern eine andere (somatische) Erkrankung handelt oder wenn der Patient urteilsfähig ist.

Umgekehrt ist Art. 433 ZGB lex specialis gegenüber den allgemeinen Vertretungsrechten (Art. 380 ZGB).

Bei Notfällen kommt Art. 435 ZGB zur Anwendung. Eine Notfallsituation liegt in einer Psychiatrie vor, wenn eine psychisch kranke Person mit oder ohne Vorzeichen plötzlich in eine Verfassung gerät, in der sie sich selbst zu töten oder zu verletzen droht, Dritte durch ihre Erregung ernsthaft gefährdet und zuletzt auch die materielle Umgebung in Mitleidenschaft zieht.

#### 8. Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 382 ff. ZGB)

Bei einer längeren Unterbringung in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung muss ein schriftlicher Betreuungsvertrag geschlossen werden (Art. 382 ZGB). Ist die Person urteilsfähig schliesst sie den Vertrag selbst ab. Bei Urteilsunfähigkeit ist der Vertrag durch einen Vertreter abzuschliessen (Art. 382 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 378 ZGB).

Die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen darf nur unter den Voraussetzungen von Art. 383 ZGB eingeschränkt werden. Es lässt sich aber nicht rechtfertigen, wenn ein Bewohner die Gegenstände der Mitbewohner beschädigt oder Blumen im Garten ausreisst (reine Vermögensinteressen genügen nicht!). Das beschädigen von Gegenständen oder Ausreißen von Blumen kann aber im Rahmen der Frage, ob jemand das Gemeinschaftsleben erheblich stört, relevant sein (Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Der Betroffene oder einer ihr nahestehenden Person steht die Anrufung der ESB offen (es kann nicht wie bei der FU direkt das Gericht angerufen werden), vgl. Art. 385 ZGB. Der Entscheid der ESB kann dann mit einer Beschwerde vor Gericht angefochten werden.

Die Kantone üben eine Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen in denen urteilsunfähige Personen betreut werden aus (Art. 387 ZGB).

### XIII. Eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare

Ist im PartG (In Kraft seit 01.01.2007) als eigenständiges, formell nicht in das Familienrecht des ZGB integriertes Gesetz mit (je nach Lebensbereich) grösserer oder geringerer Nähe zur eherechtlichen Ordnung. Die praktische Bedeutung des PartG ist aber vergleichsweise gering. Zudem besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit, da es zum PartG nur sehr wenige Urteile gibt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass gleichgeschlechtliche Paare bis anhin keine gemeinsamen Kinder hatten und oft auch kein nachehelicher Unterhalt gefordert wurde.

Seit dem 1.1.2018 dürfen gleichgeschlechtliche Paare Stiefkinder adoptieren. Nach wie vor verwehrt bleibt ihnen aber die gemeinschaftliche Adoption. Zurzeit berät das Parlament die Frage, ob die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden soll.

#### 1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zum Eherecht

	<b>Ehe</b>	<b>Partnerschaft</b>
<b>Partner sind</b>	Zwingend verschiedenen Geschlechts	Zwingend gleichen Geschlechts
<b>Verlöbnis</b>	Geht dem Eheschluss stets Voraus	Ist nicht vorgesehen
<b>Begründung durch</b>	Eheschluss: «Ja-Wort»	Beurkundung der Partnerschaft (ohne Trauzeugen)
<b>Ungültigkeitsgründe</b>	Art. 105 ZGB, Art. 107 ZGB	Art. 9 PartG → etwas geringere Voraussetzungen
<b>Persönlicher Status:</b> - <b>Zivilstand</b>  - <b>Name</b>  - <b>Bürgerrecht</b>	- Verheiratet  - Jeder Ehegatte behält seinen Namen: Wahl eines Familiennamens (Ledigname der Brautleute) möglich  - Kein Einfluss der Ehe auf das Bürgerrecht	- «in eingetragener Partnerschaft»  - Analog Eherecht  - Kein Einfluss
<b>Allgemeine Wirkungen:</b> - <b>Gemeinschaft</b>  - <b>Treuepflicht</b>  - <b>Pflicht zum Zusammenleben, Wohnung</b>	- eheliche Gemeinschaft, einträchtiges Zusammenwirken zum Wohl der Gemeinschaft (Art. 159 ZGB)  - Treue- und Beistandspflicht  - gemeinsame eheliche Wohnung (Art. 162 ZGB) geschützt durch Art. 169 ZGB	- Beistand und Rücksicht, Art. 12 PartG (keine Treuepflicht)  - Keine Treuepflicht  - Keine ausdrückliche Pflicht zum Zusammenleben. Schutz der gemeinsamen Wohnung (Art. 14 PartG analog zu Art. 169 ZGB)
<b>Allg. vermögensrechtliche Wirkungen</b>	- Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) - Betrag zur freien Verfügung (Art. 164 ZGB) - Ausserord. Beiträge (Art. 165 ZGB) - Vertretung der Gemeinschaft (Art. 166)	- Unterhaltspflicht (Art. 13 PartG) - Betrag zur freien Verfügung analog Art. 164 ZGB - Analog Art. 165 ZGB  - Vertretung analog zur Ehe (Art. 16 PartG, obwohl wenig praxisrelevant)

<b>Vermögensrecht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Drei Güterstände mit freiem Wahlrecht</li> <li>- Errungenschaftsbeteiligung als ordentlicher Güterstand</li> <li>- Miteigentumsvermutung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- kein eigentliches Güterrecht → Gütertrennung</li> <li>- Vermögensvertrag möglich (Art. 25 PartG)</li> <li>- Miteigentumsvermutung (Art. 19 PartG)</li> </ul>
<b>Schutz der Gemeinschaft</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Eheschutz nach Art. 171 ZGB</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Keine Bestimmungen</li> </ul>
<b>Kinderbelange</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ehelichkeitsvermutung von Kindern</li> <li>- Fruchtbarkeitsbehandlungen zulässig</li> <li>- Zulässigkeit der Adoption</li> <li>- Art. 299 ZGB betr. Kinder eines Ehegatten</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Stiefkindadoption zulässig (Art. 264c Abs. 1 ZGB)</li> <li>- Gemeinschaftliche Adoption nicht zulässig</li> <li>- Art. 27 PartG betr. Kinder eines Partners</li> <li>- Fortpflanzungsmedizinische Behandlungen nicht zugelassen</li> </ul>
<b>Auflösung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tod</li> <li>- Ehescheidung, gegen den Willen des anderen Ehegatten nur nach Art. 114 f.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tod</li> <li>- Gerichtliche Auflösung nach Art. 29 f. PartG (Zivilstand: in aufgelöster Partnerschaft)</li> </ul>

Erbrechtlich, Steuerrechtlich und Sozialversicherungsrechtlich werden eingetragene Partner i.d.R. wie Ehepaare ohne gemeinsame Kinder behandelt.

## XIV. Konkubinats

Beim Konkubinats handelt es sich um eine nichteheliche Gemeinschaft zwischen Mann und Frau. Im Gegensatz zur Ehe kann man ein Konkubinats formlos begründen. Zudem besteht die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung des Konkubinats sowie die jederzeitige, unentziehbare und formlose Möglichkeit das Konkubinats aufzulösen.

Das Konkubinats ist gesetzlich nicht geregelt. Daher gibt es keine gesetzliche Definition. Es ist daher jeweils mit Bezug auf die konkrete Rechtsfrage zu klären, ob eine eheähnliche Lebensgemeinschaft resp. ein Konkubinats vorliegt, so z.B. hinsichtlich der Frage auf den Verlust von Unterhaltsansprüchen bei einem nahehelichen Konkubinats (i.d.R. erst bei einem «qualifizierten Konkubinats, d.h. mind. 5 Jahre des Zusammenlebens).

Denkbar (aber eher selten) ist eine vertragliche Regelung der Gemeinschaft, wobei es sich um einen Innominatskontrakt handelt. Seine Grenze findet dieser Vertrag in der übermässigen Bindung von Art. 27 ZGB.

Denkbar ist auch, dass sich die Konkubinatspartner zu einer einfachen Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR zusammengeschlossen haben. Diese ist ebenfalls formlos gültig. Die wichtigste Rechtsquelle der eheähnlichen Lebensgemeinschaft ist das Richterrecht.

Die Nachteile des Konkubinats sind daher die grosse Rechtsunsicherheit. Wird eine Rollenverteilung gelebt, ist das Nichteeliche Zusammenleben für die Frau regelmässig sehr risikoreich.

### 1. Stellung gemeinsamer Kinder

Es ergeben sich in Bezug auf Kinder leicht unterschiedliche Wirkungen. Anders als in der Ehe gibt es beim Konkubinats keine Vaterschaftsvermutung. Das Kindesverhältnis kann daher nur durch (vorgeburtliche) Anerkennung oder Klage begründet werden.

Das Kind unverheirateter Eltern trägt den Ledignamen desjenigen Elternteils, dem die elterliche Sorge zusteht. Sind beide Eltern Inhaber elterlicher Sorge, so bestimmen sie welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen (Art. 270a ZGB).

Ein Kind nicht verheirateter Eltern untersteht zunächst ausschliesslich der elterlichen Sorge der Mutter (Art. 298a ZGB), selbst wenn diese mit dem Vater zusammenwohnt. Für die gemeinsame elterliche Sorge bedarf es einer gemeinsamen Erklärung der Eltern oder eines Entscheids der KESB.

Nichteheliche Kinder haben dieselbe erbrechtliche Stellung und grundsätzlich analoge Unterhaltsansprüche (einschliesslich Betreuungsunterhalt) wie eheliche Kinder.

## **2. Mietwohnung**

Entweder ist nur ein Partner Mieter oder beide Partner sind als Mieter eingetragen. Sind beide Partner als Mieter eingetragen, kann eine Kündigung der Wohnung nur gemeinsam erfolgen.

Ist hingegen nur ein Partner Mieter so liegt entweder ein Untermietverhältnis vor oder eine Gebrauchsleihe. Diese liegt vor, wenn die Mitbenutzung der Wohnung unentgeltlich erfolgt (Art. 305 ff. OR). Der Mieter kann den Partner diesfalls grundsätzlich fristlos aus der Wohnung ausweisen. Bei einem UMV müssen hingegen die Kündigungsfristen eingehalten werden. Ein UVM liegt nur vor, wenn die Benutzung entgeltlich ist. Als Gegenleistung kommt aber nebst einem Geldbetrag auch Naturalleistungen (z.B. Übernahme der Hausarbeiten) in Frage.

## **3. Eigentum und Vermögensrechtliche Folgen bei Trennung**

Die Eigentumsverhältnisse richten sich nach dem Sachenrecht. Bewegliche Sachen, die in den Haushalt eingebracht werden, verbleiben im Eigentum des bisherigen Eigentümers. Gleiches gilt für neu angeschaffte Sachen.

Bei Hausratsgegenständen, die in Mitbesitz stehen, wird hingegen Miteigentum vermutet. Dieses wird bei einer Trennung aufgelöst, wobei jedem Partner die Hälfte der Sachen zusteht.

Ist (ausnahmsweise) Gesellschaftsrecht anwendbar, weil eine einfache Gesellschaft vorliegt, werden Gewinn und Verlust hälftig geteilt, ungeachtet der jeweiligen (allenfalls ungleichen) Beiträge. Nicht zu Eigentum der Gesellschaft eingebrachte Vermögenswerte verbleiben hingegen beim Alleineigentümer.

## **4. Arbeitsleistungen**

In der Regel wird Hausarbeit nicht entschädigt. Ausnahmsweise gelingt der Nachweis eines (konkludent geschlossenen) Arbeitsvertrages. Dann ist aber auch an Sozialversicherungsleistungen usw. zu denken.

## **5. Unterhalt**

Zwischen den Partnern besteht keine Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt sowohl während wie auch nach Beendigung des Konkubinats. Geschuldet ist einzig der Kindesunterhalt und u.U. Betreuungsunterhalt. Letzterer ist nur geschuldet, wenn die Kinder noch Betreuungsbedarf haben (Schulstufenregel) Allerdings ist dieser Anspruch in der Höhe (Existenzminimum) und Dauer kaum vergleichbar mit nahehelichem Unterhalt bei lebensprägender Ehe. Kann der Partner nämlich mit der Erwerbstätigkeit sein Existenzminimum decken, entfällt der Betreuungsunterhalt. Es ist daher empfehlenswert in Bezug auf den nachpartnerschaftlichen Unterhalt eine konkrete Vereinbarung zu treffen, insb. wenn nur ein Partner einer Erwerbstätigkeit nachging und/oder Kinder vorhanden sind.

## 6. Erb- und Sozialversicherungsrecht

Der Konkubinatspartner hat kein gesetzliches Erbrecht, sondern kann nur als Erbe eingesetzt werden. Das Testament resp. der Erbvertrag müssen aber die Pflichtteilsgrenzen beachten. Zudem fallen auch Erbschaftssteuern an.

Der überlebende Konkubinatspartner erhält zudem keine Witwen/Wittwer-Rente der AHV. Je nach Reglement kann sich evtl. ein Hinterlassenenanspruch aus beruflicher Vorsorge ergeben, dies muss aber zu Lebzeiten entsprechend angemeldet werden.

## XV. Intertemporales Privatrecht

Das intertemporale Recht regelt die Problematik, wie (Dauer-)Tatsachen nach einer Gesetzgebung zu beurteilen sind, wenn für die fraglichen Tatsachen früher keine oder eine andere Rechtsfolge. Soll das Gesetz die Rechtswirkungen dieser Tatsachen nach neuem Recht oder nach altem Recht beurteilen oder gar eine Wahlmöglichkeit für die Betroffenen bieten?

Falls keine übergangsrechtlichen Bestimmungen vorgesehen sind, so ist Art. 1 bis 4 SchIT ZGB für die Beurteilung heranzuziehen. Die Bestimmungen des SchIT ZGB regeln allgemein (Art. 1-4) oder konkret (Art. 5-50) die rechtlichen Folgen im Bereich des ZGB von Tatsachen, die bereits vor Inkrafttreten der entsprechenden Gesetzesbestimmungen eingetreten sind (z.B. neuer Stichtag für Vorsorgeausgleich seit 1.1.17, Namenführung der Ehegatten vor dem 1.1.13 oder «neues» Güterrecht seit 1.1.88.

### 1. Allgemeine Regeln des intertemporalen Rechts

#### 1.1 Grundsatz der Nichtrückwirkung

Alte Tatsachen werden weiterhin nach altem Recht beurteilt. Das neue/revidierte Gesetz wird nur auf Fälle angewendet, die sich nach seinem Inkrafttreten ereignet haben.

Beispiele: Zweckänderungsvorbehalt bei Stiftung (Art. 86a ZGB in Kraft seit 1.1.06), die im Jahr 2005 gegründet wurde ist nicht möglich oder unbefristete Ungültigkeitsgrund der Scheinehe wirkt nicht auf vor Inkrafttreten geschlossene Ehe zurück.

Hat sich ein Tatbestand hingegen erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts (vollständig) verwirklicht, ist neues Recht anwendbar. Bei Dauertatsachen muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob an das alte oder an das neue Recht angeknüpft wird. Grundsätzlich wird für Änderungen das neue Recht angewandt (z.B. für die Eheschliessung zwischen Stiefkind und Stiefvater am 1.12.18 ist Art. 95 ZGB in der heute geltenden Fassung massgeblich, da sich der Tatbestand (die Eheschliessung) erst nach neuem Recht verwirklicht, die unter altem Scheidungsrecht geschlossene Ehe wird nur nach neuem Scheidungsrecht aufgelöst.

#### 1.2 Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung

- **Art. 2 SchIT ZGB → öffentliche Ordnung und Sittlichkeit**  
Es kann der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen, wenn altrechtliche Tatsachen nach dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision keine Änderung erfahren würden. Es geht dabei aber um eine Interessensabwägung zwischen Vertrauensschutz und öffentlichem Interesse.
- **Art. 3 SchIT ZGB → gesetzliche Rechtsverhältnisse**  
Bei gesetzlichen Rechtsverhältnissen (Ehe, elterliche Unterhaltspflicht, etc.) wird dem neuen Gesetz unterstellt (unechte Rückwirkung)
- **Art. 4 SchIT ZGB → Anwartschaften**  
Ändert sich das Recht, nachdem einzelne, nicht aber alle für die Entstehung des Rechts



notwendigen Tatsachen bereits eingetreten sind, so ist die Entstehung des Rechts ausschliesslich nach dem neuen Gesetz zu beurteilen.

## **2. Besondere Regeln für spezifische Gesetzesrevisionen**

Eheschliessung → Art. 7 SchIT ZGB

Ehescheidung → Art. 7a SchIT ZGB

Vorsorgeausgleich → Art. 7d SchIT ZGB (Problematik der Vorsorgelücke)

Eheliches Güterrecht → Art. 9a bis 11a SchIT ZGB

Für nach dem 1.1.88 geschlossene Ehen gilt der Grundsatz von Art. 1 SchIT ZGB und sind vorbehaltlos die neuen Bestimmungen anzuwenden!

Adoptionsrecht → Art. 12a bis 12c SchIT ZGB

Betreuungsunterhalt → Art. 13c SchIT ZGB

## **XVI. Internationales Privatrecht**

Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, so stellt sich die Frage welches nationale Gericht zur Beurteilung zuständig ist (Gerichtsstand), welches Recht (anwendbares Recht) zur Anwendung kommt und ob und wie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen erfolgt resp. ob ein ausländischer Entscheid in der Schweiz anerkannt wird.

### **1. Vorgehen**

#### **1. Liegt ein einschlägiger Staatsvertrag vor?**

EMRG, LugÜ (für EU-Staaten), Haager Übereinkommen (Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennung, Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen, Adoptionsübereinkommen, Minderjährigenschutzabkommen, Erwachsenenschutzübereinkommen, Entführungsübereinkommen)

#### **2. Es liegt kein Staatsvertrag vor:**

→ Der Schweizer Richter beurteilt die aufgeworfenen Fragen nach den Bestimmungen des IPRG.

### **2. Wichtigste Regeln des IPRG**

Das IPRG regelt internationale Verhältnisse.

Die internationale Zuständigkeit von schweizerischen Gerichten wird ebenfalls abschliessend bestimmt. Enthalten die Bestimmungen des BT keinen Verweis auf die Zuständigkeit, so kommt Art. 2 IPRG zum Zug, wonach sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Beklagten richtet.

Ist das Schweizer Gericht zuständig, so muss das anwendbare Recht geklärt werden. Gegebenenfalls ist das ausländische Recht anzuwenden.

Der Ordre Public ist eine Generalklausel, die den Richter ermächtigt ausnahmsweise das ausländische Recht nicht anzuwenden oder das ausländische Urteil nicht zu anerkennen, wenn das «einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt wird, weil grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden» bzw. «der fragliche Akte mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist».