

# **News Kurs 2018**

## **Kindes- und Erwachsenenschutzrecht**

**rgb** Consulting

---

02.04.2019

- **BGE 143 III 361**, in [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- **Gemeinsame elterliche Sorge: Antrag der Eltern auf Alleinzuteilung bleibt möglich**
  - Ein **gemeinsamer Antrag der Eltern genügt alleine nicht** für eine Übertragung der elterlichen Sorge an einen Elternteil. Vielmehr muss eine solche Regelung mit dem **Kindeswohl vereinbar** sein.
  - Wohl geht der Gesetzgeber davon aus, dass die gemeinsame elterliche Sorge in der Regel dem Kindeswohl entspricht. Das **bedeutet allerdings nicht**, dass die **freiwillige Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts** und die Alleinzuteilung das **Kindeswohl per se gefährden würde**.

- Entsprechend ist auch der Wortlaut von Art. 133 Abs. 2 ZGB zu verstehen, wonach das Gericht einen gemeinsamen Antrag der Parteien berücksichtigt. Der Scheidungsrichter muss **übereinstimmenden Anträgen der Eltern in Kinderbelangen nur dann entgegenreten**, wenn dadurch das **Kindeswohl gefährdet** würde.
- Auf Antrag der Eltern kann die elterliche Sorge nur einem Elternteil zugeteilt werden, wenn dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

- **Kantonsgericht St. Gallen, II. Zivilkammer, 28.06.2017, FO.2016.17**, in [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)
- **Alleinzuteilung der elterlichen Sorge nur im Ausnahmefall**
  - Da es sich bei der **Alleinzuteilung der elterlichen Sorge** um den **Ausnahmefall** handelt, ist bei den dafür vorgesehenen Gründen eine **überdurchschnittliche Intensität** zu fordern; **nicht jede** – wohl in fast jedem Scheidungskontext vorhandene – **Konfliktsituation** zwischen den Eltern gefährdet das Kindeswohl und vermag deshalb ein Abweichen von der Regel der gemeinsamen Sorge zu rechtfertigen. Die Alleinsorge kommt zudem nur in Frage, wenn dadurch einer Gefährdung des Kindeswohls überhaupt wirksam begegnet werden kann.

- **BGer vom 24.05.2017, Urteil 5A\_65/2017**, in FamPra.ch 2017, S. 1153
- **Erteilung einer Weisung zur Inanspruchnahme einer professionellen Beratung**
  - Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist befugt, **den Eltern eine Weisung zur Durchführung einer Therapie zu erteilen**, wenn das Kindeswohl dies erfordert. **Art. 307 Abs. 3 ZGB** bildet für die Anordnung einer Beratung, Mediation oder Therapie grundsätzlich eine **genügende gesetzliche Grundlage**. Nicht entschieden hat das Bundesgericht, wie weit mit solchen Weisungen in die persönliche Freiheit des betroffenen Elternteils eingegriffen werden darf.

- **BGer vom 01.03.2017, Urteil 5A\_570/2016**, in ZKE 2017, S. 242
- **Umfang des Besuchsrechts – Ausweitung auch in der Deutschschweiz?**
  - Die Praxis tendiert zu einer Ausweitung des Besuchsrechts. Es ist fraglich, ob das in der Deutschschweiz bestehende Richtmass zeitgemäss ist, welches das Besuchsrecht in strittigen Fällen auf ein Wochenende monatlich und zwei bis drei Schulferienwochen pro Jahr beschränkt.
  - Die Behörde hat das Ferienrecht auf zwei Wochen festgelegt, was nicht einmal einem 1/6 der gesamten Schulferien entspricht. Gemessen an der geographischen Distanz (Mutter lebt in München) wurden vergleichsweise häufige Wochenendkontakte vorgesehen (alle 14 Tage, jedes zweite Mal am Wohnort des Kindes).

- Diese Regelung weicht von der Praxis ab, dass Wochenendbesuche bei grosser Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern tendenziell weniger oft als sonst üblich stattfinden, aber «durch einzelne Wochenendeinheiten und/oder längere Ferienaufenthalte (teil-)kompensiert» werden.
- Das Obergericht erachtete eine Regelung, wonach das Kind seine Geburtstage alternierend beim einen oder andern Elternteil verbringe, nicht für sinnvoll. Ausschlaggebend seien das Alter und die Schulpflicht des Kindes sowie dessen Vorstellungen über die Gestaltung seines Geburtstags. Diese Erwägungen sind nicht bundesrechtswidrig.
- *Bemerkung:* Hier liegen die elterlichen Wohnungen weit auseinander, weshalb die Beurteilung in Sachen Geburtstage einleuchtet. Andernfalls wäre es aber durchaus praktikabel, die Geburtstage alternierend bei Vater und Mutter zu feiern, wie dies viele Konventionen und Urteile vorsehen.

7

- **BGer vom 24.10.2017, Urteil 5A\_699/2017**, in FamPra.ch 2017, S. 240
- **Begleitetes Besuchsrecht – schrittweise Lockerung**
  - Ein begleitetes Besuchsrecht ist stets eine **provisorische Lösung** und kann grundsätzlich nicht für eine unbestimmte Dauer angeordnet werden. Trotzdem kann es Fälle geben, in denen feststeht, dass eine längerfristige Begleitung des Besuchsrechts notwendig ist.
  - Ein **zeitlich befristetes begleitetes Besuchsrecht** mit der Aussicht dieses stufenweise zu erweitern ist mit dem Kindeswohl vereinbar.

- **BGer vom 16.01.2017, Urteil 5A\_402/2016**, in ZKE 2017, S. 250
- **Fremdplatzierung bei Dritten anstatt bei der Grossmutter?**
  - Ein **Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts** ist nur zulässig, wenn andere Massnahmen (Art. 307 und 308 ZGB), ohne Erfolg geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen (**Verhältnismässigkeit und Subsidiarität**).
  - Die Eltern stehen beide wegen kognitiver Einschränkungen unter Beistandschaft; sie beantragen eine Unterbringung des Kindes bei der Grossmutter anstatt bei einer sozialpädagogischen Pflegefamilie. Die Erziehungsfähigkeit der Grossmutter ist gegeben, aber mit einer gleichzeitigen Betreuung und Erziehung ihres Enkels, ihrer Tochter und deren Ehemanns droht eine Überforderung. <sup>9</sup>

- Fremdplatzierung bildet «ultima ratio», was indes nicht bedeutet, dass in Betracht fallende mildere Alternativen zuvor erfolglos erprobt worden sein müssen.
- Es ist nicht auszuschliessen, dass die Gefährdung durch ergänzende Massnahmen zur Betreuung der Eltern (gemäss Gutachten) sowie durch behördliche Aufsichts- und Interventionsbefugnisse nach Art. 307 ZGB und im Rahmen der bestehenden Beistandschaft nach Art. 308 ZGB aufgefangen werden kann, soweit die Grossmutter die nötige Betreuung nicht selber (oder mithilfe von verlässlichen Hilfspersonen) zu leisten vermag.
- Angesichts der Empfehlung der Sachverständigen, dass Kind und Eltern möglichst zusammenleben sollen, und mit Blick auf den geltenden Untersuchungsgrundsatz (Art. 446 ZGB) durfte nicht auf weitere Abklärungen verzichtet werden.

- **BGer vom 12.01.2017, Urteil 5A\_299/2016**, in [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- **Anhörung der Pflegeeltern vor Beistandswechsel?**
  - Pflegeeltern sind gemäss Art. 300 Abs. 2 ZGB vor wichtigen Entscheidungen anzuhören
  - Gemeint sind damit für **das Kind wichtige Entscheidungen** – es geht nicht um die persönlichen Interessen der Pflegeeltern.
  - Ein **wichtiger Grund für die Amtsenthebung** des bisherigen Beistandes i.S.v. Art. 423 ZGB kann der Umstand sein, dass im Hinblick auf die bevorstehende Prüfung der **Rückkehr des Kindes** zu seiner Mutter eine **unbelasteter**, mit der Sache bisher nicht befasster **Beistand besser geeignet** erscheint als der bisherige Beistand, dessen Verhältnis zur Kindesmutter gestört war.

11

- **BGer vom 11.09.2017, Urteil 5A\_549/2017**, in FamPra.ch 2017, S. 1059
- **Keine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens**
  - Geht es um die Frage, ob eine **bestehende Erwerbstätigkeit auszuweiten** ist, ist dies grundsätzlich **nur für die Zukunft** möglich. Zudem ist eine nach den gesamten Umständen angemessene **Übergangsfrist** zu gewähren. Die Abweichung von diesen Grundsätzen erfordert spezielle Gründe, die im Entscheid näher auszuführen sind.

- **BGer vom 24.08.2017, Urteil 5A\_90/2017**, in SJZ 2017, S. 533
- **Festlegung von Unterhaltsbeiträgen für minderjährige Kinder gestützt auf hypothetisches Einkommen des Unterhaltspflichtigen auch beim freiwilligen Wegzug ins Ausland**
  - Im Verhältnis zu minderjährigen Kindern sind besonders hohe **Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen**, besonders in engen wirtschaftlichen Verhältnissen.
  - Die **Eltern** müssen sich daher in **beruflicher** und unter Umständen auch **örtlicher** Hinsicht so **ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen** können.

- Nach der Rechtsprechung kann insbesondere ein (an sich zulässiger) **Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben**, wenn eine **weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz möglich und zumutbar wäre**, so dass wegen des nun tieferen Einkommens des Unterhaltspflichtigen im Ausland keine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge für das minderjährige Kind in Frage kommt.
- Dann kann weiterhin hypothetisch vom bisherigen Einkommen des Unterhaltspflichtigen in der Schweiz ausgegangen werden.

- Dagegen darf bei einem **seit jeher im Ausland erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen nicht ein hypothetisches Einkommen auf Grundlage des in der Schweiz erzielbaren Einkommens angerechnet werden**, selbst wenn er berechtigt wäre, sich in der Schweiz niederzulassen und hier einer Arbeit nachzugehen. Es ist ihm nur ein Einkommen anzurechnen, welches er bei voller Ausschöpfung seiner Arbeitskraft im Ausland zumutbarer Weise erzielen kann.

- **BGer vom 22.02.2017, Urteil 5A\_806/2016**, in ZKE 2017, S. 244
- **Hypothetisches Einkommen im Rentenalter**
  - Allein das **Erreichen des AHV-Rentenalters** lässt die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zur **Bezahlung von Minderjährigenunterhalt nicht unzumutbar** erscheinen. An die Ausnützung der Erwerbskraft des Unterhaltspflichtigen im Verhältnis zum minderjährigen Kind sind besonders **hohe Anforderungen** zu stellen, vorab bei bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen.
  - Der 68-jährige Beschwerdeführer ist Doktor der Rechtswissenschaften und Rechtsanwalt und war in Deutschland unter anderem als selbständiger Rechtsanwalt und Unternehmensberater tätig. Er verfügt noch immer über einen kleinen Klientenstamm.

- Eine gewisse Beratungstätigkeit (weit) über das Rentenalter hinaus stellt bei Rechtsanwälten keine Seltenheit dar.
- Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren keine gesundheitlichen Gründe für die Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit vorgebracht.
- Die **Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 1000.– ist nicht willkürlich**. Sollte der Beschwerdeführer in Zukunft einmal aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sein, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, stünde ihm die **Abänderungsklage** offen (Art. 286 Abs. 2 ZGB).

- **BGE 143 III 233**, in [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- **Keine Abänderung der Unterhaltsbeiträge bei Verminderung des Einkommens in Schädigungsabsicht**
  - Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in **Schädigungsabsicht**, so ist eine **Abänderung** bzw. Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge selbst dann **ausgeschlossen**, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (Änderung der Rechtsprechung).

- **BGE 143 III 177**, in [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- **Legalzession infolge Bevorschussung von Kindesunterhaltsbeiträgen durch das Gemeinwesen; Passivlegitimation der bevorschussenden Gemeinde im Abänderungsprozess**
  - Das Gemeinwesen wird im Umfang der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen infolge Legalzession (Art. 289 Abs. 2 ZGB) Unterhaltsgläubigerin (anstelle des Kindes) und zwar auch für künftige Unterhaltsbeiträge, soweit die Bevorschussung dafür bereits bewilligt ist. Dies hat zur Folge, dass der Unterhaltspflichtige, wenn er seine **Unterhaltsbeiträge für das Kind herabsetzen oder aufheben lassen** will, **sowohl das Kind** (resp. dessen Vertreter) **und das bevorschussende Gemeinwesen zugleich ins Recht fassen** muss.

- Die Klage muss sich somit sowohl gegen das Kind und als auch gegen das bevorschussende Gemeinwesen als Beklagte richten (E. 6).
- Erfolgt die Abänderungsklage hingegen **nur gegen das Kind** (resp. dessen Vertreterin) kann **eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge höchstens im Umfang der nicht bevorschussten Unterhaltsbeiträge erfolgen**, während dem eine Herabsetzung oder Aufhebung der Unterhaltsbeiträge im Umfang der Bevorschussung ausgeschlossen ist, weil das bevorschussende Gemeinwesen als Unterhaltsgläubiger im entsprechenden Umfang nicht am Abänderungsprozess beteiligt ist.

- **BGer vom 07.02.2017, Urteil 5A\_442/2016 und 5A\_443/2016**, in ZKE 2017, S. 248
- **Volljährigenunterhalt – Zumutbarkeit bei fehlendem Kontakt**
  - Je jünger ein Kind ist, desto mehr ist es auf Volljährigenunterhalt angewiesen, aber auch umso weniger dazu fähig, von traumatisierenden Erfahrungen in der Kind-Eltern-Beziehung Abstand zu gewinnen. Entsprechend höhere Anforderungen sind daher an die Einrede der Unzumutbarkeit eines Elternteils zu stellen.
  - Je älter hingegen ein Kind ist, desto weniger ist es im Allgemeinen auf Volljährigenunterhalt angewiesen, aber auch umso eher sollte es in der Lage sein, von früheren Vorkommnissen Abstand zu gewinnen und einen minimalen Kontakt zu den Eltern unterhalten.

- Dies wiederum rechtfertigt es, weniger hohe Anforderungen an die Einrede der Unzumutbarkeit des in Anspruch genommenen Elternteils wegen Kontaktverweigerung des Kindes zu stellen.
- Der Schluss des Kantonsgerichts, die Verantwortung für den nach Erreichen der Volljährigkeit weiterhin fehlenden Kontakt liege nicht allein bei der Tochter des Beschwerdeführers, verletzt kein Bundesrecht.

- **BGer vom 27.03.2017, Urteil 5A\_776/2016**, in ZKE 2017, S. 249
- **Volljährigenunterhalt – Zumutbarkeit bei Verzögerung der Ausbildung**
  - **Gesundheitlich** bedingte **Verzögerungen** im Ausbildungsverlauf lassen rechtlich **nicht auf ein Verschulden der Tochter schliessen** und auch nicht darauf, dass deren Primarlehrerausbildung nun unangemessen oder für den Beschwerdeführer unzumutbar wäre.
  - Es konnte weiter willkürfrei davon ausgegangen werden, die Tochter sei **während des Studiums** gesundheits- und ausbildungsbedingt bloss in der Lage, einer **Erwerbstätigkeit im Umfang von 30%** nachzugehen.

# Der Betreuungsunterhalt seit 1.1.2017

## ■ Was mittlerweile klar scheint:

- Bei einer vollzeitigen Betreuung durch einen Elternteil ohne Erwerbseinkommen entspricht der Betreuungsunterhalt dem Grundbedarf (betreibungsrechtliches Existenzminimum).
- Die Prozentregel hat ausgedient.
- Von der 10/16 – Regel wird abgesehen und das Schulstufenmodell angewendet.

## ■ Was nach wie vor umstritten ist:

- Lebenshaltungskostenmethode oder Betreuungsquoten?
- Wie berücksichtigt man ein Teilzeiterwerbseinkommen des betreuenden Elternteils?

- **Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, 13.04.2017, ZB.2014.44**, in FamPra.ch 2017, S. 864
- **Berechnung des Kindesunterhalts inkl. Betreuungsunterhalt nach neuem Recht, Übergangsrecht**
  - Bei der Berechnung des Betreuungsunterhalts ist die **Betreuungsquotenmethode** gegenüber dem Lebenshaltungskostenansatz **zu bevorzugen**. Dabei bemisst sich der Betreuungsunterhalt nach dem **familienrechtlichen Existenzminimum** des betreuenden Elternteils. Der Barunterhalt des Kindes ist nach der Methode der familienrechtlichen Grundbedarfsberechnung mit Überschussverteilung zu bemessen.
  - Auf hängige Verfahren wird der Unterhalt bis am 31.12.2016 nach altem und für die Zeit ab dem 1.1.2017 nach dem neuen Unterhaltsrecht bestimmt.

- **Kantonsgericht Luzern, 27.03.2017, 3B 16 57/3U 16 107**, in FamPra.ch 2017, S. 877
- **Berechnung des Kindesunterhalts nach neuem Recht bei alternierender Betreuung**
  - Bei der Beurteilung des Betreuungsbedarfs eines Kindes ist grundsätzlich von der **Schulstufen-Regel** auszugehen. Der Betreuungsunterhalt umfasst grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, wobei vom betriebsrechtlichen Existenzminimum auszugehen ist.
  - Dann wird nach der **Betreuungsquotenmethode** gerechnet. Der BU ist u.U. auch dann geschuldet, wenn sich der betreuende Elternteil mit seinem Nebenerwerb selbst finanzieren kann.

- Beteiligen sich im Rahmen der **alternierenden Obhut** beide Eltern an der Betreuung, sind die **jeweiligen Betreuungsunterhaltsansprüche** zu verrechnen.
- Der Barunterhalt ist entweder nach Tabellen (abstrakt) oder konkret nach der Grundbedarfsmethode zu berechnen. Die Finanzierung des Barunterhalts erfolgt dann grundsätzlich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der beiden Eltern. Bei der Verteilung des Barunterhalts ist dem geleisteten Naturalunterhalt Rechnung zu tragen.

- **Kantonsgericht St. Gallen, II. Zivilkammer, 15.05.2017, FO.2016.5**, in [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch) und in [FamPra.ch](http://FamPra.ch) 2017, S.1161
- **Betreuungsquotenmethode**
  - In Anwendung einer **pauschalisierten Betrachtungsweise** wird für durchschnittliche Verhältnisse von einem Betrag von **Fr. 2800.–** pro Monat für eine Betreuung von 100% ausgegangen.
  - Was den konkreten Betreuungsanspruch des Kindes anbelangt, wird die 10/16-Regel modifiziert und den Altersstufen gemäss Betreibungsrecht angepasst. Bis zum vollendeten 6. Altersjahr des jüngsten Kindes wird vom betreuenden Elternteil **keine Erwerbstätigkeit** erwartet, ab dem vollendeten 6. Altersjahr eine solche von **35%** und ab dem vollendeten 12. Altersjahr eine solche von **55%**.

28

- **Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR (neu seit 1.1.17)**
- **Verjährungsstillstand von Unterhaltsforderungen des Kindes gegenüber den Eltern**
  - Während gesetzlichem Stillstandsgrund beginnt die Verjährung nicht bzw. eine bereits begonnene Verjährung steht still (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR):
  - **Forderung des Kindes gegen Eltern bis zur Volljährigkeit des Kindes** (neu seit 1.1.2017)
  - Grundsätzlich gehen nach Art. 289 Abs. 2 ZGB alle Rechte mit der Bevorschussung auf das Gemeinwesen über.
  - Aber, kommt das **Gemeinwesen für den Unterhalt** auf, so wirkt die Hinderung nur bis zum Zeitpunkt des Rechtsübergangs, **nicht aber für die Zeit danach**, weil der **Hinderungsgrund** (Beziehung Kind Eltern) zwischen **Gemeinwesen und Eltern nicht besteht** (BBI 2013 529, S. 579 f.)

29

- **BGer vom 20.12.2017, Urteil 8C\_464/2017**, in [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- **Drittauszahlung von Familienzulagen an die Kindsmutter**
  - Seit dem 01.01.2017 ist der **neue Art. 285a Abs. 1 ZGB** in Kraft. Seither sind die dem unterhaltspflichtigen Elternteil ausgerichteten Familienzulagen entsprechend Art. 8 FamZG, **immer zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag an das Kind zu zahlen.**
  - Kann das Kind, für welches die Familienzulagen bestimmt sind, oder ihr gesetzlicher Vertreter, nachweisen, dass der anspruchsberechtigte Elternteil die Zulagen nicht weiterleitet, ist die **Drittauszahlung (Art. 9 FamZG)** an den betreuenden Elternteil, oder das volljährige Kind folglich **ohne Weiterungen zu bewilligen.**

- Einwendungen des die Familienzulagen beziehenden unterhaltspflichtigen Elternteils, er habe diese direkt für Bedürfnisse des Kindes verwendet, sind unbeachtlich. Denn es ist **nicht Aufgabe der Familienausgleichskasse die zweckentsprechende Verwendung von Familienzulagen abzuklären** und zu beurteilen.

- **BGer vom 24.03.2017, Urteil 5A\_410/2016**, in ZKE 2017, S. 259
- **Kombinierte Vertretungs-, Vermögensverwaltungs- und Mitwirkungsbeistandschaft (mit Verbot, Dauerverträge und Verträge über Fr. 50.00 abzuschliessen)**
  - Es ist keine geeignete mildere Massnahme ersichtlich, um dem festgestellten Schwächezustand der betroffenen Person entgegenzutreten.
  - Daran ändert ihr subjektives Empfinden nichts, dass sie es als beschämend empfindet, wenn Dritte von der Erwachsenenschutzmassnahme erfahren.