
Bericht

Adrian Dumitrescu *

Entwicklungen im schweizerischen Familienrecht

Die Entwicklungen im schweizerischen Familienrecht waren in den letzten Jahren insbesondere durch weitreichende Gesetzesrevisionen geprägt. Auf diese ist in nachfolgendem Überblick der Fokus gerichtet, zugleich werden auch einige der wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts aus den letzten Jahren erläutert.

I. Eheschließung: Ehefähigkeitszeugnis

Möchten schweizerische Staatsbürger im Ausland eine Ehe schließen und verlangt der jeweilige Staat ein Ehefähigkeitszeugnis der schweizerischen Behörden (so etwa gemäß § 1309 BGB), so ist ein entsprechendes Gesuch bei der zuständigen Zivilstandsbehörde einzureichen (Art. 75 Zivilstandsverordnung¹). Die Ausstellung des Ehefähigkeitszeugnisses ist nach Wortlaut des schweizerischen Rechts dann zu verweigern, wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Be-

stimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will (Art. 74 a ZStV i. V. m. Art. 97 a Zivilgesetzbuch²). Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 9. August 2016³ klargestellt, dass dies jedoch nur dann gilt, wenn die Ehegatten beabsichtigen, in der Schweiz Wohnsitz zu nehmen. Nehmen die Eheleute hingegen im Ausland Wohnsitz, haben die schweizerischen Zivilstandsämter das Ehefähigkeitszeugnis auch bei Hinweisen auf eine Scheinehe auszustellen. Wird die Ehe dann im Ausland trotz solcher Hinweise geschlossen und wollen die Eheleute zu einem späteren Zeitpunkt in die Schweiz ziehen, so wird jedoch eine Kontrolle dieser Hinweise durch die schweizerischen Behörden sowohl bei der Anerkennung der

* MLaw Adrian Dumitrescu, LL.M. (Berlin), ist als Rechtsanwalt in Bremgarten (Kanton Aargau, Schweiz) tätig.

1 ZStV, SR.211.112.2

2 ZGB, SR.210.

3 BGE 142 III 609.

ausländisch geschlossenen Ehe wie auch bei der Ausstellung von Aufenthaltsbewilligung zu erwarten sein.

II. Teilung der beruflichen Vorsorge bei Scheidung

Betreffend die scheidungsrechtliche Teilung der beruflichen Vorsorge bei schweizerischen Pensionskassen wurde per Juni 2015 eine Gesetzesreform erlassen, welche auch im internationalen Kontext Neuerungen mit sich bringt. Allen in der Schweiz als Arbeitnehmer erwerbstätigen werden auf dem Betrag von CHF 24.675.00 übersteigenden Jahreslohn obligatorische Beiträge an eine Pensionskasse direkt abgezogen (Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die betriebliche Alters-, Hinterlassen- und Invalidenvorsorge, BVG). Vereinzelt verfügen auch Selbständigerwerbende über (obligatorisch oder freiwillig) einbezahlte Pensionskassengelder (Art. 3, 4 und 42 ff. BVG). Das so (obligatorisch) angehäuften Guthaben steht dem Versicherten bei Erreichen des Rentenalters entweder in Form einer Kapitalauszahlung oder einer Rente zur Verfügung. Bis dahin ist das Vermögen "gebunden" und kann nicht bezogen werden. Ein vorzeitiger Bezug ist nur in Ausnahmefällen möglich. So etwa bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, dem Erwerb von Wohneigentum oder bei Wegzug ins Ausland, jedenfalls wenn es sich nicht um ein EU- oder EFTA-Staat handelt. Ein vorzeitiger Bezug ist nicht möglich bei Wegzug in einen EU- oder EFTA-Staat, sofern dort ebenfalls eine obligatorische Sozialversicherungspflicht besteht, was konkret u. a. auf Deutschland zutrifft.

Im Falle einer Scheidung müssen die Ehegatten ihre während der Ehe je angehäuften Vorsorgeguthaben bei den Pensionskassen gegenseitig ausgleichen, so dass kein Ehegatte hinsichtlich seiner Altersvorsorge durch die Scheidung schlechter gestellt ist. Hinsichtlich der konkreten Teilung wurden die Gestaltungsfreiheiten mit der Reform vergrößert und neu auch die Teilung einer bereits bezogenen Rente eingeführt. Es wird darauf verzichtet, an dieser Stelle auf die komplexen Einzelheiten näher einzugehen.⁴

Betreffend die Gesetzesreform ist an dieser Stelle besonders zu erwähnen, dass ein nicht-schweizerisches Gericht über die Teilung der Gelder bei schweizerischen Pensionskassen nicht entscheiden kann. Es kann auch den Verzicht auf die Teilung dieser Guthaben nicht verbindlich festhalten. Die schweizerischen Pensionskassen dürften gestützt auf einem solchen ausländischen Urteil keine Guthaben überweisen und die schweizerischen Gerichte würden ein solches Urteil nicht anerkennen. Das Urteil wäre somit nicht vollstreckbar. Denn neuerdings werden die schweizerischen Gerichte für die Teilung der Pensionskassenguthaben als *ausschließlich* zuständig erklärt (Art. 63 Abs. 1bis und Art. 64 Abs. 1bis Bundesgesetz über das internationale Privatrecht⁵). Dies hat zur Konsequenz, dass neben dem Scheidungsverfahren etwa vor einem deutschen (oder sonst nicht-schweizerischen) Gericht auch ein Verfahren vor einem schweizerischen Gericht auf Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils zu führen ist (Art. 64 IPRG). Das Ergebnis des Ausgleichs der ausländischen (mithin deutschen) Vorsorge wird durch das zuständige schweizerische Gericht berücksichtigt werden müssen (Art. 124 b Abs. 2 ZGB).⁶ Wird eine entsprechende Ergänzungsklage in der Schweiz nicht eingereicht, so verbleibt das Guthaben auf den Namen des bisherigen Vorsorgenehmers bestehen und der Ehegatte entgeht einer Partizipation. Dem kann allfällig im Rahmen des deutschen Rechts Rechnung getragen werden, um eine Ergänzungsklage in der Schweiz zu umgehen. Allerdings könnte auch noch Jahre später eine Ergänzungsklage doch noch anhängig gemacht werden, was den Inhalt des deutschen Urteils dann unter Umständen verfälschen würde.⁷

Deutschen Gerichten ist jedenfalls zu empfehlen, Parteien welche während der Ehe in der Schweiz arbeitstätig waren, dazu zu verpflichten, sich über die angehäuften Guthaben bei der schweizerischen beruflichen Vorsorge (sog. Austrittsleistung) auszuweisen. Ist unklar, ob und bei welcher Pensionskasse solches Guthaben besteht, so erteilt die Zentralstelle 2. Säule, Sicherheitsfonds BVG, Auskunft.

III. Elterliche Sorge und Kinderbetreuung

1. Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern

Bis Mitte 2014 fielen die Kinder von nicht verheirateten Eltern grundsätzlich unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter. Die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge bestand, wenn die beiden Eltern sich in einer Vereinbarung darüber einigten oder ein einseitiges Begehren gestellt wurde und die gemeinsame elterliche Sorge wegen "wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohle des Kindes geboten" war (Art. 298 und 298 a altZGB). Per 1. Juli 2014 wurde das Sorgerecht dahingehend revidiert, als die gemeinsame elterliche Sorge bei verheirateten und unverheirateten Elternteilen gleichermaßen der gesetzliche Regelfall darstellt (Art. 296 Abs. 2 ZGB, Art. 298 a Abs. 1 ZGB, Art. 298 b Abs. 1 und 2 ZGB). Die alleinige elterliche Sorge eines Elternteils ist nur noch möglich, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Dies kann gemäß der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere bei einem schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikt oder der anhaltenden Kommunikationsunfähigkeit angezeigt sein, sofern diese Problematik geradezu "chronisch" ist, sich negativ auf das Kind auswirkt und die Alleinzuteilung des Sorgerechts eine verbesserte Situation verspricht.⁸

2. Obhut und Regelung der Betreuungsanteile

Eine andere Frage ist, wer bei getrennt lebenden Eltern die Kinderbetreuung zu welchen Teilen wahrnimmt, wobei die gemeinsame elterliche Sorge weder einen Anspruch noch eine Pflicht zur gleichmäßigen Betreuung begründet.⁹ Nach altem Recht war bei getrennt lebenden Eltern die Obhut (in der Regel) einem Elternteil zuzuteilen und der persönliche Kontakt des andern Elternteils mit dem Kind zu regeln. Nach der Gesetzesrevision ist bei gemeinsamer elterlicher Sorge immer auch eine alternierende Obhut zu prüfen, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298 Abs. 2ter ZGB). Diese ist somit (jedenfalls theoretisch) zum Regelfall erhoben worden.¹⁰ Als Kriterien zur alternierenden Obhut sind zu nennen: Die Erziehungsfähigkeit beider Elternteile, die Kontinuität in der Betreuung, die Möglichkeit der persönlichen Betreuung, die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern, die Distanz zwischen den Wohn-

4 Ein detaillierter Überblick zur Reform kann etwa hier entnommen werden: *Thomas Geiser*, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge – Was bringt das neue Recht, AJP/PJA 10/2015, 1371.

5 IPRG, SR.291.

6 *Daniel Bähler* in: Basler Kommentar ZPO Art. 281 N. 7.

7 Zum Ganzen: *Thomas Geiser* AJP/PJA 10/2015, 1371.

8 BGE 142 III 1 E. 3.3. S. 5; BGE 141 III 472 E. 4.3. und 4.7 S. 475 und 478; *Andrea Büchler / Sandro Clausen*, Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung, FamPra 01/2018, 1 (18 ff.); vgl. exemplarisch auch BGER 5A_186/2016, 5A_81/2016, 5A_89/2016,, 5A_22/2016, 5A_412/2015.

9 BGE 142 III 612 E. 4.1 und 4.2. S. 614; BGE 142 III 617 E. 3.2.1. und 3.2.2. S. 619 f.; *Gisela Kilde*, Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, Recht 04/2015, 235.

10 *Thomas Geiser*, Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts, AJP/PJA 10/2016, 1279 (1281 und 1285); vgl. exemplarisch BGE 142 III 612.

orten, das Kindesalter, das soziale Umfeld und auch der Wunsch der Kinder.¹¹

Ob sich im praktischen Ergebnis hierdurch wesentliches ändert, bleibt offen. In der überwiegenden Zahl der Fälle dürften Väter noch immer bloß ein gerichtliches Besuchsrecht (jedes zweite Wochenende) erhalten. Dies auch, weil eine alternierende Obhut sich kaum anbietet, wenn die Eltern eher weit voneinander entfernt leben. Die Zahl der geteilten bzw. alternierenden Obhut dürfte künftig zwar durchaus zunehmen, was aber wohl auch ohne die erwähnte Revision der Fall war bzw. gewesen wäre. Denn schließlich wird die Rechtsprechung hier vor allem durch die Fakten des gesellschaftlichen Wandels bestimmt, nach welchem auch Mütter in immer geringerer Zahl reine Hausfrauen sind¹² und Väter vermehrt Teilzeitpensen nachgehen.¹³ Zu Recht werden auch Stimmen laut, welche die gänzliche Streichung des Begriffs "Obhut" aus dem Gesetz verlangen. Stattdessen soll nur noch von Betreuungsanteilen die Rede sein.¹⁴

3. Aufenthaltsbestimmungsrecht

Mit der erwähnten Reform wurde zudem neu das Recht, den Aufenthaltsort des unmündigen Kindes zu bestimmen, als expliziter Teil der elterlichen Sorge festgehalten (Art. 301 a Abs. 1 ZGB). Entgegen dem bisherigen (wie auch dem deutschen) Recht ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht vom Rest der elterlichen Sorge nicht trennbar. Dieses Recht kann bei Fortbestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge somit nicht auf einen Elternteil alleine übertragen werden.¹⁵

Möchte bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein Elternteil also den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, bedarf es der Zustimmung des andern Elternteils. Wird diese Zustimmung verweigert, so entscheidet die Kindesschutzbehörde, sofern der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Ortswechsel erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder den persönlichen Kontakt zum Kinde durch den andern Elternteil hat (Art. 301 a Abs. 2 ZGB).¹⁶ Ob ein Ortswechsel erhebliche Auswirkungen in erwähntem Sinne zeitigt, ist anhand des vor dem Umzug gelebten Betreuungsmodells bzw. Besuchsrechts zu beurteilen. Nur wenn dieses nicht in unveränderter Form oder nur geringfügigen Anpassungen weitergeführt werden kann, ist die Zustimmung des andern Elternteils oder der Kindesschutzbehörde überhaupt nötig.¹⁷

Ist ein Ortswechsel zustimmungspflichtig und können sich die Eltern nicht einigen, so hat die Kindesschutzbehörde zu entscheiden. Dabei hat sie jedoch die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit des wegziehenden Elternteils zu respektieren. Zweck der Norm ist nicht das Verhindern eines Wegzugs eines Elternteils, "sondern die Eltern dazu zu bewegen, vor einem Umzug dessen Auswirkungen auf die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu prüfen und wenn nötig die bestehende Regelung über die Kinderbelange anzupassen".¹⁸ Es ist also einzig zu prüfen, ob das Kindeswohl besser gewahrt wird, wenn das Kind mit dem zugewilligen Elternteil mit geht oder wenn es stattdessen beim zurückbleibenden Elternteil verbleibt. Damit kann die Umteilung der Obhut angezeigt sein.¹⁹ Allerdings wird nach dem schweizerischen Recht nicht etwa das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf einen Elternteil übertragen, sondern ausschließlich über den einzelnen Wegzug des Kindes entschieden.

IV. Unterhaltsrecht

1. Betreuungsunterhalt

Am 1. Januar 2017 ist zudem eine umfassende Revision des Unterhaltsrechts in Kraft getreten. Als wichtigste Neuerung

wurde damit der Anspruch auf einen Betreuungsunterhalt als Teil des Kinderunterhalts geschaffen (Art. 285 Abs. 2 ZGB), welchen das schweizerische Recht bis dahin nicht kannte. Zwischen Ehegatten war bei Trennung und Scheidung bloß ein Barunterhalt für die laufenden Kosten eines gemeinsamen Kindes sowie allfällig noch persönlicher Unterhalt zuzusprechen. Bei unverheirateten Eltern konnte einzig ein Barunterhalt für das gemeinsame Kind verlangt werden. Dies führte zu einer markanten Schlechterstellung von Müttern unehelicher Kinder. Diese sollte durch die Revision beseitigt werden.

Der Betreuungsunterhalt soll die wirtschaftlichen Voraussetzungen schaffen, um die bestmögliche Kinderbetreuung zu gewähren. Die Regelung kann jedoch nicht völlig mit dem in Deutschland bekannten Betreuungsunterhalt gemäß § 1615 I BGB gleichgesetzt werden. Denn einerseits ist nicht der betreuende Elternteil, sondern das Kind persönlich anspruchsberechtigt. Solange das Kind jedoch nicht volljährig ist, wird durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt (Art. 289 Abs. 1 ZGB). Andererseits soll nicht der durch die Betreuung entstehende Erwerbsausfall ersetzt werden. Maßgebend ist also nicht der sog. Opportunitätskostenansatz, welcher den Betreuungsunterhalt als Erwerbsausfall aufgrund der geleisteten Kinderbetreuung versteht. Der schweizerische Betreuungsunterhalt bemisst sich vielmehr nach den Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, soweit diese aufgrund der Betreuung nicht selber dafür aufkommen kann. Allerdings kann weder dem Gesetzestext noch der zugehörigen Botschaft des Gesetzgebers genaueres zur Berechnungsweise entnommen werden. Dieser wollte den Gerichten hier großen Gestaltungsspielraum belassen.²⁰

Die Konsequenz bestand (und besteht) in einer erheblichen Rechtsunsicherheit bzw. je nach Kanton und Gericht unterschiedlichster Berechnungsweisen in der gerichtlichen Praxis. Es sei an dieser Stelle darauf verzichtet, auf die genauen Berechnungsmethoden näher einzugehen.²¹ Deutlich zu machen ist aber, dass sich deren Ergebnisse bei gleicher Ausgangslage erheblich unterscheiden können. Jüngst ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung bringt nun erstmals etwas Klarheit:

- 11 BGE 142 III 612 E. 4.3. S. 615 f.
- 12 Vgl. Bundesamt für Statistik, Veröffentlichung zu Nichterwerbspersonen vom 15.2.2018 unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.4522132.html> [zuletzt abgerufen am 18.4.2018].
- 13 Vgl. Bundesamt für Statistik, Veröffentlichung zum Beschäftigungsgrad vom 15.2.2018 unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-fraumann/erwerbstaetigkeit/teilzeitarbeit.assetdetail.4522147.html> [zuletzt abgerufen am 18.4.2018].
- 14 Thomas Geiser AJP/PJA 10/2016, 1279 ff. (1285).
- 15 Ingeborg Schwenzer / Michelle Cottier, in: Basler Kommentar ZGB I, Art. 301 a N 4 mit weiteren Hinweisen.
- 16 BGE 142 III 502 E. 2.4.2 S. 509 f.
- 17 BGE 142 III 502 E. 2.4.1 und 2.4.2 S. 507 ff.
- 18 BGE 142 II 481 E. 2.4. S. 488, vom Bundesgericht hinzugezogenes Zitat der zuständigen Justizministerin bei Beratung der Vorlage im eidgenössischen Ständerat (vgl. Amtliches Bulletin 2013, S. 14).
- 19 BGE 142 III 502 E. 2.5. S. 511; BGE 142 III 481 E. 2.6. S. 491; zum Ganzen ausführlich: Nora Bertschi / Luca Maranta, "Wir ziehen um?!" – wenn Eltern über den Aufenthaltsort des Kindes streiten, FamPra 03/2017, 649.
- 20 Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kinderunterhalt) vom 29.11.2013, Bundesblatt 13.101, 552; vgl. auch Thomas Geiser AJP/PJA 10/2016, 1279.
- 21 Für einen umfangreicheren und genaueren Überblick vgl. etwa Alexander Frei / Matthias Keller / Christian Wyss / Nicola Imhof, Irrgarten Unterhaltsrecht, in: Plädoyer 4/2018; Alexandra Jungo / Regina E. Aebi-Müller / Jonas Schweighauser, Der Betreuungsunterhalt – Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, FamPra 01/2017, 163.

Im Entscheid²² vom 17. Mai 2018 hat das Bundesgericht die sog. Betreuungsquotenmethode ausführlich kritisiert. Nach dieser Methode wird der Betreuung selber ein Wert zugesprochen, indem der Prozentsatz der Nichterwerbstätigkeit auf den Bedarf gerechnet und so den Betreuungsunterhalt bestimmt. Das Bundesgericht hat sich gleichzeitig (ohne dies so ausdrücklich zu formulieren) für die Lebenshaltungskostenmethode ausgesprochen. Nach dieser Methode ist der Bedarf des betreuenden Elternteils zu berechnen und deren eigenes Einkommen in Abzug zu bringen. Die Differenz stellt den geschuldeten Betreuungsunterhalt dar. Allerdings ist noch offen, ob die Lebenshaltungskosten konkret zu berechnen sind oder mittels Pauschalisierungen zu ermitteln ist. In der gerichtlichen Praxis ist noch beides anzutreffen. Hier hat das Bundesgericht eine konkrete Berechnung der Lebenshaltungskosten im genannten Entscheid aber zumindest als die adäquateste Vorgehensweise bezeichnet (E. 7.1.2.2.).²³

2. Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils (sog. 10/16-Regel)

Gemäß ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Regel, dass einem alleinbetreuenden Elternteil (grundsätzlich) keine Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr noch nicht beendet hat. Anschließend kann nur ein Teilzeitpensum von rund 50 % zugemutet werden und erst ab dem 16. Altersjahr des jüngsten Kindes kann der Antritt einer Vollzeitstelle erwartet werden. Immer mehr wird diese Regel als nicht mehr zeitgemäß kritisiert und für eine Praxis plädiert, nach welcher etwa schon ab Schuleintritt eine Erwerbstätigkeit zugemutet und je nach Schulstufe eine Aufstockung des Pensums als zumutbar betrachtet wird (sog. Schulstufenmodell). Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid vom 25. Juni 2018²⁴ mit der 10/16-Regel auseinandergesetzt, ohne jedoch von dieser generell abzuweichen. Das Bundesgericht verdeutlicht darin bloß zwei schon bisher geltende Ausnahmen von dieser Regel: Gingen beide Elternteile schon bisher einer Erwerbstätigkeit nach, so kommt die 10/16-Regel nicht zur Anwendung. Ebenfalls kommt diese nicht zum Tragen, wenn nach der Trennung ein weiteres Kind aus einer neuen Beziehung hervergeht (E. 3.5.).²⁵

V. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

1. Die Rechtsänderung per 1. Januar 2013

Auf den 1. Januar 2013 wurde das seit 1912 weitgehend unverändert gebliebene Vormundschaftsrecht einer Totalrevision unterzogen. Die sog. Vormundschaftsbehörden waren nach altem Recht je nach Kanton politisch gewählte Gemeinde- oder regionale Verwaltungsbehörden, Friedensrichter, Bezirksgerichte oder Spezialgerichte.²⁶ Diese Behörden waren weitgehend durch Laien besetzt. Ihre Befugnis bestand insbesondere darin für hilfsbedürftige Personen sog. Beiratschaften oder unterschiedliche Formen von sog. Beistandschaften zu errichten, welche vom Gesetz vorgegebene Aufgaben der Beiräte bzw. Beistände mit sich brachten. Sie waren aber auch für den Entzug der elterlichen Obhut und die Fremdplatzierung von Kindern bei Pflegeeltern oder in Kinderheimen zuständig, wenn diese zuhause einer Gefährdung ausgesetzt waren. Ebenso hatten sie die Kompetenz sog. fürsorgerische Freiheitsentziehungen, also die Zwangseinweisung von Erwachsenen in psychiatrische Kliniken anzuordnen.

Mit der Rechtsänderung wurden die Kantone zur Schaffung von interdisziplinären Fachbehörden verpflichtet, der sogenannten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (kurz:

"KESB", Art. 440 Abs. 1 ZGB, vgl. insb. franz. Gesetzwortlaut: "autorité interdisciplinaire" statt deutscher Wortlaut: "Fachbehörde").²⁷ Hauptziel war dabei die Professionalisierung bzw. der Ausschluss von Laienbehörden sowie das interdisziplinäre Zusammenwirken von Experten (insbesondere) der Jurisprudenz, Psychologie und Sozialarbeit.

Materiell wurde eine einheitliche Beistandschaft des Erwachsenenschutzes geschaffen (Art. 390-425 ZGB), deren Inhalt nicht mehr vom Gesetz starr vorgegeben wird, sondern durch die KESB maßgeschneidert auf den Einzelfall zu definieren ist. Hierdurch soll insbesondere auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip besser genüge getan werden. Es wird zwar noch zwischen Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft unterschieden (Art. 393-396 ZGB), deren Inhalte sind vom Gesetz jedoch bewusst offen belassen und sie können nach Belieben miteinander kombiniert werden (Art. 397 ZGB). Für Personen die dauerhaft urteilsunfähig sind, wurde die altrechtliche Entmündigung durch die Möglichkeit einer umfassenden Beistandschaft ersetzt (Art. 398 ZGB). Während die jeweiligen Mandatsträger nach altem Recht persönlich für allfälligen Schaden hafteten, gilt nach der Revision die direkte Staatshaftung (Art. 454f. ZGB). Die KESB sind nun auch für Fremdplatzierung von Unmündigen und die Zwangseinweisung in psychiatrische Kliniken von Erwachsenen (neu: "fürsorgerische Unterbringung") zuständig. Eingeführt wurde auch die Möglichkeit, einen sog. Vorsorgeauftrag zu errichten (Art 360 ZGB). Damit kann jede handlungsfähige (bedeutet: volljährige und urteilsfähige) Person eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen damit beauftragen, für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Sorge für die Person oder deren Vermögen zu übernehmen und sie im Rechtsverkehr zu vertreten, und hierfür Weisungen erlassen.

2. Die ersten Erfahrungen

Seit der Einführung des neuen Gesetzes hagelte es von Seiten der Medien und Politik, aber vereinzelt auch von Betroffenen und Gemeinden, Kritik gegen die KESB. Insbesondere die angestrebte Professionalisierung wurde in Frage gestellt bzw. ein durch die vollzogene Entmachtung der Gemeinden eruierten Verlust an Bürgernähe angeprangert und eine regelrechte Kostenexplosion beklagt. Zuverlässige Statistiken zum Vergleich der Kosten des früheren und des heutigen Systems liegen jedoch nicht vor.²⁸

So sehr die meiste Kritik einen wahren Kern haben dürfte, wurde den neu geschaffenen Behörden und ihrem Personal jedoch kaum Zeit eingeräumt, um deren Rollen und Arbeitsabläufe zu definieren. Dabei wurde verkannt, dass die KESB nach ihrer Einführung mit einer regelrechten Flut an Gefährdungsmeldungen überrannt wurden. Der Personalbedarf wurde in den meisten Kantonen unterschätzt und der Bestand nur teilweise korrigierend angepasst. Dass unterdotierte und noch kaum eingespielte Behörden hier Anlass zur

²² 5A_454/2017 (E. 7.1.2 – 7.1.4)

²³ Vgl. zum Ganzen *Angelo Schwizer / Salvatore Della Valle*, Rechtsprechungsupdate zum Unterhaltsrecht, AJP/PJA 8/2018, 1000.

²⁴ 5A_98/2016.

²⁵ Vgl. zum Ganzen *Angelo Schwizer / Salvatore Della Valle*, AJP/PJA 8/2018, 1000 (1001 f.).

²⁶ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2012, Rn. 154; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, Bundesblatt [BBl] 06.063, 7001 (7020).

²⁷ Hinweis: Der Gesetzestext in den drei Amtssprachen ist gleichwertig.

²⁸ Vgl. ausführlich zur Kritik: *Christoph Häfeli*, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) unter Dauerbeschuss – Luxusgesetz? Bürokratie statt Bürgernähe? Kostenexplosion?, Jusletter 9. Februar 2015.

Kritik gaben, ist wenig erstaunlich. Ebenso wird verkannt, dass es über die Tätigkeit der altrechtlichen Vormundschaftsbehörde kaum öffentliche Debatten gab (mit Ausnahme des düstern und schändlichen Kapitels in der Schweizer Geschichte betreffend die sog. Verdingkinder). Ob eine ähnlich tiefgehende Durchleuchtung deren Tätigkeiten bzw. öffentliche Analyse von Einzelfällen schmeichelhafter ausfallen würde, kann nicht beurteilt, aber doch angezweifelt werden. Die Ersetzung von Schweizweit rund 1.500 vorwiegend laienhaft besetzten Vormundschaftsbehörden durch ca. 150 KESB, welche mit ausgewiesenen Fachpersonen besetzt sind, sollte jedenfalls langfristig, den Interessen der Betroffenen durchaus gerechter werden – quod est demonstrandum.

VI. Kindesrecht

1. Adoptionsrecht

Am 1. Januar 2018 trat das revidierte Adoptionsrecht in Kraft. Damit steht die Stiefkindadoption neu auch gleichgeschlechtlichen Paaren in einer eingetragenen Partnerschaft oder verschiedenen- wie gleichgeschlechtlichen Paaren in einer faktischen Lebensgemeinschaft offen (Art. 264 c Abs. 1 ZGB). Des Weiteren wurden die allgemeinen Voraussetzungen zur Adoption gelockert: So wurde das Mindestalter der adoptierenden Eltern von 35 auf 28 Jahre gesenkt, wobei hiervon in begründeten Fällen auch abgewichen werden kann (Art. 264 a ZGB; Art. 264 b ZGB). Zudem muss nicht mehr eine mindestens fünfjährige Ehe bestehen, sondern es reicht das Führen eines gemeinsamen Haushalts seit mindestens 3 Jahren (Art. 264 a Abs. 1 ZGB; Art. 264 c Abs. 2 ZGB). Gelockert wurde zudem auch das Adoptionsgeheimnis: Die leiblichen Eltern erhalten auf Wunsch hin und bei Zustimmung des volljährigen oder nicht volljährigen, aber urteilsfähigen Adoptivkindes sowie (wenn es an der Volljährigkeit fehlt) der Adoptiveltern die Angaben betreffend dessen Personalien (Art. 268 b ZGB). Dem Adoptivkind stand seinerseits schon nach altem Recht ein voraussetzungsloser Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung zu (Art. 268 c Abs. 1-3 ZGB). Neuerdings erhält es auch Informationen über seine leiblichen Geschwister, sofern diese volljährig sind und ihre Zustimmung zur Bekanntgabe der Informationen erteilen (Art. 268 c Abs. 3 ZGB).

2. Leihmutterschaft

Das Bundesgericht hat in mehreren jüngeren Entscheiden die Anerkennung der in ausländischen Geburtsurkunden festgehaltenen Kindesverhältnisse in der Schweiz verweigert, wenn diese durch sog. Leihmutterschaften begründet wurden. Darin liege eine Umgehung des schweizerischen Verbots der Leihmutterschaft²⁹, worin konkret ein Verstoß gegen den *ordre public* und damit ein Grund zur Verweigerung der Anerkennung gemäß Art. 27 Abs. 1 IPRG zu sehen sei. Allerdings führte das Bundesgericht auch aus, dass sich das Verbot der Leihmutterschaft allein auf Vorgänge in der Schweiz beziehe, weshalb es für sich genommen noch keinen zwingenden Hinderungsgrund dafür bilde, ein im Ausland durch Leihmutterschaft gesetzeskonform begründetes Kindesverhältnis anzuerkennen. Vielmehr seien die Umstände

des Einzelfalles maßgeblich. Namentlich seien bei der Transkription ausländischer Personenstandsakte die Intensität des Binnenbezuges und der Zeitablauf mit zu berücksichtigen³⁰. Ein *ordre-public*-Verstoß erkannte das Bundesgericht³¹ im Fall der durch ein schwules Paar in Kalifornien vollzogenen Eizellenspende. Das Kindesverhältnis könne dabei nur für den samenspendenden genetischen Vater anerkannt werden, nicht aber für dessen Partner. Das Bundesgericht hielt dabei jedoch auch ausdrücklich fest, dass der *ordre public*-Verstoß hierbei explizit nicht darin zu erkennen sei, dass das die Elternschaft feststellende ausländische Urteil die Elternschaft zweier Männer feststelle. Einzig die bereits in vorgenannten Entscheiden skizzierten Kriterien sind maßgebend. So sei etwa eine im Ausland ausgesprochene Stiefkindadoption eingetragener Partner grundsätzlich anerkenntbar und verstoße nicht per se gegen den schweizerischen *ordre public*, obschon die Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz (bisher) nicht zulässig sei. Einem andersgeschlechtlichen Paar stünde in derselben Situation jedoch die bereits vorstehend erörterte Stiefkindadoption durch die Wunschmutter offen.

3. Vaterschaftsklage

Gemäß Art. 252 ZGB ist der Ehemann einer gebärenden Mutter *ex lege* der Vater des Kindes. Diese gesetzliche Vermutung kann gemäß Art. 256 ZGB vom Ehemann oder vom Kind (wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat) angefochten werden, nicht aber von der Mutter oder vom Dritterzeuger (genetischen Vater). Am 18. Dezember 2017 beurteilte das Bundesgericht³² die Beschwerde eines Dritterzeugers, welcher geltend machte, entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut einen Anspruch auf Feststellung seiner Vaterschaft zu haben. Die Nichtvornahme einer entsprechenden Klage durch den Ehemann der Mutter verletze seine persönlichen Verhältnisse in rechtswidriger Weise, da ihm dadurch ein wesentlicher Bestandteil seiner Persönlichkeit vorenthalten werde, nämlich die Feststellung der Nachkommenschaft seiner eigenen Kinder. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab: Die gesetzliche Regelung sei klar und spreche dem Dritterzeuger kein Klagerecht zu, womit die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung von vornherein ausscheide. Das Bundesgericht macht zudem auch Erwägungen, welche die völlige Gleichstellung eines Rechts auf die eigene Nachkommenschaft mit dem Recht der Kenntnis der eigenen Abstammung ablehnt. Bei der Kenntnis der eigenen Abstammung gehe es im Unterschied zur Kenntnis der eigenen Nachkommenschaft um die Entstehung und Herkunft der eigenen Person und somit um die Identitätsfindung, was zum Kern der Persönlichkeit gehöre. Der persönlichkeitsbezogene Konnex der Kenntnis der Nachkommenschaft sei somit "etwas loser". ■

29 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung – FMedG, SR 810.11.

30 BGE 141 III 328, bestätigt in BGE 5A_317/2016 und BGE 5A_324/2016.

31 in BGE 141 III 312.

32 Entscheid BGE 144 III 1