

# Übersicht über die ZGB-Reform vom 20. März 2015 - Rechtspolitische Überlegungen

---

THOMAS GEISER\*

*Der Gesetzgeber wollte mit dieser Revision die Stellung der Kinder unverheirateter Eltern und der ledigen Mütter stärken. Ob dieses Ziel erreicht worden ist, erscheint allerdings fraglich. Zentral ist der Ausbau des Betreuungsunterhalts. Dieser wird aber häufig gar nicht bezahlt werden können. Zudem leidet das neue Recht an einem Konstruktionsfehler: Der Gesetzgeber wagte es nicht, dem betreuenden Elternteil einen selbständigen Anspruch auf Vergütung seiner Betreuungsleistung einzuräumen. Er hat vielmehr dem Kind den Anspruch zugestanden. Damit fehlt es aber an einem rechtlichen Anspruch des Betreuenden.*

Lead F

## INHALT

1. Revisionsziele .....	2
2. Hauptpunkt: Betreuungsunterhalt .....	3
A. Grundsatz .....	3
B. Berechnungsweise .....	4
C. Wer hat Anspruch auf Betreuungsunterhalt? .....	4
aa. Zusammenhang mit Kinderzuteilung .....	4
bb. Zusammenhang mit Erwerbssituation .....	5
D. Kinderunterhalt oder Partnerunterhalt? .....	6
E. Wer fordert? .....	7
3. Koordination mit anderen Unterhaltspflichten .....	8
4. Ausschluss bei Verwandtenunterstützung .....	10
5. Änderung bei der elterlichen Sorge .....	11
6. Inkassohilfen und Nachforderung .....	11
A. Vereinheitlichung der Inkassohilfen .....	11
B. Nachforderungsrecht bei Mankofällen .....	12
7. Schutz bei der Zweiten Säule .....	13
8. Kind als eigenes Subjekt bei Sozialhilfe .....	14
9. Verjährung .....	15
10. Zivilprozessuale Änderungen .....	15
11. Folgerungen .....	17

---

\* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. THOMAS GEISER, Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St.Gallen, Direktor am Forschungs-institut für Arbeit und Arbeitswelten FAA-HSG, nebenamtlicher Bundesrichter. Der Artikel basiert auf dem Vortrag an der Fachtagung zum neuen Kindesunterhaltsrecht vom 16. September 2016 in Zürich.

# 1. REVISIONSZIELE

Der Bundesrat stellte die Revision unter ein sehr allgemein gefasstes Ziel: *Den Kindern sollte aus dem Zivilstand der Eltern kein Nachteil entstehen.*<sup>1</sup> Leider ist dieser Grundsatz aber mehr ideologisch als juristisch oder praxisorientiert. Jede Sachverhaltsvariante hat für die betroffenen Vor- und Nachteile. Das gilt für Ehe oder nicht Ehe. Das gilt aber auch für ein Leben auf dem Land oder ein Leben in der Stadt, Kauf eines Autos oder Verzicht auf ein Auto etc.

Wären zwei Sachverhaltsvarianten in ihren Wirkungen identisch, wären es keine Varianten. Ob die Vor- oder die Nachteile überwiegen, hängt immer vom konkreten Einzelfall ab. Sind mehrere Personen beteiligt, wird die Bilanz für jeden Beteiligten auch nicht gleich sein. Soll die Ehe genau die gleichen Wirkungen haben wie das Konkubinat, wird entweder die Ehe oder das Konkubinat abgeschafft. Sinnvoller Weise kann es immer nur um etwas anderes gehen: Es können *einzelne bestimmte Fragen* in beiden Sachverhaltsvarianten gleich behandelt werden. Bei anderen Fragen unterscheiden sich die Sachverhalte dann entscheidend. Welche Variante insgesamt vorteilhaft ist und welche nachteilig, hängt immer von der Gewichtung der einzelnen Rechtsfolgen ab. Das ist von den individuellen Wertungen abhängig.

Es geht aber im vorliegenden Zusammenhang *nicht nur um zwei Sachverhaltsvarianten*. Die Eltern sind nicht entweder verheiratet oder sie leben im Konkubinat. Vielmehr ist bei verheirateten Eltern schon die erste Frage, ob sie *mit einander* verheiratet sind oder nicht. Es ist sehr wohl möglich, dass der Vater nicht der Ehemann der Mutter ist. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, leben – oder lebten – sie auch nicht zwingend im Konkubinat: Sie können sich auch kaum gekannt haben. Der Vater kann erst Jahre später von seinem Vaterglück erfahren haben. Das kann an ihm oder an der Mutter liegen. Es sind die unterschiedlichsten Fallkonstellationen denkbar. Werden alle diese Sachverhaltsvarianten über einen Leisten geschlagen, gibt dies – wie noch zu zeigen sein wird – kaum adäquate Lösungen.

Sinnvoller Weise hat der Bundesrat dann dieses allgemeine *Revisionsziel auch zum Teil konkretisiert* und auf eine konkrete Frage fokussiert: Es geht darum, die *Kosten für die Betreuung eines Kindes* bei der Festsetzung des Kindesunterhaltes zu erfassen.<sup>2</sup> Verschiedene Studien hatten in den letzten Jahren aufgezeigt, was Kinder den Eltern kosten. Dabei ist klar geworden, dass die Betreuung bei den Berechnungen der Unterhaltsverpflichtungen regelmässig zu tief eingesetzt wird. Ebenfalls unbestritten war, dass die *Rechtslage bei der Sozialhilfe* zu einseitigen Belastungen jenes Elternteils führt, der mit dem Kind zusammenlebt.

Wer nun allerdings glaubt, der Abbau zivilstandbedingter Unterschiede sei ein generelles Anliegen der eidgenössischen Politik, irrt. Im Gegenteil, die Politik steuert inzwischen – dem deutschen Vorbild folgend – auf eine *Meistbegünstigung der Ehe* zu. Es wird ein Vorschlag zur Abschaffung der sogenannten „Ehestrafe“ bei der direkten Bundessteuer diskutiert, nach dem bei Ehegatten eine Vergleichsrechnung zu machen wäre, ob sie bei Ehegattenbesteuerung oder bei Individualbesteuerung günstiger fahren. Es wäre ihnen dann nur der günstigere Betrag in Rechnung zu

---

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013, BBI 2014 529.

<sup>2</sup> Botschaft, BBI 2014 540 ff.

stellen. Es ist aber nicht vorgesehen, dass auch Konkubinatspaare eine entsprechende Vergleichsrechnung mit Ehegatten machen dürften. Damit handelt es sich um eine neue einseitige Begünstigung von Ehegatten auf Grund ihres Zivilstandes. Weil für die Kinder nicht unbedeutend ist, über welches Netto-Familieneinkommen die Eltern verfügen, werden dadurch Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern direkt schlechter gestellt als Kinder verheirateter Eltern.

## 2. HAUPTPUNKT: BETREUUNGSUNTERHALT

### A. GRUNDSATZ

Hauptrevisionspunkt stellt der Betreuungsunterhalt dar. Der Bundesrat legt in seiner Botschaft dar,<sup>3</sup> dass in einer Scheidung unter Umständen ein Ehegatte verpflichtet wird, dem anderen Ehegatten nachehelichen Unterhalt auszurichten, der neben den Kinderunterhalt tritt und für die Lebenshaltung des Ehegatten, d.h. des Elternteils gedacht ist.<sup>4</sup> Sind die Parteien nicht miteinander verheiratet, ist nach einer Trennung kein entsprechender Unterhalt geschuldet. Dies will die nunmehr Gesetz gewordene Revision ändern. Zu beachten ist dabei allerdings, dass es offenbar um den *Unterhalt einer erwachsenen Person nach Auflösung eines Konkubinates geht*. In der Botschaft wird bezüglich des bisherigen Rechtszustandes wörtlich kritisiert: „*Ein unverheirateter Elternteil muss dagegen selber für seinen Unterhalt aufkommen, selbst wenn das Kind mit ihm im gleichen Haushalt lebt.*“<sup>5</sup> Dass es ein Vorteil für ein Kind sein kann, wenn seine Eltern nicht erwerbstätig sein müssen, ist möglich, aber nicht zwingend. Überdies betrifft das beide Eltern und unabhängig davon, ob sie zusammen leben oder nicht.

Die Ausführungen in der Botschaft zeigen auch, dass der Bundesrat offenbar nur an die *Sachverhaltsvariante denkt, bei der die Eltern zusammen gelebt* haben und nun mehr sich trennen. Häufig ist aber der Kinderunterhalt bei Geburt des Kindes festzulegen und die Eltern haben nie zusammen gelebt.

Zu beachten ist, dass auch gemäss dem *bisherigen Recht die Betreuungskosten bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen waren*. Richtigerweise betraf dies nicht nur den obhutsberechtigten Elternteil, sondern auch den anderen, soweit er Betreuungsaufgaben übernommen hat.<sup>6</sup> Alle Berechnungsmethoden haben die Betreuungskosten mitberücksichtigt, sowohl jene der Eltern wie auch Dritter. Das zeigen die Zürcher Unterhaltstabellen, welche von Anfang an auch Betreuungskosten aufführten. Zutreffend ist allerdings, dass diese Kosten viel zu gering veranschlagt worden sind.

---

<sup>3</sup> Botschaft, BBI 2014 540 f.

<sup>4</sup> Art. 125 ZGB.

<sup>5</sup> Botschaft, BBI 2014 541.

<sup>6</sup> Vgl. HEINZ HAUSHEER/ANETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, Rz. 06.167 ff.

## B. BERECHNUNGSWEISE

Das Gesetz *regelt nicht, wie gerechnet werden muss*. Der Bundesrat hat in der Botschaft den Opportunitätskostenansatz und Marktkostenansatz verworfen und auf die Lebenskosten verwiesen.<sup>7</sup> Das ist sehr vage und die Botschaft ist überdies nicht massgeblich, soweit die entsprechenden Äusserungen, wie hier, keinen Niederschlag im Gesetz gefunden haben. Es werden sich diverse verschiedene Berechnungsweisen ergeben, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen werden. Fraglich wird insbesondere sein, ob nur auf das Existenzminimum – betriebsrechtliches oder familienrechtliches – oder auf die konkrete Lebenshaltung abzustellen sein wird. Ob das Bundesgericht hier eine Vereinheitlichung vornehmen kann, scheint fraglich, da der Gesetzgeber bewusst die Berechnungsweise der Praxis überlassen hat. Auf die verschiedenen Berechnungsweisen wird nicht weiter eingegangen.

## C. WER HAT ANSPRUCH AUF BETREUUNGSUNTERHALT?

### AA. ZUSAMMENHANG MIT KINDERZUTEILUNG

Juristen und Juristinnen haben einen gewissen Hang zum Systematisieren. Entsprechend besteht auch schnell die Vorstellung, dass unterschiedliche Rechtsfragen klar getrennt werden müssen. Man geht wenig reflektiert davon aus, dass zuerst die Kinderzuteilung einschliesslich der Regelung der Betreuungsanteile, Obhut zuteilung usw. erfolgt und dann auf Grund dieser Regelung der Unterhalt festzusetzen ist. Die Realität ist aber anders. *Bei der Zuteilung der Kinder denken die Parteien und die Gerichte bzw. die Behörden bereits an die Unterhaltszahlungen*. Das ist auch sinnvoll, denn eine nicht finanzierbare Organisation der Kinderbelange ergibt keinen Sinn.

Zudem ist die Sache gar nicht mehr so eindeutig. Das Gesetz geht vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge aus.<sup>8</sup> Sodann sollen sich die Eltern in die Betreuung teilen. Wie gross dieser Anteil ist, hängt von den konkreten Umständen ab. Auch Besuchsrechte können Betreuungsanteile sein. Das Gesetz sieht nunmehr ausdrücklich auch die alternierende Obhut vor.<sup>9</sup> Damit wird aber die *Teilung der Betreuung zum Regelfall*.

Auszugehen ist folglich davon, dass regelmässig beide Eltern einen Teil der Betreuung übernehmen. Ob dies eine *gemeinsame oder alternierende Betreuung* ist, stellt wohl eher eine Frage des Blickwinkels dar als eine rechtliche. *Unter keinen Umständen sollte es eine geteilte Betreuung sein*. Die Praxis greift schnell auf eine *prozentuale Aufteilung* zurück. Die Prozente beziehen sich dann regelmässig auf Zeiteinheiten. Das berücksichtigt aber verschiedene Elemente nicht:

- Ist die Betreuung in der Nacht gleich zu bewerten, wie jene am Tag?
- Sind Samstage, Sonntage und Feiertage gleich zu bewerten wie Wochentage?
- Wie verhält es sich mit den Ferien? Da stellt sich dann sofort auch die Frage, um wessen Ferien es geht: um jene des Kindes oder des Elternteils?

---

<sup>7</sup> Botschaft, BBl 2014 552 f.

<sup>8</sup> Art. 296 Abs. 2 ZGB.

<sup>9</sup> Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB.

- Wie verhält es sich mit der Schulzeit: Wer betreut das Kind während jenen Zeiten, in denen es in der Schule ist?
- Und schliesslich: Ist die Zeit entscheidend, die jemand aufwendet oder das Engagement, das aufgebracht wird?

Im vorliegenden Zusammenhang geht es um Geld. Dann müssen aber auch die Zeiten bewertet werden. Nicht alle Zeiten sind gleich viel wert. Allerdings ist da die Rechtslage nicht eindeutig. Nachtarbeit und Sonntagsarbeit ist mit Zuschlägen zu entschädigen, also folglich teurer als Tagesarbeit an Werktagen.<sup>10</sup> Entscheidend ist aber wohl nicht das, sondern die Beeinträchtigung in der Erwerbsfähigkeit durch die Kinderbetreuung. Das hängt aber neben der *Art der Aufteilung der Betreuung* – und nicht ihres bloss zeitlichen Umfangs – *wohl von der Art der Erwerbstätigkeit ab*.

### *BB. ZUSAMMENHANG MIT ERWERBSSITUATION*

Damit rückt aber auch in den Vordergrund, wie die Erwerbstätigkeit organisiert ist. Entscheidend ist, ob die Kinderbetreuung die Erwerbstätigkeit behindert. Es ist zu prüfen, ob die vom entsprechenden Elternteil ausgeübte Erwerbstätigkeit mit der unter den Parteien festgelegten Betreuungsorganisation sich vereinbaren lässt oder nicht. Das lässt sich nicht abstrakt, sondern nur im *Einzelfall auf Grund der konkreten Umstände entscheiden*.

Es kann nicht massgeblich sein, ob der Elternteil eine volle oder bloss eine teilzeitliche Erwerbstätigkeit ausübt, weil dies nichts über die konkrete Organisation der Arbeit aussagt. Das Gesetz definiert nicht, was Teilzeitarbeit und was eine Vollzeitstelle ist.<sup>11</sup> Art. 319 Abs. 2 OR hält nur fest, dass ein Einzelarbeitsvertrag auch vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer sich zu regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit verpflichtet. Unter Teilzeitarbeit ist die gegenüber dem betriebsüblichen Pensum reduzierte Arbeitszeit zu verstehen.<sup>12</sup> Diese Definition hilft indessen nicht weiter, wenn es im Betrieb gar keine Vergleichsgrössen gibt, weil der Betrieb nur einen einzigen Arbeitnehmer hat, alle ein reduziertes Pensum haben oder alle Arbeitnehmer unterschiedliche Arbeitspensen vereinbart haben. Richtigerweise wird als **Teilzeitanstellung jedes Arbeitsverhältnis betrachtet, bei dem das Arbeitspensum es dem Arbeitnehmer erlaubt, auf dem Arbeitsmarkt verbleibende Arbeitszeit zu verwerten**.<sup>13</sup> Nach dieser Definition liegt eine Vollzeitstelle vor, wenn ein Arbeitnehmer zwar nur 20 Stunden pro Woche arbeitet, diese Arbeitszeiten aber über die ganze Woche verteilt sind und auf Abruf zu leisten sind. Der Arbeitnehmer kann diesfalls keine weitere Stelle annehmen. Demgegenüber liegt eine Teilzeiterwerbstätigkeit vor, wenn jemand in einem Gewerbebetrieb 40 Stunden pro Woche arbeitet, diese Arbeit aber nur auf fünf Tage verteilt ist, so dass am sechsten Tag ohne Weiteres bei einem weiteren Arbeitgeber gearbeitet werden kann. In all diesen Fällen das Einkommen auf ein anderes Mass an Beschäftigung hoch oder herunter zu rechnen, ist nicht sinnvoll. Zu beachten ist auch, dass

---

<sup>10</sup> Art. 17b und 19 Abs. 3 ArG.

<sup>11</sup> Es gibt Definitionen im Zusammenhang mit Statistiken. Diese haben aber nichts mit den vertraglichen Arbeitsverhältnissen und den Regelungen des Arbeitnehmerschutzes zu tun.

<sup>12</sup> JUDITH BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss. Bern 2007, 286; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 OR N 18.

<sup>13</sup> THOMAS GEISER/MARCO SPADIN, Soziale Sicherheit bei Mehrfachbeschäftigungen, ZSR Bd. 133 (2014) II, S. 281 ff.

es nicht bestimmte Zeiten für die Arbeit und bestimmte Zeiten für Freizeit gibt. Wohl wird in der Regel am Tag und zwar zwischen Montag und Freitag bzw. Samstag gearbeitet und die Nacht und der Sonntag dienen der Freizeit. Längstens gibt es aber eine Vielzahl von Beschäftigungen, welche in der Nacht oder am Sonntag ausgeübt werden können. In den letzten Jahren ist das *Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot massiv abgebaut worden*. Insbesondere gibt es seit Jahren kein besonderes Nachtarbeitsverbot für Frauen mehr. Diese Wertungsänderungen des Gesetzgebers im Bereich des Arbeitsrechts haben direkte Auswirkungen im Familienrecht.

Auch die hier vertretene Definition hilft im vorliegenden Zusammenhang indessen nicht. Entscheidend bleibt ausschliesslich die *Vereinbarkeit der Erwerbstätigkeit mit der Kinderbetreuung, was konkret zu untersuchen ist*. Dafür ist aber nicht nur der zeitliche Umfang der Arbeit wesentlich, sondern auch deren Lage und Intensität. Wesentlich ist auch die Flexibilität und ob die Zeitsouveränität der Arbeitgeberin oder dem Arbeitnehmer zusteht. Wie beim Unterhalt unter Umständen ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, fragt sich auch, wie weit gegebenenfalls eine *Anpassung der Erwerbsform verlangt werden kann*. Wie beim Einkommen ist auch hier zu prüfen, ob eine Anpassung *möglich und zumutbar* ist. Während heute bezüglich des hypothetischen Einkommens die (Wieder-) Aufnahme bzw. der Ausbau auf eine – wie auch immer ausgestaltete – volle Erwerbstätigkeit praktisch immer zumutbar ist und sich regelmässig nur die Frage der Möglichkeit stellt, ist die Zumutbarkeit einer Änderung der Art der Tätigkeit mit grösserer Zurückhaltung anzunehmen. Hier geht es um wesentlich persönlichkeitsbezogenere Fragen als bei der Aufnahme einer wie auch immer gearteten Erwerbstätigkeit.

Unter Umständen steht beim *betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit aus anderen Gründen als der Betreuung dieses Kindes gar nicht zur Diskussion*. Dabei ist nicht nur an besonders gute wirtschaftliche Verhältnisse zu denken, auf Grund derer der betreuende Elternteil ohnehin auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet. Es können auch schon andere Kinder zu betreuen sein, so dass keine Zeit für eine Erwerbstätigkeit bleibt oder eine solche steht wegen der gewählten Aufgabenteilung nicht zur Debatte. Eine verheiratete (oder geschiedene) Hausfrau gebärt ein Kind von einem anderen Mann als ihrem Ehemann. *Hier wird wohl auch der Betreuungsunterhalt entfallen*. Allerdings sollte mit der Annahme solcher Fälle Zurückhaltung geübt werden. Namentlich ist es wenig befriedigend, wenn beim ersten Kind Betreuungsunterhalt geschuldet sein soll, nicht aber bei jedem weiteren, weil der betreuende Elternteil wegen dem ersten Kind schon nicht erwerbstätig sein kann.

#### D. KINDERUNTERHALT ODER PARTNERUNTERHALT?

Die Diskussion über die Lebensorganisation mit Kinderbetreuung geht regelmässig vom Bild aus, dass die Parteien zusammengelebt haben und sich nun trennen. Nur hier ist ein Vergleich zwischen verheirateten und nicht mit einander verheirateten Eltern möglich. Das ist aber wohl nicht einmal der häufigste Fall, in dem Kinderunterhalt festzusetzen ist. Häufig geht es um Eltern, die nie zusammen gelebt haben und deren Beziehung sehr kurz gedauert hat oder gar nie wirklich bestand. Der Unterhalt ist unmittelbar nach der Geburt des Kindes festzusetzen. Es kann folglich bezüglich der Kinderbetreuung nicht auf das bisher Gelebte abgestellt werden. Überdies kann auch nicht mit irgendwelchen Vertrauenspositionen bezüglich einer bestimmten Lebenshaltung argumentiert werden. Es kann nur um die Organisation und Finanzierung der Kinderbetreuung gehen, bei der *beide Eltern grundsätzlich die gleichen Zukunftschancen und zukünftigen Pflichten*

*haben sollten.* Auch wenn die Vergangenheit stets die Basis der Zukunft ist, geht es nicht um die Weiterführung der Vergangenheit, sondern um Zukunft. Dabei sind für beide Eltern Veränderungen zwingend und zumutbar. Die Geburt des Kindes verändert alles!

Die *Perspektive* muss sich folglich *auf das Kind* und nicht auf die Eltern richten. Es geht in erster Linie *nicht um einen gerechten Ausgleich zwischen den Eltern.* Es geht um die optimale – nicht maximale – Organisation und Finanzierung der Kinderbetreuung. Es geht um den Kinderunterhalt. Die finanziellen Interessen der Eltern können und dürfen nur insoweit eine Rolle spielen, wie es darum geht, dass für sie die getroffene Betreuungsregelung finanzierbar sein muss.

Diese Überlegungen sollten für den Kindesunterhalt generell gelten. Unabhängig davon, ob die Eltern jemals zusammengelebt haben oder nicht, und auch unabhängig von ihrem Zivilstand. Die Praxis weicht indessen seit Jahren häufig davon ab, in dem bei einer Scheidung für die Berechnung der Unterhaltsleistungen Ehegattenunterhalt und Kinderunterhalt vermengt werden, weil die Bezahlung des letzteren psychologisch einfacher durchzusetzen ist als ersterer. Das führt dann aber zu einem unglücklichen Abgleiten der Diskussion über Ehe und Konkubinat in den Kinderunterhalt. Dass die Lage des Kindes unterschiedlich ist, je nachdem, ob beide Eltern wirtschaftlich gleichgestellt sind oder nicht, erweist sich als unvermeidlich. Das hat aber mit der Frage des Zivilstandes nur sehr indirekt zu tun. *Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber bewusst und willentlich keinen Partnerunterhalt festlegen wollte, sondern Kinderunterhalt.* Daran wird sich auch die Praxis zu halten haben. Fraglich ist allerdings, in welchem Ausmass die neue Regelung die Aufteilung zwischen Ehegatten- und Kinderunterhalt bei einer Scheidung verändert hat. Darauf ist zurückzukommen.

## E. WER FORDERT?

Weil es um *Kindesunterhalt* geht, steht die Forderung grundsätzlich auch *dem Kind und nicht dem betreuenden Elternteil zu.* Wie dieser zum Betreuungsunterhalt kommen soll, ist unklar. Insofern ist die Regelung nicht zu Ende gedacht. Wohl sieht Art. 285 Abs. 2 ZGB vor, dass der Unterhaltsbeitrag auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte dient. Daraus lässt sich aber kein direktes Forderungsrecht des betreuenden Elternteils auf Ausrichtung des Betreuungsunterhaltes an ihn ableiten. Andernfalls hätte auch der betreuende Dritte einen direkten Anspruch.

Der *Anspruch steht ausdrücklich dem Kind zu.* Er wird allerdings, solange das Kind minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt, es sei denn, das Gericht entscheide etwas anderes.<sup>14</sup> Wegen der gemeinsamen elterlichen Sorge sind in der Regel auch beide Eltern gesetzliche Vertreter. Das neue Recht sieht nun auch ausdrücklich die alternierende Obhut vor.<sup>15</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist wohl eher vom Bild der gemeinsamen Obhut als von der alternierenden auszugehen. Es macht keinen Sinn, dass die Unterhaltsleistungen einmal an den einen und das andere Mal dem anderen Elternteil auszurichten

---

<sup>14</sup> Art. 289 Abs. 1 ZGB.

<sup>15</sup> Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB.

sind, je nach dem, bei wem in diesem Zeitpunkt gerade die Obhut ist. *Vielmehr muss bei gemeinsamer Obhut das Gericht anders bestimmen, an wen der Unterhalt zu bezahlen ist.*<sup>16</sup> Dabei kann es sehr wohl sinnvoll sein, ein auf das Kind lautendes Konto zu bestimmen, von dem beide Eltern Beiträge für die laufenden Kosten entnehmen können und im Übrigen festzulegen, welcher Ehegatte bestimmte laufende Kosten direkt zu tragen hat. Das ist allerdings bis jetzt eher unüblich. Erfolgt die Leistung des Kinderunterhalts und damit auch des Betreuungsunterhalts an den Elternteil, dann kann er über diesen Teil des Unterhaltes auch zu seinen eigenen Gunsten verfügen.

Die Leistung an einen Elternteil ist aber mit befreiender Wirkung nur möglich, *solange das Kind minderjährig* ist.<sup>17</sup> Demgegenüber kann nur noch das Kind selber den Unterhalt fordern und die Zahlungen sind auch nur noch an das Kind zu richten, wenn es mündig wird. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Prozessstandschaft des Elternteils mit der Volljährigkeit des Kindes nicht nur bezüglich des künftigen Unterhalts entfällt, sondern auch für den Minderjährigenunterhalt, soweit dieser noch nicht geleistet worden ist. Sobald das Kind volljährig ist, kann es nur noch selber die Ausstände einfordern. Das kann der Elternteil dann nicht mehr. Er kann auch die entsprechenden Beiträge nicht mehr in Betreuung setzen.<sup>18</sup>

Werden die Unterhaltsbeiträge gegen Mündigkeit des Kindes hin nicht mehr bezahlt, wird folglich das Kind nach Erreichen der Volljährigkeit und nicht der betreuende Elternteil die Ausstände einfordern. Diese Ausstände umfassen aber auch den Betreuungsunterhalt. *Er ist dann dem Kind auszurichten.* Der Elternteil dürfte erhebliche Schwierigkeiten haben, das Geld zu erhalten. Es besteht kein gesetzliches Forderungsrecht des Elternteils gegenüber dem Kind. Allenfalls kann ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sein.

### 3. KOORDINATION MIT ANDEREN UNTERHALTSPFLICHTEN

Neu hält das Gesetz ausdrücklich fest, dass die Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern den anderen Unterhaltspflichten vorgeht.<sup>19</sup> Allerdings sind Ausnahmen möglich, namentlich um volljährige Kinder nicht zu benachteiligen.<sup>20</sup> Das kann insbesondere wesentlich sein, wenn ein Kind über die Mündigkeit hinaus ein Gymnasium besucht. Es ist nicht einzusehen, warum sein Unterhaltsanspruch nun hinter jene seiner noch minderjährigen Geschwister zurücktreten soll.

Dass *in der Regel* der Kindesunterhalt dem Ehegattenunterhalt vorgeht, ist sinnvoll und in Lehre und Rechtsprechung seit langem anerkannt. Es sind aber auch Situationen denkbar, bei denen dieser Vorrang keinen Sinn macht:

- Ein Vorrang des Ehegattenunterhalts ergibt beispielsweise dann Sinn, wenn dem Ehegatten langfristig ein Einkommen mit einer Scheidungsrente gesichert werden soll. Dann ist es nämlich sinnvoller, die Ehegattenrente relativ hoch festzusetzen und diesen Elternteil

---

<sup>16</sup> Art. 289 Abs. 1, am Ende ZGB.

<sup>17</sup> Art. 289 Abs. 1 ZGB.

<sup>18</sup> BGE 142 III 78 E. 3.3.

<sup>19</sup> Art. 276a Abs. 1 ZGB.

<sup>20</sup> Art. 276a Abs. 2 ZGB.



sehr wohl zu verpflichten, auch einen Teil der Unterhaltskosten an das Kind zu tragen. Damit kann erreicht werden, dass der Scheidungsunterhalt bleibt, wenn der Kinderunterhalt entfällt. Dass beide Eltern für den Unterhalt des Kindes aufkommen, hat auch psychologische Vorteile. Selbstverständlich könnte auch der Ehegattenunterhalt erst für den Fall vorgesehen werden, dass der Kinderunterhalt entfällt. Solche Abänderungen mit Bedingungen sind aber in der praktischen Umsetzung heikel.

- Ein Vorrang des Scheidungsunterhalts kann auch in jenen seltenen Fällen richtig sein, in denen ein Elternteil gegenüber einem ersten Ehegatten, der selber aus Gründen der Invalidität oder ähnlichem ausser Stande ist, für seinen eigenen Unterhalt zu sorgen, und der andere Elternteil in guten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt, so dass er sehr wohl in einem erheblichen Umfang für den Barunterhalt des Kindes aufkommen kann, das er selber betreut.
- Reicht das Vorhandene nicht zur Deckung des Existenzminimums aller Beteiligten, kann es sinnvoller sein, zuerst den Ehegatten bzw. Scheidungsunterhalt zu decken und dann das Existenzminimum des Kindes ungedeckt zu lassen. Wer als Unmündiger Sozialhilfe bezieht, muss diese nicht zurück bezahlen. Hier den Kinderunterhalt vorgehen zu lassen, hilft allerdings dem Staat Sozialkosten zu sparen.

Die Koordinationsfrage hat wegen des Betreuungsunterhalts an Schärfe gewonnen. Steht in einer Scheidung *nachehelicher Unterhalt und Unterhalt an ein ausserhalb der Ehe geborenes Kind* zur Diskussion, ist zu beachten, dass der Betreuungsunterhalt einen Beitrag an die Lebenskosten des Elternteils des Kindes beinhaltet. Vom Zweck her stehen sich damit nicht die Bedürfnisse eines Kindes und des geschiedenen Ehegatten gegenüber, sondern zweier erwachsener Personen. Art. 276a ZGB hat nun aber zur Folge, dass der andere Elternteil des ausserehelichen Kindes besser gestellt ist als der geschiedene Ehegatte. Ähnliche Konstellationen ergeben sich auch bei sukzessiven Scheidungen. Die unterschiedlichen Behandlungen lassen sich kaum rechtfertigen.

Wird der Unterhalt im Eheschutz oder in einer Scheidung festgesetzt, hängt es von den *Rechtsbegehren der Parteien ab, ob der betreuende Ehegatte mit seinen Bedürfnissen zurück stehen muss oder nicht*. Verlangt er für sich selber Unterhalt<sup>21</sup>, geht sein Anspruch nach. Verlangt er demgegenüber für ein gemeinsames Kind Betreuungsunterhalt, sieht es anders aus. Das hat – wie dargelegt – Bedeutung, wenn weitere Kinder oder ehemalige Ehegatten in Konkurrenz stehen. Es hat aber auch Bedeutung, wenn der Unterhaltsschuldner während der Unterhaltspflicht stirbt. Hat der **geschiedene Ehegatte eine Scheidungsrente** zugesprochen erhalten, steht ihm u.U. eine Hinterbliebenenrente zu.<sup>22</sup> War es Betreuungsunterhalt, ist keine Hinterbliebenenrente geschuldet. Die Kinderrente ist in beiden Fällen demgegenüber gleich hoch.

---

<sup>21</sup> Art. 163 oder 125 ZGB.

<sup>22</sup> Art. 19 BVG und Art. 20 BVV1.

## 4. AUSSCHLUSS BEI VERWANDTENUNTERSTÜTZUNG

Mit dem revidierten Recht wird der Anspruch auf Verwandtenunterstützung eingeschränkt. Neu soll kein Anspruch auf Verwandtenunterstützung geltend gemacht werden können, wenn die Notlage auf einer Einschränkung der Erwerbstätigkeit zur Betreuung eigener Kinder beruht. Damit sollen die negativen Folgen der einseitigen Mankoüberbindung für den betreuenden Elternteil auf seine Verwandten in aufsteigender Linie gemindert werden.<sup>23</sup> Die Eltern des betreuenden Elternteils sollen offenbar nicht für die direkten Betreuungskosten aufkommen müssen. Davon nicht betroffen wird allerdings der Anspruch des Kindes gegenüber seinen Grosseltern.<sup>24</sup>

*Wie der Normzweck umgesetzt werden soll, ist allerdings nicht zu sehen.* Die neue Regelung lässt den mit der gleichen Revision eingeführten Betreuungsunterhalt ausser Acht. Gibt es neben dem betreuenden noch einen anderen Elternteil und ist dieser solvent, so muss er Betreuungsunterhalt bezahlen und die Eltern des Betreuenden sind mit Sicherheit nicht unterstützungspflichtig. Dass die familiäre Unterstützungspflicht weiter ginge als der Betreuungsunterhalt bei wirtschaftlich guten Verhältnissen des Unterhaltspflichtigen, ist nicht vorstellbar.

Gibt es zwar einen *anderen Elternteil, der aber nicht leistungsfähig* ist, hat der betreuende Elternteil in der Tat ein wirtschaftliches Problem. Nach der neuen Regel kann der Betreuende dann von seinen Eltern keine Unterstützung einfordern. Von den Eltern des anderen Elternteils ist aber auch nichts zu erwarten, weil bei der Unterstützungspflicht nur die Unterhaltsbedürfnisse der direkt betroffenen Person erfasst werden und nicht auch deren Unterhaltspflichten gegenüber Dritten.<sup>25</sup> Selbstverständlich hat das Kind gegen seine Grosseltern (auf beiden Seiten) Unterstützungsansprüche. Auch diese erfassen nicht die Bedürfnisse des betreuenden Elternteils. Das ist schon deshalb ausgeschlossen, weil der betreuende Elternteil ja keinen Anspruch gegenüber dem Kind auf Vergütung der Betreuung hat.

Geradezu stossend ist das Ergebnis der neuen Regelung, wenn *nur ein Elternteil vorhanden* ist. Liegt eine Bedürftigkeit bei einer Frau mit einer Suchterkrankung vor, welche nicht in einer von einer Sozialversicherung zu bezahlenden Einrichtung behandelt werden kann, sind die Eltern unterstützungspflichtig, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.<sup>26</sup> Wird diese Frau nun Mutter, entfällt nach der neuen Bestimmung die Unterstützungspflicht. Sie wird dies als Bestrafung dafür empfinden, dass sie Mutter wurde, ohne dass der Vater identifiziert werden kann.<sup>27</sup> Ob dieses Resultat mit dem Argument vermieden werden kann, die Bedürftigkeit sei nicht auf die Betreuung, sondern auf die Suchterkrankung zurückzuführen, scheint zweifelhaft. Folgt man dieser Argumentation, müsste sie nämlich auch bei der Festsetzung des Betreuungsunterhaltes gelten. Dieser entfele, wenn die Behinderung in der Erwerbstätigkeit (auch) auf einen anderen Grund zurückzuführen wäre als die Kinderbetreuung.

---

<sup>23</sup> Botschaft, BBl 2014 560.

<sup>24</sup> Botschaft, BBl 2014 588.

<sup>25</sup> Vgl. BSK ZGB I-KOLLER, in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser), Art. 328/329 N 10a.

<sup>26</sup> Art. 328 f. ZGB; BGE 136 III 1 E. 4; BGE 133 III 507 E. 5; BSK ZGB I-KOLLER, Art. 328/329 N 9a.

<sup>27</sup> Eine solche Gesetzgebung ist moralisch als mindestens zweifelhaft zu bezeichnen.

## 5. ÄNDERUNG BEI DER ELTERLICHEN SORGE

Mit der Revision des Unterhaltsrechts wurde auch bereits die erste Revision der soeben revidierten Bestimmungen über die elterliche Sorge notwendig. Jene Kreise, welche politisch die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall gefordert hatten, haben rasch gemerkt, dass ihr Anliegen eigentlich nicht die elterliche Sorge, sondern die Betreuung bzw. die Obhut betraf. Ein durchaus begründetes Anliegen ist es, die *Eltern-Kind-Beziehungen nicht zu hierarchisieren* sondern die Beziehung zu Vater und Mutter als gleichwertig auszugestalten. Entsprechend genügt die gemeinsame elterliche Sorge nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass sich beide Eltern, wenn auch nicht zwingend in gleichem Umfang, aber doch gleichwertig in die Erziehung und die persönliche Beziehung zum Kind teilen können. Damit musste aber vermieden werden, dass mit der einseitigen Zuweisung der Obhut einem Elternteil ein rechtliches Übergewicht gegeben wird. *Die Kinder sollen nicht mehr zugeteilt werden*. Vielmehr sollen die verschiedenen im Zusammenhang mit den Kindern zusammenfallenden Aufgaben und Verantwortungen den Lebensumständen aller Beteiligten gemäss verteilt werden.

Entsprechend sieht das neue Recht vor, dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge auch zu prüfen ist, ob nicht eine *alternierende Obhut* angeordnet werden soll.<sup>28</sup> In wenigen Jahren wird die Bestimmung sicher dahin geändert werden, dass die gemeinsame Obhut der Regelfall sein soll. Eventuell wird vorher – und das wäre sinnvoller – der inhaltsleere Begriff der Obhut gänzlich gestrichen. Entscheidend sind ausschliesslich die Betreuungsanteile.

Die Änderung hat im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt insofern zentrale Bedeutung, als alternierende Obhut nicht sinnvoll möglich ist, ohne dass beide Eltern sich auch in die Betreuung teilen. Dann haben aber *beide Anspruch auf Betreuungsunterhalt, der dann wohl zu verrechnen ist*. Je nach Berechnungsweise müsste dann der weniger gut verdiende dem besser verdienenden Betreuungsunterhalt bezahlen!

## 6. INKASSOHILFEN UND NACHFORDERUNG

### A. VEREINHEITLICHUNG DER INKASSOHILFEN

Im Bereich der Inkassohilfen hat der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz zur Vereinheitlichung der Leistungen gegeben.<sup>29</sup> Daneben wurde das Recht, die Hilfe zu beanspruchen, auch auf das Kind selber ausgedehnt.<sup>30</sup> Ob dies allerdings notwendig ist, erscheint zweifelhaft. Steht das minderjährige Kind nicht unter der elterlichen Sorge eines Elternteils, ist ihm ein Vormund bestellt. Dieser sollte aber fachlich in der Lage sein, sich um das Inkasso zu kümmern. Eine unentgeltliche Hilfe scheint hier nicht notwendig. Die Unentgeltlichkeit ist ohnehin nicht befriedi-

---

<sup>28</sup> Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB.

<sup>29</sup> Art. 290 Abs. 2 ZGB und Art. 131 Abs. 2 ZGB.

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft, BBl 2014 583.

gend, wenn es um wirtschaftlich gute Verhältnisse geht. Hier sollte es genügen, die Unentgeltlichkeit bloss als Regelfall vorzusehen, wie dies beim nahehelichen Unterhalt der Fall ist.<sup>31</sup> Mangels entsprechender Einschränkung kann die unentgeltliche Inkassohilfe auch für den *Mündigenunterhalt beansprucht werden*.

## B. NACHFORDERUNGSRECHT BEI MANKOFÄLLEN

Thema dieser Gesetzesrevision war von Anfang an auch der Umgang mit den Mankofällen. Sehr schnell zeigte sich, dass eine Aufteilung des Mankos aus diversen Gründen nicht vorgesehen werden konnte. Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass die *familiäre Solidarität die Grenze der Leistungsfähigkeit nicht überschreiten darf*. Dieser Grundsatz ist zu Recht sogar ausgebaut worden.<sup>32</sup> Als Konzession an die Forderung der Teilung des Mankos wurde aber ein *Nachforderungsrecht* vorgesehen, falls sich die Verhältnisse des Leistungspflichtigen verbessern.<sup>33</sup> Allerdings ist dieses an strenge Voraussetzungen gebunden:

- Eine Nachforderung ist nur möglich, wenn im genehmigten Unterhaltsvertrag oder im Urteil *festgehalten wird, dass keine genügenden Unterhaltsbeiträge geleistet* werden konnten.<sup>34</sup> Es muss auch der Betrag festgehalten werden, der gefehlt hat.<sup>35</sup>
- Es müssen sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen Elternteils „*ausserordentlich*“ *verbessert* haben. Die Verbesserung muss wohl so sein, dass die Mehrleistung über fünf Jahre ohne besondere eigene Einschränkung bezahlt werden kann. Die Botschaft erwähnt die Erbschaft, den Lotteriegewinn und die Schenkung.<sup>36</sup> Es kommen aber wohl nicht nur Vermögensverbesserungen in Frage, sondern auch erhebliche Einkommenssteigerungen. Sie werden allerdings für eine Nachforderung immer nur ausreichen, wenn diese nach der Erhöhung des laufenden Unterhalts aufgrund der verbesserten Verhältnisse bereits eingerechnet ist.
- Nachgefordert werden kann dieser Unterhalt nur *für die letzten fünf Jahre*.
- Der Anspruch muss überdies innerhalb eines Jahres seit der Verbesserung der Verhältnisse *geltend gemacht* werden. Nachher ist er verwirkt. Die Geltendmachung erfolgt wohl durch Klageerhebung.

Der *Anspruch steht dem Kind zu*. Soweit aber das Fehlende durch den anderen Elternteil oder das Gemeinwesen bezahlt worden ist, geht der Anspruch auf diese über und nur sie können ihn geltend machen.<sup>37</sup> Diese *Legalzession besteht nicht auch zu Gunsten Dritter*, die für den Unterhalt aufgekommen sind. Er steht namentlich nicht den Grosseltern oder weiteren Verwandten zu.

Auch bei einer ausserordentlichen Verbesserung der Verhältnisse ist es möglich, dass nicht der ganze Betrag bezahlt werden kann. Von daher muss auch eine *teilweise Nachforderung* möglich sein. Demgegenüber geht es m.E. nicht an, für die gleiche Periode wiederholt nachzufordern,

---

<sup>31</sup> Art. 131 Abs. 1 ZGB.

<sup>32</sup> Vgl. hinten Rz. 8.1. ff.

<sup>33</sup> Art. 286a ZGB.

<sup>34</sup> Art. 286a Abs. 1 ZGB.

<sup>35</sup> Art. 287a Bst. c ZGB und Art. 301a Bst. c ZPO.

<sup>36</sup> Botschaft, BBl 2014 588.

<sup>37</sup> Art. 286a Abs. 3 ZGB.

wenn die Verbesserung in Etappen erfolgt ist und nach einer ersten Verbesserung bereits ein Teil nachgefordert worden ist. Damit ist die Nachforderung dann auch erledigt. Das Gericht kann auch nicht im Urteil über die Nachforderung beziehungsweise der Erhöhung des künftigen Unterhalts eine weitere Nachforderung vorbehalten.

## 7. SCHUTZ BEI DER ZWEITEN SÄULE

Kommt ein Unterhaltsschuldner seinen Verpflichtungen nicht nach, ist häufig die einzige Hoffnung, irgendwann auf seine Guthaben der Zweiten Säule zugreifen zu können. Handelt es sich dabei um Rentenansprüche, werden Kinderunterhaltsansprüche allerdings meistens bereits verjährt sein. Anders sieht es bezüglich nahehelichem Unterhalt aus. Immer wieder ist es zudem vorgekommen, dass Schuldner von Kinderunterhalt die Schweiz verlassen und dabei sich ihr Vorsorgeguthaben bar ausbezahlen liessen. Wenn der Gläubiger dies nicht rechtzeitig erfahren hat, konnte das Guthaben nicht für die ausstehenden Unterhaltleistungen herangezogen werden. Der Gesetzgeber hat nun ein umfangreiches und detailliertes Meldesystem eingerichtet, damit solche Auszahlungen in den genannten Fällen nicht mehr möglich sind.<sup>38</sup>

Die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen darf allerdings nicht überschätzt werden. Die Möglichkeit einer *Barauszahlung wurde durch die Bilateralen Verträge mit der EU bereits erheblich eingeschränkt*. Soweit es um die obligatorische Versicherung geht, ist der Wegzug ins europäische Ausland kein Barauszahlungstatbestand mehr. Zudem bewirkt das Meldesystem nicht, dass der Unterhaltsgläubiger etwas erhält. Es bewirkt nur, dass der Unterhaltsschuldner sich sein Guthaben nicht bar ausbezahlen lassen, sondern bei Erreichen des Vorsorgefalles eine Rente beziehen wird. Im Zusammenhang mit der Revision des Vorsorgeausgleichs ist zudem die Möglichkeit geschaffen worden, in gewissen Fällen nunmehr auch bei der Auffangeinrichtung eine Rente im Vorsorgefall zu beziehen und nicht mehr nur ein Kapital.<sup>39</sup>

Soweit mit dem neuen Unterhaltsrecht künftig in Scheidungen weniger nahehelicher Unterhalt nach Art. 125 ZGB und dafür mehr Kindesunterhalt (Betreuungsunterhalt) zugesprochen wird, werden die Ansprüche auf Hinterbliebenenrenten vermindert. Art. 19 Abs. 3 BVG und Art. 20 BVV2 sehen vor, dass unter gewissen Voraussetzungen der geschiedene Ehegatte Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente hat, wenn der Schuldner einer Unterhaltsrente stirbt. Ist nun keine Unterhaltsrente in der Scheidung dem Ehegatten ausgerichtet worden, weil das Kind Betreuungsunterhalt erhielt, wird mit dem Tod des Schuldners auch *keine Witwen- bzw. keine Witwerrente ausgelöst*.

---

<sup>38</sup> Art. 40 BVG und Art. 24a FZG; Botschaft BBI 2014 558.

<sup>39</sup> Art. 60a BVG.

## 8. KIND ALS EIGENES SUBJEKT BEI SOZIALHILFE

Die eigene Leistungsfähigkeit bildet nach wie vor eine der Schranken für jede Unterhaltspflicht. *Niemand muss sich selber ruinieren*, um den Unterhalt seiner Angehörigen zu bezahlen. Entsprechend hat der Gesetzgeber auch am Grundsatz festgehalten, dass dem Unterhaltsschuldner das Existenzminimum zu belassen ist. Ein Manko muss nicht geteilt werden.

Der gleiche Grundsatz muss aber auch für jenen Elternteil gelten, mit dem das Kind zusammenlebt. Auch dieser darf nicht zu Leistungen verpflichtet werden, die er nicht erbringen kann. *Entsprechend geht es nicht an, dass dieser Elternteil für das Kind Sozialhilfe beziehen muss*. Kann dieser Elternteil selber nicht für seinen eigenen Unterhalt und jenen des Kindes aufkommen, so wird er für seinen eigenen Unterhalt Sozialhilfe beziehen müssen. Demgegenüber ist ihm nicht zuzumuten, auch für das Kind Sozialhilfe zu beziehen. Vielmehr ist die entsprechende Sozialhilfe dem Kind getrennt auszurichten. Selbstverständlich braucht es für die Geltendmachung dieses Anspruchs einen Vertreter. Das kann sehr wohl der Elternteil sein, der mit dem Kind zusammenlebt. Es sind aber bei der Sozialhilfe getrennte Rechnungen zu führen. M.E. wäre dies schon im bisherigen Recht auf Grund der zivilrechtlichen Grundlage der Sozialhilfeansprüche zwingend gewesen. Das hat nunmehr der Bundesgesetzgeber im Zuständigkeitsgesetz ausdrücklich festgehalten.<sup>40</sup>

Haben die Eltern keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz, so hat das Kind einen eigenständigen Unterstützungswohnsitz.<sup>41</sup> Hat es einen solchen, stellt es auch rechnerisch einen separaten Unterstützungsfall dar.<sup>42</sup> Damit werden die entsprechenden Unterstützungsleistungen klar nicht dem Elternteil, sondern dem Kind ausgerichtet. Entsprechend *kann der Elternteil auch nicht verpflichtet werden, diese Beträge zurückzuerstatten*. Vom Kind können diese Unterstützungsbeiträge nicht zurückgefordert werden.<sup>43</sup>

Etwas unbefriedigend ist indessen, dass das Kind nur dann als eigenständiger Unterstützungsfall angesehen wird, wenn es auch einen eigenen Unterstützungswohnsitz hat, d.h. wenn die Eltern keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz haben.

- Keinen eigenen Unterstützungswohnsitz hat das Kind folglich, wenn die Eltern zusammen wohnen oder
- wenn nur ein Elternteil vorhanden ist, weil entweder dieser verwitwet oder der andere unbekannt ist.<sup>44</sup>

Der Bundesrat scheint davon auszugehen, dass in diesen Fällen das Kind „rechnerisch keinen separaten Unterstützungsfall“<sup>45</sup> darstellt. Entsprechend müssten die Eltern dann aber die *für das Kind* bezogene Sozialhilfe unter Umständen rückerstatten. **Diese Unterscheidung ist nicht sachgemäss**. Sie benachteiligt massiv die Schwächsten. Kann die Vaterschaft nicht festgestellt

---

<sup>40</sup> Botschaft, BBI 2014 559 f. und 589.

<sup>41</sup> Art. 7 Abs. 2 ZUG.

<sup>42</sup> 32 Abs. 3<sup>bis</sup> ZUG.

<sup>43</sup> Art. 27 UNO-KRK; Botschaft, BBI 2014 589.

<sup>44</sup> Botschaft, BBI 2014 589.

<sup>45</sup> Art. 32 Abs. 3<sup>bis</sup> ZUG.

werden, wird die für das Kind ausgerichtete Sozialhilfe der Mutter angerechnet und diese muss sie gegebenenfalls zurück bezahlen! Diese Verpflichtung trifft aber nicht das Ehepaar, welches beispielsweise aus beruflichen Gründen in zwei Wohnungen zusammenlebt. Eine Generalisierung des selbständigen Anspruchs des Kindes auf Sozialhilfe wäre hier die einzige sachgerechte Lösung.

Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt des Kindes auf, gehen dessen Unterhaltsansprüche auf das Gemeinwesen über.<sup>46</sup> Liegt die Bedürftigkeit des Kindes und des betreuenden Elternteils im Umstand, dass der Unterhaltspflichtige seine Leistungen nicht erbringt, kann diese nun das Gemeinwesen einfordern. Fraglich erscheint, ob auch *der Anspruch auf Betreuungsunterhalt auf das Gemeinwesen übergeht*. Dieser ist nun aber rechnerisch – wie sich das Gesetz ausdrückt<sup>47</sup> – dem Konto des Kindes gutzuschreiben. Daraus sind die Leistungen an das Kind abzudecken. Die Schuld des betreuenden Elternteils gegenüber der Sozialhilfe für die selber bezogenen Beiträge wird dadurch nicht vermindert! Der Fehler liegt im Umstand, dass der Betreuungsunterhalt dem Kind und nicht dem Betreuenden zusteht und diesem auch gegenüber dem Kind kein Anspruch auf Vergütung der Betreuung eingeräumt worden ist. Diese Problematik ist zu bedenken, wenn in einer Scheidung neben Kinderunterhalt auch eine Scheidungsrente zur Diskussion steht.

## 9. VERJÄHRUNG

Neu beginnt die Verjährung der Forderungen der Kinder gegen die Eltern bis zur Volljährigkeit nicht zu laufen.<sup>48</sup> Es kommt nicht mehr darauf an, ob der Schuldner Inhaber der elterlichen Sorge ist oder nicht. Die Regelung zielt auf die Unterhaltsforderungen, betrifft aber alle Schulden unabhängig vom Rechtsgrund.

Die Neuregelung hat aber keinen Einfluss auf den Umstand, dass *Unterhalt nur für die Zukunft und ein Jahr zurück vor Klageerhebung gefordert werden kann*.<sup>49</sup> Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Entsprechend verjähren nur die durch Urteil oder Vereinbarung verbindlich festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht. Auch für die Nachforderung von Unterhalt wegen verbesserter Verhältnisse nach Art. 286a ZGB ist nicht die Verjährung nach Art. 134 ZGB entscheidend, sondern die in Art. 286a Abs. 1 ZGB enthaltene fünf- bzw. einjährige Frist.

## 10. ZIVILPROZESSUALE ÄNDERUNGEN

Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit benutzt, den Fehler in der *Zuständigkeit* auszumerzen, der mit der Revision des Sorgerechts entstanden ist. Hat ein Gericht über Kinderunterhalt zu befinden, kann es nunmehr auch bei miteinander nicht verheirateten Eltern die übrigen Kinderbelange regeln.<sup>50</sup> Die Doppelspurigkeit mit der Kindesschutzbehörde ist insofern beseitigt. Entsprechend finden die Bestimmungen über die Anhörung der Eltern und der Kinder, die Mediation und die

---

<sup>46</sup> Art. 289 Abs. 2 ZGB.

<sup>47</sup> Art. 32 Abs. 3bis ZUG.

<sup>48</sup> Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>49</sup> Art. 173 Abs. 3; Art. 279 Abs. 1 ZGB.

<sup>50</sup> Art. 298b Abs. 3 zweiter Satz ZGB und Art. 298d Abs. 3 ZGB sowie Art. 304 Abs. 2 ZPO.

Kindesvertretung und die Eröffnung des Entscheides<sup>51</sup> auch Anwendung, wenn die Eltern nie miteinander verheiratet waren. Wenn der entsprechende Unterhaltsprozess bei der Kinderschutzbehörde angefangen hat, entfällt zudem das Schlichtungsverfahren. Zudem ist die Mediation in Kinderbelangen nunmehr auch unentgeltlich, wenn es um vermögensrechtliche Fragen geht.<sup>52</sup>

Mit der Revision ist auch die *Kompetenz der Vertretung des Kindes im gerichtlichen Verfahren ausgebaut* worden. Sie ist nunmehr berechtigt, grundsätzlich in allen Kinderbelangen Antrag zu stellen und Rechtsmittel einzulegen, namentlich auch bezüglich Unterhalt.<sup>53</sup> Entsprechend sind auch die Gründe erweitert und neu formuliert worden, warum eine Kindesvertretung angeordnet werden kann.<sup>54</sup>

Weil der Kinderunterhalt bei Veränderung der Verhältnisse abgeändert werden kann, hält das Gesetz nunmehr auch fest, dass *entsprechende Angaben bezüglich der Bemessungsgrundlagen im Urteilsdispositiv* festgehalten werden müssen.<sup>55</sup>

Nicht geregelt ist demgegenüber die Frage, wie sich die neue Regelung bezüglich des *Betreuungsunterhaltes auf das Vertretungsrecht im Prozess* auswirkt. Auch wenn die Problematik nicht vollständig neu ist, hat sich doch der Interessenkonflikt zwischen dem betreuenden Elternteil und dem Kind bei der Geltendmachung des Kinderunterhalts verschärft. Wenn der betreuende Elternteil einen Teil der Unterhaltszahlung an das Kind für sich verwenden können soll, hat er eigene Interessen, die sich nicht mit jenen des Kindes zu decken brauchen. Von daher entfällt wegen des Interessenkonflikts das gesetzliche Vertretungsrecht.

Ist der Unterhalt nicht in einem Scheidungsverfahren festzulegen, stellt sich ohnehin die Frage, *wer das Kind im Unterhaltsstreit vertritt*. Sind beide Eltern sorgeberechtigt, vertreten auch beide das Kind. Da es sich bei einer Unterhaltsklage sicher nicht um eine alltägliche und auch nicht dringliche Angelegenheit handelt, liegt die Entscheidung darüber auch nicht bei jedem Betreuenden alleine<sup>56</sup> und es ist auch nicht ein alleiniges Vertretungsrecht eines Elternteils gegeben.<sup>57</sup> Art. 289 Abs. 1 ZGB hilft nicht weiter. Dieser bestimmt, dass die Unterhaltspflicht grundsätzlich durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt wird. Zum einen regelt die Bestimmung nur die Erfüllung und nicht auch die Geltendmachung und zudem bietet sie keine Lösung, wenn beide Eltern obhutsberechtigt sind. Es bleibt dann nichts anderes als die **Ernen-  
nung eines Beistandes für das Kind**.

---

51 Art. 297 bis 301 ZPO.

52 Art. 218 Abs. 2 Einleitungssatz ZPO.

53 Art. 300 ZPO.

54 Art. 299 Abs. 2 Bst. a und c Ziff. 1 ZPO.

55 Art. 301a ZPO.

56 Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB.

57 Art. 304 ZGB.



## 11. FOLGERUNGEN

Die Revision bringt viele kleine Neuerungen und Präzisierungen, welche sinnvoll und zutreffend sind. Allerdings hätte diese wohl auch die Praxis ohne eine Gesetzesrevision vornehmen können.

Selbst die eigentlichen Hauptpunkte, nämlich der Betreuungsunterhalt und die gemeinsame Obhut, sind nicht wirklich neu. Auch bis anhin waren die Betreuungskosten beim Unterhalt zu berücksichtigen und die gemeinsame Obhut war möglich. Das neue Recht zwingt nun aber – zu Recht –, die Betreuung in weit stärkerem Masse als bisher in die Berechnungen einzubeziehen. Der Gesetzgeber lässt aber die Praxis im Stich, wenn es darum geht, wie dies geschehen soll.

Zudem liegt ein eigentlicher Konstruktionsfehler darin, dass der Betreuungsunterhalt dem Kind zusteht und nicht der betreuenden Person. Man hätte wenigstens einen Anspruch des Betreuenden gegenüber dem Kind auf Bezahlung der Betreuung bzw. Weitergabe der entsprechenden Unterhaltsbeträge vorsehen müssen. Das wirkt sich auch bei der Sozialhilfe aus.

Der Wechsel vom Scheidungsunterhalt nach Art. 125 ZGB zum Betreuungsunterhalt hat sowohl bei der Sozialhilfe wie auch bei den Hinterbliebenenleistungen in der Zweiten Säule Nachteile für den betreuenden Elternteil. Hier erweist sie die Revision als eine Sparvorlage für die Pensionskassen und die Sozialhilfe.

Eine Mutter mit Kind ohne Vater ist bezüglich Anspruch auf Verwandtenunterstützung im neuen Recht schlechter gestellt als im bisherigen. Die Revision schadet dem schwächsten Glied und ist damit alles andere als sozial. Zudem kommt die Verbesserung im Sozialhilferecht diesen Alleinerziehenden nicht zugute.

Schliesslich dürften Unterhaltsprozesse erheblich komplexer werden, weil eine Rechtsunsicherheit über die Berechnung des Betreuungsunterhalts entstanden ist und dieser in jedem Fall komplexe Rechnungen voraussetzt. Die Regelung verschärft zudem die Interessenkonflikte, so dass für die Vertretung des Kindes weit häufiger eine Beistandschaft zu errichten sein wird als heute.