

Verfahren und Gerichtsbarkeit im heutigen Familienrecht

François Bohnet

Übersicht

1. Einleitung
2. Kriterien für die Abgrenzung der Zuständigkeiten
3. Sachliche Zuständigkeit und anwendbare Verfahrensregeln
4. Mögliche Verbesserungen

1. Einleitung

Urteil des Bundesgerichts 5A_393/2018 vom 21. August 2018 (d), E. 2.2.2:

«Die Abgrenzung zwischen der sachlichen Zuständigkeit der Kinderschutzbehörden und der Gerichte in eherechtlichen Verfahren **ist nicht immer völlig klar**. Der Mangel der fehlenden sachlichen Zuständigkeit wäre damit nicht leicht erkennbar, und die Annahme der Nichtigkeit gerade bei der Regelung oft dringlicher Kinderschutzmassnahmen würde die Rechtssicherheit erheblich gefährden.»

In der Folge analysiert das Bundesgericht die Art. 315 Abs. 1 und 315a ZGB.

2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

Die sachliche Zuständigkeit bei Verfahren, in denen Kinder involviert sind, hängt von 6 Kriterien ab:

- I. Gerichtsorganisation durch die Kantone (Art. 122 BV, Art. 3 ZPO) und den Bund (Art. 440 ZGB)
- II. Betroffene Thematik
- III. Zivilstand der Eltern
- IV. Zeitrahmen (Änderung der Regelung, Dringlichkeit)
- V. Überschneidungen der Verfahren
- VI. Nichtstreitiges oder Streitiges Verfahren



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

- ✓ Die Anzahl der Kriterien ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass es bei Verfahren betreffend Kinder auch um Schutzmassnahmen und deren Überwachung geht und dazu eine Behörde erforderlich ist, die von Amtes wegen tätig wird (Art. 307 ff. ZGB); das im Gegensatz zur klassischen Vorgehensweise im Zivilprozess, wo ein Begehren verlangt wird (*Dispositionsgrundsatz*, gestützt auf Art. 58 Abs. 1 ZPO).
- ✓ Aber die Anzahl der Kriterien bleibt besonders hoch.



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

- I. Gerichtsorganisation durch die Kantone (Art. 122 BV, Art. 3 ZPO) und den Bund (Art. 440 ZGB)
 - Das Bundesrecht legt fest, ob das Gericht oder die KESB (im materiellen Sinn) zuständig ist.
 - Bei Zuständigkeit eines Gerichts bestimmt das kantonale Recht, welches Gericht dies ist (dies kann auch die KESB sein, falls es sich dabei um ein Gericht handelt, wie in NE, vgl. Art. 2 Abs. 1^{bis} LI-CC NE).



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

I. Gerichtsorganisation durch die Kantone (Art. 122 BV, Art. 3 ZPO) und den Bund (Art. 440 ZGB)

- Bei Zuständigkeit der KESB:
 - Ist eine interdisziplinäre Zusammensetzung bundesrechtlich vorgeschrieben (Art. 400 ZGB; auch bei vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Kind-Platzierung: 5A_524/2021 [f] zur Publikation vorgesehen; Bohnet, Newsletter *droit matrimonial* vom August 2022 [f]).
 - Richten sich ihre Eigenschaft als Gericht oder als Verwaltungsbehörde sowie auch die geographische Organisation (Kanton, Region, Bezirk, Kreis, Gemeindegruppe oder Gemeinde) nach dem kantonalen Recht.



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

II. Betroffene Thematik

- Elterliche Sorge (Art. 296 ff. ZGB)
- Aufenthaltsort des Kindes (Art. 301a ZGB)
- Betreuung des Kindes und persönlicher Verkehr (Art. 273 ff. ZGB)
- Unterhalt (Art. 276 ff. ZGB)
- Kindesschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB)
- Es gibt keinen Bereich, bei dem ausschliesslich die KESB (vorbehaltlich des Vollzugs von Schutzmassnahmen, Art. 315a Abs. 1 ZGB) oder das Gericht zuständig ist.



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

III. Zivilstand der Eltern

- Getrenntlebende Eltern (Art. 176, 133, 298, 315a-315b ZGB)
- Geschiedene Eltern (Art. 315a-315b ZGB)
- Unverheiratete Eltern (Art. 298a-298c, 315 ZGB)



2. Kriterien zu Abgrenzung der Zuständigkeiten

IV. Zeitrahmen (Änderung der Regelung, Dringlichkeit)

- Getrenntlebende Eltern (Art. 179, 301a, 315a, 315b ZGB)
 - Koordinationsproblem: Die KESB hat «die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann» (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB; BGE 139 III 516 E. 1.2: vergleichbar mit superprovisorischen Massnahmen).
- Geschiedene Eltern (Art. 134, 301a, 315b ZGB)
- Unverheiratete Eltern (Art. 286-287, 298d, 301a, 313 ZGB)



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

V. Überschneidungen der Verfahren

- Getrenntlebende Eltern (Art. 315a, 315b ZGB)
- Geschiedene Eltern (Art. 315b ZGB)
- Unverheiratete Eltern (Art. 298b Abs. 3, Art. 298d Abs. 3 ZGB, Art. 304 Abs. 2 ZPO: die Zuständigkeit für die Regelung des Unterhalts ist massgebend).



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

V. Überschneidungen der Verfahren

- Beispiel: BGE 145 III 436 vom 22. August 2019

Das Gericht, das mit der Unterhaltsfrage befasst ist, entscheidet anstelle der KESB auch über die Obhut und die Betreuungsanteile. Ein in Verletzung der richterlichen Kompetenzattraktion ergangener KESB-Entscheid wird dennoch nicht per se für nichtig erklärt, da die KESB im Bereich ihrer Kernzuständigkeit entscheidet.



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

V. Überschneidungen der Verfahren

- Beispiel: BGE 145 III 436 vom 22. August 2019

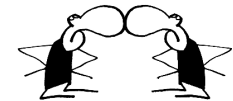
Dass der zufolge richterlicher Kompetenzattraktion nachträglich eingetretene Zuständigkeitsverlust der KESB nicht «offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar» war, zeigt sich im Umstand, dass es bis über das abgeschlossene kantonale Rechtsmittelverfahren hinaus keiner der anwaltlich vertretenen Parteien auffiel. Dieser Umstand, d.h. dass sich die Parteien vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen und dieses auch nach Hängigkeit der Unterhaltsklage vorbehaltlos weitergeführt haben, ist bei der Frage der Nichtigkeit zu berücksichtigen (E. 4).



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

VI. Streitiges oder nichtstreitiges Verfahren

- Getrenntlebende Eltern (Art. 179 Abs. 1 und 134 Abs. 3 ZGB)
- Geschiedene Eltern (Art. 134 Abs. 3 ZGB: elterliche Sorge, Betreuung, Unterhalt)
- Unverheiratete Eltern (Art. 298a-298c ZGB: elterliche Sorge)



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

Zusammenfassung

Kinder von unverheirateten Eltern

- Die KESB ist grundsätzlich in folgenden Bereichen zuständig:
 - Kinderschutz
 - Elterliche Sorge (ausser bei einer gemeinsamen Erklärung der Eltern, Art. 298a Abs. 4 ZGB)
 - Betreuung
 - Persönlicher Verkehr

- Das Gericht ist in folgendem Bereich zuständig:
 - Unterhalt (und für die weiteren Kinderbelange bei Kompetenzattraktion; Art. 298b Abs. 3 ZGB, Art. 298d Abs. 3 ZGB, Art. 304 Abs. 2 ZPO)



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

Zusammenfassung

Kinder von verheirateten Eltern

- Die KESB und das Gericht können bei minderjährigen Kindern von verheirateten oder geschiedenen Eltern tätig werden (s. Art. 133, 134, 176, 315a und 315b ZGB).
 - Die KESB ist grundsätzlich für den **Kindesschutz** zuständig (Art. 315 ZGB), aber: Artikel 315a ZGB verpflichtet auch das befassende Gericht, die notwendigen Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen.
 - Die KESB ist zuständig für den **persönlichen Verkehr** zwischen minderjährigen Kindern und ihren Eltern (Art. 275 Abs. 1 ZGB) ausserhalb des eherechtlichen Verfahrens (Art. 133 Abs. 1, Art. 134 Abs. 4, Art. 275 Abs. 2 ZGB; BGer 5A_235/2018 vom 30. April 2018).



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

- Die Komplexität des Systems, mit verschiedenen Bestimmungen zur Zuständigkeit, die in mehreren Kapiteln des ZGB und der ZPO verankert sind, macht den Überblick nicht einfach.
- Fachpersonen erkennen die Feinheiten der Regelungen oft im Laufe ihrer professionellen Tätigkeit und mithilfe von Tabellen, die von Spezialisten verfasst wurden.
- Beispiel: Pralong/Zenger, *Tabelle sur les compétences respectives du juge et de l'APEA dans la mise en œuvre du droit de la famille* (Tabelle über die jeweiligen Zuständigkeiten der Richterinnen und Richter und der KESB bei der Umsetzung des Familienrechts), ZWR 2017 347



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

Kritik:

1. Das Bundesrecht verlangt eine multidisziplinäre Fachbehörde als KESB (Art. 440 Abs. 3 ZGB). Dennoch ist das Gericht, dessen Zusammensetzung von den kantonalen Vorschriften abhängt, ebenfalls für die Kindesschutzmassnahmen zuständig, wenn ein eherechtliches Verfahren eingeleitet wird (Art. 315a und 315b ZGB).
 - Siehe BGer 5A_524/2021 (f), zur Publikation bestimmt, E. 3.6.5.2: Die Kompetenzverteilung gemäss Gesetz erlaubt es nicht, eine unterschiedliche Behandlung bei Kindern von verheirateten Eltern und Kindern von unverheirateten Eltern zu verhindern.
2. Die Zuständigkeit der KESB oder des Gerichts hängt **aus anachronistischen Gründen** oft vom Zivilstand der Eltern ab.
3. Die sachliche Zuständigkeit kann infolge strategischen Vorgehens der Parteien von einer Behörde auf die andere übertragen werden (Unterhalt verlangen, damit das Verfahren von der KESB an das Gericht übergeht).



2. Kriterien zur Abgrenzung der Zuständigkeiten

Kritik:

4. Zu viele Verflechtungen:

- Kantonales Recht / Bundesrecht
- Materielles Recht / Verfahrensrecht
- Eherecht / kinderbezogenes Recht



5. Punktuelle, rasch aufeinanderfolgende Revisionen des materiellen Rechts haben Auswirkungen auf die die Kohärenz des Systems.

6. Das Verfahren betreffend Betreuung und Unterhalt der Kinder von unverheirateten Eltern ist **anachronistisch**.

3. Sachliche Zuständigkeit und anwendbare Verfahrensregeln

- Für das Gericht und die KESB gelten jeweils eigene Verfahrensregeln, selbst bei identischen Fragestellungen.
 - Gericht: Art. 295 ff. ZPO
 - KESB: Art. 314 ff. ZGB, Art. 314 Abs. 1 ZGB mit Verweis auf Art. 443 ff. ZGB.



3. Sachliche Zuständigkeit und anwendbare Verfahrensregeln

Je nach Zivilstand der Parteien sind die Verfahren unterschiedlich:

Beispiele:

- Schutzmassnahmen und Scheidung: Eltern (z.B. BGer 5A_730/2020 vom 21. Juni 2021, E. 2.3.2)
- Unverheiratete Eltern: Klage durch das (vertretene) Kind gegen einen oder beide Elternteile (Art. 279 ZGB)
- Das Verfahren nach ZGB ist nicht an die heutigen Umstände angepasst. Insgesamt ist es immer noch auf eine Zeit bezogen, in der bei einem Kind unverheirateter Eltern die Mutter grundsätzlich Inhaberin der elterlichen Sorge und der Obhut war und vom Vater Unterhalt verlangte.



4. Mögliche Verbesserungen

Vorschlag:

- Gesetzesrevision (ambitioniert)
 1. Grundsatz: «Familie für alle».
 2. Abschaffen der Unterscheidung zwischen Kindern von verheirateten und unverheirateten Eltern.
 3. Massnahmen zum Schutz der Familie statt der ehelichen Gemeinschaft vorsehen (Art. 171 ff. ZGB).
 4. Familiengerichte (gewählte Lösung im Aargau, ebenfalls vorgesehen im Wallis) mit Anwendung eines einheitlichen Verfahrens für die verschiedenen Themen schaffen.
 5. Kindesschutzbehörde («juge de l'enfant») mit einem klar definierten Kompetenzkatalog für Schutzmassnahmen.

