

# Der Betreuungsunterhalt

## Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien

*«Zu sagen, welchen Sinn das Gesetz von gestern [und heute] hat, überlassen sie [die Parlamente] den Gerichten. Das ist nicht nur Arbeitsteilung, sondern das nennt man Gewaltenteilung.»*

MARIE THERES FÖGEN

Inhaltsverzeichnis	Seite
<b>I. Einleitung</b> .....	794
<b>II. Materialien in der Auslegung</b> .....	795
1. Die Bedeutung von Materialien in der Auslegung .....	795
2. Bedeutungszunahme von Materialien .....	800
<b>III. Der Betreuungsunterhalt im Lichte der Materialien</b> .....	801
1. Allgemeines zum Betreuungsunterhalt .....	801
2. Die Bemessung des Betreuungsunterhalts .....	802
3. Altersstufenmodell im Betreuungsunterhalt .....	804
<b>IV. Schlussbemerkungen</b> .....	806

## I. Einleitung

Der Jubilar darf als Kenner der Gesetzgebung bezeichnet werden. Im Rahmen seiner früheren praktischen Tätigkeit im Bundesamt für Justiz war er einerseits in massgeblicher Weise in grosse Reformprojekte des Zivil- und Zivilprozessrechts involviert. Andererseits hat er sich in den letzten Jahren vermehrt kritisch mit der Gesetzgebung auseinandergesetzt<sup>1</sup> und über die Bedeutung von Gesetzgebungsmaterialien bei der Auslegung von (neuen) Gesetzen reflektiert<sup>2</sup>. Es liegt deshalb auf der Hand, den zuletzt erwähnten Fäden meines Mentors und Freundes aufzunehmen und ihm mit einigen Überlegungen zur Auslegung des neuen Betreuungsunterhalts zu gratulieren.

In den vergangenen 20 bis 30 Jahren ist es im Bereich des Familienrechts zu zahlreichen Revisionen gekommen<sup>3</sup>, wobei in den letzten zehn Jahren die Kadenz der Novellen noch weiter angestiegen ist<sup>4</sup>. Es erstaunt deshalb nicht, dass die jüngsten Reformprojekte von der Praxis zuweilen als wenig koordiniertes und nicht vertieft reflektiertes Flickwerk wahrgenommen wurden<sup>5</sup>. Folge davon sind vermehrte Auslegungsschwierigkeiten und damit auch stets die Frage, wie Materialien der Gesetzgebung bei der Auslegung im allgemeinen und für das neue Kindesunterhaltsrecht im speziellen zu berücksichtigen sind.

Das neue Kindesunterhaltsrecht, das auf den 1. 1. 2017 in Kraft treten wird, stellt eine tiefgreifende Änderung der Konzeption des geltenden Kindesunterhaltsrechts dar, indem

- 
- 1 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, insb. die allgemeinen Ausführungen zur Methodik einer adäquaten Gesetzgebung, S. 8 ff.
  - 2 Siehe THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die schweizerische ZPO und ihre Auslegung – Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: SEVILAY UZUNALLI (Hrsg.), Festschrift für Hakan Pekcanitiz, Izmir 2015, S. 411 ff.
  - 3 Vgl. zur pointierten Sicht auf die vorgängige, eher bedächtige schweizerische Gangart der Revision des Familienrechts, INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht im Umbruch, ZBJV 1993, S. 257 ff., S. 276.
  - 4 Scheidungsrecht (Inkrafttreten 2000), Getrenntlebensfrist (2004), Gesetz über die eingetragene Partnerschaft (2007), Schutz gegen häusliche Gewalt (2007), Streichung Bedenkfrist (2010), Erwachsenenschutzrecht (2013), Namensrecht (2013), Schutz vor Zwangsheiraten (2013), gemeinsame elterliche Sorge (2014); verabschiedet ist die Revision des Kindesunterhaltsrechts sowie des Vorsorgeausgleichs, noch in der parlamentarischen Beratung befindet sich die Revision des Adoptionsrechts. Vgl. zur Kritik an der generellen Gesetzgebungshektik und dem damit verbundenen Qualitätsverlust allgemein ALAIN GRIFFEL (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014; in Bezug auf das Familienrecht s. die Analyse bei DAVID RÜETSCHI, Gesetzgebung im Familienrecht – ein Werkstattbericht, in: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER GEISTES- UND SOZIALWISSENSCHAFTEN (Hrsg.), Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität, Köniz 2016, S. 41 ff., 53 ff.
  - 5 Vgl. die wenig schmeichelhafte Bezeichnung des Familienrechts als «Gesetzgebungsbaustelle» bei THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX KOBEL, Familienrecht, Zürich 2009, S. V. Negative Einschätzungen von heute ex post sogar als gelungen angesehenen Gesetzentwürfen gab es auch früher, vgl. NZZ vom 8. 6. 1983, S. 35, wonach in der parlamentarischen Debatte der Entwurf zum neuen Eherecht als «kein Meisterwerk», als «komplizierter und unkohärenter Entwurf», ja sogar als «Pfuscher mit Langzeitwirkung» bezeichnet wurde.

neu ein sog. *Betreuungsunterhalt als Teil des Kindesunterhalts* eingeführt wird. Die Änderung wird zu erheblich höheren Kindesunterhaltsbeiträgen von Kindern nichtverheirateter Eltern führen. Zudem dürfte die Neukonzeption des Kindesunterhalts möglicherweise Reflexwirkungen auf den nahehelichen Unterhalt bzw. die diesbezügliche Rechtsprechung zeitigen<sup>6</sup>. Im scharfen Kontrast zu den erheblichen Konsequenzen dieser Gesetzesänderung steht der knappe und keinen konkreten Aussagegehalt aufweisende Wortlaut<sup>7</sup> von Art. 276 Abs. 2 nZGB («Die Eltern (...) tragen insbesondere die Kosten von Betreuung (...)») und Art. 285 Abs. 2 nZGB («Der Unterhaltsbeitrag dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte.»). Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn die Familienrechtspraxis und -lehre verunsichert ist<sup>8</sup> und die Materialien des Gesetzgebers als derzeit erste und einzige Orientierungshilfe zu dienen scheinen. Die nachfolgenden Überlegungen sollen zuerst in allgemeiner Weise der Bedeutung von Materialien in der Auslegung nachgehen (II.) und dann hinsichtlich des Betreuungsunterhalts (III.) taugliche und zulässige Spuren zur Konkretisierung des Begriffs Betreuungsunterhalt in den Materialien ausmachen.

## II. Materialien in der Auslegung

### 1. Die Bedeutung von Materialien in der Auslegung

Materialien gehören zu den *zentralen Orientierungspunkten bzw. Hilfsmitteln bei der historischen Auslegung*<sup>9</sup>, wenn es also darum geht, die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu ermitteln (und damit auch die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen). Ob es sich dabei um einen objektivierten oder den subjektiven Willen des Gesetzgebers han-

6 In Deutschland wurden in den Jahren 1995 und 1997 die Rechte der nichtverheirateten Mutter insofern ausgebaut, als der Anspruch auf Betreuungsunterhalt von einem auf drei Jahre verlängert wurde und schliesslich Ausnahmemöglichkeiten für eine längere Zusprechung eingeführt wurden. Die weiterhin bestehende Ungleichbehandlung gegenüber verheirateten Müttern wurde im Jahre 2007 vom Bundesverfassungsgericht als Ungleichbehandlung der Kinder gerügt. Obwohl durch dieses Urteil keine Nivellierung auf das untere Niveau des nichtehelichen Kindes postuliert wurde, geschah dies genau mit der Gesetzesänderung vom 21. 12. 2007; vgl. statt vieler NORBERT KLEFFMANN, *Der Betreuungsunterhalt – immer noch ein Buch mit sieben Siegeln?*, in: ISABELL GÖTZ/INGEBORG SCHWENZER/KURT SEELMANN/JOCHEN TAUPITZ (Hrsg.), FS Bruder Müller, München 2014, S. 379 f.

7 Die knappe und einfache Form gereicht dem Stil von EUGEN HUBER alle Ehre (vgl. EUGEN HUBER, Erläuterungen Bd. I, Bern 1914, S. 14), doch wäre hier ein Kriterienkatalog ähnlich jenem von Art. 125 Abs. 2 ZGB durchaus nützlich gewesen.

8 Dies lässt sich selbstredend nicht empirisch erhärten, doch belegen die zahlreichen Weiterbildungsveranstaltungen in diesem Bereich sowie zahlreiche Gespräche mit Praktikern einen erheblichen Aufklärungsbedarf, der kaum befriedigend gedeckt werden kann. Die Sorge der Beratungsunsicherheit wegen der Unbestimmtheit des Gesetzes wurde bereits in der parlamentarischen Beratung geäußert, vgl. Votum NR STAMM, AB NR 2014, 1217.

9 Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 312.

delt, ist in der Lehre kontrovers<sup>10</sup> und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird vorgeworfen, wenig zur Klärung beizutragen<sup>11</sup>. Zwar steht die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf dem Boden des sog. pragmatischen Methodenpluralismus<sup>12</sup>, doch wird oft unmittelbar im Anschluss an dieses Bekenntnis betont, bei *neueren Bestimmungen* würden Materialien nicht nur Hilfsmittel darstellen, sondern ihnen komme eine «*besondere Stellung*» zu<sup>13</sup> bzw. hätten eine «*erhebliche Bedeutung*»<sup>14</sup>. Zu ergänzen wäre, dass die Neuheit und damit die Geltungsdauer für das Bundesgericht nicht entscheidend ist, sondern dass sich seither die «*gesellschaftlichen Verhältnisse nicht wesentlich geändert*»<sup>15</sup> haben (BGE 135 III 59, E. 4.3) bzw. «*weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen*»<sup>16</sup>. Die letzten, teilweise nach kurzer Dauer erfolgten Revisionen der Revisionen zeigen aber, der Wertewandel kann sich gelegentlich sehr schnell einstellen<sup>17</sup>.

In Bezug auf die *Deutung der Materialien* lassen sich in der Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung *folgende Grundsätze* erkennen:

- *Art der Materialien*: Zwar werden in der Lehre in Bezug auf die Materialien stets auch die Vorentwürfe, Vernehmlassungen, Gutachten und auch die Kommissions- und Plenarprotokolle erwähnt<sup>18</sup>, doch soll die Botschaft eine prominente Rolle einnehmen bzw. wird sogar mit einer «*Erstkommentierung des Gesetzes*»<sup>19</sup> verglichen. Diese Sicht-

---

10 Vgl. die Hinweise bei BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 311 ff.

11 Gerade jüngst hat der Jubilar darauf hingewiesen, das Bundesgericht scheine sich innerhalb kurzer Zeit widersprüchlich geäußert zu haben, SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 2), S. 426.

12 Ausführlich dazu BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 194 ff.; jüngst BGE 140 III 206, E. 3.5.4.; 141 III 155, E. 4.2.; 141 III 481, E. 3.2.3.

13 BGE 141 III 155, E. 4.2. Teilweise ist die Formulierung missverständlich, wenn es heisst, «*insbesondere bei jüngeren Gesetzen sind auch* (Herv. d. Verf.) *die Gesetzesmaterialien zu beachten*» (BGE 139 III 457, E. 4.4), denn bei älteren Gesetzen sind die Materialien ebenfalls zu beachten. Ebenfalls sehr viel zurückhaltender BGE 139 III 411, E. 2.5.1: «*Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben.*» Praktisch gleicher Wortlaut auch in BGE 133 III 273, E. 3.2.

14 BGE 133 III 273, E. 3.2.2.

15 BGE 135 III 59, E. 4.3 (die betreffende Bestimmung war schon acht Jahre in Kraft und die parlamentarischen Beratungen, auf die das Bundesgericht zu Recht abstellte, lagen schon rund zehn Jahre zurück).

16 BGE 141 III 155, E. 4.2.

17 So wurde die ursprüngliche Getrenntlebensdauer von vier Jahren in Art. 114 ZGB, die letztlich nur ein parlamentarischer Kompromiss gegenüber der im VE vorgesehenen fünfjährigen Frist war, bereits nach drei Jahren geändert. Weitere diesbezügliche Stichworte wären Bedenkfrist, gemeinsame elterliche Sorge, Stiefkindadoption bei eingetragenen Partnern.

18 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 313; PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, Bern 2012, § 2 Rz. 85 ff.

19 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 313. Anzufügen wäre, dass zuweilen «*echte*» Erstkommentierungen bzw. erste Gesetzeserläuterungen auch nicht viel mehr sind, als die weitestgehend übernommene Botschaft.

weise darf zumindest aus mehreren Gründen hinterfragt werden. Zum einen sind zahlreiche Entwurfsresultate nur zu verstehen, wenn die gesamte Entwicklung vom Vorentwurf (bzw. die allfällig ihn inspirierenden Anstösse aus dem Parlament oder auch Rechtsprechung und Lehre) bis zum definitiven Gesetzestext im Blick behalten wird. Zum anderen würde es einer vertieften Untersuchung bedürfen, die als besonders wichtig bezeichneten Botschaften danach zu prüfen, ob sie denn tatsächlich den Vorgaben von Art. 141 ParlG (SR 171.10) entsprechen und bspw. die *«im vorparlamentarischen Verfahren diskutierte Standpunkte und Alternativen und die diesbezügliche Stellungnahme des Bundesrates»* erläutern, wie es Art. 141 Abs. 2 lit. c ParlG – doch in erkennbarer Weise Objektivität und Redlichkeit voraussetzend – verlangt. Botschaften vermögen diesen Anforderungen nicht immer zu genügen<sup>20</sup>, womit die Qualität und daraus folgend die Aussagekraft der Botschaft leidet. Des Weiteren ist nicht zu verkennen, dass Botschaften des Bundesrates sich zuweilen mehr als «Verkaufsprospekt»<sup>21</sup> denn als Kommentierung lesen und dies ebenfalls die sachliche Deutungskraft schwächt. Schliesslich ist der vermehrte Verzicht auf die Einsetzung von Expertenkommissionen zu konstatieren<sup>22</sup>. Deren diskursiv entstandener Bericht stellte meist erste Grundlage der späteren Botschaft dar, was der Sachlichkeit und Wissenschaftlichkeit der Botschaft kaum abträglich war, während heutige Botschaften des Bundesrates bereits auf der Basis von politischen Vorentscheiden abgefasst werden müssen. Angefügt sei letztlich, dass die Konzentration auf die Botschaft mitunter auch den Blick auf andere wichtige Materialien verstellt, beispielsweise Berichte und Auskünfte des Bundesrates, welche zuhanden von parlamentarischen Kommissionen erstattet werden müssen<sup>23</sup>, oder Protokolle der Parlamentskommissionen und Expertenkommissionen. Gerade bei den zuletzt genannten Protokollen stellt sich allerdings die Frage, inwieweit dortige Äusserungen noch als Indizien für den gesetzgeberischen

20 So beispielsweise bei Art. 492a ZGB, dessen gegenüber dem Vorentwurf veränderte Fassung in der Botschaft mit keinem Wort erwähnt wurde, ROLAND FANKHAUSER/BRIGITTE BIELER, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, successio 2009, S. 162 ff., S. 165 Fn. 27.

21 Dies ist auch wenig erstaunlich, wenn es im Botschaftsleitfaden der Bundeskanzlei, Bern 2015, auf S. 6 heisst, die Botschaft müsse das Parlament überzeugen, warum diese Lösung anderen Lösungen vorzuziehen sei.

22 Vgl. dazu ALAIN GRIFFEL, Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug, NZZ vom 8.2.2013, S. 15; SUTTER-SOMM/AMMANN (Fn. 1), S. 13; RÜETSCHI (Fn. 4), S. 53.

23 Auf der Grundlage von Art. 150 Abs. 1 lit. a ParlG, vgl. GRAF/THELER/VON WYSS-VON WYSS, Komm. zum ParlG, Art. 150 N 50, wonach solche Berichte namentlich in der Gesetzgebung von Bedeutung seien. Wie entscheidend solche Berichte sein können, zeigen Protokolle bei der Eherechtsreform. Bei Lektüre des Protokolls der vorbereitenden Kommission des Nationalrats vom 18./19.2.1982 zeigt sich bspw., wie kontrovers der Entscheid für die Errungenschaftsbeteiligung und gegen die Errungenschaftsgemeinschaft als ordentlicher Güterstand ausfiel und welchen Einfluss der damalige Vorsteher des EJPD mit seinen Voten hatte, obwohl die Kommission vorgängig eher einer Errungenschaftsgemeinschaft zugeneigt war und vom Bundesamt für Justiz deshalb auch ein Alternativentwurf verlangt hatte.

Willen angesehen werden können, wenn diese über die Botschaft oder den Kommissionsberichterstatter gar nie in die parlamentarische Konsensfindung einfließen konnten. Was der Gesetzgeber nicht weiss (bzw. hätte wissen können), kann er wohl schwerlich wirklich wollen<sup>24</sup>.

- *Die Würdigung von Einzelvoten in den Materialien*: In einer seit beinahe sechzig Jahren<sup>25</sup> praktisch unveränderten Formel hält das Bundesgericht fest, Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, seien nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen. Das gelte selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind<sup>26</sup>. Dies ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren bzw. einzuordnen. Einerseits – und darauf hat der Jubilar in der eingangs erwähnten Publikation zu Recht hingewiesen<sup>27</sup> – ist diese Regel nicht apodiktisch zu verstehen, sondern diese Äusserungen sind stets im Kontext der gesamten Materialien zu sehen und zu würdigen, womit ihnen möglicherweise doch entscheidende Bedeutung zukommen kann. Andererseits ist zu betonen, dass sich die Formel des Bundesgerichts nur auf Einzeläusserungen bezieht, gerade also nicht pauschal für die Materialien per se gilt.
- *Abgelehnte Anträge*: Mit dem Gesetzgeber verhält es sich zuweilen wie mit kleinen Kindern. Klar ist nur, was sie nicht wollen, unklar hingegen, was gewollt ist. Insbesondere abgelehnte Anträge lassen in der Regel darauf schliessen, der Gesetzgeber habe bewusst eine bestimmte Richtung nicht einschlagen wollen, weshalb es der Rechtsprechung ebenfalls verwehrt bleibt, diesen Weg einzuschlagen<sup>28</sup>. Wobei auch in solchen Fällen zu berücksichtigen ist, ob die zur Abweisung führenden Gründe noch aktuell sind oder deren Übernahme nicht zu einer zirkulären Argumentation führt. Was der Gesetzgeber beispielsweise unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ablehnt, kann nicht Grund für die Rechtsprechung sein, ihrerseits unter Hinweis auf

---

24 Dies ist selbstverständlich nicht mit den in Kommissionen geäusserten sachlichen Argumenten zu verwechseln, welche für die Auslegung herangezogen werden können.

25 Soweit ersichtlich geht die derzeit gängige Formel auf BGE 84 II 91, 103 zurück. Interessant ist, dass erst dort die Formel auf Äusserungen von mit der Gesetzesvorbereitung befassten «*Stellen*» und einzelnen «*Personen*» beschränkt wurde, die vorgängigen Entscheide diese Sichtweise noch pauschal für die «*Materialien*» bzw. «*les travaux préparatoires*» gelten liessen (vgl. die in BGE 84 II 91, 103 zitierten Entscheidstellen BGE 81 I 274, 282, E. 3 sowie BGE 82 II 477, 485). Zu vermuten ist, dass die Formel sich zu Beginn gegen das Primat der historischen Auslegung richtete (vgl. auch BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 179), dann aber in abgewandelter Form sich auf die Gewichtung von Einzeläusserungen bezog.

26 BGE 139 III 368, E. 3.2.

27 SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 2), S. 427.

28 BGE 134 V 170, E. 4.1; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 313; MAX IMBODEN/RÉNE A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 1986, S. 143.

den Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung blind zu perpetuieren<sup>29</sup>. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Familienrecht hatte bereits Gelegenheit, für Ausnahmefälle den durch einen abgelehnten Antrag manifestierten Willen des Gesetzgebers zu relativieren, indem sie für die Frage der Lebensprägung einer Ehe auch unter Umständen die voreheliche Dauer einer faktischen Lebensgemeinschaft miteinbezog, obwohl im Parlament ein diesbezüglicher Antrag abgewiesen wurde<sup>30</sup>.

- *Argumentative Qualität der Materialien*: Was bereits in der Anleitung von Art. 1 Abs. 3 ZGB im Kriterium der «Bewährtheit» angelegt ist, sollte auch für die Würdigung von Materialien gelten. Die Äusserungen sind kritisch zu würdigen, ausschlaggebend ist die Überzeugungskraft der Argumente<sup>31</sup>. Dies gilt natürlich insbesondere dann, wenn die betreffenden Überlegungen in den Materialien für sich in Anspruch nehmen, auf sachlichen Kriterien oder auch Fakten zu basieren. Im Kontext einer qualitätsorientierten Würdigung muss beim Einbezug der Materialien auch stets berücksichtigt werden, wie beliebig, wie widersprüchlich oder wie unkonkret die Hinweise sind.
- *Motive der Ausführungen*: In Lehre und Verwaltung besteht die Einschätzung<sup>32</sup>, in der Gesetzgebung würden aus politischen und referendumstaktischen Gründen wenig aussagekräftige Formelkompromisse zunehmen und anstrengende, zeitraubende Konsensfindungen mit dem Resultat von konkreten Ergebnissen abnehmen. Wenn dem so ist, so wäre es naiv zu glauben, die Botschaft des Bundesrates, der «seinen» Entwurf beim Parlament durchbringen will, würde sich nicht auch solcher Formulierungen bedienen, in welchen sich verschiedenste Positionen wiederfinden können<sup>33</sup>. Derartige «Eiertanzformulierungen» in den Materialien sind keine belastbaren Auslegungsindizien<sup>34</sup>.
- *Tragweite des Auslegungsergebnisses*: Je grösser die Tragweite einer bestimmten Rechtsänderung ist, desto höhere Anforderungen seien an die Materialien zu stellen, denn bei «einen auf Rechtsänderung gerichteten Willen des Gesetzgebers» müssten sich «angesichts der grossen Tragweite (...) hierzu eigentlich positive Aussagen in den Materialien

29 Vgl. dazu BGE 135 III 66, E. 6., wonach es «nicht zwingend [sei], dass diese aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum ehelichen Unterhalt folgerichtig begründete Ablehnung der Mankoteilung [beim nahehelichen Unterhalt bei der Revision des Scheidungsrechts] ihrerseits auf den ehelichen Unterhalt und den Kindesunterhalt gewissermassen zurückwirkt.»

30 BGE 135 III 59, E. 4 (Präzisierung der durch BGE 132 III 598 begründeten Rechtsprechung).

31 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 477 ff., 487.

32 Vgl. GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich 2013, Rz. 30; RÜETSCHI (Fn. 4), S. 50.

33 RÜETSCHI (Fn. 4), S. 50.

34 RÜETSCHI (Fn. 4), S. 57, beobachtet, dass die Medienmitteilung des Bundesgerichts über den ersten höchstrichterlichen Entscheid ([http://www.bger.ch/press-news-5a\\_923\\_2014-t.pdf](http://www.bger.ch/press-news-5a_923_2014-t.pdf)) an prominenter Stelle auf die wenig aufschlussreichen Materialien hinweist («Welche Messlatte der Gesetzgeber für eine Alleinzeuteilung genau anlegen wollte, lässt sich (...) nicht mit abschliessender Sicherheit eruieren.»).

*finden lassen.*»<sup>35</sup> In die gleiche Stossrichtung gehend, wohl aber etwas zu weit scheint die Auffassung, auf die Materialien könne nur abgestellt werden, wenn sich «*daraus die Auffassung des Gesetzgebers zweifelsfrei ergibt*»<sup>36</sup>. Mitunter scheint die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber diesen Anforderungen selbst nicht zu genügen, wenn beispielsweise in BGE 133 III 497, E. 4.3 äusserst vorsichtig formuliert wird, «*Aus der Entstehungsgeschichte muss geschlossen werden*», dass bei der Vorsorgeteilung neben der Billigkeitsklausel von Art. 123 Abs. 2 ZGB zusätzlich noch die Einrede des Rechtsmissbrauchs möglich sein soll<sup>37</sup>.

## 2. Bedeutungszunahme von Materialien

Die Bedeutung von Materialien im Rahmen der Gesetzesauslegung nimmt vor allem aus zwei Gründen zu. Wie bereits eingangs dargelegt, ist zum einen auch in Kernbereichen des Zivilgesetzbuches eine markante Zunahme von Revisionen festzustellen. Die Anzahl neuer Gesetze bzw. die Kadenz von Gesetzesneuerungen nimmt zu und damit auch Auslegungsarbeit, welche sich zu einem wesentlichen Teil auf die Materialien stützt, weil ihnen bei neuen Gesetzen eine entscheidende Bedeutung zugemessen wird. Ohne dies dramatisieren zu wollen, verlagert sich damit ein bedeutender Teil der Rechtsanwendung, die Auslegung von Rechtsnormen, faktisch auf die Legislative (und Exekutive, welche mit der Vorbereitung der gesetzgeberischen Arbeit betraut ist), denn diese produziert mit ihren Materialien die Eckpunkte der Auslegung (meist auch, ohne diese im Gesetzestext verankern zu wollen).

Zum anderen ist festzustellen, dass sich der Gesetzgeber sogar bei grundlegenden Neukonzeptionen (bspw. Begriff der Obhut) oder bei der Einführung von bisher unbekanntem Rechtsinstituten (Betreuungsunterhalt) immer häufiger auf unbestimmte Rechtsbegriffe beschränkt<sup>38</sup> und darauf verzichtet<sup>39</sup>, weitere Kriterien zur Konkretisierung oder Legaldefinitionen ins Gesetz aufzunehmen. Tröstlich mag sein, wenn auch in Nachbarrechtsordnungen «die Flucht in die Generalklausel»<sup>40</sup> im Familienrecht beklagt wird. Sicher ist jedenfalls, unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln führen zu einem

---

35 BGE 139 III 491, E. 4.3.

36 BGE 133 III 273, E. 3.2.2;

37 Spekulation, aber doch denkbar ist, dass diese eher unsichere Materialienlage dazu führte, diesfalls den Anwendungsbereich der Rechtsmissbrauchseinrede erheblich einzuschränken.

38 RÜETSCHI (Fn. 4), S. 57.

39 RÜETSCHI (Fn. 4), S. 57, hegt den m.E. wohlbegründeten Verdacht, die Gesetzesbestimmungen seien bewusst so offen und unbestimmt, damit sich jede politische Position darin finden könne, womit diese nicht das Resultat von gemeinsamen Inhaltsvorstellungen, sondern zunehmendem Partikularismus seien. Allerdings können auch sehr detaillierte und kasuistische Rechtsnormen das Ergebnis von partikularistischer Gesetzgebung sein, vgl. MÜLLER/UHLMANN (Fn. 32), S. 175.

40 JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 6. Aufl., München 2010, § 1 Rz. 56. Auch im Common Law wird das richtige Mass zwischen Generalklauseln und konkreten Normen im Familienrecht diskutiert, vgl. JONATHAN HERRING, Family Law, 6. Aufl., Harlow 2013, S. 31 m.w.H.

erhöhten Auslegungsbedarf, womit auch die Bedeutung von Materialien ansteigt. Unbestimmte Rechtsbegriffe dürften sich zudem vor allem zu Lasten der wirtschaftlich schwächeren Parteien auswirken<sup>41</sup>, denn namentlich bei Verhandlungen profitiert die wirtschaftlich stärkere Partei von bestehenden Rechtsunsicherheiten<sup>42</sup>. Das Familienrecht, welches dem Schutz des Schwächeren verpflichtet ist, wäre auch aus diesen Gründen gut beraten, sich griffigeren und Vorausssehbarkeit sowie Rechtssicherheit schaffenden Normen zu bedienen.

### III. Der Betreuungsunterhalt im Lichte der Materialien

#### 1. Allgemeines zum Betreuungsunterhalt

Bereits im «Lead»<sup>43</sup> der Botschaft wird klargemacht, unter welchen Leitlinien das neue Unterhaltsrecht steht. Das *Kindeswohl* soll ins Zentrum aller Überlegungen gestellt und das Unterhaltsrecht so ausgestaltet werden, dass dem Kind *keinerlei Nachteile aus dem Zivilstand der Eltern* erwachsen. Letzteres war das Hauptziel der Revision und die Einführung des Betreuungsunterhalts dessen erster Eckpunkt, um dies zu erreichen<sup>44</sup>. Der Unterhaltsbeitrag umfasst deshalb neu auch die Kosten der Betreuung durch Dritte oder durch die Eltern. Im Gesetzestext wird dies einerseits in der Grundnorm von Art. 276 Abs. 2 nZGB festgehalten, wonach die Eltern die Kosten von Betreuung gemeinsam zu tragen haben, andererseits wird – allein auf den Betreuungsunterhalt gemünzt – in Art. 285 Abs. 2 nZGB verlangt, der Unterhaltsbeitrag habe auch der *Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte* zu dienen. Dabei wird betont, die persönliche Betreuung solle gegenüber der Drittbetreuung nicht bevorzugt werden, sondern im Einzelfall statusunabhängig möglich sein<sup>45</sup>. Die Krux liegt nun darin, dass direkte Kosten durch eine Drittbetreuung ohne Weiteres<sup>46</sup> beziffert werden können, hingegen

41 Vgl. auch die Warnrufe in Bezug auf den nachehelichen Unterhalt SCHWENZER, ZBJV 1993 (Fn. 3), S. 264 ff.; das nacheheliche Unterhaltsrecht der Scheidungsrechtsnovelle, auf welche sich diese Bedenken bezogen, stellte immerhin weitestgehend eine Kodifizierung der bisherigen altrechtlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar, vgl. THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 125 N 3.

42 ROBERT H. MNOOKIN/LEWIS KORNGHAUSER, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 (1979) Yale L.J., S. 950 ff., 972, 980. Deshalb wird auch in Deutschland eine weitere Standardisierung des Unterhaltsrechts gefordert, vgl. NINA DETHLOFF, Gutachten A für den 67. Deutschen Juristentag, München 2008, A 43, S. 66 ff.

43 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29.11.2013, BBl 2014, S. 529, 530.

44 So Botschaft (Fn. 43), S. 547.

45 Botschaft (Fn. 43), S. 552.

46 Ausgenommen werden hier Fälle, wo auch die Drittbetreuung «lediglich» indirekte Kosten verursacht, bspw. die Grossmutter lässt sich (mit einer Renteneinbusse) frühpensionieren (oder baut ihre Teilzeiterwerbstätigkeit nicht aus), damit sie (unentgeltlich) die Enkelkinder betreuen kann.

die – von der Reform insbesondere angepeilt<sup>47</sup> – indirekten Kosten einer persönlichen Betreuung schwer zu beziffern sind und je nach Ansatz die Höhe sehr stark variieren kann. Die Drittbetreuungskosten werden nach dem neuen Konzept als Teil der sog. direkten Kinderkosten (worunter auch die sonstigen Bedürfnisse des Kindes gehören) und die indirekten Kosten der Betreuung als sog. Betreuungsunterhalt verstanden<sup>48</sup>.

## 2. Die Bemessung des Betreuungsunterhalts

Das Gesetz enthält kaum Anhaltspunkte und schon gar keine Kriterien, wie der Betreuungsunterhalt zu bemessen ist. Dies ist ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers gewesen, hat er doch an dieser Situation festgehalten<sup>49</sup>, obwohl im Vernehmlassungsverfahren<sup>50</sup> und auch in der parlamentarischen Beratung daran Kritik geübt wurde. Der mit 136 zu 52 Stimmen deutlich abgelehnte Antrag auf Nichteintreten in die Debatte war gerade durch den Einwand motiviert, die Bemessung solle nicht ohne weitere Kriterien der Praxis überlassen werden<sup>51</sup>. Das Parlament wollte damit gestützt auf den bewussten Entscheid des Bundesrates, im Gesetz keine Vorgaben aufzustellen, die Bemessungsmethode beim Betreuungsunterhalt der Praxis überlassen<sup>52</sup>.

Schon unter diesen Vorzeichen ist zweifelhaft, ob aus den Materialien weitere Vorgaben für die Bemessung des Betreuungsunterhalts als gesetzgeberischer Wille interpretiert werden können. Dies zu betonen ist deshalb wichtig, weil die Botschaft sich dennoch sehr ausführlich mit möglichen Bemessungsmethoden auseinandersetzt<sup>53</sup>. Dabei lehnt sie eine Subjektivierung des Betreuungsunterhalts ab, was zu einer Verwerfung des sog. Opportunitätskostenansatzes führt<sup>54</sup>. Es scheint offensichtlich, der Betreuungsunterhalt soll keinen Lohn ersetzen<sup>55</sup> und nicht die gesamten wirtschaftlichen Folgen einer Einkommensminderung durch Übernahme von persönlicher Betreuungsarbeit ausgleichen<sup>56</sup>. Dieser Befund lässt sich damit nicht nur auf jene Passage abstützen, welche sich speziell mit den Bemessungsmethoden auseinandersetzt (Ziff. 1.5.2), sondern wird durch die an verschiedenen Orten geäußerten Zielvorstellungen bzw. Veranschaulichungen bestätigt. Es drängt sich der Schluss auf, dem Bundesrat ging es bei der Ablehnung dieses

---

47 Deren Nichtberücksichtigung wird auch an erster Stelle als Kritikpunkt am geltenden Recht genannt, Botschaft (Fn. 43), S. 540, 551.

48 Botschaft (Fn. 43), S. 551.

49 Botschaft (Fn. 43), S. 554.

50 Bericht Vernehmlassung, S. 27 f.; Botschaft (Fn. 43), S. 549. Dies muss auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass im Bericht zum Vorentwurf jegliche Überlegungen zu möglichen Bemessungsansätzen fehlten.

51 Vgl. Votum STAMM, AB 2014 N 1217; Votum SCHWANDER, AB 2014 N 1221 f.

52 Votum VISCHER, AB 2014 N 1231; Votum HUBER, AB 2014 N 1232. Art. 276 nZGB wurde mit 135 zu 54 Stimmen angenommen. Über Art. 285 Abs. 2 ZGB wurde keine Diskussion geführt.

53 Botschaft (Fn. 43), S. 552 ff.

54 Botschaft (Fn. 43), S. 552.

55 Votum BRin Sommaruga, AB 2014 N 1224.

56 Botschaft (Fn. 43), S. 556.

Ansatzes nicht nur um die eigentliche Methode, sondern auch um die theoretische Fundierung und damit auch um die damit verbundenen ziffernmässigen Konsequenzen<sup>57</sup>. Der Betreuungsunterhalt soll finanziell nicht ausgleichen, was bei einer persönlichen Betreuung entgeht, sondern er soll sicherstellen bzw. gewährleisten, um den Gesetzwortlaut von Art. 285 Abs. 2 nZGB zu übernehmen, dass auch eine persönliche Betreuung des Nichterwerbstätigen möglich bleibt bzw. seine Präsenz wirtschaftlich sichergestellt wird<sup>58</sup>. Aber auch um dieses Niveau der «wirtschaftlichen Ermöglichung» zu definieren, äussert sich die Botschaft sehr zurückhaltend. Sie formuliert ihre Orientierung an den sog. Lebenshaltungskosten des Betreuenden als «*anderer Anhaltspunkt*», als Vorschlag oder schliesslich als «*empfehlenswerter Ansatz*»<sup>59</sup> und betont an gleicher Stelle, der Ermessensspielraum solle durch die offene Formulierung und den Verzicht auf einen Kriterienkatalog belassen werden. Aber auch bei der Frage der Konkretisierung dieser Lebenshaltungskosten begnügt sich die Botschaft mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum als «Anhaltspunkt», wobei offenbar auch Weiterungen nach Massgabe der konkreten Verhältnisse berücksichtigt werden können<sup>60</sup>. Genauer erfährt der Leser nicht, lediglich, dass die Leistungsfähigkeit und Lebensstellung des Unterhaltspflichtigen nicht hier beim Betreuungsunterhalt, sondern bei der Festlegung der direkten Kinderkosten zu würdigen seien<sup>61</sup>. Der Betreuungsunterhalt soll dann schliesslich die durch eigenes Einkommen nicht gedeckten Lebenshaltungskosten ausgleichen. Diese durchwegs vagen Annäherungen mögen m.E. deshalb die Rechtsprechung nicht daran hindern, eigene Ansätze einer Bezifferung festzulegen. Dennoch hat der Gesetzgeber damit die beklagte grosse Bandbreite abgesteckt und insbesondere eine Modellorientierung am übergeordneten Zweck vorgenommen, wonach der Betreuungsunterhalt dem Kind die persönliche Betreuung wirtschaftlich ermöglichen soll, nicht mehr und nicht weniger.

Das erwähnte und vom Bundesrat favorisierte und vorgeschlagene Kriterium der Lebenskosten hat im Gesetzwortlaut keinen Niederschlag gefunden. Auch ist zu bezweifeln, ob dieser Ansatz auch sachlich überzeugt. Darauf wurde bereits in der Lehre und Praxis hingewiesen<sup>62</sup> und der vorliegende Rahmen lässt eine vertiefte Analyse nicht zu. Immerhin

---

57 Bezeichnend dafür, wenn es heisst, es würden Ergebnisse erzielt, die sich innerhalb einer sehr grossen Bandbreite bewegen würden, Botschaft (Fn. 43), S. 553.

58 Botschaft (Fn. 43), S. 576, wonach einzig entscheidend sei, dem Kind die Anwesenheit des Elternteils finanziell zu ermöglichen.

59 Botschaft (Fn. 43), S. 553; vgl. auch S. 576, wo der Beizug der Lebenshaltungskosten als Richtwert bezeichnet wird.

60 Botschaft (Fn. 43), S. 576.

61 Die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern als Kriterien gemäss Art. 285 Abs. 1 Satz 1 nZGB können sich bei den direkten Kinderkosten auswirken, indem beispielsweise höhere Grundbeträge, Wohnkosten, Freizeitausgaben etc. zugelassen werden.

62 Vgl. insbesondere die Ausführungen von JONAS SCHWEIGHAUSER anlässlich seines Referats am Centrum für Familienwissenschaften vom 19.5.2016, Folien abrufbar unter [http://www.famwiss.ch/fileadmin/famwiss/redaktion/Veranstaltungen\\_Basel\\_Archiv/Praesentation\\_Schweighauser.pdf](http://www.famwiss.ch/fileadmin/famwiss/redaktion/Veranstaltungen_Basel_Archiv/Praesentation_Schweighauser.pdf).

ist zu bedenken, dass eine Orientierung an den Lebenshaltungskosten des Betreuenden zu Ergebnissen führen kann, welche die Botschaft ausdrücklich ablehnt. Die effektiven Lebenshaltungskosten sind nicht selten vom Einkommen abhängig, womit die Leistungsfähigkeit dennoch bei den indirekten Kosten einfließt und zu einer Subjektivierung führt. Unter Umständen könnte persönliche Betreuung keinen Betreuungsunterhalt auslösen, wenn mit Teilzeitarbeit ein hohes Einkommen erzielt wird, welches die Lebenshaltungskosten bereits deckt. Trotz zeitlich gleichen Betreuungsanteilen beider Eltern könnte wegen unterschiedlicher Lebenshaltungskosten und verschieden hoher Einkommen ein Betreuungsunterhalt geschuldet sein. Last but not least würde sich damit der Betreuungsunterhalt an Elternfaktoren orientieren, obwohl mit der Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhalts gerade ein positiver Einfluss auf Akzeptanz und Zahlungsmoral des Unterhaltsschuldners erhofft wird<sup>63</sup>. Definiert sich der Betreuungsunterhalt primär über die Lebenshaltungskosten des ehemaligen Partners, wird nicht nur die dogmatische Fundierung als Kindesunterhalt untergraben, sondern auch die erwünschte Akzeptanzsteigerung gefährdet<sup>64</sup>. Gerade letzteres zeigt, eine überzeugende Bemessungsmethode muss an der eigentlichen Kinderbetreuung und deren Wert sowie an der Betreuungsalternative Drittbetreuung festgemacht werden. Zu ersetzen wären damit jene Kosten, welche dem Unterhaltspflichtigen durch die persönliche Betreuung erspart bleiben. Betreuungskosten fallen dann so oder anders gleich hoch aus, ob das Kind drittbetreut oder selbst betreut wird, sei es über die direkten Kinderkosten oder über den Betreuungsunterhalt. Die gängigen (unsubventionierten) Kosten einer Betreuung durch Kinderkrippen bewegen sich zudem in Grössenordnungen, mit welchen Lebenshaltungskosten im Bereich betriebsrechtlicher Existenzminima (mit ausgeschiedenen Kinderkostenanteilen) gedeckt werden könnten.

### 3. Altersstufenmodell im Betreuungsunterhalt

Ebenfalls für Unruhe oder Verunsicherung unter Praktikern führt eine Passage in der Botschaft, welche im Kontext der Dauer des Betreuungsunterhalts die Revision als Anlass sieht, das bisherige für den nahehelichen Unterhalt von der Rechtsprechung entwickelte Altersphasenmodell (10/16-Regel) zu überdenken<sup>65</sup>. Auch hier ist m.E. Relativierung geboten.

Vorab scheint die Botschaft hier nicht dem Ersatz der einen Regel durch eine andere das Wort zu reden, sondern eine vermehrte Orientierung an den konkreten Verhältnissen und damit den effektiven Umständen des Einzelfalles zu postulieren.

Die Botschaft betont zudem, einzig entscheidend für die Dauer des Betreuungsunterhalts sei der Bedarf an persönlicher Betreuung<sup>66</sup>, welcher sich wiederum über das Kindes-

---

63 ALEXANDRA RUMO-JUNGO/SANDRA HOTZ, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, *FamPra.ch* 2013, S. 1 ff., S. 8.

64 DETHLOFF (Fn. 42), A 52.

65 Botschaft (Fn. 43), S. 578.

66 Botschaft (Fn. 43), S. 577.

wohl bestimmt. Wie das Bundesgericht jüngst deutlich festgehalten hat, wurzelt die 10/16-Regel im Kindeswohl und fusst auf der Überlegung, dass die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege auch bereits im obligatorischen Schulalter stehender Kinder deren Interessen diene, weshalb diese Rechtsprechung grundsätzlich auch bei unverheirateten Müttern anwendbar sei<sup>67</sup>. Es wäre schwerlich einzusehen, die dem Kindeswohl verpflichtete Revision zum Betreuungsunterhalt zum Anlass zu nehmen, eine ebenfalls dem Kindeswohl dienende Regel erheblich abzuändern, ohne dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse geändert hätten. Das vom Bundesgericht entwickelte Altersphasenmodell sieht das Kindeswohl letztlich darin gefährdet, dass die Kontinuität einer Betreuung nicht gewährleistet wird. Ein gewähltes und bewährtes Betreuungsmodell soll nicht durch die erzwungene Erwerbstätigkeit der bisherigen Betreuungsperson zu Lasten des Kindes aufgegeben werden müssen. In diesem Sinne spielt es für die allenfalls gerichtlich vorzunehmende Verteilung der Betreuungsanteile unter den Eltern eine Rolle, ob bereits ein bestimmtes Modell gelebt wurde. Die festgelegten Betreuungsanteile wiederum werden von entscheidender Bedeutung für den Betreuungsunterhalt sein. Eine direkte Abhängigkeit des Betreuungsunterhalts von den Umständen der elterlichen Beziehung bedeutet dies aber nicht. Soll die Orientierung am Kindeswohl und die Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts als Teil des Kindesunterhalts ernst genommen werden, dann können diese Umstände keinesfalls direktes Kriterium für die Dauer des Betreuungsunterhalts sein. Die Gesetznovelle kann nicht die Ungleichbehandlung ehelicher und nicht-ehelicher Kinder beseitigen wollen und eine Differenzierung von Kindern aus gelebten faktischen Partnerschaften und Kindern aus Gelegenheitsbeziehungen einführen<sup>68</sup>.

Zu beachten ist schliesslich, dass der Gesetzgeber vor allem auch über die Stimmen in der Lehre<sup>69</sup> und diese wiederum durch die Rechtsprechung und anschliessend angepasste gesetzliche Situation in Deutschland inspiriert waren<sup>70</sup> und in Deutschland ganz bewusst eine Abkehr vom dort bislang geltenden Altersphasenmodell «0-8-15» erfolgte und der Betreuungsunterhalt von Ausnahmen abgesehen nur für die ersten drei Kindesjahre beansprucht werden kann<sup>71</sup>. In den Materialien hätte sich dem Gesetzgeber deshalb ausreichend Gelegenheit geboten, zustimmend auf den dortigen Systemwechsel hinzu-

67 BGer 5A\_336/2015 E. 5.3, wobei bemerkenswert ist, dass dieser in Fünferbesetzung gefällte Entscheid auch Bezug auf den neuen Art. 285 Abs. 2 nZGB nimmt (und seine Vorwirkung ablehnt), weshalb die Wirkungsmacht entsprechender Ausführungen zur 10/16-Regel bewusst sein musste.

68 Bemerkenswert das Votum von Bundesrätin SOMMARUGA, AB 2014 N 1223, «Für ein Kind macht es keinen Unterschied, ob es von einem Paar gezeugt wurde, das seit zehn Jahren verheiratet war, oder ob es aus einem One-Night-Stand hervorging: Jedes Kind soll unabhängig vom Zivilstand der Eltern Anspruch auf die gleichen Leistungen haben.» JONAS SCHWEIGHAUSER danke ich für den Hinweis.

69 Insbesondere ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss, recht 2008, S. 27 ff.; INGBORG SCHWENZER/ISABELLE EGLI, Betreuungsunterhalt – Gretchenfrage des Unterhaltsrechts, FamPra.ch 2010, S. 18 ff.

70 Vgl. RUMO-JUNGO, recht 2008 (Fn. 69), S. 27, welche in Fn. 1 ihres Aufsatzes auf den einschlägigen BVerfGE vom 28. 2. 2007, FamRZ 2007, S. 965 ff., hinweist.

71 Vgl. § 1615l Abs. 2 BGB.

weisen, was er aber nicht getan hat. Im Gegenteil, obwohl die Lehre diese Angleichung und die Übernahme des Dreijahresmodells forderte, wurde dieses System nicht einmal auf der Stufe des Vorentwurfs übernommen<sup>72</sup>. Auch dieser Befund verbietet, gestützt auf die Revision des Kindesunterhaltsrechts das Altersphasenmodell erheblich zu verändern.

#### IV. Schlussbemerkungen

Es gibt wohl nichts Beglückenderes für einen Rechtswissenschaftler, als wenn die intellektuelle Saat Früchte trägt und seine Ideen aufgenommen und weiterentwickelt werden. Meine Überlegungen haben versucht, die kritischen Reflexionen des Jubilars über Materialien in der Auslegung aufzunehmen und für das neue Kindesunterhaltsrecht fruchtbar zu machen. Die Einführung des sog. Betreuungsunterhalts durch lediglich einen unbestimmten Rechtsbegriff würde eigentlich eine Abhängigkeit von den Materialien indizieren, doch zeigt eine vertiefte Analyse, dass die Rechtsprechung grösstenteils ihr sachgerechtes Ermessen und ihre Vernunft frei von gesetzgeberischen Vorgaben walten lassen kann. Um mit den Worten der eingangs zitierten MARIE THERES FÖGEN zu schliessen, auch beim neuen Kindesunterhaltsrecht bleiben der Legislative die postnatalen Zugriffsmöglichkeiten auf ihr Produkt beschränkt<sup>73</sup>.

---

72 Bericht VE, S. 18: «(...) wählt der VE-ZGB jedoch einen anderen Weg.».

73 MARIE THERES FÖGEN, Das Lied vom Gesetz, München 2006, S. 35.

# Das Zivilrecht und seine Durchsetzung

---

*Festschrift für Professor  
Thomas Sutter-Somm*

---

Herausgegeben von

Roland Fankhauser  
Corinne Widmer Lüchinger  
Rafael Klingler  
Benedikt Seiler

Das Zivilrecht  
und seine Durchsetzung

—

*Festschrift für Professor  
Thomas Sutter-Somm*

—

Herausgegeben von

Roland Fankhauser

Corinne Widmer Lüchinger

Rafael Klingler

Benedikt Seiler

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016  
ISBN 978-3-7255-7089-8

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

Geleitwort .....	V
Grussadresse .....	IX
Autorenverzeichnis .....	XXI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII

## Zivilprozessrecht/IZPR

CHRISTOPH ALTHAMMER

Die Geltung zivilprozessualer Mindeststandards in der Verbraucherstreit- beilegung und das Selbstverständnis des Streitmittlers .....	1
--	---

CHRISTINE BALTZER-BADER

Das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz – Durchführung einer Verhandlung oder Entscheid aufgrund der Akten im Berufungsverfahren (Art. 316 Abs. 1 ZPO) .....	15
--	----

FRANÇOIS BOHNET

Les origines de la procédure civile neuchâteloise .....	31
---	----

MARCO CHEVALIER/BENEDIKT SEILER

Das Rügeprinzip vor Bundesgericht und der oberen kantonalen Instanz .....	49
---	----

TANJA DOMEJ

Finanzierung von Verbands- und Gruppenklagen .....	63
--	----

WOLFGANG ERNST

«Führergrundsatz im Zivilprozess»? – Kollegialgerichtliche Entscheidungsregeln unter dem Einfluss nationalsozialistischer Ideologie .....	79
--	----

ULRICH FOERSTE

Befangene Zeugen im Zivilprozess – Zur antizipierten Beweiswürdigung  
in der Schweiz und in Deutschland ..... 95

DIETER FREIBURGHaus

Untersuchungsmaxime ohne Novenrecht im Berufungsverfahren nach ZPO? –  
Eine kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen  
Rechtsprechung ..... 111

PETER GOTTWALD

Auf dem Weg zu einer rationalen Beweiswürdigung ..... 125

PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER

Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung – Zum Obligatorium des  
Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der  
Schlichtungsverhandlung ..... 137

NICOLAS GUT

Die prozessrechtlichen Wirkungen des eine negative Feststellungsklage  
abweisenden Urteils ..... 157

ULRICH HAAS/ISABELLE BRUNNER

Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ im Spiegel der Schweizer Rechtsprechung ..... 169

LUKAS HANDSCHIN/BEAT JUCKER

Die Vermutung der Überschuldung – Ein Beitrag zu Gehalt und prozessualen  
Aspekten der Überschuldungsanzeige (Art. 725 Abs. 2 OR) ..... 189

VIKTÓRIA HARSÁGI

Deficiencies of collective redress in Hungary and recommendations  
for codification ..... 201

FRANZ HASENBÖHLER

Klares und weniger Klares beim Rechtsschutz in klaren Fällen ..... 217

LUCIUS HUBER Gestaltungsspielraum eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz beim Erlass vorsorglicher Verfügungen .....	227
DAVID JENNY Von der eidgenössischen ZPO zum baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetz	251
PETER JUNG Faktische Organe im Zivilprozess – Substance over Form? .....	263
NIKOLAOS M. KATIFORIS Die Revision der Höhe der zugesprochenen Entschädigungssumme aufgrund ideellen Schadens .....	275
CHRISTIAN KATZENMEIER/CHRISTOPH JANSEN Beweismass, Beweislast und Haftung für den Verlust von Heilungschancen – Kausalitätsfragen im Arzthaftungsprozess in der Schweiz und in Deutschland ....	285
CHRISTOPH A. KERN Technik und Taktik – Die Not des EuGH mit Prozessrecht und Sachenrecht .....	303
NIKOLAOS K. KLAMARIS Die einzelnen Beweismittel nach dem griechischen Zivilprozessrecht .....	317
KATHRIN KLETT Rechtsmittelbegründung als Basis und Grenze der funktionellen Zuständigkeit .....	333
RAFAEL KLINGLER/FRANCESCA PESENTI Unnötige Prozesskosten und Ordnungsbussen im Schlichtungsverfahren .....	347
FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/EMANUEL BITTEL Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung .....	363

CHRISTOPH LEUENBERGER Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO) .....	379
CORDULA LÖTSCHER Es tritt ein: Der Streitberufene. – Der Eintritt des Streitberufenen in den Prozess nach Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO .....	393
BRUNO LÖTSCHER-STEIGER Prüfungs- und Entscheidbefugnisse der Schlichtungsbehörde .....	409
HIROYUKI MATSUMOTO Die Bedeutung des «im Urteilstenor Enthaltene» als Gegenstand der materiellen Rechtskraft im japanischen Zivilprozess – Eine Betrachtung über die Entstehungsgeschichte des § 114 Abs. 1 ZPG .....	429
PETER MOSIMANN Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess .....	455
WALTER H. RECHBERGER Zur Eventualmaxime – eine rechtsvergleichende Untersuchung .....	471
PETER REETZ Von der Erstreckung von Fristen .....	489
HERBERT ROTH Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorien .....	505
MARIANNE ROTH/CLAUDIA REITH The Brussels IIa Regulation in Austria – 10 years of application .....	521
MARKUS SCHEFER/LUKAS SCHAUB Nichtöffentlichkeit privater Schiedsverfahren? – Zur Garantie der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV .....	537

CLAUDE SCHRANK Der Streitgegenstand und das Schlichtungsverfahren – Missverständnisse, Klageänderung und Widerklage .....	555
DANIEL SCHWANDER Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht ...	573
IVO SCHWANDER Zu den Rangverweisungsnormen Art. 1 Abs. 2 IPRG, Art. 30a SchKG und Art. 2 ZPO .....	601
KARL SPÜHLER Schlichten vor Richten – Rechtsfragen des Vergleichs .....	615
DANIEL STAEHELIN Die unspezifizierte unechte Teilklage – oder die Zulassung der alternativen Klagenhäufung .....	627
JEAN-FRITZ STÖCKLI/ANGELA CASEY-OBRIST Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO und ihre Auswirkungen auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten .....	643
ROLF STÜRNER Materielles Schadensersatzrecht und Schätzung im Prozess .....	657
DANIELA THURNHERR Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess – Reichweite und Grenzen der Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	673
FRANK VISCHER (†) Grundentscheidungen im internationalen Privatrecht .....	695
FRIDOLIN WALTHER Vorfragen und Antworten – Eine aktuelle Blütenlese .....	709

WERNER WENGER/JANINA AUFRICHTIG  
Ist das gemäss Art. 335j OR zu bestellende «Schiedsgericht»  
ein Schiedsgericht? ..... 719

CORINNE WIDMER LÜCHINGER  
Zum Ordre Public nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG bei schwachem  
oder fehlendem internationalen Bezug – Zugleich ein Beitrag zu  
Art. 353 Abs. 2 ZPO ..... 733

HEINER WOHLFART  
Begründung und Rechtsmittelbelehrung als Erfordernisse prozessleitender  
Verfügungen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung ..... 749

STEPHAN WULLSCHLEGER  
Schlichtung vor einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde ..... 765

## Familienrecht

CHRISTOPH BAUER  
Miteigentum «dank» Ehegattin und Bank – Auslegeordnung zu einseitig  
eigen- sowie fremdfinanziertem Miteigentum der Ehegatten bei  
Errungenschaftsbeteiligung aus Anlass von BGE 141 III 53 ..... 777

ROLAND FANKHAUSER  
Der Betreuungsunterhalt – Zur Spurensuche und -deutung anhand  
von Materialien ..... 793

THOMAS GEISER  
Leihmutterschaft und Ordre public – Zur Nichtanerkennung einer  
ausländischen Leihmutterschaftsentscheidung ..... 807

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/MICHAELA EICHENBERGER  
Internationales Unterhaltsrecht im Rechtsverkehr zwischen der Schweiz  
und der EU ..... 817

PETER LIATOWITSCH/CLAUDIA MORDASINI Praktische Überlegungen zum gebührenden Unterhalt bei lebensprägender Ehe und sehr guten finanziellen Verhältnissen .....	833
PHILIPPE MEIER/ESTELLE DE LUZE Le recours des proches au Tribunal fédéral en matière de protection de l'adulte – une Prozessstandschaft? .....	847
RUTH E. REUSSER Auf der Suche nach einem neuen Recht der Lebenspartnerschaft .....	863
DAVID RÜETSCHI Zur Dynamisierung der Gesetzgebung im 21. Jahrhundert – Gedanken zur «Gesetzgebungsbaustelle» Familienrecht .....	881
HANS-ULRICH STAUFFER Iudex non calculat – Überlegungen zum Vorsorgeausgleich .....	897
DANIEL STECK Braucht die Schweiz ein einheitliches Familienverfahrensrecht? – Kritische Gedanken zur geltenden Regelung des Verfahrens im Familienrecht .....	905
 <b>Erbrecht</b>	
PAUL EITEL Die Rückleistungsklage des Pflichtteilserven gegen den Empfänger einer herabgesetzten lebzeitigen Zuwendung .....	919
HANS RAINER KÜNZLE Die Aufsicht über den Willensvollstrecker – Verfahren und Rechtsmittel .....	933
DIMITRA PAPADOPOULOU-KLAMARIS Die Erbfolge nach dem griechischen Zivilrecht – Eine zusammenfassende Skizze	951

PAUL-HENRI STEINAUER

L'imputation des libéralités entre vifs non rapportées faites par le de cujus  
à ses héritiers réservataires ..... 961

STEPHAN WOLF/MARTIN EGCEL

Erbeilung und Kaufvertrag unter Miterben – Abgrenzung der Zuweisung von  
Erbschaftsgegenständen durch Erbeilung von derjenigen durch Kaufvertrag ..... 971

## Sachenrecht

ALEXANDER BRUNS

Grundpfandgläubiger und Gebäudeversicherung im reformierten deutschen  
Versicherungsrecht ..... 983

ALAIN GRIEDER

Die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB) – Materiellrechtliche  
und prozessuale Besonderheiten ..... 997

DENIS PIOTET

Possession collective et titre de la prescription en matière de droits réels ..... 1015

JÖRG SCHMID/OLIVER ZBINDEN

Populärservituten – Entstehung, Wirkungen und öffentlich-rechtliche  
Alternativen ..... 1023

CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN

Rechte an eigener Sache – Überlegungen zur Eigentümerdienstbarkeit und  
zum Eigentümerpfandrecht nach schweizerischem Sachenrecht ..... 1039

FELIX SCHÖBI

Der Besitzerschutz und die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) –  
Eine verpasste Gelegenheit ..... 1055

## Diverses

STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH Amts- und Rechtshilfe ist nicht gleich Amts- und Rechtshilfe .....	1063
HANS FURER Wer das Advokaturexamen besteht, ist noch lange kein Anwalt .....	1085
FELIX HAFNER/MARC STALDER Folgen mangelhafter Kündigungen im öffentlichen Personalrecht: Weiterbeschäftigung oder Entschädigung? .....	1099
RAMON MABILLARD Gedanken zum Liquidationsvergleich gemäss Art. 317 ff. SchKG – Privatautonome Sanierungsgestaltung unter prozessualer Wahrung des Kohärenz- und Kontinuitätsgrundsatzes .....	1117
MARK PIETH Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft für Straftaten in ausländischen Tochterunternehmen .....	1135
HERBERT ZECH/CHRISTIAN ANGER Die Zerstörung urheberrechtlich geschützter Werke .....	1149
Schriftenverzeichnis .....	1169
Betreute Dissertationen .....	1181