

Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter

Erste Erfahrungen mit dem Kindesunterhalt

Bundesgerichtliche Praxis zum Kindesunterhalt

PD Dr. iur. Felix Schöbi, *Bundesrichter*

Olten, 28. September 2018¹

I. Einleitung

Ich habe es übernommen, Ihnen die bundesgerichtliche Praxis zum (neuen) Kindesunterhalt vorzustellen. Ich tue dies mit gemischten Gefühlen. Zum einen weiss ich, dass Sie – als Richter und Gerichtsschreiber – die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestens kennen. Irgendwie trage ich mit meinem Vortrag also Eulen nach Athen oder mit Blick auf den heutigen Tagungsort: Wasser in die Aare. Zum andern hat das Bundesgericht die Ambition, vor allem durch seine Urteile zu sprechen. Das Kommentieren oder gar Kritisieren unserer Entscheide überlassen wir gerne anderen.

Sei dem, wie es sei: Der Blick auf die eigene Rechtsprechung bleibt eine Herausforderung, und ich gebe unumwunden zu: Ich habe bei der Vorbereitung auf die heutige Tagung, anlässlich der Tagung vom 20. September 2018 und auch heute morgen wieder viel gelernt.

Im Übrigen spreche ich im Folgenden immer wieder in der Wir-Form und vom Bundesgericht. Ich möchte aber daran erinnern, dass nicht alle der besprochenen Urteile einstimmig ergingen. Einige wurden öffentlich beraten. Eine solche öffentliche Beratung ist nötig, wenn sich der Spruchkörper – er besteht aus drei oder fünf Richtern – in der Sache nicht einig ist (Art. 58 Abs. 1 Bst. b BGG).

¹ Den im Wesentlichen gleichen Vortrag hielt ich bereits anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung vom 20. September 2018. Neu hinzugekommen ist Ziff. VII. Im Übrigen gilt das gesprochene Wort.

II. Übergangsrecht

(Urteile 5A_619/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 3; 5A_754/2017 vom 7. Februar 2018 E. 4; 5A_764/2017 vom 7. März 2018 E. 4)

Beginnen möchte ich meine Tour d'horizon zum Kindesunterhalt mit dem Übergangsrecht: Art. 12 Abs. 1, Art. 13c und Art. 13c^{bis} SchIT ZGB sowie Art. 407b ZPO.

Gleich mehrere Urteile befassen sich mit diesen Bestimmungen. Keines davon ist oder wird amtlich publiziert. Dies ist insofern nicht überraschend, als sich unsere Urteile mehr oder weniger darauf beschränken, die gesetzliche Regelung zu paraphrasieren.

So sind wir davon ausgegangen, dass sich der Kindesunterhalt bis zum 31. Dezember 2016 noch nach altem Recht berechnet, vom 1. Januar 2017 an aber nach neuem Recht; entsprechend klug ist es, wenn auch im Urteilsdispositiv zwei separate Ziffern dem Kindesunterhalt gewidmet werden, falls der Kindesunterhalt sowohl für die Zeit vor wie für die Zeit nach dem 1. Januar 2017 geregelt werden muss.

Das neue Recht entfaltet damit keine Rückwirkung, was als selbstverständlich gelten kann (Art. 1 SchIT ZGB). Die Frage bleibt allerdings, wie zu verfahren ist, wenn noch unter der Herrschaft des alten Rechts Unterhaltsansprüche rechtskräftig festgelegt worden sind. Gibt es in diesem Fall einen Anspruch auf Abänderung des Unterhaltsurteils?

Das Gesetz und die dazu ergangene Rechtsprechung liefern dazu eine differenzierte Antwort: Ist der Kindesunterhalt bereits unter der Herrschaft des alten Rechts rechtskräftig festgelegt worden, so hat das Kind grundsätzlich einen Anspruch auf Neufestsetzung des Unterhalts nach neuem Recht. Davon macht das Gesetz allerdings eine wichtige Ausnahme für den Fall, dass der Kindesunterhalt im früheren Urteil zusammen mit dem Unterhalt für den (betreuenden) Elternteil festgelegt worden ist. In diesem Fall setzt eine Anpassung des Kindesunterhalts voraus, dass sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit erheblich verändert haben. Das bloße Faktum der Änderung der Rechtslage genügt so nicht für eine Abänderung des Kindesunterhalts.

Dahinter steht die Vorstellung des Gesetzgebers, wonach das neue Kindesunterhaltsrecht im Wesentlichen dem unehelichen Kind zu höherem Unterhalt verhilft, es bezüglich der ehelichen Kinder hingegen beim Status quo bleibt.

Den Begriff der erheblichen Veränderung findet man übrigens auch in Art. 286 Abs. 2 ZGB. Dazu existiert eine reichhaltige Rechtsprechung (vgl. beispielsweise Urteil 5A_90/2017 vom 24. August 2017). Auf diese kann man selbstverständlich auch im Kontext des Übergangsrechts zurückgreifen.

Neues Recht findet auch auf laufende Unterhaltsstreitigkeiten Anwendung. Auch diesbezüglich ist aber eine gewichtige Ausnahme zu vermerken. Sie betrifft das Bundesgericht. Wir wenden weiterhin altes Recht an, wenn auch die Vorinstanz den Fall noch nach altem Recht zu beurteilen hatte. Dahinter steht die Überlegung, dass sich unsere Aufgabe darauf beschränkt zu schauen, ob unsere Vorinstanzen das Recht richtig angewendet haben.

III. Der Blick zurück aufs alte Unterhaltsrecht (Urteil 5A_336/2015 vom 3. März 2016)

Nicht nur wegen des Übergangsrechts drängt sich ein Blick zurück auf. Ein solcher scheint mir auch deshalb unabdingbar, weil man das neue Unterhaltsrecht nicht versteht, ohne das alte Unterhaltsrecht verstanden zu haben.

Wie das alte Unterhaltsrecht funktionierte, zeigt sehr schön das Urteil 5A_336/2015 vom 3. März 2016.

Zu beurteilen war die Unterhaltsklage eines Kindes gegen seinen ledigen Vater, der nie mit der Mutter zusammengelebt hatte und der sich anfänglich sogar – erfolglos – gegen seine Vaterschaft wehrte.

Zwei Punkte waren vor Bundesgericht umstritten: Zum einen war der Beschwerdeführer,

der Vater, nicht damit einverstanden, dass die Vorinstanz, das Zürcher Obergericht, die 10/16-Regel auch auf die ledige Mutter zur Anwendung brachte. Der Beschwerdeführer meinte also, dass diese Regel nur für verheiratete und geschiedene Eltern gelten würde. Zum andern wehrte sich der Beschwerdeführer dagegen, dass er laut der Vorinstanz auch für die Kosten der Fremdbetreuung aufkommen müsste – Kosten, die deshalb entstanden, weil die Mutter einer Erwerbstätigkeit nachging.

Das Bundesgericht gab im ersten Punkt der Vorinstanz und im zweiten Punkt dem Beschwerdeführer recht.

Hinter die Vorinstanz stellten wir uns also, was die Anwendbarkeit der 10/16-Regel betraf. Für uns wie für das Zürcher Obergericht hatte diese Regel ihre raison d'être im Kindeswohl und nicht in der Ehe, ging es doch darum, dem Kind den Stress einer Mutter zu ersparen, die neben ihrer Betreuungsaufgabe auch noch einer Erwerbstätigkeit nachgehen muss. Auch im Fall einer ledigen Mutter war es für uns sachgerecht, wenn diese erst im Alter 10 des Kindes einer 50-prozentigen und im Alter 16 einer 100-prozentigen Erwerbstätigkeit nachging.

Hingegen gaben wir dem Beschwerdeführer recht, soweit er sich gegen die Übernahme der Fremdbetreuungskosten wehrte. In diesem Punkt hielten wir dafür, dass die elterliche Sorge im konkreten Fall allein der ledigen Mutter zustand. Sie war deshalb auch allein für die Betreuung des Kindes verantwortlich. Sie konnte die Betreuung selber übernehmen oder das Kind Dritten zur Betreuung anvertrauen. In diesem Fall hatte sie aber auch für die mit der Fremdbetreuung verbundenen Kosten aufzukommen.

Die Unterhaltspflicht des Vaters beschränkte sich in der Folge auf den Barunterhalt des Kindes, wobei die Zürcher Tabellen Anwendung fanden. Für einen Betreuungsunterhalt bot das frühere Recht keine Handhabe. Auch entfaltete das neue Unterhaltsrecht, das zum damaligen Zeitpunkt bereits verabschiedet war, keine Vorwirkungen.

IV. Das erste Urteil zum neuen Unterhaltsrecht (Urteil 5A_465/2017 vom 26. Oktober 2017)

Das geschilderte Urteil führt nahtlos über zum Urteil 5A_465/2017 vom 26. Oktober 2017. Es ist dies das erste Urteil, das zum neuen Unterhaltsrecht erging.

Was war das Thema?

Erneut drehte sich die Diskussion um die Unterhaltsansprüche von Kindern lediger Eltern. Eine Familie mit zwei kleinen Kindern lebte anfänglich in Genf, bevor sich die Eltern trennten. Später wanderte die Mutter mit den Kindern nach Marbella (Spanien) aus. Namens der Kinder verklagte sie den in der Schweiz bzw. Frankreich zurückgebliebenen Vater auf Unterhalt. Unter anderem sollte dieser für die Kosten einer Privatschule aufkommen.

Die Vorinstanz, das Genfer Kantonsgericht, überband dem Vater diese Kosten, dispensierte ihn aber gleichzeitig davon, zusätzlich Betreuungsunterhalt zu leisten, da die Mutter mit ihrem Erwerbseinkommen für ihre eigenen Lebenshaltungskosten selber aufkam.

Der Vater war nicht bereit, den Besuch der Privatschule zu finanzieren, weil er dafür keine sachliche Notwendigkeit ausmachen konnte. Nach ihm hätten die Kinder ohne weiteres auch die öffentliche Schule besuchen können.

Wir schützten den Entscheid des Genfer Kantonsgerichts. Wir hielten also dafür, dass der vorinstanzliche Richter sein Ermessen nicht überschritten hatte, als er sich hinter die Mutter stellte, die ihre Kinder in die Privatschule schicken wollte. Sie hatte so die Möglichkeit, der von ihr gewünschten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Wir hielten es in der Folge auch für richtig, dass der Vater für Kosten der Privatschule aufkam. Er verfügte im konkreten Fall über deutlich mehr Mittel als die Mutter, die mit ihrem Erwerbseinkommen nur knapp ihren eigenen Lebensunterhalt bestreiten konnte.

Mit dem Betreuungsunterhalt befassten wir uns nicht näher. Die Mutter bzw. die Kinder hatten das vorinstanzliche Urteil, das ihnen keinen Betreuungsunterhalt zusprach, nämlich gar nicht angefochten.

V. Die Berechnung des Betreuungsunterhalts: Lebenshaltungskostenmethode (Urteil 5A_454/2017 vom. 17. Mai 2018)

Ich komme damit zum Urteil 5A_454/2017 vom 17. Mai 2018, zu jenem Urteil also, in dem sich das Bundesgericht erstmals explizit dazu äusserte, wie der Betreuungsunterhalt zu berechnen ist.

Wiederum war ein Fall aus dem Kanton Genf zu beurteilen.

Die rechtliche Ausgangslage setze ich dabei als bekannt voraus: Nach Art. 276 Abs. 2 ZGB sorgen die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen. Und nach Art. 285 Abs. 2 ZGB dient der Unterhaltsbeitrag auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte.

Als bekannt setze ich auch alle Kontroversen und Polemiken voraus, die sich um das neue Unterhaltsrecht im Allgemeinen und den Betreuungsunterhalt im Besonderen ranken. Diese haben meines Erachtens wesentlich damit zu tun, dass sich der Bundesrat in seiner Botschaft sehr sybillinisch zum Betreuungsunterhalt äusserte und im Parlament darüber keine eigentliche Diskussion stattfand (BBI 2014 529 insbes. 551 ff.). So weiss, wer die Botschaft liest, eigentlich nur, wie der Betreuungsunterhalt nicht zu berechnen ist: Der Betreuungsunterhalt soll nicht dem entsprechen, was der betreuende Elternteil sonst verdient hätte (Opportunitätskosten). Ebenso wenig wünschte sich der Bundesrat einen Betreuungsunterhalt in der Höhe der Kosten für eine Fremdbetreuung (Marktkosten). Darüber hinaus findet man in der Botschaft den Hinweis, dass der Betreuungsunterhalt das Ziel verfolgt, dem Kind – zivilstandsunabhängig – zur bestmöglichen Betreuung zu

verhelfen. Auch damit ist aber letztlich nichts gewonnen, erst recht nicht, wenn man bedenkt, dass der Bundesrat fast im gleichen Atemzug erklärt, dass Fremdbetreuung und persönliche Betreuung gleichwertig seien.

Aus diesen (verwirrenden) Vorgaben hat das Bundesgericht abgeleitet, dass der Betreuungsunterhalt nach der so genannten Lebenshaltungskostenmethode zu berechnen ist. Dieses Auslegungsergebnis hatte bereits in der kantonalen Praxis am meisten Anklang gefunden, namentlich in der Westschweiz. Weniger eindeutig war der Befund in Bezug auf die Lehre: Hier fanden sich wohl mindestens so viele Anhängerinnen und Anhänger der so genannten Betreuungsquotenmethode.

Die Lebenshaltungskostenmethode zeichnet sich dadurch aus, dass das Kind grundsätzlich nur dann einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt hat, wenn der betreuende Elternteil nicht selber in der Lage ist, für seine eigenen Lebenshaltungskosten aufzukommen.

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Methodenwahl zurückzukommen: Ich möchte bloss betonen, dass wir uns den Entscheid nicht leicht gemacht haben, sondern die Sache über Monate abteilungsintern diskutierten. Wir waren und sind uns vollauf bewusst, dass die Lebenshaltungskostenmethode auch ihre Schwächen hat. Namentlich führt sie dazu, dass die Kinder teilzeiterwerbstätiger Mütter – ich sage bewusst: Mütter, denn meistens sind es eben sie, die davon betroffen sind – häufig keinen oder einen nur bescheidenen Anspruch auf Betreuungsunterhalt haben. Wir hielten aber schliesslich dafür, dass der Gesetzgeber dies so gewollt hat: Er wollte der betreuenden Mutter zu keinem (Ersatz-)Einkommen verhelfen, sondern bloss die Lücke zwischen Lebenshaltungskosten und Erwerbseinkommen schliessen.

Ich verrate Ihnen allerdings kein Geheimnis, wenn ich Ihnen sage, dass ich dies persönlich anders gesehen habe, mit meiner Meinung aber in öffentlicher Beratung 4 zu 1 unterlag.

Es bleibt die Frage, wie die Lebenshaltungskosten bestimmt werden. Den Begriff sucht man im Bundesrecht vergeblich. Wir setzten ihn in unserem Leiturtel mit dem Begriff des

familienrechtlichen Existenzminimums gleich. Allerdings sucht man auch diesen Begriff im Bundesrecht vergeblich. Folgt man unserer Rechtsprechung, so baut das familienrechtliche Existenzminimum auf dem betriebsrechtlichen Existenzminimum auf, wobei dieses um gewisse Positionen zu ergänzen ist.

Welches diese Positionen genau sind, und um wie viel diese allenfalls erhöht werden können, lässt sich unserer bisherigen Rechtsprechung nicht entnehmen. Namentlich haben wir uns auch noch nicht zur Frage geäußert, ob bzw. in welchem Umfang bei der Ermittlung des familienrechtlichen Existenzminimums auch das Einkommen der Eltern berücksichtigt werden bzw. mit Pauschalen operiert werden darf.

Selber mahne ich dabei zur Vorsicht. Die Berücksichtigung fiktiver Lebenshaltungskosten führt fast unweigerlich zu einer Vermengung der Lebenshaltungskostenmethode mit der Betreuungsquotenmethode. Gleiches passiert übrigens auch dann, wenn man dem Kind einen Barunterhalt zuspricht, der nichts mehr mit den konkreten Bedürfnissen zu tun hat.

Das familienrechtliche Existenzminimum ist seinerseits abzugrenzen von jenem Betrag, der nötig ist, damit ein Ehegatte auch nach der Scheidung seinen bisherigen Lebensunterhalt fortführen kann. Voraussetzung dafür ist unter anderem das Vorliegen einer lebensprägenden Ehe (Art. 125 ZGB; BGE 141 III 465 E. 3.1). Von einer solchen ist vermutungsweise im Fall gemeinsamer Kinder auszugehen (BGE 135 III 59 E. 4.1; vgl. aber Urteil 5A_815/2015 vom 20. Januar 2016).

Sie sehen es: Die Sache ist reichlich kompliziert, und ich will Sie unter keinen Umständen weiter verwirren, sondern bloss als Zwischenfazit festhalten, dass auch nach dem neuen Unterhaltsrecht eheliche und uneheliche Kinder unterschiedlich behandelt werden. Die Benachteiligung unehelicher Kinder erfolgt dabei nicht auf rechtlicher Ebene – das tat sie allerdings schon in der Vergangenheit nicht. In wirtschaftlicher Hinsicht aber muss das Kind einer ledigen Mutter häufig in einem Haushalt aufwachsen, in dem deutlich prekärere Verhältnisse herrschen, als wenn die Mutter verheiratet oder geschieden wäre. Ich bin gespannt, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Sache sieht, sollte er sich mit dieser Benachteiligung unehelicher Kinder einmal näher befassen

müssen.

Noch eine letzte Bemerkung zu unserem Leitentscheid: Wir haben uns in diesem Entscheid von unserer früheren Rechtsprechung verabschiedet, wonach die Gerichte die Methode der Unterhaltsberechnung frei wählen können. In unserer Optik ist es mit diesem Methodenpluralismus also vorbei. Künftig gibt es schweizweit nur eine Methode, den (Betreuungs-)Unterhalt zu berechnen: Die Lebenshaltungskostenmethode!

An diesem Befund ändert auch das kurze Zeit später ergangene Urteil 5A_35/2018 vom 31. Mai 2018 nichts. Wenn wir in diesem Fall das vorinstanzliche Urteil – es stammte aus dem Kanton Zug – nicht aufhoben, obwohl dieses der Betreuungsquotenmethode folgte, geschah dies allein deshalb, weil der Beschwerdeführer die angewandte Methode nicht kritisierte bzw. diese im konkreten Fall zum gleichen Ergebnis wie die Lebenshaltungskostenmethode führte. Oder anders formuliert: Auch nach unserem Leitentscheid vom 17. Mai 2018 bleibt es eben bei unserer Rechtsprechung, wonach Eheschutzentscheide vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG sind, so dass das strenge Rügeprinzip Anwendung findet und wir den vorinstanzlichen Entscheid nur dann aufheben, wenn er verfassungsmässige Rechte des Beschwerdeführers verletzt. Ich verzichte darauf, auf Änderungen einzugehen, die sich aus der geplanten Revision des Bundesgerichtsgesetzes ergeben (BBI 2018 4605).

VI. Das Ende der 10/16-Regel (Urteil 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018)

Die Lebenshaltungskostenmethode verknüpft, wie wir es gesehen haben, den Unterhalt, der dem Kind geschuldet ist, mit dem Einkommen des betreuenden Elternteils. Verdient dieser Elternteil so viel, wie er für seinen Lebensunterhalt benötigt, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Zwangsläufig rückt damit die Frage ins Zentrum des Interesses, wie es das Bundesgericht mit der 10/16-Regel hält.

Dazu sei zunächst auf das Urteil 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018 hingewiesen. Zu

beurteilen war der Fall einer Frau, die zwei Kinder aus einer ersten Ehe hatte. Nach der Scheidung betreute der Vater die Kinder. Die Mutter sollte eine Erwerbstätigkeit aufnehmen und Barunterhalt leisten. Nun erwartete die Frau aber mit ihrem neuen Partner ein drittes Kind, und es stellte sich die Frage, ob sie sich deshalb ihrer Unterhaltspflicht gegenüber ihren zwei älteren Kindern entziehen konnte.

Die Vorinstanz, das Kantonsgericht Basel-Landschaft, hiess die Abänderungsklage zumindest teilweise gut. Dagegen wehrte sich der Vater vor Bundesgericht.

Unbestritten war, dass auf den Fall noch das alte Unterhaltsrecht anwendbar war und damit grundsätzlich auch die 10/16-Regel. Wer nun aber erwartet hätte, dass das Bundesgericht diese Regel ein weiteres Mal mehr oder weniger kritiklos bestätigen würde, sah sich getäuscht: Das Bundesgericht packte vielmehr die Gelegenheit beim Schopf und setzte sich in grundsätzlicher Weise mit der 10/16-Regel, ihrer Genese und ihren Ausnahmen auseinander. Dabei kamen wir zu einem grundlegend anderen Schluss als im Urteil 5A_336/2015 vom 3. März 2016, das ich Ihnen zu Beginn meines Vortrags vorgestellt habe (vgl. Ziff. III). Neu sind wir der Meinung, dass die 10/16-Regel ihre innere Rechtfertigung weniger im Kindeswohl als im Vertrauen der Eltern darauf hat, dass eine einmal vereinbarte Betreuungsregelung auch über den Zeitpunkt der Trennung hinaus Bestand hat.

In der Folge hielten wir dafür, dass die 10/16-Regel auf den vorliegenden Fall einer Patchworkfamilie keine Anwendung fand. Vielmehr muss nach einer Lösung gesucht werden, die der Tatsache besser Rechnung trägt, dass die Mutter bereits Unterhaltspflichten gegenüber ihren beiden älteren Kindern hat.

Das Bundesgericht ging in seinem Rückweisungsentscheid noch weiter, indem wir erklärten, dass Kinder eigentlich nur bis zur Vollendung des 1. Lebensjahrs einen Anspruch darauf haben, von einem Elternteil persönlich betreut zu werden. Später ist in den Augen des Bundesgerichts auch eine Fremdbetreuung möglich.

Weder der Lehre noch der Presse ist die Brisanz des Urteils 5A_98/2016 vom 25. Juni

2018 entgangen. Tatsächlich kann man unser Urteil drehen und wenden, wie man will. Wir haben damit die 10/16-Regel förmlich "sturmreif" geschossen. Es bleibt danach eigentlich nur noch die Frage zu beantworten, welche Regel an die Stelle der 10/16-Regel tritt.

VII. Was tritt an die Stelle der 10/16-Regel?

(Urteil 5A_384/2018 vom 21. September 2018)

Seit heute Mittag, 12:00 Uhr wissen wir es. Just zu diesem Zeitpunkt hat das Bundesgericht nämlich sein Urteil 5A_384/2018 vom 21. September 2018 publik gemacht, zusammen mit einer Medienmitteilung².

Das Bundesgericht hat sich in seinem neuen Grundsatzurteil dafür ausgesprochen, die bisherige 10/16-Regel durch ein so genanntes Schulstufenmodell zu ersetzen. Danach ist es einem Elternteil, der sein Kind betreut zumutbar, wieder zu 50 Prozent einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, sobald das (jüngste) Kind in die obligatorische Schule eintritt. Im Fall jener Kantone, die sich dem Harnos-Konkordat angeschlossen haben, erfolgt der Schuleintritt dabei mit vier Jahren, wobei als Stichtag der 31. Juli gilt.

Beim Übertritt in die Sekundarstufe I erhöht sich der Beschäftigungsgrad auf 80 Prozent. Folgt man wiederum dem Harnos-Konkordat, ist das Kind in diesem Moment zwölf Jahre alt. Erreicht das Kind das 16. Altersjahr mutet das Bundesgericht dem betreuenden Elternteil eine Beschäftigung von 100 Prozent zu.

Wie bereits bei der 10/16-Regel geht es auch beim Schulstufenmodell um eine blosse Richtlinie. Entsprechend können die Gerichte auch anders entscheiden; sie müssen dafür allerdings eine stichhaltige Begründung liefern.

So ist es zum Beispiel denkbar, dass das Kind über die Schulstufen hinaus mehr Betreuung bedarf. Umgekehrt kann es Fälle geben, in denen es einem betreuenden Elternteil zumutbar ist, bereits vor dem 4. Altersjahr des Kindes einer Erwerbstätigkeit

² Ich selber befand mich in diesem Fall im Ausstand, weil das Urteil aus dem Kanton St. Gallen stammte und mein Bruder dem Spruchkörper angehörte.

nachzugehen. Das Bundesgericht denkt dabei vor allem an den Fall, dass der betreuende Elternteil bereits vor der Trennung erwerbstätig war. Das Bundesgericht zeigt sich in diesem Zusammenhang auch offen für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Dahinter steht die Überlegung, dass es im Kindeswohl liegen kann, wenn die Eltern ihre Erwerbsmöglichkeiten ausschöpfen.

Vieles ist in diesem Zusammenhang noch offen und nicht entschieden. Der Grund dafür liegt nicht nur darin, dass das Bundesgericht dem Sachrichter bewusst Ermessen bei der Beurteilung der richtigen Lösung einräumen will. Er, der Sachrichter, ist es schliesslich, der die Parteien kennt bzw. kennen sollte und der daher besser als das Bundesgericht beurteilen kann, was in einer konkreten Situation die für das Kind beste Lösung ist. Gleichzeitig möchte ich aber nicht verschweigen, dass unser neuer Leitentscheid auch Ausdruck davon ist, dass es nicht ganz einfach war, innerhalb der Abteilung einen Konsens zu finden, hinter dem alle stehen können: Wie alle Bürger dieses Landes haben auch wir Bundesrichter unsere je eigenen Familienbilder, geprägt von unseren Erfahrungen und Wertvorstellungen.

Das Schulstufenmodell beantwortet im Übrigen nur die Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den betreuenden Elternteil. Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob der betreuende Elternteil auch eine passende Stelle findet. Wir wissen alle, wie schwierig dies häufig ist: Welcher Arbeitgeber stellt schon eine Frau just in dem Zeitpunkt zu 50 Prozent ein, in dem ihr knapp vierjähriges Kind in den Kindergarten bzw. in die Schule kommt? In diesem Zusammenhang fragt sich dann auch, ob man von einer Mutter verlangen kann zu zügeln, weil andernorts ein besseres oder überhaupt ein Betreuungsangebot zur Verfügung steht, das ihr die Aufnahme einer geeigneten Erwerbstätigkeit erlauben würde.

Zur Möglichkeit, ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, besteht im Übrigen eine reichhaltige Rechtsprechung. Ich verzichte darauf, diese hier zu rekapitulieren. Hinweisen möchte ich bloss auf BGE 143 III 233. In diesem Urteil hielten wir fest, dass eine Abänderungsklage am Vorwurf des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) scheitert, wenn der Unterhaltsschuldner eine gut bezahlte Stelle aufgibt, um sich seiner

Unterhaltspflicht zu entziehen. Inwieweit diese Regel der Verallgemeinerung zugänglich ist, d.h. ob sie auch bei der erstmaligen Festsetzung des Unterhalts gilt, bleibt abzuwarten.

VIII. Das Verhältnis der Unterhaltsansprüche untereinander (Urteil 5A_708/2017 vom 13. März 2018)

Ich möchte nun noch der Frage nachgehen, wie sich die verschiedenen Unterhaltsansprüche zueinander verhalten. Klar ist aufgrund von Art. 276a Abs. 1 ZGB, dass die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind allen anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vorgeht. Dabei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen dem Betreuungsunterhalt und dem Barunterhalt: Entsprechend geht auch der Betreuungsunterhalt dem nahehelichen Unterhaltsanspruch gemäss Art. 125 ZGB vor.

Offen lässt das Gesetz, ob zwischen dem Barunterhalt und dem Betreuungsunterhalt eine Hierarchie in dem Sinn besteht, dass zuerst der Barunterhalt und danach der Betreuungsunterhalt zu befriedigen ist. Das Bundesgericht hat die Frage im Urteil 5A_708/2017 vom 13. März 2018 E. 4.9 bejaht und seine Haltung nun auch im neuen Grundsatzurteil vom 21. September 2018 bestätigt. Eine Ausnahme gilt für die Kosten der Fremdbetreuung. Diese stellt das Bundesgericht dem Betreuungsunterhalt gleich. Damit will das Bundesgericht die Gleichbehandlung von Fremd- und Eigenbetreuung sicherstellen.

Hintergrund der Hierarchisierung von Barunterhalt und Betreuungsunterhalt ist die Vorstellung, dass der Betreuungsunterhalt rechtlich zwar dem Kind zusteht, wirtschaftlich aber der betreuende Elternteil davon profitiert. Deshalb ist es nach Auffassung des Bundesgerichts auch sachgerecht, wenn der zu Unterhalt verpflichtete Elternteil zuerst einmal für den Barunterhalt aufkommt. Praktische Bedeutung erlangt die Frage, wenn der Unterhaltspflichtige für Kinder aus verschiedenen Beziehungen aufkommen muss und das Geld nicht ausreicht, den gesamten Bar- und Betreuungsunterhalt zu decken.

Aus dem gleichen Grund hat das Bundesgericht übrigens auch entschieden, dass dem

Elternteil der Betreuungsunterhalt, nicht aber der Barunterhalt als Einkommen anzurechnen ist, wenn über seine Bedürftigkeit zu entscheiden ist (Urteil 5A_726/2017 vom 23. Mai 2018 E. 4.4.3).

Noch nicht näher befasst hat sich das Bundesgericht mit der praktisch wichtigen Frage, wie zu verfahren ist, wenn für mehrere Kinder Betreuungsunterhalt zu leisten ist.

Offen ist auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Unterhalt erwachsener Kinder dem Unterhalt der nicht volljährigen Kinder gleichzustellen ist (Art. 276a Abs. 2 ZGB). Immerhin: Folgt man unserer jüngeren Rechtsprechung, so ist die Tendenz nicht zu übersehen, den Unterhaltsanspruch des volljährigen Kindes dem Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes gleichzustellen (Urteil 5A_279/2014 vom 30. Januar 2015 E. 3). So kommt es kaum noch vor, dass das Leisten von Volljährigenunterhalt als unzumutbar bezeichnet wird (Urteil 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 3). Ferner kann den Eltern auch beim Volljährigenunterhalt ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (Urteil 5A_636/2013 vom 21. Februar 2014 E. 3.4). Schliesslich ist es zulässig (und heute sogar die Regel), dass bereits bei Kleinkindern der Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus festgesetzt wird (BGE 139 III 401 E. 3.2.2). Als Einschränkung bleibt, dass die Eltern nur dann Volljährigenunterhalt leisten müssen, wenn das Kind eine (Erst-)Ausbildung absolviert. Die Motion 16.3212 von Nationalrat Laurent Wehrli, welcher die Unterhaltspflicht der Eltern generell bis zum 25. Altersjahr ausdehnen wollte, ist in dieser Session im Ständerat gescheitert.

Last but not least: Nichts Neues ist hinsichtlich der Mankoüberbindung bzw. Mankoteilung zu vermelden: Nach wie vor darf bei der Festlegung von Unterhaltsansprüchen also nicht ins Existenzminimum des Schuldners eingegriffen werden (BGE 135 III 66). Dies ist insofern erstaunlich, als am Anfang der Reform des Unterhaltsrechts eigentlich der Wunsch gestanden hat, diese Frage neu zu regeln (vgl. Motion Thanei 09.3519 vom 9. Juni 2009, Ehescheidung und -trennung. Gleichbehandlung in Mankofällen). Ich kann mich deshalb so gut daran erinnern, weil ich – damals noch im Bundesamt für Justiz tätig – den Bundesrat und das Parlament davon überzeugen wollte, dass die Mankoteilung die Lösung der Zukunft wäre. Es kam bekanntlich ganz anders!

IX. Schlussbemerkung und Ausblick

Ich komme damit schon zum Schluss meiner Ausführungen, verbunden mit einem kurzen Ausblick.

Mit den Grundsatzurteilen vom 17. Mai 2018 und vom 21. September 2018 hat das Bundesgericht ohne Zweifel wichtige Pflöcke eingeschlagen. Wir haben dem Methodenpluralismus eine Absage erteilt, uns für die Lebenshaltungskostenmethode entschieden und die bisherige 10/16-Regel durch ein Schulstufenmodell ersetzt.

Weitere Herausforderungen sind absehbar. Ich denke da vor allem daran, wie der Barunterhalt auf Vater und Mutter verteilt wird, wenn beide einer Erwerbstätigkeit nachgehen und dabei mehr verdienen, als sie für ihren Lebensunterhalt benötigen. Hier stellt sich die Frage, ob bzw. in welchem Umfang sich auch der betreuende Elternteil am Barunterhalt beteiligen muss. Die Frage der Aufteilung des Barunterhalts hat deshalb stark an Bedeutung gewonnen, weil nach dem neuen Unterhaltsrecht auch die Kosten der Fremdbetreuung zum Barunterhalt zählen. Wer an die heutigen Krippenkosten denkt, weiss, dass diese regelmässig den grössten Ausgabeposten für ein Kind darstellen.

Die Zeiten sind vorbei, in denen man als Richter der Mutter die alleinige Obhut und dem Vater den Barunterhalt aufbürden konnte. Gefragt sind heute wesentlich differenziertere Lösungen. Dies stellt für Sie wie auch für das Bundesgericht eine grosse Herausforderung dar. Wir stehen dabei erst am Anfang.