

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

## **Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, Art. 298b und 298d ZGB. Sachliche Zuständigkeit.**

*Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts bei anhängiger Unterhaltsklage betreffend sämtliche Kinderbelange.*

13. Juli 2015, LZ150007-O, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer.

Sachverhalt:

Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist die gemeinsame Tochter des Beklagten und Berufungsklägers (nachfolgend: Beklagter) und von X. (nachfolgend: Mutter der Klägerin). Mit Verfügung vom 19. März 2013 übertrug die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend: KESB) dem Beklagten und der Mutter der Klägerin die gemeinsame elterliche Sorge über die Klägerin und genehmigte deren Vereinbarung betreffend die Betreuungsanteile und die Verteilung der Unterhaltskosten. Nach der Trennung der Eltern konnte zwischen ihnen keine Einigung bezüglich der Betreuungsanteile sowie des Kindesunterhalts erzielt werden, woraufhin die Klägerin am 26. Mai 2014 ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt Y. und hernach Klage beim Bezirksgericht Z. (nachfolgend: Vorinstanz) einreichte. Dabei beantragte sie die Regelung der elterlichen Obhut, der Betreuungsanteile sowie des Kindesunterhalts. Die Parteien schlossen nach durchgeführter Hauptverhandlung im Rahmen einer Instruktionsverhandlung eine Teilvereinbarung betreffend Obhut und Betreuung der Klägerin. Der Kindesunterhalt blieb strittig. Mit Teilurteil vom 6. Januar 2015 wies die Vorinstanz den Antrag des Beklagten auf Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Mutter der Klägerin ab und genehmigte die Teilvereinbarung der Parteien. Mit Teilurteil vom 5. Februar 2015 (Endentscheid) wies die Vorinstanz sodann die Klage der Klägerin auf Abänderung der Unterhaltsregelung ab.

Gegen das Teilurteil vom 6. Januar 2015 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 20. April 2015 Berufung.

(Aus den Erwägungen:)

«II/1. Vorab stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz für die Regelung der Kinderbelange neben dem Kindesunterhalt sachlich zuständig war. Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gericht ist eine solche der Prozessvoraussetzungen und damit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO in Verbindung mit Art. 60 ZPO).

2. Der Beklagte und die Mutter der Klägerin waren nicht miteinander verheiratet. Damit kommen vorliegend nicht die Normen betreffend Scheidungsverfahren (Art. 111 ff. ZGB), sondern die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) zur Anwendung. Weigert sich bei unverheirateten Eltern ein Elternteil, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, kann der andere gemäss Art. 298b Abs. 1 ZGB die KESB anrufen. Zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge ist die KESB für die Regelung der Obhut (und des persönlichen Verkehrs) beziehungsweise für die Regelung der Betreuungsanteile (Art. 298b Abs. 3 ZGB) zuständig. Im Rahmen dieses Verfahrens haben die Eltern auch die Möglichkeit, eine Unterhaltsvereinbarung zu schliessen, die mit der Genehmigung durch die KESB verbindlich wird (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Besteht jedoch Uneinigkeit hinsichtlich des Unterhaltsbeitrages, muss eine Unterhaltsklage beim Gericht eingereicht werden (Art. 298b Abs. 3 ZGB). Die gleiche Zuständigkeitsordnung gilt bei einer Veränderung der Verhältnisse (Art. 298d ZGB). Damit wurde – im Vergleich zur Regelung, die bei geschiedenen Eltern gilt – bei unverheirateten Eltern eine unterschiedliche Zuständigkeitsordnung eingeführt. Demnach regelt die KESB mit Ausnahme des Unterhalts sämtliche strittigen Punkte. Eine mit Art. 134 Abs. 4 ZGB (Scheidungsverfahren) vergleichbare Norm, die eine Behandlung aller strittigen Fragen durch das Gericht zulassen würde, findet sich im Gesetz nicht.

3. Das Fehlen einer solchen Regelung wird in der Lehre allgemein kritisiert (vgl. *Fassbind*, in: ZKE 2014 S. 95 Rz. 51 f.; Leitfaden gemeinsame elterliche Sorge, Obergericht des Kantons Zürich, gerichtübergreifende Arbeitsgruppe gemeinsame elterliche Sorge, September 2014, Ziff. 5.2 [zit.: Leitfaden gemeinsame

elterliche Sorge]; *Büchler/Marante*, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 51 ff.; *Büchler*, in: Schnittstellen zur Sozialhilfe und Neuerungen im Kinderschutz, Referat vom 14.05.2014, Ziff. 6, Referat abrufbar auf: [www.hslu.ch/fachtagung-kes](http://www.hslu.ch/fachtagung-kes); Bericht BJ, Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, Mai 2014, S. 9). Zum Teil wird postuliert, dass die KESB in analoger Anwendung von Art. 298c Abs. 1 (Vaterschaftsklage) sowie Art. 134 Abs. 4 ZGB (Scheidungsverfahren) die Regelung sämtlicher Kinderbelange an das Gericht delegieren solle, das für die Regelung des Kindesunterhalts zuständig sei (*Fassbind*, a.a.O., Rz. 51 f.; *Büchler/Marante*, a.a.O., Rz. 51 ff.). Andere Stimmen halten dagegen – ohne sich mit der Frage einer möglichen Analogie auseinanderzusetzen – fest, dass das Gesetz Parallelverfahren vorsehe (*Schwenzer/Cottier*, in: Basler Kommentar ZPO, 2014, Art. 298b N. 14), welche es zu koordinieren gälte (Leitfaden gemeinsame elterliche Sorge, a.a.O., Ziff. 5.1, Bericht BJ, Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, a.a.O., S. 9).

4. Vorauszuschicken ist, dass die vorliegend genauer zu betrachtenden Art. 298b und 298d ZGB im Zusammenhang mit der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 20. März 2015 (BBI 2015 2723) ergänzt werden. Die Änderungen lauten wie folgt:

nArt. 298b Abs. 3 zweiter Satz E-ZGB

"<sup>3</sup> (...) Vorbehalten bleibt die Klage auf Leistung des Unterhalts an das zuständige Gericht; in diesem Fall entscheidet das Gericht auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange."

nArt. 298d Abs. 3 E-ZGB

"<sup>3</sup> Vorbehalten bleibt die Klage auf Änderung des Unterhaltsbeitrags an das zuständige Gericht; in diesem Fall regelt das Gericht nötigenfalls die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange neu."

Die Referendumsfrist betreffend das Bundesgesetz vom 20. März 2015 ist am 9. Juli 2015 abgelaufen, der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten der Änderung (BBI 2015 2723, 2728).

5.1 Da das Bundesgesetz vom 20. März 2015 noch nicht in Kraft gesetzt wurde, vermag das neue Recht im vorliegend interessierenden Kontext nur dann eine

gewisse Vorwirkung erzeugen, wenn durch es das geltende System nicht grundsätzlich geändert, sondern einzig eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt oder eine Lücke des geltenden Rechts ausgefüllt werden soll. Nur in solchen Fällen kann eine zukünftige Gesetzeslage zur Auslegung des aktuellen Rechts mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 124 II 193 Erw. 5d; BGE 125 III 401 Erw. 2a; BGer 5A\_793/2011 vom 3. Februar 2012 Erw. 6.8.3; BGer 5A\_863/2013 vom 18. März 2014 Erw. 3).

5.2 Auch die von der Lehre zum Teil geforderte analoge Anwendung von Art. 134 Abs. 4 ZGB – mit welchem Artikel der Gesetzgeber für veränderte Verhältnisse nach der Scheidung eine Kompetenzattraktion beim Gericht ausdrücklich vorgesehen hat – kommt nur in Frage, wenn die Regelungen in Art. 298b und Art. 298d ZGB lückenhaft sind.

6.1 Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. BGE 139 II 404 Erw. 4.2; BGE 138 II 1 Erw. 4.2; BGE 135 III 385 Erw. 2.1). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 129 II 401 Erw. 2.3). Der Umstand, dass sich eine bestimmte Regelung im Gesetz nicht findet, bedeutet nicht ohne Weiteres, dass eine Lücke im Rechtssinne vorliegt, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen wäre (BGE 140 III 206 Erw. 3.5 mit weiteren Hinweisen).

6.2 Als lückenhaft kann das Gesetz vorliegend nur gelten, wenn sich ergibt, dass es hinsichtlich der Kompetenzen zwischen dem Gericht und der KESB keine abschliessende Ordnung aufstellt, sondern der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen. Ist die gesetzliche Regelung hinsichtlich der Frage, wer für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit betreffend Unterhalt sowie weiterer Kinderbelange zuständig ist, aufgrund der Auslegung demgegenüber als abschliessend zu betrachten, ist das Fehlen einer gesetzlich regel-

ten Kompetenzattraktion beim Gericht folgerichtig und es liegt keine Gesetzeslücke vor.

6.3 Ob die Regelung als abschliessend zu betrachten ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Zwar ist dabei eine historisch orientierte Auslegung insoweit von besonderer Bedeutung, als nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen vermag. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen bleiben verbindliche Richtschnur des Gerichts. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 139 II 404 Erw. 4.2; BGE 138 II 217 Erw. 4.1; BGE 137 III 217 Erw. 2.4.1). Das Gesetz muss sich in erster Linie aus sich selbst heraus ergeben. Das heisst, dass es nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden muss. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 140 III 206 Erw. 3.5)

7.1 Vor der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 21. Juni 2013 (Elterliche Sorge), in Kraft seit 1. Juli 2014, bestand die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge bei unverheirateten Personen nur auf gemeinsamen Antrag und nur bei Abschluss einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten (vgl. Art. 298a aZGB). Für eine spätere Neuzuteilung der elterlichen Sorge aufgrund wesentlicher Veränderungen der Verhältnisse war die KESB zuständig (vgl. Art. 298a Abs. 2 aZGB). Eine Unterhaltsklage war damals beim Gericht zu erheben (vgl. Art. 286 ZGB). Unter altem Recht wäre es bei der vorliegenden Streitigkeit somit zu Parallelverfahren gekommen.

7.2 In der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011 wird ausgeführt, dass die Neuregelung die Chance zur Vereinfachung und Klärung der Zuständigkeiten bei Kinderbelan-

gen biete. Das Gericht solle für die Regelung der elterlichen Sorge immer dann zuständig sein, wenn sich die Frage in einem eherechtlichen Verfahren stelle. In den übrigen Fällen solle die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Kindesschutzbehörde liegen. So werde entgegen dem Vernehmlassungsentwurf aufgrund der eingegangenen Kritik darauf verzichtet, alle strittigen Fälle dem Gericht zuzuweisen, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein eherechtliches Verfahren handle oder nicht. Gemäss Botschaft wäre es widersprüchlich, von den Kindesschutzbehörden auf der einen Seite mehr Professionalität zu verlangen, um ihr fast gleichzeitig Entscheidbefugnisse wegzunehmen und auf das Gericht zu übertragen. Deshalb und da bei Fragen um das Wohl des Kindes öffentliches Recht und privates Recht kaum mehr zu unterscheiden seien, sei es sinnvoll, die Verfahren möglichst bei der fachlich kompetenten KESB zu konzentrieren (BBI 2011 9094 Ziff. 1.5.3).

Im Zusammenhang mit dem Scheidungsrecht sah der bundesrätliche Entwurf vor, dass bei Änderungen der elterlichen Sorge im Anschluss an eine Scheidung nicht mehr das Gericht, sondern grundsätzlich die KESB entscheiden solle. Dies deshalb, damit diejenige Behörde über die Abänderung entscheide, die bereits nach (damals) geltendem Recht über Abänderungen des persönlichen Verkehrs befände. Keine Änderung sah der bundesrätliche Entwurf bezüglich des Unterhalts vor. Dort sollte bei strittigen Verhältnissen weiterhin das Gericht zuständig sein. Weiter sah der Entwurf eine Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts vor, wenn es die Änderung des Unterhaltbeitrages regelt (BBI 2011 9101 Ziff. 2.1).

7.3 Der heute geltende Art. 298b Abs. 3 ZGB entspricht dem Wortlaut des bundesrätlichen Entwurfs und wurde diskussionslos angenommen (AB 2012 N. 1647; AB 2013 S. 12). Art. 298d ZGB wurde mit seinem heutigen Wortlaut von der Kommission an der ständerätlichen Sitzung beantragt. Begründet wurde dieser Antrag damit, dass es diesen Artikel benötige, um eine drohende Lücke im Vergleich zu verheirateten Paaren zu verhindern (Kommissionssprecherin Anne Seydoux-Christe AB 2013 S. 12). Der Antrag der Kommission wurde diskussionslos angenommen (AB 2013 S. 12; AB 2013 N. 703). Die Räte setzten sich damit je-

doch nicht mit der vorliegend interessierenden Frage auseinander, ob das Gericht bei strittigem Unterhalt auch über die weiteren Kinderbelange entscheidet.

Zu mehr Diskussionen führte die Kompetenzenregelung im Nachgang an ein Scheidungsverfahren. Bundesrätin Simonetta Sommaruga erklärte, dass die neue Regelung für die Fälle gedacht sei, in welchen es nur um die Frage der Änderung der Elternrechte oder der Elternpflichten gehe. Für jene Fälle solle die KESB zuständig sein. Sobald der Unterhalt strittig sei, falle die Zuständigkeit auch nach dem bundesrätlichen Entwurf an das Gericht (vgl. Art. 134 Abs. 3 E-ZGB; AB 2012 N. 1639). Die neue Regelung führe zu einer Parallelität zwischen verheirateten und unverheirateten Personen (AB 2013 S. 9). Die Mehrheit wollte dagegen an der geltenden Regelung festhalten, da sich diese bewährt habe. Zudem wurde – trotz der im bundesrätlichen Entwurf vorgesehenen Kompetenzattraktion zuhanden des Gerichts bei strittigem Unterhalt – verschiedentlich festgehalten, dass eine geteilte Zuständigkeit, nämlich jene des Gerichts bei strittigem Unterhalt und ansonsten jene der KESB, nicht prozessökonomisch sei. Es seien Parallelverfahren zu befürchten (so Votum Nationalrat Christian Lüscher AB 2012 N. 1640, Votum Nationalrätin Gabi Huber AB 2013 N. 700).

7.4 Aus den Materialien lässt sich damit kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers herleiten, wonach die Kompetenzenregelung in Art. 298b bzw. Art. 298d ZGB abschliessend geregelt wäre und der Gesetzgeber eine Kompetenzattraktion, wie sie bei geschiedenen Personen vorliegt, ausschliessen wollte. Auch geht nicht hervor, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte, mit den neuen Bestimmungen bei unverheirateten Eltern Parallelverfahren auszulösen. Es liegt somit kein planmässiges Vorgehen des Gesetzgebers vor. Vielmehr ist von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen, und dieses Versehen wird nun mit dem Bundesgesetz vom 20. März 2015 behoben (vgl. Erw. II.4 und Erw. II.7.6). Dafür sprechen auch die Voten anlässlich der Ratssitzungen, wonach es Doppelspurigkeiten zu verhindern gälte. Diese Voten fielen zwar im Zusammenhang mit der Diskussion um die Änderung von Art. 134 ZGB, können aber auch bei der vorliegenden Auslegung berücksichtigt werden. Anlässlich der Sitzungen wurde der Prozessökonomie grossen Wert beigemessen. Parallelverfah-

ren beim Gericht und bei der KESB sind jedoch nicht prozessökonomisch. Dies umso weniger, als die beiden Verfahren in einem sehr nahen Verhältnis stünden bzw. gar voneinander abhängen würden. Auch die Ausführungen der Bundesrätin, wonach eine Vereinfachung der Zuständigkeiten angestrebt werde, spricht gegen die Annahme eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

7.5. Weiter lässt auch die systematische Auslegung nicht auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers schliessen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass er unverheirateten Parteien zwei gleichzeitig verlaufende Parallelverfahren vor zwei verschiedenen Behörden aufbürden wollte, wohingegen sich verheiratete oder geschiedene Eltern jeweils an eine Behörde wenden können.

7.6. Zu beachten gilt schliesslich, dass die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) die Zuständigkeitsproblematik zwischen den KESB und den Gerichten im Zusammenhang mit nicht miteinander verheirateten Eltern bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Juli 2014 erkannt und eine Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts für die Fälle geschaffen hat, in welchen hinsichtlich des Unterhaltsbeitrages Uneinigkeit besteht (vgl. Medienmitteilung RK-N vom 28.05.2014). Dementsprechend hat die RK-N in den Sitzungen bezüglich der Revision Kindesunterhalt die Aufnahme der Art. 298b Abs. 3 zweiter Satz sowie Art. 298d Abs. 3 ZGB beantragt (vgl. vorstehend in E. II.4). Diese Anträge wurden vom Nationalrat diskussionlos (AB 2014 N. 1245) und vom Ständerat nach einer redaktionellen Anpassung angenommen (vgl. Kommissionssprecher Stefan Engeler AB 2014 S. 1126; AB 2015 N. 86).

8. Die Auslegung von Art. 298b und 298d ZGB ergibt damit, dass nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers bezüglich einer Kompetenzattraktion auszugehen ist. Vielmehr liegt eine Lücke vor, welche es in Analogie zu nArt. 298d Abs. 3 E-ZGB bzw. Art. 134 Abs. 4 ZGB zu schliessen gilt (vgl. dazu vorstehend Erw. II.5.1 f.). Dementsprechend war die sachliche Zuständigkeit bei der Vorinstanz und ist sie auch bei der Berufungsinstanz gegeben.

Da die Vorinstanz für die Regelung der strittigen Kinderbelange sachlich zuständig war, war sie dies auch, um über das Gesuch des Beklagten auf psycholo-



gische Abklärung der Mutter der Klägerin sowie über die Genehmigung der während des Verfahrens geschlossenen Vereinbarung zu befinden.»

(Die Frist für eine Beschwerde an das Bundesgericht ist noch nicht abgelaufen.)