

Ein zeitgemässes Familienverfahren für die Schweiz

Rechtsgutachten und Reformvorschläge

Prof. Dr. iur. Cordula Lötscher, Rechtsanwältin, Universität Basel

Prof. Dr. iur. François Bohnet, Rechtsanwalt, Universität Neuchâtel

22. Januar 2025

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	3
1. Einleitung	3
2. Überblick über die Reformvorschläge	4
3. Fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren	5
Executive Summary (fr).....	7
1. Introduction	7
2. Aperçu des propositions de réforme	8
I. Einleitung	12
II. Besonderheiten von Familienverfahren und Bedürfnisse an ihre Ausgestaltung	12
1. Begriff der Familienverfahren	12
2. Kein klassisches Zweiparteienverfahren	13
3. Bedürfnisse an die prozessuale Ausgestaltung von Familienverfahren	14
III. Überblick über die Reformvorschläge	15
1. Allgemeine Bestimmungen zu Familienverfahren (Art. 271- 271k ZPO- Vorschlag)	15
2. Das summarische Familienschutzverfahren (Art. 272-273a ZPO-Vorschlag)	17
3. Scheidungsverfahren (Art. 274-295 ZPO-Vorschlag)	17
4. Selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange (Art. 296-302 ZPO-Vorschlag)	19

5.	Weitere vorgeschlagene Änderungen von ZPO und ZGB.....	19
IV.	Fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren	20
1.	Zivilstandsunabhängiges Verfahren.....	20
2.	Interdisziplinäres Verfahren.....	20
3.	Lösungsorientiertes Verfahren	20
4.	Effizientes und effektives Verfahren	20
5.	Parteien im Verfahren, insbesondere Stellung und Schutz des Kindes	21
V.	Thema 1: Zivilstandsunabhängiges Verfahren //	
	Thème 1: Procédure indépendante de l'état civil des parents	21
1.	Introduction.....	21
2.	Vers une uniformisation des compétences.....	23
3.	La disparition de toute justification au régime distinct pour les enfants de parents non mariés	25
4.	Délimitation des compétences des tribunaux et de l'APEA de lege lata.....	27
5.	Propositions de réforme pour l'unification des compétences.....	29
VI.	Thema 2: Interdisziplinäres Verfahren.....	32
1.	Forderung nach Interdisziplinarität und Familiengerichtsbarkeit	32
2.	Ansätze für ein interdisziplinäres Familienverfahren	32
3.	Kantonale Organisationsautonomie als verfassungsmässiger Grundsatz	34
4.	Notwendigkeit eines Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie?	35
5.	Schlussfolgerung: Keine Notwendigkeit einer zwingenden Familiengerichtsbarkeit.....	52
6.	Fazit und Reformvorschlag zum interdisziplinären Verfahren.....	54
VII.	Thema 3: Lösungsorientiertes Verfahren	55
1.	Bedürfnis nach Konfliktdeeskalation.....	55
2.	Schlichtungsobligatorium <i>de lege lata</i>	56

3.	Reformvorschlag zum lösungsorientierten Verfahren	60
VIII.	Thema 4: Effizientes und effektives Verfahren //	
	Thème 4: Rapidité et efficacité.....	65
1.	Simplicité procédurale	65
2.	Mesures protectrices de la famille comme outil de protection rapide pour régler le sort des enfants.....	67
3.	Procédure accessible financièrement	73
IX.	Thema 5: Parteien im Verfahren, insbesondere Stellung und Schutz des Kindes.....	74
1.	Kein klassisches Zweiparteienverfahren als Ausgangslage.....	74
2.	Parteistellung und Reformvorschläge	75
X.	Fazit mit Reformvorschlägen	95

Executive Summary

1. Einleitung

- 1 Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht im Zusammenhang mit den Postulaten Schwander (19.3478), Müller-Altermatt (19.3503), RK-N (22.3380) und Feri (23.3047) sowie weiteren parlamentarischen Vorstössen gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Familienverfahrensrecht. Dem Gutachten angehängt sind konkrete Reformvorschläge für eine Neuregelung des Familienverfahrensrechts. Es werden Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) sowie punktuelle Anpassungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) vorgeschlagen (vgl. Anhang).
- 2 Ein zeitgemässes Familienverfahrensrecht trägt den Besonderheiten der Familienverfahren Rechnung. Diese unterscheiden sich deutlich von einem klassischen kontradiktorischen Zivilprozess (vgl. Rz. 30 ff.). Das Gutachten definiert fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren: Anzustreben ist ein zivilstandsunabhängiges Verfahren (Thema 1), ein interdisziplinäres Verfahren (Thema 2), ein lösungsorientiertes Verfahren (Thema 3), ein effizientes und effektives Verfahren (Thema 4) und ein Verfahren mit angemessener Einbindung von Eltern und Kindern im Verfahren (Thema 5). Das Gutachten schlägt im Lichte dieser Fokus-Themen vor, das Familienverfahrensrecht der ZPO neu zu strukturieren und anzupassen. Im Zentrum stehen dabei stets die Interessen der von Trennungen betroffenen Kinder (vgl. Rz. 36 ff., 51 ff.).

2. Überblick über die Reformvorschläge

- 3 Den heutigen Regeln über die unterschiedlichen Familienverfahren sind allgemeine Bestimmungen voranzustellen, die für alle Familienverfahren einheitlich gelten (Art. 271-271k ZPO-Vorschlag) und für Familienverfahren unter Beteiligung von Kindern spezifiziert werden (Art. 271d-271k ZPO-Vorschlag). Die Bestimmungen über die Involvierung von Kindern konnten zu einem grossen Teil aus dem geltenden Recht entnommen werden (Art. 296 ff. ZPO). Sie wurden punktuell im Sinne eines zeitgemässen Familienverfahrens ergänzt. Im Anschluss an die Allgemeinen Bestimmungen folgen die Regelungen über die besonderen Familienverfahren (Familienschutzverfahren, Scheidungsverfahren, selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange). Die Allgemeinen Bestimmungen sollen dann gelten, wenn die besonderen Bestimmungen keine Spezialregelung enthalten.
- 4 In den vorgeschlagenen Allgemeinen Bestimmungen wird insbesondere festgehalten, dass jedem strittigen Entscheidverfahren im Familienverfahren ein obligatorischer Einigungsversuch vor dem Gericht voranzustellen ist (Art. 271a ZPO-Vorschlag). Gleichzeitig soll geklärt werden, dass das Gericht in einem Familienverfahren jederzeit dringliche Massnahmen erlassen kann (Art. 271c ZPO-Vorschlag).
- 5 Nach den Allgemeinen Bestimmungen folgen nach dem Vorbild der geltenden ZPO (Art. 271 ff. ZPO) die summarischen Familienverfahren (Art. 272-273a ZPO-Vorschlag). Nach dem Vorschlag werden alle summarischen Familienverfahren unter dem Titel «Familienschutzverfahren» zusammengefasst. Als Vorbild dient das heutige Eheschutzverfahren, das im Grundsatz weitgehend unverändert, mit nur punktuellen Veränderungen, weiter gelten soll. Das summarische Familienschutzverfahren soll aber neu insbesondere auch zur Regelung der Kinderbelange bei der Trennung unverheirateter Eltern zur Verfügung stehen (Art. 272 Abs. 1 lit. j ZPO-Vorschlag).
- 6 Systematisch folgt auf das summarische Verfahren wie in der geltenden ZPO das Scheidungsverfahren. Hier sind nach Auffassung der Gutachter kaum inhaltliche Änderungen notwendig. Weiterhin sollte das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangen. Vorgeschlagen wird demnach ein weitgehendes Beibehalten der entsprechenden Bestimmungen mit wenigen punktuellen Änderungen und gesetzessystematischen Verbesserungen (Art. 274-295 ZPO-Vorschlag, die weitgehend den heutigen Art. 274-294 ZPO entsprechen). Insbesondere sollen die in der Praxis wichtigen Abänderungsklagen in einem eigenen Abschnitt (Art. 293 ZPO-Vorschlag) und die Verfahren bei Auflösung und Ungültigkeit der eingetragenen Partnerschaft direkt hinter dem Scheidungsverfahren geregelt werden (Art. 295 ZPO-Vorschlag).
- 7 Nach dem Scheidungsverfahren folgt wie unter der geltenden ZPO die Regelung über selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange (Art. 296-302 ZPO-Vorschlag). Darunter fallen wie heute u.a. Unterhaltsklagen minder- und volljähriger Kinder und Abstammungsklagen wie insbesondere die Vaterschaftsklage. Dazu kommen aufgrund von vorgeschlagenen Anpassungen im Bereich der Zuständigkeiten mit Hinblick auf ein zivilstandsunabhängiges Verfahren auch Streitigkeiten betreffend elterliche Sorge, Obhut,

Betreuung und persönlicher Verkehr, für welche heute noch die Kindesschutzbehörde zuständig ist (vgl. insb. Art. 275, 298b, Art. 298d, Art. 315a, Art. 315b ZGB-Vorschlag). Die heute in Art. 295-304 ZPO enthaltenen allgemeinen Bestimmungen zu Kinderbelangen wurden weitgehend in die Allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren mit Kindern verschoben, die Bestimmungen zum Summarverfahren zu den summarischen Familienschutzverfahren.

3. Fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren

a. Thema 1: Zivilstandsunabhängiges Verfahren

- 8 Nach Auffassung der Unterzeichnenden besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Verfahren betreffend Kinderbelange unverheirateter Eltern. Heute bestehen grosse verfahrensrechtliche Unterschiede zwischen Trennungen von Familien mit verheirateten Eltern und Trennungen von Familien mit unverheirateten Eltern. Die Kinder unverheirateter Eltern werden verfahrensrechtlich insbesondere im Hinblick auf die zuständige Behörde (KESB oder Gericht) und die Ausgestaltung des Verfahrens (ZPO oder Verwaltungsverfahren) in vielen Bereichen völlig anders behandelt als die Kinder verheirateter Eltern. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Vorliegend werden umfassende Änderungen im Bereich der Zuständigkeit und des Verfahrens vorgeschlagen, mit dem Ziel, die Verfahren betreffend Kinderbelange zivilstandsunabhängig möglichst einheitlich führen zu können. Insbesondere wird vorgeschlagen, die gerichtliche Zuständigkeit für die Regelung von Kinderbelangen bei unverheirateten Eltern zu erweitern. Das heutige Eheschutzverfahren soll zu einem eigentlichen Familienschutzverfahren ausgebaut werden (Art. 272 Abs. 1 lit. j ZPO-Vorschlag; Art. 176, Art. 272^{bis} und Art. 272^{ter} ZGB-Vorschlag). Es erscheint sinnvoll, ein dem Eheschutzverfahren entsprechendes gerichtliches Verfahren auch für die Regelung der kindsbezogenen Folgen der Trennung unverheirateter Eltern zur Verfügung zu stellen (Rz. 57 ff.).

b. Thema 2: Interdisziplinäres Verfahren

- 9 Der wichtige Einbezug von Interdisziplinarität, Fachwissen und Fachpersonen in Verfahren mit Involvierung von Kindern sollte eine ausdrückliche Regelung erfahren. Das Bewusstsein der befassten Gerichte der Möglichkeiten zum Einbezug von Interdisziplinarität, Fachpersonen und Fachwissen in Familienverfahren ist zu stärken. Die Regelung sollte auf Ebene des Verfahrens verortet sein und Eingang finden in die neuen Allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren mit Kindern (Art. 271g ZPO-Vorschlag).
- 10 Die Frage, wie Familienverfahren zu führen und durch das Gericht zu instruieren sind, sollte nicht primär auf Ebene der Gerichtsorganisation geklärt werden, sondern auf Ebene des Verfahrens. Wie die Gerichtsorganisation ausgestaltet sein soll, sollte auch für das Familienverfahren weiterhin, wie es das geltende Verfassungsrecht garantiert (Art. 122 Abs. 2 BV), in der Kompetenz der Kantone liegen. Die Bedürfnisse der Kantone an die Ausgestaltung ihrer Gerichtsorganisation sind unterschiedlich. Es erweist sich nach Ansicht der Unterzeichnenden nicht als notwendig, auf Bundesebene verpflichtende Vorgaben zur Gerichtsorganisation zu machen, um für die von Trennungen betroffenen Familien und vor

allem auch Kinder angemessene Familienverfahren bereitzustellen und (je nach bisheriger Handhabung der Gerichte) wesentliche Verbesserungen erzielen zu können. Es besteht keine Notwendigkeit, dass der Bund den Kantonen die Einführung von spezialisierten Familiengerichten vorschreibt. Eine solche Vorschrift würde unter geltendem Verfassungsrecht wohl gar gegen das Subsidiaritätsprinzip verstossen. Eine bundesweite Einführung von Familiengerichten erweist sich auch nicht notwendig, um ein zivilstandsunabhängiges Verfahren zu gewährleisten, da dieses Ziel auch mit Änderungen auf Verfahrensebene erreicht werden kann (Rz. 98 ff.).

c. Thema 3: Lösungsorientiertes Verfahren

- 11 Ein zeitgemässes Familienverfahren ist lösungsorientiert. Einvernehmliche Einigungen der Parteien stehen im Vordergrund. Die ZPO weist hier Anpassungsbedarf auf, da in einigen familienrechtlichen Verfahren eine eigentliche Schlichtungslücke besteht: das Schlichtungsverfahren gelangt für fast alle familienrechtlichen Streitigkeiten nicht zur Anwendung. Dies ist grundsätzlich richtig, da die Schlichtungsbehörde nicht die richtige Behörde ist für einen obligatorischen Einigungsversuch in diesen Streitigkeiten: die meisten dieser Streitigkeiten unterstehen der Officialmaxime, womit eine Vereinbarung zwischen den Parteien grundsätzlich der gerichtlichen Genehmigung untersteht. Dies hat auch den Gesetzgeber in der jüngsten ZPO-Revision dazu bewogen, das Schlichtungsverfahren für alle Unterhaltsstreitigkeiten entfallen zu lassen. Die ZPO sieht stattdessen für das Eheschutzverfahren (Art. 273 Abs. 3 ZPO) und das Scheidungsverfahren (Art. 291 ZPO) einen obligatorischen Einigungsversuch vor dem Gericht vor. Ein solcher obligatorischer Einigungsversuch vor dem Gericht sollte für alle familienrechtlichen Streitigkeiten im kontradiktorischen Verfahren vorangestellt sein (Art. 271a, Art. 273 Abs. 2, Art. 290, Art. 297 ZPO-Vorschlag). Vereinbarungen der Eltern betreffend ihre Kinder sind erst mit gerichtlicher Genehmigung für das Kind verbindlich (Art. 271d Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Das Gericht sollte nach Vorbild des heutigen Eheschutz- und Scheidungsverfahrens zuständig sein zur Durchführung des obligatorischen Einigungsversuchs in allen familienrechtlichen Verfahren. Die Einführung einer aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde in Familiensachen, welche dem Gericht obligatorisch vorgeschaltet würde, wäre nach vorliegender Auffassung hingegen weder notwendig noch sinnvoll, sondern vielmehr kontraproduktiv und schädlich. Dies würde gerade in dringlichen Fällen zu Kompetenzkonflikten führen und die Rechtsdurchsetzung für die Betroffenen, insbesondere die Kinder, gravierend schwächen (Rz. 167 ff.).

d. Thema 4: Effizientes und effektives Verfahren

- 12 Im Bereich des Familienverfahrens muss die Rechtsdurchsetzung effizient und effektiv sein. Insbesondere aufgrund der involvierten Kinder ist dieses Bedürfnis in Familienverfahren noch grösser als in anderen Bereichen des Zivilverfahrensrechts. Das Familienverfahren ist niederschwellig und alltagstauglich auszugestalten. Die Einleitung des Verfahrens muss einfach sein und eine Begründung der Eingabe sollte nicht erforderlich sein. Diese bereits im Scheidungsverfahren und bei selbstständigen Kinderbelangen geltenden Grundsätze sollten für alle Familienverfahren, insbesondere auch für summarische Verfahren, gelten (Art. 271 ZPO-Vorschlag). Mündlichkeit sollte vorherrschen. Jederzeit im Verfahren müssen dringliche

Regelungen möglich sein (Art. 271c, Art. 273a ZPO-Vorschlag). Der Grundsatz der Beschränkung des Kostenvorschusses auf die Hälfte sollte für alle Familienverfahren gelten. Der Kostenvorschuss sollte unabhängig von der Verfahrenseinleitung von beiden Parteien erhoben werden können, vom Kind hingegen nur in Ausnahmefällen (Art. 98 Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Im Kostenrecht sollte ein Anreiz für einvernehmliche Regelungen bestehen: bei einer Einigung vor der kontradiktorischen Fortsetzung des Verfahrens sollten die Kosten höchstens die Hälfte der Gerichtskosten betragen (Art. 109 ZPO-Vorschlag; zum Ganzen Rz. 199 ff.).

e. Thema 5: Parteien im Verfahren, insb. Stellung und Schutz des Kindes

- 13 Die Verfahrensbeteiligung und Stellung der verschiedenen Familienmitglieder im Verfahren ist heute unbefriedigend geregelt. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Insbesondere ist die Stellung von Kindern und ihren Eltern in den unterschiedlichen familienrechtlichen Verfahren zu klären. Anzustreben ist eine formelle Verfahrensbeteiligung beider Eltern mit der Möglichkeit, eigene Anträge im Verfahren zu stellen, für alle Fälle, in denen Kinderbelange neu zu regeln sind (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag; vgl. auch Art. 261, 279 ZGB-Vorschlag). Dies gilt auch bei Volljährigenunterhaltsprozessen. Elterliche Streitigkeiten über Kinderbelange sollten grundsätzlich zwischen den Eltern geführt werden, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet waren oder nicht. Die Interessen der Kinder sind primär durch ihre gesetzlichen Vertreter zu wahren. Hinzuwirken ist auch in diesem Punkt auf eine Gleichstellung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern. Kinder und ihre Interessen sind im Verfahren möglichst umfassend zu schützen (vgl. Rz. 223 ff.).

Executive Summary (fr)

1. Introduction

- 14 Le présent avis de droit examine, en relation avec les postulats Schwander (19.3478), Müller-Altermatt (19.3503), CAJ-N (22.3380) et Feri (23.3047) ainsi que d'autres interventions parlementaires, la nécessité de légiférer dans le domaine du droit procédural de la famille. L'expertise est accompagnée de propositions de réforme concrètes pour une nouvelle réglementation de la procédure en matière de droit de la famille. Des modifications du Code de procédure civile (CPC, RS 272) ainsi que des adaptations ponctuelles du Code civil suisse (CC, RS 210) sont proposées (cf. annexe).
- 15 Un droit de procédure du droit de la famille actuel doit tenir compte des particularités de ces procédures. Celles-ci se distinguent sur bien des points du procès civil contradictoire classique (cf. n. 30 ss). L'expertise définit cinq thèmes prioritaires pour une procédure du droit de la famille actuelle : la procédure ne doit pas dépendre de l'état civil (thème 1), elle doit être interdisciplinaire (thème 2), axée solutions (thème 3), efficiente et efficace (thème 4) et impliquer la procédure en matière de droit de la famille de manière appropriée les parents et les enfants dans la procédure (thème 5). L'expertise propose sur cette base de restructurer et

d'adapter le droit de procédure du droit de la famille du CPC. Les intérêts des enfants concernés par les séparations sont au centre de cette démarche (cf. n. 36 ss., 51 ss.).

2. Aperçu des propositions de réforme

- 16 Les règles actuelles relatives aux différentes procédures du droit de la famille doivent être précédées de dispositions générales qui s'appliquent de manière uniforme à toutes ces procédures (art. 271 à 271k CPC proposés) et qui sont spécifiées pour les procédures familiales impliquant des enfants (art. 271d à 271k CPC proposés). Les dispositions relatives à l'implication des enfants sont reprises en grande partie du droit en vigueur (art. 296 ss CPC). Elles ont été complétées ponctuellement dans le sens d'une procédure du droit de la famille répondant aux besoins actuels. Les dispositions générales sont suivies de règles relatives aux procédures familiales spéciales (procédure de protection de la famille, procédure de divorce, actions indépendantes concernant les enfants). Les dispositions générales s'appliquent lorsque les dispositions spéciales ne contiennent pas de règles spécifiques.
- 17 Les dispositions générales proposées prévoient notamment que toute procédure contentieuse du droit de la famille doit être précédée d'une tentative de conciliation devant le tribunal (art. 271a CPC proposé). Parallèlement, il est précisé que le juge peut en tout temps prendre des mesures urgentes dans une procédure du droit de la famille (art. 271c CPC proposé).
- 18 Les dispositions générales sont suivies, sur le modèle du CPC actuel (art. 271 ss CPC), des procédures du droit de la famille de nature sommaire (art. 272-273a CPC proposés). Selon la proposition, toutes les procédures familiales sommaires sont regroupées sous le titre de « procédures de protection de la famille ». L'actuelle procédure de protection de l'union conjugale sert de modèle et doit continuer à s'appliquer en grande partie sans changement, avec quelques modifications ponctuelles. Toutefois, des « mesures protectrices de la famille » doivent désormais être à disposition, notamment pour régler les questions relatives aux enfants en cas de séparation des parents non mariés (art. 272, al. 1, let. j, CPC proposé).
- 19 D'un point de vue systématique, la procédure sommaire est suivie, comme dans le CPC actuel, par la procédure de divorce. Selon les auteurs de l'avis, il ne se justifie pas de modifier cette procédure. La procédure de divorce doit continuer à être réglée par la procédure simplifiée. Il est donc proposé de conserver dans une large mesure les dispositions actuelles, avec quelques modifications ponctuelles et des améliorations sous un angle systématique I (art. 274 à 295 CPC proposés, qui correspondent en grande partie aux art. 274 à 294 CPC actuels). En particulier, les actions en modification, importantes dans la pratique, doivent être réglées dans une section spécifique (art. 293 CPC proposé) et les procédures de dissolution et d'annulation du partenariat enregistré doivent être réglées directement après la procédure de divorce (art. 295 CPC proposé).
- 20 La procédure de divorce est suivie, comme dans le CPC actuel, par la réglementation des procédures indépendantes concernant les enfants (art. 296-302 CPC proposés). Il s'agit notamment, comme aujourd'hui, des procédures portant sur l'entretien des enfants mineurs et

majeurs et des procédures en matière de filiation, en particulier l'action en paternité. S'y ajoutent, en raison des adaptations proposées en vue d'une procédure indépendante de l'état civil, des litiges relatifs à l'autorité parentale, à la garde, à la prise en charge et aux relations personnelles, pour lesquels l'autorité de protection de l'enfant est encore compétente aujourd'hui (cf. en particulier les adaptations proposées aux art. 275, 298b, 298d, 315a et 315b CC). Les dispositions générales relatives aux intérêts des enfants, qui figurent actuellement aux art. 295-304 CPC, ont été pour la plupart regroupées dans les dispositions générales relatives aux procédures du droit de la famille comprenant des enfants, et les dispositions relatives à la procédure sommaire ont été regroupées dans le chapitre consacré aux procédures sommaires de protection de la famille.

3. Cinq thèmes centraux pour une procédure du droit de la famille moderne

a. Thème 1 : Procédure indépendante de l'état civil

- 21 De l'avis des soussignés, il convient de réviser le droit de procédure relatif aux enfants issus de parents non mariés. En l'état actuel de la législation, il existe de grandes différences entre les procédures de séparation de familles avec parents mariés et celles avec parents non mariés. Les enfants issus de parents non mariés sont traités de manière fondamentalement différente en termes de procédure, notamment en matière d'autorité compétente (APEA ou tribunal) et de nature de la procédure (CPC ou procédure administrative). Ce traitement différencié n'est pas justifié. Des modifications de fond sont proposées dans le domaine de la compétence et de la procédure, afin d'aboutir à un régime aussi uniforme que possible en matière de procédures relatives aux enfants, et ce indépendamment de l'état civil. Les tribunaux seraient ainsi compétents pour le règlement des questions relatives aux enfants issus de parents non mariés. La procédure de protection de l'union conjugale doit être généralisée en une procédure de protection de la famille (mesures protectrices de la famille : art. 272, al. 1, let. j CPC proposé ; art. 176, art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposé). Il se justifie en effet de mettre sur pied une procédure judiciaire équivalente à la procédure de protection de l'union conjugale également pour le règlement des questions liées aux enfant en cas de séparation de parents non mariés (n. 57 ss).

b. Thème 2 : Procédure interdisciplinaire

- 22 L'interdisciplinarité, la pris en considération des connaissances spécialisées et le recours aux spécialistes dans les procédures impliquant des enfants devraient faire l'objet d'une réglementation explicite. La sensibilisation des tribunaux en charge des affaires familiales aux possibilités d'intégrer l'interdisciplinarité, les connaissances spécialisées et les experts doit être renforcée. La réglementation devrait s'intégrer dans les nouvelles dispositions générales relatives aux procédures familiales avec enfants (art. 271g CPC proposé).
- 23 La question de savoir comment les procédures du droit de la famille doivent être menées et instruites ne devrait pas être réglé en premier lieu au niveau de l'organisation judiciaire, mais bien au niveau de la procédure. L'organisation judiciaire devrait continuer à relever de la compétence des cantons pour ces procédure, comme le garantit le droit constitutionnel en

vigueur (art. 122 al. 2 Cst.). Les besoins en matière d'organisation judiciaire diffèrent d'un canton à l'autre. De l'avis des soussignés, une procédure de droit de la famille conforme au besoin des familles et des enfants concernés n'exige pas des règles fédérales en matière d'organisation judiciaire. Imposer aux cantons l'introduction de tribunaux familiaux spécialisés ne se justifie pas. Une telle réglementation ne serait probablement pas en accord avec le principe de subsidiarité inscrit dans la constitution. Il n'est pas non plus nécessaire d'introduire de tels tribunaux de la famille pour garantir une procédure indépendante de l'état civil, car cet objectif peut également être atteint par des modifications des règles de procédure applicables (n. 98 ss).

c. Thème 3 : Procédure axée solutions

- 24 Une procédure familiale moderne est axée solutions. Les accords à l'amiable entre les parties doivent être privilégiés. Les règles du CPC doivent être adaptée sur ce point, car il existe une véritable lacune sur la question de la conciliation dans certaines procédures du droit de la famille. Le préalable de conciliation prévu par le CPC ne s'applique pratiquement pas aux litiges du droit de la famille. Cela s'explique par le fait que l'autorité de conciliation n'est pas la bonne autorité pour une tentative de conciliation obligatoire dans ce type de litiges : ils sont pour la plupart soumis à la maxime d'office, si bien qu'un accord entre les parties est en principe soumis à l'approbation du juge. C'est d'ailleurs ce qui a incité le législateur à supprimer la procédure de conciliation pour tous les litiges relatifs à l'entretien lors de la récente révision du CPC. En lieu et place, le CPC prévoit une tentative de conciliation obligatoire devant le tribunal pour la procédure de protection de l'union conjugale (art. 273 al. 3 CPC) et la procédure de divorce (art. 291 CPC). Une telle tentative de conciliation obligatoire devant le juge devrait précéder tous les litiges de droit de la famille (art. 271a, art. 273 al. 2, art. 290, art. 297 CPC proposés). Les accords conclus par les parents concernant leurs enfants ne sont contraignants pour l'enfant qu'après avoir été approuvés par le tribunal (art. 271d al. 3 CPC proposé). Le tribunal devrait être compétent, sur le modèle de la procédure actuelle de protection de l'union conjugale et de divorce, pour tenter la conciliation obligatoire dans toutes les procédures de droit de la famille. En revanche, l'introduction d'une autorité de conciliation extrajudiciaire en matière familiale, qui interviendrait nécessairement avant le tribunal, ne serait, selon le présent avis, ni nécessaire ni judicieuse, mais plutôt contre-productive et dommageable. Cela entraînerait des conflits de compétences, notamment dans les cas urgents, et affaiblirait sérieusement l'application du droit pour les personnes concernées, en particulier les enfants (n. 167 ss).

d. Thème 4 : Rapidité et efficacité

- 25 Dans les affaires du droit de la famille, la procédure doit être rapide et efficace, et ce plus encore que dans tout autre domaine compte tenu de l'implication d'enfants. Elle doit être facile d'accès et adaptée au quotidien. Cela implique qu'elle puisse être initiée de manière simple, sans nécessité d'une motivation. Ces principes, qui valent d'ores et déjà dans la procédure de divorce et dans les affaires indépendantes concernant les enfants, devraient s'appliquer à toutes les procédures du droit de la famille, notamment aux procédures sommaires (art. 271 CPC proposé). L'oralité devrait prédominer. Une réglementation provisoire doit pouvoir intervenir à tout moment dans la procédure (art. 271c, 273a CPC proposé). Le principe de la limitation de

l'avance des frais à la moitié de ceux-ci devrait s'appliquer à toutes les procédures familiales. L'avance de frais devrait pouvoir être demandée aux deux parties indépendamment de celle qui l'a initiée, mais à l'enfant uniquement dans des cas exceptionnels (art. 98 al. 3 CPC proposé). La réglementation des frais doit fonctionner comme un outil favorisant les règlements à l'amiable : en cas d'accord avant la poursuite contradictoire de la procédure, les frais devraient s'élever au maximum à la moitié des frais de justice (art. 109 CPC proposés ; sur l'ensemble, N. 199 ss).

e. Thème 5 : Parties à la procédure, en particulier le statut et la protection de l'enfant

- 26 La participation à la procédure et la position des différents membres de la famille dans la procédure sont aujourd'hui réglées de manière peu satisfaisante. Une révision législative s'impose sur ce thème. Il convient notamment de clarifier la position des enfants et de leurs parents dans les différentes procédures du droit de la famille. Une participation formelle des deux parents s'impose dans ce cadre, chaque parent devant avoir la possibilité de déposer ses propres conclusions dans la procédure dès l'instant où des questions relatives à l'enfants se posent (art. 271e al. 1 CPC proposé ; cf. également art. 261, 279 CC proposé). Cela vaut également pour les procédures relatives à l'entretien des enfants majeurs. Les litiges parentaux concernant les intérêts des enfants devraient en principe être menés entre les parents, indépendamment du fait que ceux-ci aient été mariés ou non et les intérêts des enfants préservés en premier lieu par leurs représentants légaux. Sur ce point également, il convient d'œuvrer en faveur d'une égalité entre les enfants de parents mariés et ceux de parents non mariés. Les enfants et leurs intérêts doivent être protégés de la manière la plus complète possible dans la procédure (voir n. 223 ss).

I. Einleitung

- 27 Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht mögliche Reformvorschläge im Familienverfahrensrecht und/oder bezüglich Familiengerichtsbarkeit. Das Gutachten wurde in Auftrag gegeben im Zusammenhang mit den vier Postulaten Schwander (19.3478), Müller-Altermatt (19.3503), RK-N (22.3380) und Feri (23.3047) sowie weiteren parlamentarischen Vorstössen zum Familienverfahrensrecht.
- 28 Ziel der gutachterlichen Stellungnahme sind konkrete Reformvorschläge, zum Teil bereits in Form von konkreten Änderungs- und Formulierungsvorschlägen. Der Gutachtensauftrag bezieht sich auf das Familienverfahrensrecht und schliesst Fragen des materiellen Familienrechts wie zum Beispiel das Unterhaltsrecht, die elterliche Sorge und Obhut aus, zu welchen zum Teil auch politische Reformbestrebungen bestehen. Den aus dem materiellen Recht resultierenden Anforderungen ist aber im Rahmen der Ausgestaltung des Verfahrens Rechnung zu tragen. Diese Anforderungen liegen damit auch den vorliegenden Vorschlägen zum Verfahrensrecht zugrunde. Im Zentrum stehen dabei stets die Interessen der von Trennungen betroffenen Kinder.
- 29 Der Fokus der vorgelegten Reformvorschläge liegt auf fünf Themenbereichen, die für ein zeitgemässes Familienverfahren zentral erscheinen. Der Untersuchung dieser fünf Themen vorangestellt sind Ausführungen über die Bedürfnisse an ein Familienverfahren und die Besonderheiten von Familienverfahren, welche als Leitgedanken die vorliegenden Vorschläge prägen. Als Abschluss des Gutachtens werden konkrete Anpassungsvorschläge der ZPO und des ZGB vorgelegt, auf welche im Rahmen der nachfolgenden fünf Fokus-Themen auch stets Bezug genommen wird.

II. Besonderheiten von Familienverfahren und Bedürfnisse an ihre Ausgestaltung

1. Begriff der Familienverfahren

- 30 Als Familienverfahren werden alle Verfahren über familienrechtliche Streitigkeiten verstanden, d.h. Erkenntnisverfahren betreffend Ansprüche nach Art. 90-456 ZGB, die nicht der Zuständigkeit einer anderen Behörde als dem Gericht (insbesondere der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) unterstellt sind. Die wichtigsten Anwendungsfälle sind die heutigen Eheschutz- und Scheidungsverfahren sowie Klagen betreffend Kinderbelange wie insbesondere Unterhaltsklagen minder- und volljähriger Kinder, Abstammungsklagen und weitere Kinderbelange. Darunter fallen auch Verwandtenunterstützungsklagen. Der Begriff der Kinderbelange wird vorliegend entsprechend der Verwendung im 7. Titel der ZPO und Art. 295 ZPO in der revidierten Fassung seit 1. Januar 2025, d.h. in einem weiten Sinn verwendet. Als Kinderbelange werden alle familienrechtlichen Streitigkeiten verstanden, die Auswirkungen auf Kinder haben, d.h. insbesondere Streitigkeiten über die elterliche Sorge, die Obhut, die Betreuungsanteile, den persönlichen Verkehr, den Kindesunterhalt und auch Abstammungsklagen, die eine Neuregelung dieser Belange zur Folge haben können.

2. Kein klassisches Zweiparteienverfahren

- 31 Das familienrechtliche Verfahren weist im Vergleich zu anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten einige hervorzuhebende Besonderheiten auf.¹ Während es im klassischen Zivilprozess oftmals um Ereignisse geht, die sich in der Vergangenheit ereignet haben, beschäftigt sich das Gericht im familienrechtlichen Prozess überwiegend mit fortdauernden familiären Konflikten.² Es muss Entscheide treffen, die sich massgeblich für die *Zukunft* auswirken.
- 32 Eine Besonderheit von Familienverfahren besteht darin, dass es sich dabei *nicht um klassische kontradiktorische Zivilprozesse* handelt. Im Familienverfahren ist in aller Regel nicht ausschliesslich und isoliert eine Forderung oder ein Anspruch einer Partei gegen eine andere Partei zu beurteilen. Vielmehr haben alle Beteiligten Ansprüche und Interessen gegenüber den anderen Beteiligten. Dies ist im Bereich der verheirateten Eltern grundsätzlich anerkannt: Sowohl das Eheschutz- als auch das Scheidungsverfahren werden als Anwendungsfälle der sogenannten «*actio duplex*» qualifiziert, womit beide Ehegatten in diesen Verfahren unabhängig von ihrer Parteistellung und den Anträgen der klagenden Partei eigene Anträge stellen dürfen.³ Bei unverheirateten Eltern ist dieser Grundsatz heute nicht gleichermassen flächendeckend anerkannt, auch wenn seine Anwendung zu Recht gefordert wird.⁴ Bei unverheirateten Eltern kommt es heute zum Teil noch massgeblich auf die klassische Parteirolle (klagende oder beklagte Partei) an für die Frage, wer welche Anträge stellen darf. Im Vordergrund des Familienverfahrens steht bei Involvierung von Kindern aber unabhängig vom ehelichen Status der Eltern immer das *Gesamtsystem*. In diesem Gesamtsystem «Familie» haben alle Beteiligten Ansprüche und es bestehen Themen, die grundsätzlich geregelt werden müssen. Das materielle Recht gibt vor, welche Themen in diesem Verfahren geregelt werden müssen. Wird ein Anspruch durch eine Partei geltend gemacht, hat dies Auswirkungen auf das Gesamtsystem, weshalb Letzteres gegebenenfalls ganz überprüft und neu angeschaut werden muss.
- 33 Auch die vom familienrechtlichen Verfahren betroffenen Parteien unterscheiden sich grundlegend von jenen in anderen Zivilverfahren.⁵ Speziell ist an Familienverfahren, dass häufig *Kinder* im Prozess beteiligt sind, für die der Ausgang des Prozesses lebensprägend ist. Mindestens in der Hälfte aller familienrechtlichen Verfahren sind Kinder involviert.⁶ Es liegt daher auf der Hand, dass sich aufgrund dieser Eigenarten des Familienkonflikts besondere

¹ SCHWENZER INGEBORG, Braucht die Schweiz Familiengerichte?, in: Vetterli Rolf (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 89 ff., 92.

² SCHWENZER (FN 1), 92 f.

³ BOHNET FRANÇOIS, L'*actio duplex* (doppelseitige Klage), en particulier en droit matrimonial, FS Guillod, 123 ff., insb. 129 ff.; BURRI MARGA, Die *actio duplex* am Anwendungsfall der Scheidungsklage im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich/St. Gallen 2025 Rz. 47; STECK/FANKHAUSER, Vorbem. zu Art. 196 –220, Rz. 23, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm, Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022 (zit. BEARBEITER/IN, FamKomm Scheidung).

⁴ Vgl. SENN EVA, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 4/2017, 971 ff., 984.

⁵ SCHWENZER (FN 1), 93.

⁶ Vgl. bereits SCHWENZER (FN 1), 93.

Anforderungen an das damit befasste Gericht ergeben.⁷ Der Einbezug der Kinder in das Verfahren ist in einem gewissen Umfang notwendig. Gleichzeitig ist es nicht notwendig und auch nicht angezeigt, Kindern in einem trennungsbedingten Familienverfahren eine klassische kontradiktorische Rolle als klagende oder beklagte Partei mit allen prozessrechtlichen Konsequenzen⁸ zuzugestehen. So muss ein Kind etwa keine Kostenfolgen dieses Verfahrens tragen. Ein Kind sollte auch nicht verpflichtet sein, Eingaben in einem solchen Verfahren zu tätigen. Ein Kind sollte nicht die (Mit-)Verantwortung für den Ausgang des Verfahrens tragen müssen, etwa dadurch, dass sein prozessuales Verhalten für den Ausgang des Verfahrens entscheidend wäre. Es handelt sich bei Familienverfahren mit Involvierung von Kindern um *Mehrbeteiligtenverfahren*. Damit ist aber nicht zwingend ein förmliches Mehrparteienverfahren gemeint.

- 34 Eine weitere Besonderheit des Familienverfahrens ist, dass der *Staat* in einer besonderen Rolle respektive allenfalls auch in mehreren Rollen im Zivilprozess auftritt. Zum Teil ist das Gemeinwesen am Verfahren direkt beteiligt: Involviert können staatlich eingesetzte Beistände und/oder Behörden, insbesondere die Kindesschutzbehörde sein. Das Gericht ist zudem mit einer sehr viel stärkeren *Prüfungsaufgabe* als in anderen Zivilverfahren betraut. Es ist dafür verantwortlich, dass das Kindeswohl in diesen Verfahren gewahrt wird. Wenn Kinderbelange betroffen sind, gelten die *Offizialmaxime* und die *uneingeschränkte Untersuchungsmaxime* (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO), wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.⁹

3. Bedürfnisse an die prozessuale Ausgestaltung von Familienverfahren

- 35 Die Bedürfnisse an ein Familienverfahren sind vielfältig. Familienverfahren sollten *niederschwellig* und *alltagstauglich* ausgestaltet sein. Sie müssen *effizient* sein und *schnelle Regelungen* ermöglichen. Gleichzeitig müssen aber auch *dauerhafte Regelungen* möglich sein, und es sind auch *komplexe Konstellationen* und *anspruchsvolle Rechtsfragen* zu lösen und zu klären. Die häufig emotional aufgeladenen Situationen der Betroffenen sollten durch das Gesetz und die befassen Behörden angemessen aufgefangen werden. Auch anwaltlich nicht vertretene Parteien sollten Rechtsschutz erhalten können. Aufgabe des Prozessrechts ist es, einen gebührenden Rahmen für die Rechtsdurchsetzung zu bieten. Das Prozessrecht muss lebensnahe Lösungen ermöglichen und fördern, und die angemessene Involvierung von betroffenen Kindern im Verfahren sicherstellen. In einem Familienverfahren sollte deshalb jedenfalls zu Beginn des Verfahrens *Mündlichkeit* vorherrschen. *Persönliches Erscheinen* der

⁷ SCHWENZER (FN 1), 94.

⁸ Vgl. zu den Konsequenzen der Parteistellung LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess – Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2016, Rz. 204 ff.

⁹ Zur Geltung von Art. 296 ZPO für alle familienrechtlichen Verfahren mit Kindern vgl. JEANDIN, Art. 296 N 6, 19, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER/IN, CR CPC); zur *Offizialmaxime* BGer 5A_524/2017 vom 9. Oktober 2017 E. 3.1; zur *Untersuchungsmaxime* SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, CHK ZPO, Art. 296 N 2 m.w.H., Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich 2021 (zit. CHK ZPO).

Betroffenen ist zentral. Familienverfahren müssen *flexibel* sein und auf alle möglichen Situationen, die das Leben mit sich bringen kann, anwendbar sein. Familienverfahren sollten idealerweise auf eine Einigung der Beteiligten gerichtet sein. Wenn Kinder vorhanden sind, steht der Schutz des *Kindeswohls* im Vordergrund. In Familienverfahren müssen alle Beteiligten *Gehör* erhalten. Jedenfalls vor der ersten befassten Instanz sollten alle Beteiligten die Gelegenheit haben, ihre *Anträge* zur Neuorganisation des Gesamtsystems des Familiensystems zu stellen. Die Durchsetzung des materiellen Rechts soll durch das Prozessrecht bestmöglich garantiert werden. In einem Familienverfahren müssen sowohl schnelle, provisorische Regelungen als auch dauerhafte Regelungen möglich sein.

III. Überblick über die Reformvorschläge

- 36 Den dargelegten Bedürfnissen und Besonderheiten von Familienverfahren soll mit dem im Anhang vorgelegten Reformvorschlag möglichst umfassend Rechnung getragen werden. Nachfolgend werden die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick dargestellt, bevor anschliessend im Rahmen von fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren im Detail auf die dahinterstehenden Überlegungen eingegangen wird.

1. Allgemeine Bestimmungen zu Familienverfahren (Art. 271- 271k ZPO-Vorschlag)

a. Einleitung und Einigungsversuch (Art. 271-271c ZPO)

- 37 Familienverfahren werden heute von den kantonalen Gerichten in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt. Die ZPO belässt den Gerichten ein grosses Ermessen in der Führung von Familienverfahren. So werden Familienverfahren an vielen Gerichten in der Schweiz sehr niederschwellig, vorwiegend mündlich und mit einem Fokus auf Einigungen der Parteien geführt, während an anderen Gerichten Schriftlichkeit vorherrscht und Familienverfahren beinahe ähnlich geführt werden wie andere kontradiktorische Zivilprozesse. Die ZPO lässt heute Platz für viele Arten der Führung von Familienverfahren, was grundsätzlich zu begrüssen ist, weil es den Gerichten erlaubt, den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht zu werden. Gleichzeitig sollte aber die ZPO verdeutlichen, welche grundsätzliche Vorstellung der Gesetzgeber heute von der Führung eines alltäglichen Familienverfahrens hat. Vorliegend werden deshalb Vorschläge gemacht für einen allgemeinen Teil in der ZPO zu Familienverfahren, der Leitlinien für die Instruktion vorgeben soll mit dem Ziel eines alltagstauglichen, effizienten, lösungsorientierten, niederschwelligen Familienverfahrens, das den heutigen Ansprüchen an ein zeitgemässes Familienverfahren entspricht. Ein solcher allgemeiner Teil zu Familienverfahren fehlt heute in der ZPO. Es gibt aber Grundsätze und Leitlinien, die für alle Familienverfahren gelten sollten.
- 38 Wichtig ist die Geltung von allgemeinen Grundsätzen insbesondere auch bei Involvierung von Kindern. Die Allgemeinen Bestimmungen sollen deshalb zwei Teile enthalten, einerseits allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze für alle familienrechtlichen Streitigkeiten (Art. 271-271c ZPO-Vorschlag) und andererseits Grundsätze zu Familienverfahren mit Kindern (Art. 271d-271k ZPO-Vorschlag).

- 39 In diesen Allgemeinen Bestimmungen sollen insbesondere die Pflicht zu einem obligatorischen Einigungsversuch enthalten sein (Art. 271a ZPO-Vorschlag), sowie das Recht der Parteien, ein Familienverfahren unabhängig von der anwendbaren Verfahrensart auch ohne schriftliche Begründung einleiten zu können (Art. 271 ZPO-Vorschlag). Gestärkt werden sollen die Mündlichkeit und die Eigenverantwortlichkeit der Parteien, d.h. es sollte auf Vereinbarungen zwischen den Parteien hingearbeitet werden. Die Einführung des obligatorischen Einigungsversuchs erweist sich als notwendig für Verfahren, bei denen Ausnahmen vom Schlichtungsobligatorium bestehen (insbesondere Unterhalt und weitere Kinderbelange sowie Abstammungsklagen, vgl. Art. 198 Abs. 1 und lit. b^{bis} ZPO), ohne dass in der ZPO stattdessen ein obligatorischer Einigungsversuch vorgeschrieben wäre (wie für Eheschutzverfahren, Art. 273 Abs. 3 ZPO, und strittige Scheidungs- und Abänderungsverfahren, Art. 291 und Art. 284 ZPO). In den besonderen Bestimmungen wird jeweils verdeutlicht, ob der obligatorische Einigungsversuch im Rahmen einer gesonderten Einigungsverhandlung (so im Scheidungsverfahren, Art. 290 ZPO-Vorschlag, und bei selbstständigen Klagen betreffend Kinderbelange, Art. 297 ZPO-Vorschlag) oder im Rahmen der Hauptverhandlung (so im summarischen Familienschutzverfahren, Art. 273 ZPO-Vorschlag) stattfindet.
- 40 Es wird nicht vorgeschlagen, alle Bestimmungen zu Familienverfahren in diesen neuen allgemeinen Teil zu integrieren, insbesondere sollen die Gerichtsstandsbestimmungen (Art. 23 ff. ZPO), die bisherige Kostenregelung zu Familienverfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) sowie die Normierung der Geltung des Freibeweises bei Kinderbelangen (Art. 168 Abs. 2 ZPO) systematisch an den jeweiligen Stellen belassen werden. Auch inhaltlich soll an diesen bereits bestehenden allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren nichts geändert werden. Allenfalls könnte sich eine rein terminologische Anpassung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO sowie Art. 168 Abs. 2 ZPO (von heute «familienrechtliche Verfahren» bzw. «familienrechtlichen Angelegenheiten» auf neu «Familienverfahren») anbieten.
- 41 Wert gelegt wird zudem auf die vorherrschende Mündlichkeit im Verfahren, die der Lösungsorientiertheit dient und bewirkt, dass die Parteien auch ohne anwaltliche Vertretung Rechtsschutz erlangen können. Es soll im allgemeinen Teil festgehalten werden, dass Familienverfahren mündlich und ohne Begründung eingeleitet werden können (Art. 271 ZPO-Vorschlag). Präzisiert werden soll, dass das Verfahren bei Scheitern der Einigung kontradiktorisch fortgeführt wird und dass auch in diesem Verfahrensstadium eine mündliche Begründung zulässig ist (Art. 271b ZPO-Vorschlag). Trotz Fokus auf eine Einigung soll der Rechtsschutz nicht abgebaut werden: Dringliche Regelungen wie z.B. betreffend Kindesunterhalt und Betreuung müssen vom befassten Gericht jederzeit erlassen werden können, was im neuen allgemeinen Teil sowie im Bereich des Ehe- und Familienschutzes gesondert zu präzisieren ist (Art. 271c ZPO-Vorschlag).

b. Familienverfahren mit Kindern (Art. 271d-271k ZPO)

- 42 Die vorgeschlagenen allgemeinen Bestimmungen betreffend Familienverfahren mit Kindern sollen für alle Familienverfahren mit Involvierung von Kindern gelten. Die bereits in der ZPO enthaltenen Regelungen zu Familienverfahren mit Kindern, die systematisch im heutigen 7. Titel eingeordnet sind (Art. 296 ff. ZPO), sollten den besonderen Verfahren vorangestellt

werden, um zu verdeutlichen, dass sie für alle Familienverfahren gelten. Weiterhin sollen umfassend der Untersuchungs- und Officialgrundsatz gelten (Art. 271d ZPO-Vorschlag). Ergänzt werden soll, dass eine Vereinbarung der Eltern für das Kind erst verbindlich wird, wenn das Gericht sie genehmigt hat (Art. 271d Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Regelt werden soll, dass Eltern von Gesetzes wegen Verfahrensparteien sind und eigene Anträge stellen können, wenn Anordnungen über ihr gemeinsames Kind zu treffen sind (Art. 271e ZPO-Vorschlag). Vorgeschlagen werden weiter zwei neue Bestimmungen über die Stellung des Kindes (Art. 271f ZPO-Vorschlag) und Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 271g ZPO-Vorschlag). Letztere Bestimmung soll insbesondere die Befugnis des Gerichts verdeutlichen, im Interesse des Kindes Fachpersonen und Fachwissen in das Verfahren einzubeziehen. Punktuell ergänzt werden die Bestimmungen zur Anhörung des Kindes (Art. 271h ZPO-Vorschlag), zur Kindesvertretung (Art. 271i und Art. 271j ZPO-Vorschlag) sowie zur Eröffnung des Entscheides (Art. 271k ZPO-Vorschlag).

2. Das summarische Familienschutzverfahren (Art. 272-273a ZPO-Vorschlag)

- 43 Nach den Allgemeinen Bestimmungen folgen die besonderen Bestimmungen zu Familienverfahren. Zuerst wird das summarische Familienschutzverfahren geregelt (Art. 272-273a ZPO-Vorschlag). Als Vorbild dient das heutige Eheschutzverfahren (Art. 271-273 ZPO, Angelegenheiten des summarischen Verfahrens unter dem Titel der Besonderen eherechtlichen Verfahren). Das Familienschutzverfahren ist nach dem vorliegenden Vorschlag das Summarverfahren für alle familienrechtlichen Angelegenheiten. Im Katalog des Anwendungsbereichs werden die bisherigen Summarverfahren (Art. 271, Art. 302, Art. 305 ZPO) zusammengezogen und verdeutlicht, dass für all diese Summarverfahren dieselben Bestimmungen gelten sollen. Zusätzlich zu den bisherigen summarischen Familienverfahren soll dieses Verfahren auch für die Organisation des Getrenntlebens bei unverheirateten Eltern zur Anwendung gelangen (Art. 272 Abs. 1 lit. j ZPO-Vorschlag; Art. 272^{bis} und Art. 272^{ter} ZGB-Vorschlag). Abgesehen davon soll das Eheschutzverfahren nur punktuelle Anpassungen erfahren. Zu verdeutlichen ist insbesondere, dass vor der Verhandlung grundsätzlich kein Schriftenwechsel stattfindet (Art. 272a Abs. 2 ZPO-Vorschlag), dass eine Verhandlung zeitnah durchzuführen ist (Art. 273 Abs. 1 ZPO-Vorschlag) und dass dringliche Massnahmen auch vor dem Endentscheid erlassen werden können (Art. 273a ZPO-Vorschlag).

3. Scheidungsverfahren (Art. 274-295 ZPO-Vorschlag)

- 44 Kein grundsätzlicher Handlungsbedarf besteht nach Einschätzung der Unterzeichnenden des vorliegenden Gutachtens im Bereich des bewährten Scheidungsverfahrens. Entsprechendes gilt für Eheungültigkeits- und Trennungsverfahren (Ehetrennung) sowie Auflösungen eingetragener Partnerschaften, die wie Scheidungsverfahren behandelt werden (Art. 294 Abs. 1, Art. 307 ZPO). Hier wurde mit der Revision der ZPO per 1. Januar 2025 umfassend das

vereinfachte Verfahren eingeführt,¹⁰ was zu begrüßen ist. Damit ist eine flexible Instruktion von Scheidungsverfahren gemessen an ihren jeweiligen Bedürfnissen und ihrer Komplexität möglich. Es ist so möglich, das strittige Scheidungsverfahren mit vorherrschender Mündlichkeit und in vielen Fällen auch ohne anwaltliche Vertretung zu führen. Das Gericht kann aber auch Scheidungsverfahren mit zwei Schriftenwechseln durchführen (Art. 246 Abs. 2 ZPO).¹¹ Mit der Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens auf das Scheidungsverfahren wurde der Gesetzgeber den unterschiedlichen Bedürfnissen der Parteien gerecht. Dasselbe gilt für Abänderungsverfahren von rechtskräftigen Scheidungsurteilen und Ergänzungsverfahren. Es wird einzig vorgeschlagen, die *de lege lata* systematisch unglückliche Positionierung der Norm zu Abänderungsklagen (Art. 284 ZPO) in einen eigenständigen Abschnitt zu verschieben, da sie sich nach allgemeiner Ansicht nicht nur auf die Abänderung von strittigen Scheidungsurteilen, sondern auch auf einvernehmlich vereinbarte Scheidungsfolgen bezieht.¹² Zudem sollte der dort ebenfalls kritisierte Verweis auf nur die Scheidungsklage erweitert werden zu einem Verweis auch auf die allgemeinen Bestimmungen des Scheidungsverfahrens (Art. 293 ZPO-Vorschlag).¹³ Die systematische Positionierung der Regelungen betreffend Auflösung und Ungültigkeit der eingetragenen Partnerschaft (heute Art. 307 ZPO) ist zu verbessern. Diese Verfahren sind sinnvollerweise im Anschluss an das Scheidungsverfahren zu regeln (Art. 295 ZPO-Vorschlag).

¹⁰ Vgl. auch MORDASINI CLAUDIA M./BOOG SEVERIN, Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO, BJM 1/2024, 1 ff., 2 f.; SCHNEIDER SILAS, Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023, Zürich 2024, Rz. 50 f.; ENZ BENJAMIN V., Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen *de lege lata* und im Lichte der ZPO-Revision, FamPra.ch 4/2022, 834 ff., 835; ZÜRCHER LAURA JESSICA, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?, FamPra.ch 3/2024, 541 ff., 557 f.; STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 16-17/2023, 815 ff., S. 829; BOHNET FRANÇOIS / WOJCIK YAN, La procédure simplifiée en divorce contentieux sous l'empire du CPC révisé, FamPra.ch 4/2024, 872 ff., 872 ff.; DENIS TAPPY, Les innovations procédurales dans les procès du droit de la famille, 211 ff., in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), CPC 2025, La révision du Code de procédure civile, Basel 2024; FRANÇOIS BOHNET/YAN WOJCIK, Nouveautés dans les procédures en droit de la famille dans la révision du CPC 2025, Lugano 2025, in Publikation.

¹¹ LÖTSCHER CORDULA/PFÄFFLI DANIEL/RUPRECHT IVAN, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO – von verpassten Chancen und Laienfreundlichkeit, in: Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (Hrsg.), Der soziale Zivilprozess, Die Grundlagen des «vereinfachten Verfahrens» und seine Anwendungsfelder, Bern 2023, 17 ff., 41 f.; Siehe für Übersichten zum Meinungsstand je m.w.H.: HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée, Une émanation du procès civil social, Habil. Freiburg i. Üe., Zürich/Basel/Genf 2018 (= AISUF, Bd. 389), Rz. 363 und Fn. 863 sowie SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 246 N 6.

¹² STEIN, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 284 N 6.

¹³ Vgl. zur Kritik STEIN, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 284 N 12; SEILER, Art. 284 N 32, in: Sutter-Somm Thomas/Lötscher Cordula/Leuenberger Christoph/Seiler Benedikt (Hrsg.), ZPO Komm., 4. Aufl. (zit. BEARBEITER/-IN, ZPO Komm.); vgl. auch OGer ZH LC210019 vom 30.9.2021 E. 4.3; SPYCHER, Art. 284 N 13, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. Bearbeiter/In, BK ZPO).

4. Selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange (Art. 296-302 ZPO-Vorschlag)

- 45 Anschliessend an das Scheidungsverfahren werden die selbstständigen Klagen betreffend Kinderbelange wie insbesondere Unterhalts- und Abstammungsklagen geregelt. Aufgrund der vorgeschlagenen Änderungen zur Zuständigkeitsabgrenzung von KESB und Gerichten sind auch selbstständige Verfahren betreffend elterliche Sorge, Obhut, Betreuung und persönlicher Verkehr, bei welchen der Unterhalt nicht streitig ist, in diesem Verfahren zu behandeln. Mit dem Begriff der «Selbstständigkeit» ist gemeint, dass diese Verfahren ausserhalb eines elterlichen Verbundverfahrens (Scheidungsverfahren, Eheschutz) geführt werden, d.h. betroffen sind primär Streitigkeiten betreffend die Kinderbelange bei unverheirateten Eltern. Vom Familienschutzverfahren unterscheiden sich die Verfahren dadurch, dass es sich nicht um summarische Angelegenheiten handelt. Ein Teil der unter dieses Kapitel fallenden Streitigkeiten untersteht heute noch der Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde (vgl. insb. Art. 275, 298b, Art. 298d, Art. 315a, Art. 315b ZGB und die entsprechenden Revisionsvorschläge im Anhang).
- 46 Auf diese Verfahren soll gemäss der heutigen Rechtslage das vereinfachte Verfahren Anwendung finden (Art. 296 ZPO-Vorschlag). Als wichtige Änderung wird vorgeschlagen, diesen Klagen eine obligatorische Einigungsverhandlung nach Vorbild des Scheidungsverfahrens voranzustellen (Art. 297 ZPO-Vorschlag). Es soll geklärt werden, dass vorsorgliche Massnahmen in diesem Verfahren möglich sind, und dass sie nach Vorbild des Scheidungsverfahrens (Art. 276 ZPO) an die Stelle von allfälligen Familienschutzmassnahmen treten (Art. 299 ZPO-Vorschlag). Enthalten ist zudem ein Vorschlag für die Koordination von Verfahren (Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren), wenn bereits ein Familienschutzverfahren rechtshängig und später ein anderes Gericht angerufen wird (Art. 301 ZPO-Vorschlag). Dies ist bei Kinderbelangen bei unverheirateten Eltern möglich, da die Gerichtsstände unterschiedlich sein können; insbesondere kann auch ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Kindes bestehen, was bei Verbundverfahren verheirateter Eltern nicht möglich ist (vgl. Art. 23 ff. ZPO und ZPO-Vorschlag).
- 47 Geklärt werden soll, dass die Bestimmungen zu selbstständigen Klagen betreffend Kinderbelange sinngemäss für Verwandtenunterstützungsklagen gelten (Art. 302 ZPO-Vorschlag).

5. Weitere vorgeschlagene Änderungen von ZPO und ZGB

- 48 Es werden einige weitere punktuelle Änderungen von ZPO und ZGB vorgeschlagen, welche für ein zeitgemässes Familienverfahren angebracht erscheinen.
- 49 Im Bereich der ZPO wird vorgeschlagen, die Gerichtsstandsbestimmungen punktuell anzupassen (vgl. Art. 23 ff. ZPO-Vorschlag) und die Kostenregelungen minimal zu ergänzen (Art. 98, Art. 109 ZPO-Vorschlag). Das Schlichtungsverfahren soll aufgrund der Einführung eines obligatorischen gerichtlichen Einigungsversuchs für alle Familienverfahren entfallen (Art. 198 lit. b ZPO-Vorschlag). Art. 47 Abs. 2 ZPO (Ausstandsgründe) sollte sich nicht nur

auf das Eheschutzverfahren beziehen, sondern gesamthaft auf die Mitwirkung beim Einigungsversuch in Familienverfahren.

- 50 Im Bereich des ZGB werden insbesondere Änderungen mit dem Ziel eines zivilstandsunabhängigen Verfahrens vorgeschlagen (vgl. Art. 176, 272^{bis}, 272^{ter}, 275, 298b, Art. 298d, 301a, Art. 315a, Art. 315b ZGB-Vorschlag). Dazu kommen Änderungen, die auf den Grundsatz der Prozessführung durch die Eltern während der Minderjährigkeit der Kinder und das Weiterdauern dieser Befugnis nach Eintritt der Volljährigkeit im Bereich der Unterhaltsklagen hinwirken sollen (Art. 279 ZGB-Vorschlag), sowie auf eine möglichst ganzheitliche Regelung der Verhältnisse auch nach Eintritt der Volljährigkeit (Art. 279 Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Ein weiterer Vorschlag zielt auf die Verfahrensbeteiligung beider Elternteile bei Vaterschaftsklagen (Art. 261 ZGB-Vorschlag).

IV. Fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren

- 51 Der gesetzgeberische Handlungsbedarf wird im vorliegenden Gutachten anhand von fünf Fokus-Themen für ein zeitgemässes Familienverfahren untersucht und die vorgelegten Änderungsvorschläge im Rahmen der Untersuchung dieser Fokus-Themen begründet.

1. Zivilstandsunabhängiges Verfahren

- 52 Sollen die Zuständigkeit und das Verfahren für die Regelung von Kinderbelangen unabhängig vom Zivilstand der Eltern vereinheitlicht werden? Wie können diese Vereinheitlichung und ein zivilstandsunabhängiges Verfahren erreicht werden? (*Thema 1, vgl. Rz. 57 ff.*)

2. Interdisziplinäres Verfahren

- 53 Wie und in welcher Form ist Interdisziplinarität für familienrechtliche Verfahren sinnvoll zu gewährleisten? Wie ist die Zusammensetzung von Gericht und Behörden einerseits und das Verfahren andererseits vor diesem Hintergrund auszugestalten? Besteht die Notwendigkeit der bundesrechtlichen Verpflichtung der Kantone zur Schaffung von Familiengerichten? (*Thema 2, vgl. Rz. 98 ff.*)

3. Lösungsorientiertes Verfahren

- 54 Wie kann erreicht werden, dass familienrechtliche Konflikte möglichst niederschwellig, eigenverantwortlich und zukunftsorientiert gelöst werden? Wie können niederschwellige Konfliktdeeskalationsverfahren und alternative Streitbeilegungsmethoden sinnvoll gestärkt werden? (*Thema 3, vgl. Rz. 167 ff.*)

4. Effizientes und effektives Verfahren

- 55 Wie kann erreicht werden, dass familienrechtliche Verfahren effizient, d.h. schnell und kostengünstig, und gleichzeitig effektiv erledigt werden können? (*Thema 4, vgl. Rz. 199 ff.*)

5. Parteien im Verfahren, insbesondere Stellung und Schutz des Kindes

- 56 Wer soll Partei eines familienrechtlichen Verfahrens sein und wie ist insbesondere die Stellung des Kindes im Verfahren auszugestalten? Besteht Reformbedarf im Zusammenhang mit der Stellung der einzelnen Familienmitglieder im Familienverfahren? (*Thema 5, vgl. Rz. 223 ff.*)

V. Thema 1: Zivilstandsunabhängiges Verfahren //

Thème 1: Procédure indépendante de l'état civil des parents

1. Introduction

- 57 Le traitement des enfants en droit de la famille est une thématique qui s'est longtemps cantonnée au seul droit matériel. Le droit de procédure et les prérogatives en découlant n'étaient en tout cas pas une priorité, et relevaient essentiellement du droit cantonal¹⁴. Ce n'est ainsi qu'en 1978¹⁵ que le droit fédéral a imposé un recours au juge en matière de retrait de l'autorité parentale lorsque l'autorité tutélaire de surveillance n'était pas judiciaire¹⁶. L'art. 315a CC, également adopté à l'époque, visait à délimiter les compétences respectives de l'autorité tutélaire et du juge chargé du divorce.
- 58 La ratification par la Suisse de la Convention relative aux droits de l'enfant le 24 février 1997 a permis de reconnaître un droit d'expression et de participation aux enfants. L'art. 12 CDE, directement applicable, garantit ainsi à tout enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, ce tant dans les procédures judiciaires qu'administratives¹⁷. Le nouveau droit du divorce adopté le 26 juin 1998¹⁸ prévoyait dès lors que l'enfant devait être entendu personnellement dans la procédure de divorce et qu'un représentant puisse lui être nommé (art. 144, 146–147 CC). L'art. 314 CC portant sur la protection de l'enfant a aussi été modifié à la même occasion pour prévoir l'audition de l'enfant avant le prononcé d'une mesure de protection, étant précisé que dans cette procédure l'enfant est formellement partie, ce qui n'est pas le cas dans une procédure matrimoniale¹⁹. En revanche le droit de l'enfant d'être représenté n'a pas été consacré devant l'autorité tutélaire²⁰. Il ne l'a été qu'à l'occasion de la réforme du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur en 2013²¹, l'art 314a^{bis} CC comblant ainsi une lacune²². A noter que le partage des compétences entre le juge matrimonial et l'autorité de protection a été affiné lors de l'adoption du nouveau droit du

¹⁴ Pour un historique : GAËLLE DROZ-SAUTHIER, Les droits de procédure des enfants et des parents devant les autorités de protection de l'enfant : analyse juridique de droit suisse et de droit comparé de 1912 à aujourd'hui, Collection droit de la famille, 2024, 50 ss, 68 ss.

¹⁵ LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1978 (RO 1977 237; FF 1974 II 1).

¹⁶ Art. 314 CC (1978).

¹⁷ ATF 124 III 90 c. 3.

¹⁸ LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2000 (RO 1999 1118; FF 1996 I 1).

¹⁹ DROZ-SAUTHIER, 168 s. Voir également CHRISTINE GUY-ECABERT, La parole de l'enfant dans la procédure, un défi pour le juge contemporain, FamPra.ch 2016 369 ss.

²⁰ Critique : DROZ-SAUTHIER, 172, 176 s.

²¹ LF du 19 déc. 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2013 (RO 2011 725; FF 2006 6635)

²² DROZ-SAUTHIER, 201

divorce, en particulier quant à la coordination des procédures en cours ou en modification des prononcés (art. 315a et 315b CC).

- 59 Au moment de l'unification de la procédure civile, le principe de l'audition de l'enfant dans les procédures matrimoniales, avec désormais la tenue d'un procès-verbal (comme devant l'autorité de protection selon l'art. 314a CC en vigueur au 1^{er} janvier 2013), ainsi que sa représentation, a été inscrit dans le CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011²³ (art. 298 et 299 CPC ; abrogation des art. 144, 146-147 CC). A l'occasion de la révision du droit de l'entretien²⁴, l'audition et la représentation a été élargi à toute procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille devant le juge.
- 60 Les changements sociétaux ont entraîné une grande diversité des structures familiales, qui ont été prises en compte dans les dernières modifications du droit matériel²⁵. On pense en particulier à la révision du droit de l'entretien de l'enfant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017²⁶ et qui met sur un pied d'égalité les enfants issus de parents mariés et non mariés, mais sans procéder à une adaptation des compétences et de la procédure, et au « mariage pour tous » qui a été largement admis en votation populaire le 26 septembre 2021 et qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022²⁷. Cependant, ces diverses réformes qui ont modifié de manière substantielle le droit matériel, n'ont pas débouché sur une refonte du droit de procédure dans les affaires familiales, qui reste très éclaté et disparate. La révision du Code de procédure civile du 17 mars 2023, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2025, ne modifie pas ce constat²⁸ : si diverses dispositions ont été modifiées lors de cette révision²⁹, les compétences et la procédure applicable demeurent distinctes suivant l'état civil des parents et l'objet de la procédure.
- 61 On constate ainsi que les réformes ont donné lieu à des évolutions successives en matière de compétence et de procédure, évolutions se faisant par paliers et de manière asymétrique suivant que la procédure intervient devant le juge civil ou devant l'autorité de protection de l'enfant. La variété des modèles parentaux ne se satisfait cependant plus du régime binaire actuel, essentiellement fondé sur le statut parental. De nombreuses voix se font entendre, tant dans le monde politique et la société civile, que dans la magistrature, l'avocature et la doctrine³⁰ pour

²³ LF du 19 déc. 2008, avec effet au 1^{er} janv. 2011 (RO 2010 1739; FF 2006 6841).

²⁴ LF du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511).

²⁵ LAURA JESSICA ZÜRCHER, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?, FamPra.ch 2024 541, 543; GUILLAUME KESSLER, La multiparenté, FamPra.ch 2020 380.

²⁶ LF du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511).

²⁷ LF du 18 déc. 2020 (Mariage pour tous), en vigueur depuis le 1^{er} juil. 2022 (RO 2021 747; FF 2019 8127; 2020 1223).

²⁸ ZÜRCHER, 543 ss.

²⁹ Message CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), 2674 ss.

³⁰ Par exemple: BOHNET/PERCASSI, La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (Prozessstandschaft) dans les procédures du droit de la famille, FamPra.ch 2021, 638, 639 ; FRANÇOIS BOHNET/MICHAEL SAUL, Répartition des compétences entre le tribunal civil et l'APEA : la croisée des chemins ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_248/2023, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2023 ; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, Das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren - ein

une meilleure coordination des compétences et des procédures ainsi qu'un réexamen des mécanismes procéduraux traditionnels avec une meilleure intégration des modes amiables de résolution des conflits. Ces cinq dernières années, plusieurs postulats en lien avec ces questions ont été déposés devant les chambres fédérales³¹ et plusieurs projets ont été entamés devant diverses juridictions, en particulier en matière de consensus parental³². Le canton d'Argovie dispose par ailleurs d'un tribunal de la famille depuis plus de dix ans, tout en composant avec les règles de compétence et de procédure fédérales³³.

2. Vers une uniformisation des compétences

- 62 Au gré des révisions législatives³⁴, la répartition des tâches entre l'autorité de protection de l'enfant et le tribunal civil s'est peu à peu clarifiée, mais également complexifiée. Elle s'est clarifiée dans la mesure où le tribunal civil s'est vu attribuer une plus large compétence pour régler globalement les questions concernant les enfants, également de parents non mariés (art. 298b al. 3, 298d al. 3, 315a, 315b CC ; art. 304 al. 2 CPC), en particulier concernant leur prise en charge³⁵. Mais elle s'est aussi complexifiée, car cette nouvelle répartition a entraîné des difficultés sous l'angle de la coordination des compétences et des parties impliquées³⁶.
- 63 Ainsi, plusieurs arrêts du Tribunal fédéral se sont penchés ces dernières années sur la compétence respective de l'autorité de protection de l'enfant et du tribunal civil lorsque celui-ci est saisi alors que l'autorité de protection de l'enfant a déjà en main le dossier sur la question de la prise en charge de l'enfant ou d'autres questions relevant de la protection de l'enfant au sens étroit³⁷.

Plädoyer für eine gesamtschweizerische Vereinheitlichung mit Leitlinien für die inhaltliche Ausgestaltung, FamPra.ch 2023 409 ss ; STAHELIN/VON MUTZENBECHER, RSJ 2023 815, 829 ; WEBER, ZBJV/RJB 2023 377, 393 s. ; ZÜRCHER, 544 ss.

³¹ Pirmin Schwander, Postulat « Prendre les enfants au sérieux » (19.3372), du 9 mai 2019 ; Stefan Müller-Altermatt, postulat « Weniger Verletzungen beim Kampf ums Kind. Mesures pour le bien de l'enfant, de la mère et du père » (19.3503), du 9 mai 2019 ; Andri Silberschmidt, Postulat « Evaluation de la pratique des tribunaux après la révision du droit de l'entretien, avec focalisation sur la garde et le droit de visite » (21.4141), du 17 décembre 2021 ; Commission des affaires juridiques du Conseil national, postulat « Pour un tribunal de la famille » (22.3380), du 7 avril 2022.

³² Par exemple les projets pilote valaisan (depuis 2020) et vaudois (depuis 2023, <https://vd.ch/justice/la-justice-civile/consensus-parental>). Sur ce thème : Rey-Mermet/Wack, Le modèle de consensus parental en pratique, Anwaltsrevue 2021, 374 ss.; également le projet pilote bernois (ZFIT : www.zfit.ch).

³³ IRENE RÖSSLER, Familiengerichte im Kanton Aargau, «Justice –Justiz – Giustizia» 2019/4.

³⁴ LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2000 (RO 1999 1118; FF 1996 I 1) ; LF du 19 déc. 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2013 (RO 2011 725; FF 2006 6635) ; LF du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511) ; LF du 17 mars 2023 (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2025 (RO 2023 491; FF 2020 2607). Pour un panorama depuis l'entrée en vigueur du Code civil suisse, voir GAËLLE DROZ-SAUTHIER.

³⁵ ZÜRCHER, 549. L'art. 304 al. 2 CPC ne touche pas les mesures de protection de l'enfant, qui demeurent dans tous les cas de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant, voir FRANÇOIS BOHNET, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, in : BOHNET/DUPONT, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Bâle/Neuchâtel 2016, 38 N 26.

³⁶ SAMUEL ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, Fampra.ch 2019 2 ss, 14 ss.

³⁷ ATF 145 III 436, RSPC 2019 527.

- 64 Constatant les difficultés dans ce domaine, le Tribunal fédéral a exclu de retenir la nullité d'une décision de l'APEA pour manque de compétence, car une telle approche porterait atteinte à la sécurité du droit³⁸. Il a par ailleurs dû s'interroger sur le moment déterminant quant au transfert de compétence. Ce n'est qu'avec la demande (art. 220 CPC) que la compétence de l'autorité de protection de l'enfant tombe, car cet acte est l'instrument par lequel la procédure de décision est ouverte devant le juge et par lequel le lien d'instance est établi entre les parties elles-mêmes ainsi qu'entre les parties et le tribunal. L'autorité n'est donc pas dessaisie dès le dépôt d'une requête de conciliation, mais seulement au moment du dépôt de la demande. En effet, si la compétence de l'autorité de protection de l'enfant disparaissait dès le dépôt d'une requête de conciliation, un parent aurait la possibilité de faire obstacle à une décision de l'autorité de protection de l'enfant concernant les intérêts de l'enfant en introduisant simplement une procédure de conciliation (sans la poursuivre par la suite), notamment lorsque l'entretien de l'enfant n'a pas encore été abordé devant l'autorité de protection de l'enfant.³⁹
- 65 Par souci de coordination, et afin d'éviter une multiplication des démarches au moment d'entamer une procédure portant sur l'entretien, le nouveau droit de l'entretien a prévu que le préalable de conciliation, imposé en matière de contribution d'entretien, tombait lorsqu'un parent s'était adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 198 let. b^{bis} CPC). Encore a-t-il fallu déterminer quand cette autorité était intervenue. Déterminer si celle-ci s'imposait alors que l'un des parents avait déjà saisi l'autorité de protection s'est en effet révélé épineux.⁴⁰ Le Tribunal fédéral a retenu que cette disposition exigeait une composante minimale de conciliation, devant l'autorité de protection, et ce dans un délai raisonnable.⁴¹ Les autorités cantonales ont développé diverses pratiques à cet égard⁴² et la doctrine a proposé plusieurs solutions.⁴³ Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a également considéré qu'en rédigeant un nouveau contrat d'entretien sur la base des documents qui lui ont été soumis et en donnant aux deux parents l'occasion de le signer, l'autorité de protection avait posé les bases d'un règlement à l'amiable, si bien que l'élément de conciliation minimal au sens de l'art. 198 let. b^{bis} CPC était ainsi donné.⁴⁴
- 66 Pour résoudre définitivement la question, le législateur a décidé, lors de la révision du code de procédure civile du 17 mars 2023, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2025, de

³⁸ ATF 145 III 436, RSPC 2019 527 ; TF 5A_393/2018, RSPC 2018 497.

³⁹ TF 5A_248/2023 c. 4.3.2-4.3.4, RSPC 2024 66.

⁴⁰ Art. 198 let. b CPC : « dans les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants lorsqu'un parent s'est adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 298b et 298d CC).

⁴¹ TF 5A_459/2019 c. 3.3.1-3.3.3 ; 4.1-4.2, 5.3, RSPC 2020 13.

⁴² Voir les réf. in 5A_459/2019 c. 3.3.1-3.3.3 ; 4.1-4.2, 5.3, RSPC 2020 13.

⁴³ EVA SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 2017 992 ss ; SAMUEL ZOGG, Selbständige Unterhaltssklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019 9 ss ; JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, Neues Kindesunterhaltsrecht - Bilanz nach einem Jahr, FamPra.ch 2018 646 s. Voir aussi ZÜRCHER, 545 s.

⁴⁴ TF 5A_709/2022 c. 32, RSPC 2024 64.

renoncer à toute tentative de conciliation⁴⁵ en faisant valoir que celle-ci intervenait de toute manière devant l'APEA ou le juge saisi de la cause⁴⁶. La doctrine salue la modification adoptée compte tenu des problèmes de coordination engendrés par le régime précédent, entre autres en matière de compétence pour convenir de l'entretien (art. 287 CC),⁴⁷ même si manifestement une nouvelle solution doit être trouvée pour faciliter les solutions dans ce domaine (voir ci-après) et ce indépendamment du statut marital des parents⁴⁸.

- 67 On peut dès lors dire que le régime procédural et de compétence portant sur les questions relatives aux enfants est en pleine transition.⁴⁹ Les adaptations opérées ces dernières années doivent être saluées, puisqu'elles visent à assurer une saine répartition des tâches entre les autorités compétentes pour régler les questions relatives aux enfants, mais elles sont insuffisantes pour assurer la cohérence du système.

3. La disparition de toute justification au régime distinct pour les enfants de parents non mariés

- 68 Si les différences de régime concernant les enfants de parents mariés ou non mariés s'estompent peu à peu, elles sont encore bien présentes, ce que rien ne justifie sous l'angle du droit matériel.⁵⁰ Or le droit de procédure vise à assurer la protection juridique des droits et non à maintenir des distinctions que le droit matériel ne connaît plus. Il en va ainsi de la compétence des autorités de protection de l'enfant en matière de prise en charge de l'enfant, désormais restreinte puisque dès l'instant où les questions financières sont en jeu, le tribunal civil est compétent (art. 298b al. 3, 298d al. 3 CC ; art. 304 al. 2 CPC), mais qui demeure en principe tel

⁴⁵ Art. 198 let. b^{bis} : « en cas d'action concernant la contribution d'entretien des enfants mineurs et majeurs et d'autres questions relatives au sort des enfants ».

⁴⁶ Message CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), 2661 : « solution est judicieuse et logique parce qu'elle aboutit à une règle de procédure simple et cohérente, qui correspond à l'intérêt et au bien de l'enfant et qui n'empêche pas le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant de tenter de trouver un accord entre les parties, sachant que tous deux peuvent également l'approuver le cas échéant ».

⁴⁷ BENJAMIN V. ENZ, Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata und im Lichte der ZPO-Revision, in: FamPra.ch 2022 834, 858 ; NIELS FAVRE, Délimitations de compétence matérielle entre APEA et juge civil, in: RJN 2022 13, 43 s. ; CORDULA LÖTSCHER, Das Kind im Unterhaltsprozess : Betreuungs- und Volljährigenunterhalt, in : Jungo/Fountoulakis, Der Familienprozess, Beweis-Strategien-Durchsetzung, 10^e Symposium zum Familienrecht 2019, Zurich/Bâle/Genève 2020 52 s. ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 198 CPC N 4b; SILAS SCHNEIDER, Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023, in : Lötscher/Wohlers/Thurnherr (édit.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zurich/Genève 2024, 39 ss, qui relève la différence de traitement entre les enfants de parents mariés et non mariés ; ZÜRCHER, 545 ss. Nuancés : CLAUDIA M. MORDASINI/SEVERIN BOOG, Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO, in: BJM 2024 1, 5, qui retiennent notamment que la révision entraîne la perte des avantages liés au préalable de conciliation obligatoire en matière de frais, de simplicité du processus et d'absence de Fortführungslast.

⁴⁸ FRANÇOIS BOHNET/JULIETTE SCHALLER, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile : plaidoyer pour la jurisprudence*, in: SJ 2020 II 189, 204. ZÜRCHER, 547, relève cependant que le juge civil pourrait, comme le juge du divorce entamer la procédure par une *Einigungsverhandlung*.

⁴⁹ Dans ce sens : ZÜRCHER, 544 s.

⁵⁰ BOHNET/SCHALLER 204 ; FRANÇOIS BOHNET/MICHAEL SAUL, Répartition des compétences entre le tribunal civil et l'APEA : la croisée des chemins ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_248/2023, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2023 ; KOFMEL EHRENZELLER, 413 s.

un vestige de l'époque où les enfants de parents non mariés étaient sous l'autorité parentale de leur mère et pour lesquels une autorité devait fixer les relations personnelles avec le père et prendre diverses mesures pour assurer la protection des enfants. Aujourd'hui encore, la séparation de parents non mariés n'est pas fondamentalement considérée comme un litige parental, mais avant tout comme une affaire de protection de l'enfant de nature essentiellement administrative. Cela se ressent aussi dans les voies de droit, qui dans de nombreux cantons relève du droit administratif pour les enfants issus de parents non mariés⁵¹.

- 69 Le rapprochement entre la procédure applicable aux enfants de parents mariés et non mariés n'est pas entièrement abouti, puisque l'autorité de protection de l'enfant demeure compétente en matière de prise en charge de l'enfant lorsque des questions financières ne sont pas soulevées, ou pas encore soulevées et qu'elle conserve une compétence exclusive en matière de mesures de protection même lorsque le tribunal civil statue sur le sort de l'enfant de parents non-mariés. A ces questions de compétence s'ajoutent également des questions procédurales qui seront traitées ci-après, en particulier en matière de procédure applicable⁵² (partie II et IV) et de qualité pour agir et pour défendre⁵³ (partie V).
- 70 Afin d'opérer complètement la transition, il faut donc procéder à une répartition des compétences entre l'autorité de protection de l'enfant et le tribunal civil qui ne dépendent aucunement du statut parental. Comme les modifications opérées le montrent, on passe peu à peu à une compétence généralisée du tribunal civil pour trancher les litiges portant sur les questions relatives à l'autorité parentale, à la prise en charge de l'enfant et à son entretien. La compétence du tribunal civil de prendre de mesures de protection à l'occasion de tels litiges ne serait plus limitée aux seules procédures matrimoniales. L'autorité de protection de l'enfant demeurerait quant à elle compétente pour traiter des questions relatives aux seules relations personnelles (droit de visite du parent non gardien) et à la participation à la prise en charge (en cas de garde alternée) (art. 134 al. 4, 298d al. 2 CC), aux mesures de protection (art. 315 al. 1, 315a al. 3 CC) ainsi que pour les mesures d'exécution (art. 315 al. 1, 315a al. 1 CC) et ce, que les parents soient mariés, divorcés ou qu'ils n'aient jamais été mariés. Elle demeurerait également compétente pour ratifier les accords ultérieurs sur l'autorité parentale, la garde, la prise en charge, les relations personnelles et l'entretien (art. 134 al. 3 CC, 179 al. 1, 298d al. 1, 2 CC).
- 71 La répartition proposée concentre ainsi la compétence de l'autorité de protection de l'enfant sur les mesures de protection en dehors de toute procédure d'organisation de la vie séparée ou de divorce et sur l'exécution desdites mesures, soit les thèmes où une intervention d'office (en dehors de toute saisine par une partie concernée) s'impose et où, comme pour la protection de

⁵¹ Pour des propositions de réforme quant à la procédure applicable devant l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, voir KOFMEL EHRENZELLER, 429 ss.

⁵² ZÜRCHER, 546 s.

⁵³ Sur cette problématique, voir art. 304 al. 2 CPC révisé ; ATF 145 III 436 c. 4, RSPC 2019 527 (distinction partie devant l'APEA et le tribunal civil) ; ATF 145 III 393 c. 2.2, JdT 2019 II 377 (représentation de l'enfant par le parent pour son entretien) ; BOHNET/PERCASSI, FamPra.ch 2021 (FN ...), 638 ; LÖTSCHER, Symposium Familienrecht, 103, 119, 130 ; SCHNEIDER, 58 ss ; ZOGG, 14 ss ; ZÜRCHER, 549 ss.

l'adulte, une organisation spécifique, souvent de nature administrative, se justifie. Sa capacité d'intervention rapide et dans un cadre procédural souple explique également qu'elle intervienne lorsque seules les relations personnelles et la participation à la prise en charge (en cas de garde alternée) sont en jeu. Quant à la compétence du juge civil, la répartition proposée ne fait que d'achever le mouvement initié il y a de nombreuses années. Elle assure un traitement équivalent à l'enfant issu de parents mariés ou non mariés pour toute question contentieuse relative à sa prise en charge et à son entretien. Comme tous litiges civils, le contentieux du droit de la famille doit être tranché en vertu des règles du Code de procédure civile (art. 1 CPC), tant devant les tribunaux de première que de deuxième instance. Les justiciables sont également très sensibles à la nature de l'autorité chargée d'examiner leur dossier en droit de la famille compte tenu des enjeux émotionnels et personnels particulièrement élevés. Les prononcés en droit de la famille sont mieux acceptés lorsqu'ils proviennent d'emblée d'une autorité judiciaire, pour des facteurs liés à la perception de l'impartialité et de l'indépendance, de la transparence des procédures et des garanties de procédures judiciaires.

- 72 Pour y parvenir, il convient de réexaminer les différentes dispositions du Code civil qui répartissent la compétence entre le juge civil et l'autorité de protection de l'enfant. Ces dispositions se trouvent tant dans la partie du code consacrée à la protection de l'union conjugale et au divorce que dans le titre relatif aux effets de la filiation.

4. Délimitation des compétences des tribunaux et de l'APEA de lege lata

- 73 Selon la réglementation actuelle, la répartition des compétences est la suivante⁵⁴.

a. Mesures de protection de l'enfant

- 74 En général, les mesures de protection de l'enfant (art. 307-317 CC) sont ordonnées par l'APEA du domicile de l'enfant (art. 315 al. 1 CC), qui peut prendre des mesures provisionnelles (art. 314 al. 1 CC, qui renvoie à l'art. 445 CC).
- 75 Si une procédure matrimoniale est pendante (mesures protectrices ou divorce) et que le tribunal est chargé d'aménager la relation entre les parents et les enfants, il prend également les mesures nécessaires de protection de l'enfant (art. 315a al. 1 CC). L'APEA demeure cependant compétente pour poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire et pour prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps (art. 315a al. 3 ch. 1 et 2 CC). Dans certaines circonstances, l'APEA est elle-même compétente pour modifier les mesures judiciaires (art. 315b al. 2 CC).⁵⁵

⁵⁴ Un tableau de synthèse est proposé par CHRISTOPHE PRALONG/STEPHANE ZENGER, *Tabelle sur les compétences respectives du juge et de l'APEA dans la mise en œuvre du droit de la famille*, RVJ 2017 347 s.

⁵⁵ TF 5A_393/2018 c. 2.2.2, RSPC 2018 497.

76 En revanche, la compétence du Tribunal civil en matière de sort de l'enfant de parents non mariés lorsqu'il est saisi d'une requête concernant son entretien (art. 304 al. 1 CPC) ne change rien à la compétence de l'autorité de protection de l'enfant en matière de protection de l'enfant. L'art. 304 al. 2 CPC est le pendant des art. 298*b* al. 3 et 298*d* al. 3 CC. L'art. 315*a* CC n'a pas de pendant dans le CPC⁵⁶.

b. Exécution des mesures nécessaires à la protection de l'enfant

77 L'exécution des mesures nécessaires à la protection de l'enfant relève de l'autorité de protection de l'enfant, également lorsqu'elles sont prises par le tribunal (art. 315*a* al. 1 CC).

c. Autorité parentale, prise en charge, relations personnelles et entretien de l'enfant

78 Pour les enfants nés de parents mariés, le tribunal civil est compétent pour régler les questions relatives aux enfants dans le cadre d'une procédure de protection de l'union conjugale, de divorce et de modification de jugement de divorce (cf. art. 133 [divorce], art. 134 [modification du jugement de divorce], art. 176 al. 3 [mesures protectrices de l'union conjugale], art. 179 [modification des mesures protectrices], art. 275 al. 2 [relations personnelles], art. 298 [divorce et autres procédures matrimoniales]).⁵⁷

79 Pour les enfants nés de parents non mariés, l'autorité de protection de l'enfant est en principe compétente (art. 298*b*, 298*d*, 315 CC), mais non en matière d'entretien de l'enfant, qui relève du juge civil (art. 279, 286 CC). L'APEA peut approuver les conventions parentales d'entretien (art. 134 al. 3 et art. 287 al. 1, 288 al. 2 ch. 1 CC), mais elle n'a pas de pouvoir décisionnel. Par souci de coordination, les art. 298*b* al. 3 et 298*d* al. 3 CC ont été complétés lors de la réforme du droit de l'entretien et un nouvel art. 304 al. 2 CPC a été introduit⁵⁸ afin que le tribunal saisi de la question de l'entretien statue également sur les questions d'attribution des enfants et les autres questions les concernant, dans le sens d'une attraction de compétences.⁵⁹ Cela signifie que le sort des enfants de parents non mariés relève de la compétence du juge ou de l'autorité de protection suivant que l'entretien est débattu ou non.⁶⁰

80 L'autorité de protection est compétente pour ratifier les accords portant sur une modification de l'autorité parentale, de la prise en charge, des relations personnelles et de l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3, 179 al. 1 et art. 287 al. 1, 288 al. 2 ch. 1, 298*d* al. 1, 2 CC).

⁵⁶ FRANÇOIS BOHNET, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant : procédure et mise en œuvre, in : Bohnet/Dupont, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Bâle/Neuchâtel 2016, 38 N 26.

⁵⁷ TF 5A_393/2018 c. 2.2.2, RSPC 2018 497.

⁵⁸ LF du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511).

⁵⁹ BO 2014 CN 1219 : « Wie Sie der Fahne entnehmen können, beantragt die Kommission durch eine Ergänzung der Artikel 298b und 298d ZGB und Artikel 304 ZPO im Weiteren die Beseitigung einer Doppelspurigkeit zwischen dem Gericht und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, mit dem Ergebnis, dass jeweils nur eine Stelle für die Regelung aller offenen oder streitigen Fragen zuständig ist. Das ist die sogenannte Kompetenzattraktion » et BO 2014 CE 1126.

⁶⁰ ATF 145 III 436 c. 4, RSPC 2019 527 ; TF 5A_393/2018 c. 2.2.2, RSPC 2018 497.

- 81 Elle est compétente en cas de levée de la curatelle de portée générale (art. 296 al. 3 CC) et en cas de décès du parent qui a l'exercice exclusif de l'autorité parentale (art. 297 al. 2 CC).

d. Détermination du lieu de résidence de l'enfant

- 82 Pour les enfants nés de parents mariés, le juge est compétent pour statuer sur le lieu de résidence de l'enfant et sa modification (art. 301a al. 2, 5 CC)
- 83 Pour les enfants nés de parents non mariés, l'autorité de protection de l'enfant est compétente pour statuer sur le lieu de résidence de l'enfant et sa modification (art. 301a al. 2, 5 CC)

e. Synthèse

- 84 On constate ainsi que les compétences respectives du tribunal civil et de l'autorité de protection de l'enfant sont souvent croisées et que, mis à part en matière d'exécution et de suivi des mesures de protection de l'enfant (art. 315a al. 1 CC), réservée à l'APEA, il n'existe pas de domaine qui n'entre pas dans la compétence tant du tribunal civil que de l'APEA.
- 85 Il semble donc possible de prévoir une répartition des compétences qui ne dépende plus du statut marital des parents et qui assure par voie de conséquence les mêmes règles procédurales aux enfants nés de parents mariés ou non mariés.

5. Propositions de réforme pour l'unification des compétences

a. Aménagement des compétences indépendamment de l'état civil

- 86 L'aménagement des compétences respectives du tribunal civil et de l'autorité de protection de l'enfant indépendamment de l'état civil des parents suppose une modification de diverses dispositions du Code civil, en particulier des art. 275 al. 2, 279, 298b, 298d, 301a, 315a et 315b CC.
- 87 Il s'agit de prévoir la compétence du juge sur l'ensemble des questions relatives au sort de l'enfant, comme le reflète la modification proposée de l'art. 298b CC et 315a et 315b CC. La qualité pour agir en matière d'entretien de l'enfant doit également être revue afin que chaque parent exerçant l'autorité parentale puisse réclamer l'entretien de l'enfant, comme en matière de séparation et de divorce (art. 176 et 133 CC ; *Prozessstandschaft*). Dès l'instant où l'entretien est réclamé ou que sa modification est demandée, les parents ont la position de parties selon l'art. 271e CPC proposé (partie V).
- 88 Un point central de notre proposition de réforme est la généralisation de mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposés), non seulement pour organiser la vie séparée et le sort des enfants de parent mariés (mesures protectrices de l'union conjugale, art. 176 CC), mais aussi pour régler le sort des enfants issus de parents non mariés (partie IV). Ces deux dispositions permettraient une protection juridique équivalente aux enfants nés de parent mariés ou non mariés. Afin d'éviter de modifier la systématique – certes loin d'être optimale – du titre huitième du Code civil sur les effets de la filiation, elles seraient intégrées dans le chapitre I sur

la communauté entre les père et mère et les enfants, après les devoirs réciproques de l'art. 272 CC. L'art. 176 al. 1 ch. 1 CC est très légèrement adapté de telle manière à rattacher toutes les mesures relatives aux enfants à l'art. 272^{bis} CPC.

- 89 Par ailleurs, il conviendrait d'introduire une disposition sur le for des mesures protectrices de la famille pour les parents non mariés (art. 24 CPC proposé).

b. Propositions de réforme pour l'uniformisation de la procédure

- 90 Le titre 6 du Code de procédure civile relatif aux procédures spéciales en droit matrimonial devrait être refondu en un titre relatif aux procédures de droit de la famille, afin d'assurer un traitement équivalent aux enfants nés de parents mariés ou non mariés. Une nouvelle systématique permettrait de faciliter la compréhension des mécanismes légaux.
- 91 Ce titre 6, dont le détail et développé plus bas comprendrait un premier chapitre portant sur les dispositions générales relatives aux procédures de droit de la famille, comprenant une première section sur la procédure applicable et au principe essentiel d'une tentative de conciliation. La question de l'urgence serait également traitée dans cette section. Une deuxième section concernerait plus spécifiquement les procédures du droit de la famille comprenant des enfants et détaillerait la position procédurale des parents et de l'enfant, ainsi que les mesures procédurales visant la protection de l'enfant et la représentation de l'enfant. Un deuxième chapitre porterait sur les *procédures protectrices de la famille*. L'ensemble des dispositions prévoyant l'application de la procédure sommaire pourrait ainsi être regroupé dans ce chapitre. On y trouverait les mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} CC) proposée ci-dessus, sur le modèle des mesures protectrices de l'union conjugale et qui assurerait une protection identique pour les enfants issus de parents mariés ou non mariés.
- 92 Viendrait ensuite un chapitre 3 consacré à la procédure de divorce qui reprendrait globalement le droit actuel et qui comprendrait également des sections consacrées à la procédure de modification, en séparation et annulation du mariage et en dissolution et annulation du partenariat enregistré.
- 93 Le chapitre 4 serait consacré à l'établissement de la filiation et au sort (autorité parentale, garde, répartition de la prise en charge ou relations personnelles ; le cas échéant mesures de protection en vertu des art. 315a et 315b CC proposés) et à l'entretien de l'enfant.

c. Nécessité d'une réglementation rapide et préventive

- 94 Le sort et l'entretien des enfants issus de parents mariés est réglé par le biais des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 CC), régies par la procédure sommaire et qui assurent en principe une réglementation rapide en cas de séparation du couple. Il conviendrait de prévoir un mécanisme identique devant le juge (et non plus devant l'autorité de protection de l'enfant concernant le sort de l'enfant à défaut de procédure portant sur l'entretien) pour les enfants issus de parents non mariés, et ce pour l'ensemble des questions relatives à leur sort et à leur entretien. L'art. 272^{bis} CC proposé prévoit ainsi la possibilité pour les parents, que ceux-ci aient ou non vécu ensemble, de requérir des mesures d'organisation de la vie séparée. Sur le plan des

règles de procédure, la situation actuelle serait améliorée par les différentes mesures procédurales évoquées ci-dessus et visant à simplifier les requêtes (partie IV), à développer la tentative de conciliation (partie III) et à élargir les outils du juge visant à protéger le bien de l'enfant (partie II). En cas d'urgence, des mesures pourraient être prononcées avant la tentative de conciliation (partie IV).

d. Nécessité de réglementations définitives

- 95 Tant les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 CC) que les mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} CC proposé) sont prises en procédure sommaire, celle-ci étant encadrée par diverses dispositions spécifiques (art. 272a, 273, 273a CPC proposés). Le régime adopté peut faire l'objet de modifications, soumises aux mêmes exigences (art. 179 CC, 272^{ter} CC proposé, 298d CC). Il arrive que ce régime de séparation perdure après l'accès de l'enfant à la majorité. Dans un tel cas, seule se pose la question de son entretien, qui pourra être réglé par une procédure simplifiée (art. 296 CPC proposé) dirigée contre un parent ou les deux. Comme indiqué ci-dessus, il conviendrait de faire en sorte que l'entretien puisse être fixé à l'égard des deux parents, même si l'enfant n'attire que l'un de ses parents en procédure, ce qui suppose une modification de l'art. 279 CC (partie V).
- 96 En général, les mesures protectrices de l'union conjugale laissent place à la réglementation du divorce sur le sort et l'entretien de l'enfant. Des mesures provisionnelles peuvent remplacer les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 276 al. 2 CPC), si les conditions d'une modification sont réunies (ATF 129 III 60 c. 2 ; 143 III 233 c. 3). Les mesures protectrices de la famille susceptibles de régler à titre provisoire le sort des enfants issus de parents non mariés (art. 272^{bis} CC proposé) peuvent faire place à une réglementation définitive à la demande de l'un des parents ou de l'enfant (art. 298b CC). Une telle procédure qui devrait dans tous les cas être conduite devant le juge est soumise à la procédure simplifiée (art. 296 CPC proposé), avec la possibilité dès le dépôt de la demande de requérir des mesures provisionnelles (art. 299 CPC proposé), visant le cas échéant à modifier le régime arrêté dans l'organisation de la vie séparée (partie IV), modification envisageable si les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable ou que le juge ait ignoré des éléments essentiels ou ait mal apprécié les circonstances (comp. ATF 129 III 60 c. 2).
- 97 En cas de procédure en paternité, jugée en la procédure simplifiée (art. 296 CPC proposé), des mesures provisionnelles spécifiques peuvent être ordonnées (art. 299 al. 3 CPC proposé, repris de l'art. 303 al. 2 CPC). Elles ne sont pas dans ce cas de mesures de réglementation, puisque la paternité n'est pas encore établie. Une fois la paternité établie dans un prononcé séparé, des mesures de réglementation sont possibles pour la durée de la procédure (partie IV).

VI. Thema 2: Interdisziplinäres Verfahren

1. Forderung nach Interdisziplinarität und Familiengerichtsbarkeit

- 98 Von den eingangs bereits erwähnten vier Postulaten⁶¹ zielen insbesondere die Postulate RK-N «Für ein Familiengericht» (22.3380) und Müller-Altermatt «Weniger Verletzungen beim Kampf ums Kind» (19.3503) auf eine stärkere Berücksichtigung von Fachpersonen und interdisziplinärem Fachwissen im Familienprozess. Im Postulat Müller-Altermatt (19.3503) steht die Evaluation der in den Kantonen angewendeten Praxis zur Mediation und Intervention bei Streitigkeiten innerhalb getrennter Familien im Vordergrund. Der Bundesrat wurde u.a. beauftragt, die Wirkung interdisziplinärer Instrumente im Familienverfahren (wie z.B. begleitete Besuchstreffe, angeordnete Beratungen usw.) auf den Elternkonflikt und das Kindeswohl zu untersuchen. Das Postulat RK-N (22.3380) fordert die Prüfung der Schaffung einer eigentlichen Familiengerichtsbarkeit sowie einer spezialisierten aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde in Familiensachen, welche aus Beisitzern zusammengesetzt sein soll, die in Familientherapie ausgebildet sind.
- 99 Damit ist – wenngleich in unterschiedlicher Manifestation – ein politischer Wille ersichtlich, durch die Involvierung von (nicht-juristischen) Fachpersonen und deren Spezialwissen in familienrechtlichen Verfahren konfliktgeladenen Familiensituationen vorzubeugen bzw. jene rasch zu entschärfen. Hiermit soll insbesondere auch dem Umstand gerecht werden, dass das familienrechtliche Verfahren durch die besonders zu schützenden Interessen der beteiligten Parteien prinzipiell anders gelagert ist als der klassische Zivilprozess.
- 100 Nachfolgend ist zu untersuchen, wie ein Familienverfahren interdisziplinär ausgestaltet werden kann, und ob ein Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie notwendig ist, um ein zeitgemässes und angemessen interdisziplinäres Familienverfahren für die Schweiz zu erreichen.

2. Ansätze für ein interdisziplinäres Familienverfahren

- 101 Es sind im Grundsatz zwei Ansätze denkbar, ein Verfahren interdisziplinär auszugestalten und Fachwissen sowie Fachpersonen aus anderen Disziplinen als der Rechtswissenschaft im Familienverfahren zu involvieren. Einerseits kann bei der *Gerichtsorganisation* angesetzt und die Entscheidbehörde selbst interdisziplinär zusammengesetzt werden. Fachpersonen anderer Disziplinen werden mit anderen Worten gerichtsintern in das Verfahren integriert (a.). Alternativ oder zusätzlich ist ein Ansatz beim *Verfahren* möglich, d.h. das Verfahrensrecht kann Vorgaben für eine interdisziplinäre Ausgestaltung des *Verfahrens* enthalten. Die Entscheidbehörde wird mit Instrumenten und Möglichkeiten ausgestattet, Fachwissen und Fachpersonen anderer Disziplinen im Verfahren beizuziehen (b.).

⁶¹ Gemeint sind die Postulate Schwander (19.3478), Müller-Altermatt (19.3503), RK-N (22.3380) und Feri (23.3047).

a. Interdisziplinäres Familiengericht

- 102 Der Ansatz bei der *Gerichtsorganisation* steht hinter der Forderung nach der Einführung eines spezialisierten und u.a. mit nicht-juristischen Fachpersonen besetzten *Familiengerichts*. Der Spruchkörper soll multidisziplinär zusammengesetzt sein und aus spezialisierten Familienrichter:innen bestehen. Interdisziplinarität soll mit anderen Worten *innerhalb des Gerichts* geschaffen werden.
- 103 Eine verbindliche Definition, was unter einem «Familiengericht» zu verstehen ist, existiert nicht.⁶² Am ehesten gelingt eine Beschreibung über die mit einem Familiengericht regelmässig in Verbindung gebrachten Merkmale, wozu insbesondere die Beschäftigung von spezialisiertem Gerichtspersonal und ein besonderes Verfahren zur prioritären Konfliktlösung zählen.⁶³
- 104 Das politische Bestreben, Familiengerichte zu schaffen, ist in der Schweiz nicht neu.⁶⁴ Im Gegenteil gab es schon verschiedene Versuche, spezialisierte Gerichte für familienrechtliche Verfahren zu schaffen.⁶⁵ So finden sich etwa bereits in den «Motive[n] zu dem Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt», die dem Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt am 4. Dezember 1865 vorgelegt wurden, Überlegungen zur Notwendigkeit eines Familiengerichts.⁶⁶ Im Kanton Jura wurde vor rund 10 Jahren nach Vorlage eines entsprechenden Gesetzesentwurfs auf die Einführung eines Familiengerichts verzichtet.⁶⁷ Das Postulat der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) 22.3380 «Für ein Familiengericht» zeigt, dass die Frage nach einer spezifischen Familiengerichtsbarkeit – auch nach mehr als 150 Jahren – keine Relevanz eingebüsst hat. Bislang hat nur der Kanton Aargau ein spezielles Familiengericht eingeführt.

b. Interdisziplinäres Verfahren

- 105 Ein interdisziplinäres Verfahren kann auch ohne interdisziplinär zusammengesetzten Spruchkörper erreicht werden. Entscheidend sind die Möglichkeiten, Instrumente und Kompetenzen, die der Verfahrensleitung zum Beizug von Fachwissen und Fachpersonen im Verfahren zukommen. Angesetzt wird mit anderen Worten nicht bei der Gerichtsorganisation

⁶² AESCHLIMANN SABINE, Familiengerichtsbarkeit im internationalen Vergleich, Unter Berücksichtigung der Rechtsordnungen der USA, Australiens, Neuseelands und der Schweiz, Bern 2009, 3; HÄFELI CHRISTOPH, Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisationsform der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, FS für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, 289 ff., 292.

⁶³ AESCHLIMANN (FN 62), 3; HÄFELI, FS Geiser (FN 62), 292 f.

⁶⁴ Vgl. auch SCHWENZER (FN 1), 91.

⁶⁵ Ausführlich zu den verschiedenen bisherigen (gescheiterten) Versuchen zur Schaffung von Fachgerichten in Familienangelegenheiten AESCHLIMANN (FN 62), 3; vgl. auch HÄFELI CHRISTOPH, Familiengerichte in der Schweiz – eine ungeliebte Institution mit Zukunft, FamPra.ch 1/2010, 34 ff., 34 f.

⁶⁶ Siehe Motive zu dem Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt, Basel 1866, 107; dazu bereits SCHWENZER (FN 1), 91; HÄFELI, FamPra.ch 2010 (FN 65), 34; AESCHLIMANN (FN 62), 101 ff.

⁶⁷ Vgl. <https://www.jura.ch/CHA/SIC/Centre-medias/Communiqués-2005-2014/2013/Transmission-au-Parlement-du-projet-de-loi-instituant-le-Tribunal-des-affaires-familiales.html?t>.

und der Entscheidbehörde, sondern beim *Verfahren*. Dieser Ansatz ist für das schweizerische Familienverfahrensrecht zu favorisieren, was nachfolgend begründet wird. Das Verfahren kann unabhängig von der Organisationsform so ausgestaltet werden, dass es den Bedürfnissen an ein zeitgemässes, interdisziplinäres Familienverfahren gerecht wird. Der Spruchkörper muss nicht zwingend interdisziplinär zusammengesetzt sein, sondern Fachpersonen und Fachwissen müssen im Verlauf des Familienverfahrens bei Bedarf *beigezogen* werden können. Das Verfahrensrecht wird so ausgestaltet, dass es einen solchen Beizug von Fachwissen und Fachpersonen ermöglicht.

c. Heterogene kantonale Praxis und Forderung Familiengericht

- 106 In den Kantonen werden unterschiedliche Ansätze gelebt: Einzig der Kanton Aargau hat sich für die Einführung eines Familiengerichts entschieden. Daraus zu schliessen, dass alle anderen Kantone Familienverfahren nicht interdisziplinär führen, wäre allerdings verfehlt. Im Gegenteil werden auch in vielen anderen Kantonen interdisziplinäre Familienverfahren praktiziert. Dies geschieht in den anderen Kantonen auf Ebene der Verfahrensleitung, d.h. es werden die zur Verfügung stehenden Instrumente zum Beizug von Fachwissen und Fachpersonen im Familienverfahren genutzt. Die kantonale Praxis scheint heterogen. In gewissen Kantonen ist der Beizug von Interdisziplinarität im Familienverfahren nach Bedarf gängige Praxis, während in anderen Kantonen solche Instrumente noch weniger genutzt werden. Es besteht heute ein grosser Ermessensspielraum.
- 107 Angesichts der Heterogenität der Ausgestaltung von Familienverfahren in der Schweiz steht die politische Forderung nach der bundesrechtlichen Einführung eines Familiengerichts im Raum. Der Vorschlag, für alle Kantone verbindlich auf Gerichtsorganisationsebene ein Familiengericht vorzuschreiben, wird nachfolgend untersucht. Zu beachten ist dabei, dass die Bundesverfassung die Organisation der Gerichte den Kantonen überlässt (Art. 122 Abs. 2 BV).

3. Kantonale Organisationsautonomie als verfassungsmässiger Grundsatz

- 108 Nach Art. 122 Abs. 2 BV sind die Kantone für die Organisation der Gerichte zuständig. Es ist dem Bundesgesetzgeber nur dann erlaubt, in die kantonale Organisationsautonomie einzugreifen, wo dies zur Vereinheitlichung des Verfahrens und zur Durchsetzung des materiellen Rechts erforderlich ist.⁶⁸ Dies steht im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV), wonach der Bundesgesetzgeber keine Zuständigkeiten an sich ziehen soll, die bei den Kantonen besser oder ebenso gut aufgehoben sind.⁶⁹
- 109 Der verfassungsmässige Grundsatz von Art. 122 Abs. 2 BV wurde mit Art. 3 und Art. 4 ZPO umgesetzt, wo die Autonomie der Kantone zur Organisation der Gerichte und der

⁶⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7258; ff.; GÖKSU, , Art. 122 N 31 ff., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, BSK BV, Basel 2015; SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 3 N 3.

⁶⁹ BIAGGINI GIOVANNI, BSK BV (FN 68), Art. 5a N 2.

Schlichtungsbehörden sowie zur Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit festgehalten wird. Zu beachten ist, dass die ZPO den Kantonen auch in anderen sozial heiklen oder sonst bedeutsamen Rechtsbereichen – namentlich dem Mietrecht, Arbeitsrecht und dem Handelsrecht (vgl. Art. 6 ZPO) – nicht vorschreibt, eigens dafür vorgesehene Gerichte zu schaffen. Ein Eingriff in die kantonale Gerichtsorganisationsautonomie setzt aufgrund des geltenden Verfassungsrechts die Notwendigkeit für die Vereinheitlichung des Verfahrens zur Durchsetzung des materiellen Rechts voraus.

- 110 Oben wurde dargelegt, dass das Familienverfahren einige Besonderheiten aufweist, denen in der Ausgestaltung des Verfahrensrechts Rechnung zu tragen ist (vgl. Rz. 30 ff.). Die teilweise in der Politik und Rechtswissenschaft vertretene Ansicht, durch die Schaffung eines Familiengerichts könnte diesen Besonderheiten am ehesten entsprochen werden, ist auf den ersten Blick nachvollziehbar. Allerdings darf die Kreierung eines neuen Systems für Familienverfahren durch (bundesweite) Einführung von Familiengerichten angesichts der verfassungsrechtlich garantierten Organisationsautonomie der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV) nicht leichtfertig geschehen. Vielmehr bedarf es in einem ersten Schritt einer besonderen Prüfung, ob ein solcher Eingriff notwendig ist. Richtigerweise sollte ein invasiver Eingriff in die kantonale Organisationshoheit nur – aber immerhin dann – erfolgen, wenn sich ein Eingriff als notwendig und die geltende Ausgestaltung damit als ausgewiesen reformbedürftig erweist.

4. Notwendigkeit eines Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie?

- 111 Im Rahmen der Untersuchung der Notwendigkeit des Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie ist zunächst festzuhalten, dass nicht jedes Familienverfahren zwingend interdisziplinär ausgestaltet sein muss, und dass nicht jeder Entscheid in Familienverfahren von einem interdisziplinären Spruchkörper gesprochen werden muss (4.a, Rz. 112 ff.). Es gibt aber Verfahren, in denen sich der Beizug von Fachpersonen und Fachwissen als notwendig erweist, um eine angemessene Lösung für die betroffenen Familien zu erarbeiten und die Kinder ausreichend zu schützen. Zu untersuchen ist, welche Möglichkeiten das geltende Recht bietet, um Familienverfahren interdisziplinär auszugestalten und diesem Bedürfnis nach Fachwissen und der Involvierung von Fachpersonen gerecht zu werden. Dabei soll auch beleuchtet werden, inwiefern diese Möglichkeiten in der Praxis bereits genutzt werden und ob sie sich als erfolgreich erweisen (4.b, Rz. 117 ff.). Zusätzlich sind allfällige mildere Reformvorschläge als der Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie zu diskutieren (4.c, Rz. 153 ff.). Diese Untersuchungen werden Schlussfolgerungen zur Zulässigkeit des Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie ermöglichen (5., Rz. 160 ff.).

a. Keine Erforderlichkeit eines interdisziplinären Spruchkörpers für jedes Verfahren

- 112 Ein Familiengericht verspricht grundsätzlich institutionalisierte Interdisziplinarität. Neben juristischem Fachwissen sollen Familiengerichte über spezialisiertes Fachpersonal im sozialen, pädagogischen, psychologischen, vermögensrechtlichen oder medizinischen Bereich

verfügen.⁷⁰ Interdisziplinarität ist in vielen familienrechtlichen Verfahren in der Tat wichtig und in gewissen Fällen gar unabdingbar. Allerdings sollte trotz deren besonderen Bedeutung im komplexen, konfliktgeladenen Einzelfall nicht davon ausgegangen werden, dass jeder familienrechtliche Prozess einem interdisziplinär zusammengesetzten Spruchkörper unterbreitet werden müsste, und dass jeder Entscheid in einem Familienverfahren durch einen solchen interdisziplinären Spruchkörper erlassen werden müsste.

- 113 In den allermeisten familienrechtlichen Fällen, die ein Gericht zu behandeln hat, werden einvernehmliche Lösungen gefunden. So stellt etwa der Scheidungsgrund nach Art. 111 ZGB – die Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung aller Scheidungsnebenfolgen – in der Praxis mit etwa 90% aller Scheidungsfälle der weitaus häufigste Scheidungsgrund dar.⁷¹ Demgegenüber stellen strittige Scheidungsfälle eine deutliche Minderheit dar. Schätzungen zufolge sind weniger als zehn Prozent der familienrechtlichen Verfahren tatsächlich strittiger Natur. Hochstrittige Fälle, welchen die grösste mediale Aufmerksamkeit gilt, entsprechen nicht dem Alltagsprozess.⁷² Der Familienprozess hat sich grundsätzlich am Alltagsverfahren und nicht am pathologischen Fall zu orientieren. Gleichzeitig muss der Familienprozess so flexibel sein, dass sowohl ein Alltagsprozess als auch ein aussergewöhnlicher hochstrittiger Fall adäquat abgehandelt werden können. Diese Flexibilität kann durch die Ausgestaltung des Verfahrens erreicht werden; ein interdisziplinärer Spruchkörper für jedes (Alltags-)Verfahren ist nicht erforderlich.
- 114 Es ist darauf hinzuweisen, dass trotz institutioneller Schaffung eines Familiengerichts im Kanton Aargau in den meisten Fällen kein interdisziplinär zusammengesetzter Spruchkörper zum Einsatz kommt. So ist gemäss § 6 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Aargau (EG ZPO AG, SAR 221.200) vorgesehen, dass die Bezirksgerichtspräsidentin bzw. der Bezirksgerichtspräsident über Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO und im summarischen Verfahren nach Art. 248 ff. ZPO (und damit auch für die Verfahren zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 271 ff. ZPO) sowie in Ehescheidungsverfahren, in Abänderungs- und Ergänzungsverfahren betreffend Ehescheidungssachen und in Verfahren betreffend Unterhaltsklagen des Kindes entscheidet. Damit ist – wie auch in praktisch allen anderen Kantonen – heute faktisch in allen familienrechtlichen Verfahren eine Einzelrichterin bzw. ein Einzelrichter mit primär juristischem Sachverstand zuständig. Im ordentlichen Verfahren würde sich das Familiengericht gemäss § 55 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes des Kantons Aargaus (GOG AG, SAR 155.200, in der Fassung vom November 2024⁷³) aus einer

⁷⁰ RÖSSLER (FN 33), 23.

⁷¹ Siehe zu den Statistiken etwa GEISER., Vor Art. 111–134 N 27, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK ZGB I).

⁷² SCHREINER JOACHIM/SCHWEIGHAUSER JONAS, Trennung und Scheidung: Alternative Formen der interdisziplinären Zusammenarbeit am Beispiel des «Netzwerks Kinder» im Kanton Basel-Stadt, in: Böhler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Band I und II), Bern 2011, 1555 ff., 1555.

⁷³ Über die geplanten Änderungen des GOG AG im Hinblick auf die Revision der ZPO, wo für familienrechtliche Verfahren das vereinfachte Verfahren eingeführt wird, ist den Verfassern bis dato noch nichts bekannt.

Bezirksgerichtspräsidentin oder einem Bezirksgerichtspräsidenten als Präsidentin oder Präsidenten sowie Bezirksrichterinnen und Bezirksrichtern zusammensetzen. Allerdings kann die Präsidentin oder der Präsident in Fällen, in denen Kinderbelange im Vordergrund stehen, anstelle von Bezirksrichterinnen oder Bezirksrichtern höchstens zwei Fachrichterinnen oder Fachrichter des Kindes- und Erwachsenenschutzes, die in Voll- oder Teilzeit tätig sind, einsetzen. Bereits vor Inkrafttreten der revidierten ZPO waren diese Fälle eher selten. Für ab dem 1. Januar 2025 rechtshängig gemachte Verfahren ist gar fraglich, ob überhaupt noch ein interdisziplinär zusammengesetzter Spruchkörper zum Einsatz gelangen kann. Seit Inkrafttreten der revidierten ZPO gilt im Familienverfahren nämlich grundsätzlich umfassend das vereinfachte Verfahren;⁷⁴ es liegt damit vorbehaltlich einer GOG-Revision kein Unterschied zur Besetzung des Spruchkörpers im Vergleich zu den anderen Kantonen ohne Familiengericht mehr vor. Das Familiengericht wird im Kanton Aargau denn auch insbesondere aufgrund der einheitlichen Zuständigkeit für familienrechtliche Belange und namentlich der Beseitigung der Doppelzuständigkeiten für eherechtliche Verfahren und übrige Fälle und die damit einhergehenden Kompetenzkonflikte als Erfolgsmodell gesehen.⁷⁵

- 115 Dazu kommt, dass im erstinstanzlichen Gerichtsalltag die summarischen Familienverfahren einen grossen Teil der familienrechtlichen Streitigkeiten ausmachen. Verlässliche Zahlen für die gesamte Schweiz stehen bisher nicht zur Verfügung, die meisten Kantone weisen familienrechtliche Streitigkeiten in ihren Geschäftsberichten nicht gesondert aus. Im Kanton Basel-Stadt machen die summarischen Eheschutzverfahren rund 1/4 aller familienrechtlichen Verfahren aus.⁷⁶ Alle Kantone, auch der Kanton Aargau, sehen für summarische Verfahren die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts vor.⁷⁷ Die Einführung eines immer aus mehreren

⁷⁴ Vgl. oben Rz. 44.

⁷⁵ HÄFELI, FS Geiser (FN 62), 289 ff. insb. 304 ff.

⁷⁶ Vgl. Jahresbericht der Gerichte Basel-Stadt 2023, S. 46, abrufbar unter <https://www.bs.ch/gerichte-judikative/ueber-die-gerichte/jahresberichte>.

⁷⁷ Vgl. § 24 lit. c Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich (GOG), GS 211.1; Art. 8 Abs. 1 Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung des Kantons Bern (EG ZSJ), BSG 271.1; § 18a Abs. 1 lit. c; § 35 Abs. 1 lit. c; § 34 Abs. 2 lit. a–c *e contrario* Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren des Kantons Luzern (Justizgesetz, JusG), SRL Nr. 260; Art. 19a lit. b Gesetz über die Organisation der richterlichen Behörden des Kantons Uri (Gerichtsorganisationsgesetz; GOG), RB 2.3221; § 31 Abs. 2 lit. d Justizgesetz des Kantons Schwyz (JG), SRSZ 231.110; Art. 34 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Obwalden (GOG), GDB 134.1; Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 Gesetz über die Gerichte und die Justizbehörden des Kantons Nidwalden (Gerichtsgesetz, GerG), NG 261.1; Art. 13 Abs. 1 lit. a Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Glarus (GOG), GS III A/2; § 28 Abs. 2 lit. c Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege des Kantons Zug (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG), BGS 161.1; Art. 51 Abs. 1 lit. b Justizgesetz des Kantons Freiburg (JG), SGF 130.1; § 10 Abs. 2 lit. b Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Solothurn (GO), BGS 125.12; § 71 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG), SG 154.100; § 3 Abs. 1 Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft (EG ZPO), SGS 221; Art. 29 Abs. 1 lit. b Justizgesetz des Kantons Schaffhausen (JG), SHR 173.200; Art. 14 Abs. 1 lit. c Justizgesetz des Kantons Appenzell A.Rh., bGS 145.31; Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell I. Rh. (EG ZPO), GS 270.000; Art. 6 Abs. 1 lit. a Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen (EG-ZPO), sGS 961.2; Art. 4 Abs. 1 lit. a Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (EGzZPO), BR

Personen bestehenden Spruchkörpers wäre somit nicht nur im Hinblick auf die Interdisziplinarität ein absolutes Novum für die Kantone, sondern ganz generell im Hinblick auf die Art und Weise der Entscheidungsfindung, die Abläufe und die Organisation solcher Verfahren. Die Einflüsse auf die notwendigen Ressourcen wären eminent und vor Einführung einer solchen Lösung abzuklären. Die durch die einzelgerichtliche Zuständigkeit gewährleistete Effizienz und Flexibilität sowie die Möglichkeit für schnelle Entscheide bei Dringlichkeit müssten bei einem bundesrechtlichen Eingriff in die Organisationsautonomie zwingend weiterhin gewährleistet sein. Familienverfahren dürften auch ausserhalb des summarischen Verfahrens durch die Einführung eines interdisziplinären Spruchkörpers nicht länger und nicht teurer werden.

- 116 Die Einführung eines interdisziplinären Spruchkörpers für alle Verfahren erweist sich einerseits als nicht notwendig. Andererseits ist es primär eine Ressourcenfrage, ob damit nicht gar für den Alltagsprozess Verschlechterungen der Rechtsdurchsetzung einhergehen würden.

b. Interdisziplinäre Ausgestaltung von Familienverfahren *de lege lata*

- 117 Zu untersuchen sind im Folgenden die bestehenden Möglichkeiten, Familienverfahren interdisziplinär auszugestalten. Der Einbezug von Fachpersonen im familienrechtlichen Verfahren wird im deutschsprachigen Raum bereits seit einigen Jahrzehnten vorangetrieben. Vorläufermodell war die sogenannte «Cochemer-Praxis»⁷⁸, die im deutschen Familiengerichtsbezirk Cochem entstanden ist und vielerorts als Prototyp einer erfolgreichen interdisziplinären Zusammenarbeit gilt.⁷⁹ Der Erfolg⁸⁰ dieser interdisziplinären Koordination ist nicht unbemerkt geblieben und hat Anstoss zu vielen Folgemodellen geboten, auch in der

320.100; § 6 Abs. 1 lit. b Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Aargau (EG ZPO), SAR 221.200; § 20 Abs. 3 (§ 26 Abs. 2) Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege des Kantons Thurgau (ZSRG), RB 271.1; Art. 37 Abs. 2 Legge sull'organizzazione giudiziaria des Kantons Tessin (LOG), RL 177.100; Art. 5 und 6 Code de droit privé judiciaire vaudois, RSV 211.02; Art. 13 Abs. 1 Organisationsreglement der Walliser Gerichte (ORG), SGS 173.100; Art. 15 Abs. 1 Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN), RSN 161.1; Art. 85 Loi sur l'organisation judiciaire des Kantons Genf (LOJ), rsGE E 2 05; Art. 5 Abs. 3 lit. f Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse des Kantons Jura (LiCPC), RSJU 271.1.

⁷⁸ Das «Cochemer-Modell» entstand 1992, als Mitarbeiter des Jugendamts, der Lebensberatungsstelle und Richterinnen sowie Richter des örtlichen Familiengerichts im Ort Cochem einen «Arbeitskreis Trennung und Scheidung» bildeten, der alle an Sorgerechtsverfahren beteiligten Akteure (Gerichtspersonen, Anwälte, Jugendamt, Sachverständige, Familienberatungsstellen etc.) zusammenführen sollte; siehe zum Ganzen COESTER-WALTJEN DAGMAR/ COESTER MICHAEL, Konsensorientierte Intervention bei elterlichen Sorgerechtskonflikten, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Band I und II), 337 ff., 342.

⁷⁹ COTTIER MICHELLE, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Band I und II), Bern 2011, 351 ff., 353; SCHREINER/ SCHWEIGHAUSER, FS Schwenzer (FN 72), 1555 ff., 1555.

⁸⁰ Ziel des «Cochemer-Modells» war es, die Sorgerechtsverfahren zu beschleunigen und interdisziplinär auf elterliches Einvernehmen hinzuwirken. Der Erfolg dieser Praxis war bemerkenswert: Die Zahl der einvernehmlichen Sorgerechtsregelungen lag deutlich über dem Bundesdurchschnitt, seit 1998 sogar nahe 100%; zum Ganzen COESTER-WALTJEN/COESTER (FN 78), 342, m.w.N.

Schweiz.⁸¹ In den vergangenen Jahren haben sich daher in der kantonalen Praxis verschiedene Modelle der institutionalisierten interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen Angehörigen der juristischen und der psychosozialen Professionen herausgebildet.⁸² Genannt sei etwa der Arbeitskreis «Netzwerk Kinder» im Kanton Basel-Stadt.⁸³

- 118 Das geltende Zivilrecht sowie Zivilprozessrecht ermöglichen dem Gericht interdisziplinäre Kooperationen durch Involvierung von Fachpersonen ins Familienverfahren, um einen Familienkonflikt vorzubeugen bzw. zu bewältigen. Nachfolgend seien verschiedene solcher praktisch häufig genutzten Kooperationsmöglichkeiten zu umschreiben.

aa. Die Anordnung «geeigneter Massnahmen» zum Kindesschutz

i. Gerichtliche Kompetenz zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen

- 119 Zu erwähnen ist zunächst, dass das Gericht im familienrechtlichen Verfahren⁸⁴ zum Schutz des Kindes die geeigneten Massnahmen trifft, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder hierzu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 i.V.m. 315a Abs. 1 ZGB bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB). Bei Art. 307 Abs. 1 ZGB handelt es sich um die unterste Stufe des Interventionssystems des zivilrechtlichen Kindesschutzes.⁸⁵
- 120 Das Gesetz spricht bewusst von «geeigneten Massnahmen» und ermöglicht den zuständigen Behörden, namentlich auch den Gerichten, mit dieser offenen Formulierung den notwendigen Ermessensspielraum.⁸⁶ Zulässig ist alles, was das Kindeswohl erfordert.⁸⁷ Verschiedene mögliche Massnahmen werden exemplarisch («insbesondere») und nicht abschliessend in Art. 307 Abs. 3 ZGB konkretisiert. Vom Gesetzgeber explizit hervorgehoben werden die Möglichkeiten, die Eltern zu ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung zu erteilen und eine geeignete Person oder Stelle zu bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist.

⁸¹ Zu verschiedenen Modellen der interdisziplinären Zusammenarbeit SCHREINER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anhang: Ausgewählte psychologische Aspekte im Zusammenhang mit Trennung und Scheidung, N 468 ff.

⁸² COTTIER MICHELLE, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 2012, 65 ff., 67.

⁸³ Dazu SCHWEIGHAUSER JONAS/SCHREINER JOACHIM, Der Kampf um das Kind: Eskalationen und wie sie sich entschärfen lassen, in: Jungo-Rumo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Der neue Familienprozess – 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Zürich 2012, 129 ff., 135 und 138 f.

⁸⁴ Konkret jedoch nur in Verfahren der Ehescheidung bzw. zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 315a Abs. 1, Art. 315b Abs. 1 ZGB), womit (erneut) das dringend zu behebende Problem der Ungleichbehandlung von ausserehelichen Kindern angesprochen sei, vgl. Thema 1, Rz. 51 ff.

⁸⁵ COTTIER, Art. 307 N 1, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, KUKO ZGB); BREITSCHMID, BSK ZGB I (FN 71), Art. 307 N 2, 14.

⁸⁶ BIDERBOST, Art. 307 ZGB N 16, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Band I, Personen- und Familienrecht inkl. Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/-IN, CHK ZGB); BGer 5A_456/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4.3.

⁸⁷ BIDERBOST, CHK ZGB (FN 86), Art. 307 N 16.

121 Nachfolgend sei besonders auf einige interdisziplinär ausgerichtete Massnahmemöglichkeiten i.S.v. Art. 307 Abs. 3 ZGB einzugehen, die sich in verschiedenen Kantonen bereits erfolgreich bewähren und auch als Vorbild für eine niederschwellige und bedarfs- sowie einzelfallorientierte Einbeziehung von Fachpersonen im familienrechtlichen Prozess gelten können.⁸⁸

ii. *Angeordnete Elterntherapie und angeordnete Mediation*

122 In der Praxis verschiedener Kantone bereits etabliert ist zum Beispiel die Anordnung einer Elterntherapie im Interesse des Kindes.⁸⁹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine solche bei einem elterlichen Konflikt geradezu angezeigt sein.⁹⁰

123 Gerichte können die Eltern auch zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO) respektive gar zur Durchführung einer Mediation anweisen, etwa um die Kommunikation zwischen den Eltern zu verbessern und die Entfremdung der Kinder gegenüber dem nicht obhutsberechtigten Elternteil aufzulösen.⁹¹ Die angeordnete Mediation soll ermöglichen, dass (hoch-)strittige Eltern, die sich erfahrungsgemäss zumeist von ihren Ängsten, Verletzungen und vor allem auch ihren persönlichen (Erwachsenen-)Interessen leiten lassen, mit den Bedürfnissen ihrer Kinder konfrontiert werden.⁹² Eine solche Mediation, verstanden als Gesprächstherapie zwecks Verbesserung der Kommunikation zwischen den Eltern, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ausdrücklich gegen den Willen der Betroffenen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB verpflichtend⁹³ angeordnet werden.⁹⁴

iii. *Kurs «Kinder im Blick»*

124 Der Kurs «Kinder im Blick»⁹⁵ wird in verschiedenen Kantonen angeboten.⁹⁶ In diesem Kurs sollen Eltern lernen, ihr Kind und dessen Bedürfnisse besser kennenzulernen und zu erfahren, wie mit letzteren umzugehen ist. Weiter werden Ratschläge erteilt, wie die Eltern untereinander

⁸⁸ Vgl. zu vielfältigen Interventionsansätzen auch ZOBRIST PATRICK/ WIDER DIANA/ ZÜRCHER SIBOLD ANDREAS, Zerstrittene Eltern im Kontext des Kindesschutzes: «Die Kinder sind gefährdet und die Eltern in der Pflicht», ZKE 6/2019, 481 ff., 482 f. m.w.N.

⁸⁹ Statt vieler BGer 5A_598/2020 vom 24. August 2020 E. 3; BGer 5A_723/2019 vom 4. Mai 2020 E. 6.3.2; BGer 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2; BIDERBOST, CHK ZGB (FN 86), Art. 307 N 16.

⁹⁰ BGer 5A_598/2020 vom 24. August 2020 E. 3.

⁹¹ BGer 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2; BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4.3.

⁹² BGer 5A_456/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4.3.

⁹³ Dieser Pflicht zur Mediation bzw. Gesprächstherapie liesse sich durch Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme auch Nachdruck verschaffen. Das Bundesgericht hat die Verhältnismässigkeit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB zur Durchsetzung einer entsprechenden Weisung zur Teilnahme an einer Therapie bejaht; siehe BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2.

⁹⁴ BGer 5A_522/2017 vom 22. November 2017 E. 4.7.3.2.

⁹⁵ Ursprünglich entwickelt wurde der Elternkurs «Kinder im Blick» 2005 an der Fakultät für Psychologie und Pädagogik an der Ludwig-Maximilians-Universität München; zum Konzept und dessen Evaluation siehe <https://www.edu.lmu.de/apb/forschung/aktuelle_projekte/kinderimblick/index.html>, besucht am 29. September 2024.

⁹⁶ Siehe <<https://www.kinderimblick.ch/>>, besucht am 29. September 2024.

einen besseren Umgang pflegen können. Zudem wird die Vernetzung in kleineren Gruppen mit anderen Eltern in Trennungssituationen ermöglicht.⁹⁷

- 125 Eine Vielzahl von Forschungsergebnissen zeigt, dass Elternkonflikte den grössten Risikofaktor im Trennungsprozess für die Entwicklung der Kinder darstellen.⁹⁸ Vor diesem Hintergrund dient der interdisziplinär organisierte Kurs «Kinder im Blick» der Reduktion der Konfliktintensität, Konflikthäufigkeit und Erziehungsprobleme.⁹⁹
- 126 Nicht nur die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, sondern auch die Gerichte verschiedener Kantone weisen Eltern konfliktgeladener Familien im Rahmen von Art. 307 Abs. 3 ZGB (i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB) zur Teilnahme an diesem Kurs an. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine solche verpflichtende Anordnung im Hinblick auf eine Verbesserung der Kooperation und Kommunikation der Eltern bundesrechtskonform.¹⁰⁰
- 127 Die Kosten eines solchen Kurses belaufen sich gegenwärtig je nach Kanton pro Person auf ca. CHF 100.00 bis CHF 500.00.¹⁰¹ Die zwischenzeitlich weite Verbreitung dieses Kursangebotes in mehreren Kantonen spricht für den Erfolg dieses interdisziplinär ausgerichteten Beratungsangebots.
- 128 In einer Studie der Interkantonalen Hochschule für Heilpädagogik Zürich (HfH), durchgeführt von CLAUDIA SCHELLENBERG und ILLONA WIDMER, wurde eine Evaluation des Elternkurses «Kinder im Blick» am Umsetzungsort Zürich durchgeführt.¹⁰² Zusammenfassend hält die Evaluationsstudie fest, dass der Elternkurs «Kinder im Blick» sich im Grossen und Ganzen für Eltern und Kinder als wirksam erweist, indem die Konflikte rund um die Trennung abnehmen.¹⁰³ So sei es wünschenswert, wenn sich das Programm auch weiterhin verbreite und möglichst vielen Eltern in schwierigen Trennungssituationen offenstehe – dabei solle der Kurs sich weiterhin nicht nur an freiwillig, sondern auch an unfreiwillig partizipierende Eltern richten, da er bei beiden Gruppen zu positiven Veränderungen führe.¹⁰⁴

⁹⁷ Zu den Zielen und Gründen des Kurses <<https://www.kinderimblick.ch/>>, besucht am 29. September 2024.

⁹⁸ Siehe <<https://www.kinderimblick.ch/elternkurse/kursthemen-allgemeines#weiterlesen-2>>, besucht am 29. September 2024.

⁹⁹ Siehe <<https://www.kinderimblick.ch/elternkurse/kursthemen-allgemeines#weiterlesen-2>>, besucht am 29. September 2024.

¹⁰⁰ BGer 5A_495/2023 vom 14. Juli 2023 E. 4.

¹⁰¹ Die Teilnahme am Kurs «Kinder im Blick» kostet in den meisten Kantonen CHF 150.00, namentlich in Zug, der Zentralschweiz, Thurgau, St. Gallen – Appenzell, Rheintal, Graubünden und der Nordwestschweiz. An der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich kostet die Teilnahme am Kurs «Kinder im Blick» schweizweit am wenigsten mit einer Gebühr von CHF 100.00. Die Teilnahme am Kurs «Kinder im Blick» kostet demgegenüber bei der Beratungsstelle für Eltern und Kinder Pinocchio in Zürich CHF 200.00, in Solothurn CHF 250.00 und schweizweit am meisten in Aargau mit einer Gebühr von CHF 500.00.

¹⁰² Siehe SCHELLENBERG CLAUDIA/WIDMER ILLONA, Evaluation des Projektes «Kinder im Blick», Februar 2020, online abrufbar unter: <https://pinocchio-zh.ch/wordpress/wp-content/uploads/2020/12/Evaluation_KiB.pdf>, besucht am 29. September 2024.

¹⁰³ SCHELLENBERG/WIDMER (FN 102), 32.

¹⁰⁴ SCHELLENBERG/WIDMER (FN 102), 32.

iv. *Angeordnete Beratung*

- 129 Eine weitere erfolgreiche Form der interdisziplinären Zusammenarbeit auf Basis einer Kinderschutzmassnahme im Interesse von Eltern und Kindern stellt die sogenannte «angeordnete Beratung» dar, wie sie eingehend von BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER beschrieben wurde.¹⁰⁵ Wie der Kurs «Kinder im Blick» wurde auch die angeordnete Beratung als neues interdisziplinäres Interventionsinstrument für das Schweizer Familienverfahren zunächst im Kanton Basel-Stadt etabliert¹⁰⁶ und aufgrund seines Erfolgs schnell auch in anderen Kantonen implementiert. Die gerichtliche Anordnung der Beratung stützt sich, wie die Verpflichtung zur Teilnahme am Kurs «Eltern im Blick», auf Art. 307 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 315a Abs.1 bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB.¹⁰⁷
- 130 In der Praxis lässt sich ein grosser Teil der Konflikte über Kinderbelange, welche vor das Gericht getragen werden, in der ersten Gerichtsverhandlung, gelegentlich in der zweiten Runde nach Anhörung der Kinder beruhigen.¹⁰⁸ Gelingt dies im Rahmen dieser Gerichtsverhandlungen (noch) nicht, stellt die angeordnete Beratung einen weitergehenden Schritt zur Konfliktdeskalation dar.¹⁰⁹ Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass es selbst (hoch) zerstrittenen Eltern gelingen kann, im Rahmen der gerichtlich angeordneten Beratung zu Lösungen im Interesse ihrer Kinder zu gelangen.¹¹⁰
- 131 Die «angeordnete Beratung» bezweckt, durch ein Zusammenwirken aller relevanten Professionen die Grundlage zu schaffen, um Eltern in einer Zeit zu begleiten, in welcher der Fokus stärker auf die Bedürfnisse der vom Trennungsgeschehen betroffenen Kinder gerichtet werden soll.¹¹¹ Sind in einem Familienverfahren etwa Fragen der elterlichen Sorge, Obhut, Betreuungsanteile oder des persönlichen Verkehrs umstritten, so kann das Gericht eine angeordnete Beratung verfügen.¹¹² In aller Regel werden vom Gericht hierfür kantonale Fachstellen damit beauftragt, die Eltern zu beraten und rasch zu einer Klärung der umstrittenen Fragen und damit einer Einigung der Eltern zu gelangen.¹¹³ Exemplarisch genannt seien einige der hierfür vorgesehenen kantonalen Dienststellen: Im Kanton Basel-Stadt wird etwa die Abteilung Kinder- und Jugenddienst (KJD) mit der Durchführung einer angeordneten Beratung

¹⁰⁵ Siehe BANHOLZER KARIN/HEIERLI ANDREAS/KLEIN ANNE/SCHWEIGHAUSER JONAS, «Angeordnete Beratung» - ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 1/2012, 111 ff.

¹⁰⁶ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 112 f.

¹⁰⁷ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 121. In Bezug auf den persönlichen Verkehr ist auch noch Art. 273 Abs. 2 ZGB als konkretisierende gesetzliche Grundlage zu beachten, wonach unter anderem Weisungen erteilt werden können, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt.

¹⁰⁸ So BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 116.

¹⁰⁹ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 116; BANHOLZER KARIN, Beratung hochstrittiger Eltern im familienrechtlichen Kontext, FamPra.ch 3/2010, 546 ff., 547, die die angeordnete Beratung als «Katalysator für eine elterliche Konfliktdeskalation» umschreibt.

¹¹⁰ So BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 116; vgl. auch BANHOLZER (FN 109), 565.

¹¹¹ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 112.

¹¹² BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 114.

¹¹³ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115.

beauftragt,¹¹⁴ im Kanton Zürich sind die Kinder- und Jugendhilfezentren (kjj) zur Durchführung der angeordneten Beratung vorgesehen,¹¹⁵ im Kanton St. Gallen wiederum stehen für solche Beratungen die Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienste St. Gallen, das Institut für forensisch-psychologische Begutachtung und die Kinder- und Jugendhilfe St. Gallen zur Verfügung.¹¹⁶

- 132 Die Teilnahme an den Gesprächen mit den Fachpersonen der entsprechenden Behörde ist für die Eltern verpflichtend.¹¹⁷ Können sich die Eltern im Rahmen der angeordneten Beratung über die strittigen Fragen einigen, erstellen sie gemeinsam mit den zuständigen Fachpersonen eine schriftliche Vereinbarung über die gefundenen Lösungen.¹¹⁸ Kommt es zu keiner Einigung, soll die beratende Fachperson dem Gericht gegenüber zu den offenen Punkten Stellung nehmen und eine Empfehlung abgeben.¹¹⁹
- 133 Die angeordnete Beratung unterscheidet sich von der Mediation insbesondere dadurch, dass die Fachperson eine klare Führungsrolle übernimmt, während die Mediationsperson den Eltern grössere Autonomie bei der Lösungsfindung überlässt.¹²⁰ Während die Mediation sodann streng vertraulich zu bleiben hat, ist die Fachperson in der angeordneten Beratung bei Scheitern einer Lösungsfindung zur Stellungnahme vor Gericht aufgerufen.¹²¹ Hierin ist aus gerichtlicher Sicht ein grosser Vorteil im Vergleich zur Mediation zu erblicken, da das Gericht über den Inhalt und Ausgang der angeordneten Beratungen erfährt.¹²² Die Fachperson hat insoweit eine Doppelfunktion inne, wonach sie die Eltern zunächst berät und vermittelnd wirkt, im Falle einer gescheiterten Einigung jedoch anschliessend dem Gericht eine persönliche Beurteilung abzugeben hat.¹²³ Eine solche Funktionskombination ist als unproblematisch zu bewerten, wenn die Beteiligten die Regeln von Anfang an kennen.¹²⁴
- 134 Konkret läuft die angeordnete Beratung wie folgt ab:¹²⁵ Lässt sich ein Konflikt zwischen den Eltern betreffend die Kinderbelange nicht im Rahmen der Gerichtsverhandlung(en), typischerweise der Eheschutzverhandlung, klären, so kann das Gericht zur Deeskalation und Lösungsfindung die angeordnete Beratung verfügen.¹²⁶ Das Gericht setzt in seiner

¹¹⁴ Siehe <<https://www.bs.ch/ed/jfs/kjd>>, besucht am 29. September 2024.

¹¹⁵ Siehe die Angebote für Eltern in Trennung zum Wohl des Kindes – Kurzbeschreibungen für Fachpersonen, 5, online abrufbar unter: <https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/familie/sorgerecht-unterhalt/eltern-in-trennung/eltern_in_trennung_angebotsuebersicht_fachpersonen.pdf>, besucht am 29. September 2024.

¹¹⁶ Siehe <<https://www.sg.ch/content/dam/sgch/recht/gerichte/familienrecht/angeordnete-beratung/Informationsblatt.pdf>>, besucht am 29. September 2024.

¹¹⁷ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115.

¹¹⁸ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 118.

¹¹⁹ Vgl. BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 119.

¹²⁰ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 120.

¹²¹ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 120 (mit weiteren Unterschieden zur Mediation).

¹²² Vgl. auch BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 120.

¹²³ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 120.

¹²⁴ So BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 120.

¹²⁵ Zum konkreten Ablauf BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 114 ff.

¹²⁶ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 114.

Anordnungsverfügung zugleich bereits einen Termin zu einer zeitnahen¹²⁷ zweiten Verhandlung an, zu welcher auch die Fachperson geladen wird.¹²⁸ Falls die Eltern bereits vor dem zweiten Termin zu einer Lösung gelangen, kann das Gericht die zweite Verhandlung wieder abbießen.¹²⁹ Wenn demgegenüber keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann, berichtet die Fachperson dem Gericht über die Beratung und gibt ihre Empfehlungen ab.¹³⁰ In der Folge entscheidet das Gericht über die strittigen Kinderbelange oder ordnet weitere Abklärungen an.¹³¹

bb. Kindesvertretung (Art. 299 f. ZPO)

- 135 Ein wichtiges Instrument zum Beizug von Fachpersonen im Interesse und zum Schutz des Kindes ist die Kindesvertretung. Nach Art. 299 Abs. 1 ZPO kann das Gericht bei Notwendigkeit die Vertretung des Kindes im Verfahren anordnen und als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person bezeichnen. In Abs. 2 werden typische Verfahrens- und Interessenskonstellationen umschrieben, welche konkret nach einer Kindesvertretung rufen: Die Einsetzung eines Verfahrensbeistandes bzw. einer Verfahrensbeiständin ist namentlich dann zu prüfen, wenn die Eltern über die Obhut bzw. elterliche Sorge oder über wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs streiten oder erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob ihre gemeinsamen Anträge angemessen sind, wenn die Kindesschutzbehörde oder ein Elternteil die Vertretung beantragen, oder wenn der Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwogen wird.¹³²
- 136 Die Anordnung der Kindesvertretung bezweckt, die Stellung des Kindes als Subjekt im Verfahren zu stärken, indem gewährleistet wird, dass das betroffene handlungsunfähige Kind durch die Vertretung seine Rechte selbständig wahren kann.¹³³ Aufgrund der begleitenden, informierenden und unterstützenden Funktion der Vertretungsperson für die Stärkung der Partizipationsrechte des Kindes im Verfahren wird das Institut der Kindesvertretung auch als Kindesschutzmassnahme «eigener Art» bezeichnet.¹³⁴ Die Kompetenzen der Kindesvertretung

¹²⁷ In der Praxis hat sich ein Zeitfenster von etwa drei bis vier Monaten etabliert. Siehe BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115, wonach ein zweiter Termin nach Ablauf von rund *drei* Monaten festzusetzen sei. Im Kanton Bern wurde ein Pilotprojekt zur angeordneten Beratung lanciert (vgl. Art. 401 ZPO). In Art. 6 Abs. 1 lit. b ZFITV (BSG 277.111), der Verordnung über das Pilotprojekt «Angeordnete Beratung in familienrechtlichen Gerichtsverfahren mit strittigen Kinderbelangen und Zentrum für Familien in Trennung (ZFIT)», ist vorgesehen, dass das Gericht zu einer zweiten Verhandlung ansetzt, die innert *vier* Monaten stattzufinden hat.

¹²⁸ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115.

¹²⁹ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 114.

¹³⁰ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115. Im Rahmen des bernischen Pilotprojekts (siehe FN 127) ist vorgesehen, dass die Fachperson bei Misslingen der angeordneten Beratung gemäss Art. 8 Abs. 2 ZFITV zuhanden des Gerichts einen Bericht über den Ablauf der Beratung und die Situation der Familie mit konkreten Vorschlägen für das weitere Vorgehen betreffend die Kinderbelange erstellt.

¹³¹ BANHOLZER/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 105), 115.

¹³² BGE 142 III 153 E. 5.1.1.

¹³³ MICHEL/STECK, Art. 299 N 5, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BEARBEITER/IN, BSK ZPO).

¹³⁴ SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 299 N 1; BGE 142 III 153 E. 5.2.2.

sind in Art. 300 ZPO geregelt und umfassen das Recht, betreffend die Kinderbelange Anträge zu stellen und Rechtsmittel zu ergreifen.

- 137 Das Gesetz selbst nennt demgegenüber keine Pflichten der Kindesvertretung.¹³⁵ Die Aufgaben der Kindesvertretung lassen sich angesichts der vielfältigen Anlasssituationen auch nicht generell umschreiben.¹³⁶ Die Lehre erachtet – als Konsequenz von Art. 300 ZPO – die gerichtliche Vertretung des Kindes als Hauptaufgabe der Kindesvertretung,¹³⁷ während nach Ansicht des Bundesgerichts die Aufgaben der Kindesvertretung sich im Wesentlichen auf solche der prozessbezogenen Information, Kommunikation und Betreuung beschränken sollen.¹³⁸
- 138 Weiter ist in Lehre und Rechtsprechung namentlich umstritten, ob sich die Kindesvertretung bei der Wahrnehmung ihres gerichtlichen Auftrags am subjektiven Kindeswillen oder am objektiven Kindeswohl zu orientieren hat.¹³⁹ Während in der Lehre auch die Ansicht vertreten wird, dass sich die Kindesvertretung am Kindeswillen zu orientieren hat,¹⁴⁰ stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass die Kindesvertretung das objektive Kindeswohl zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen hat.¹⁴¹
- 139 Das Gesetz stellt gewisse Anforderungen an das Profil der Kindesvertretung,¹⁴² da es sich um eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person handeln muss. Vorausgesetzt werden folglich zum einen Kompetenzen im Bereich der Kinderpsychologie und/oder Kinderpädagogik sowie praktische Erfahrungen im Umgang mit Kindern und Jugendlichen, zum anderen Kenntnisse im Bereich des Familien- und Prozessrechts.¹⁴³ Dem gerichtlichen Ermessen sind bei der Wahl der Vertretungsperson Grenzen gesetzt.¹⁴⁴ Da es sich bei der Kindesvertretung funktionell betrachtet nicht um eine eigentliche anwaltliche Tätigkeit handelt,¹⁴⁵ bildet der eigentliche anwaltliche Verfahrensbeistand für ein Kind den Ausnahmefall. Vielmehr seien als Kindesvertreterinnen und -vertreter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel aufgrund der stets interdisziplinären Tätigkeit, namentlich der Abklärungsarbeit, hinreichend rechtskundige Sozialarbeiterinnen, Sozialpädagogen und Kinderpsychologinnen besser geeignet.¹⁴⁶ Mittels der Kindesvertretung nach Massgabe von

¹³⁵ BGE 142 III 153 E. 5.2.1.

¹³⁶ BGE 142 III 153 E. 5.2.1.

¹³⁷ SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 300 N 29; SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 299 N 4.

¹³⁸ BGE 142 III 153 E. 5.2.4; kritisch hierzu SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 300 N 29.

¹³⁹ BGE 142 III 153 E. 5.2.1 m.w.H.; statt vieler SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 299 N 1.

¹⁴⁰ Siehe statt vieler SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 300 N 2 f.; MICHEL/STARK, BSK ZPO (FN 133), Art. 299 N 18; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 300 N 3, je m.w.H.; vgl. auch die Hinweise in BGE 142 III 153 E. 5.2.1.

¹⁴¹ BGE 142 III 153 E. 5.2.2 m.w.H. zum Meinungsstreit in E. 5.2.1.

¹⁴² Eingehend statt vieler MICHEL/STARK, BSK ZPO (FN 133), Art. 299 N 9 ff.; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 35 ff.

¹⁴³ SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 299 N 3.

¹⁴⁴ So BGE 142 III 153 E. 5.3.4.1.

¹⁴⁵ BGE 142 III 153 E. 5.2.2.

¹⁴⁶ BGE 142 III 153 E. 5.3.4.1.

Art. 299 f. ZPO lassen sich daher qualifizierte Fachpersonen verschiedener Disziplinen ins Verfahren involvieren.

cc. Beistandschaft für das Kind

- 140 Ein weiteres Instrument zum Beizug von nicht-juristischen Fachpersonen zum Schutz des Kindes ist die Beistandschaft. Wenn die Verhältnisse es erfordern – mithin die Massnahmen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB nicht genügen –, so kann das Gericht dem Kind gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB (i.V.m. Art. 315a Abs. 1 bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB) einen Beistand ernennen, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (sog. Erziehungsbeistandschaft).¹⁴⁷ Die Errichtung einer Beistandschaft setzt eine Gefährdung des Kindes sowie die Verhältnismässigkeit der Massnahme voraus.¹⁴⁸ Erforderlich erscheint die Beistandschaft namentlich dann, wenn der Kindeswohlgefährdung mit der ambulanten Begleitung und Überwachung der Eltern durch eine Fachperson entgegengewirkt werden kann.¹⁴⁹ Die Beistandschaft dient letztlich dazu, die Entwicklung des Kindes i.S.v. Art. 301 und Art. 302 ZGB sicherzustellen.¹⁵⁰ Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB wird generell auch als Erziehungsbeistandschaft bezeichnet.¹⁵¹
- 141 Bei der Beistandschaft handelt es sich um die weitaus häufigste Kindesschutzmassnahme.¹⁵² Die Erziehungsbeistandschaft erfüllt verschiedene Zwecke, wobei diese letztlich vom gerichtlichen Auftrag i.S.v. Art. 314 Abs. 3 (i.V.m. Art. 315a Abs. 1 bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB) an die Beistandsperson abhängen.¹⁵³ Das Gericht kann der Beistandsperson nach Art. 308 Abs. 2 ZGB auch besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft, bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte und die Überwachung des persönlichen Verkehrs (sog. Besuchsrechtsbeistandschaft).

¹⁴⁷ BREITSCHMID, BSK ZGB I (FN 71), Art. 308 N 1.

¹⁴⁸ MARANTA, Art. 308 N 4, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. BEARBEITER/-IN, OFK ZGB).

¹⁴⁹ So MARANTA, OFK ZGB (FN 148), Art. 308 N 4.

¹⁵⁰ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 308 N 149, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296–317 ZGB, Das Kindesvermögen, Art. 318–327 ZGB, Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a–Art. 327c ZGB, Bern 2016 (zit. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB).

¹⁵¹ Statt vieler AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 308 ZGB N 7; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinats, 7. Aufl., Bern 2022, N 1485.

¹⁵² KOKES-Statistik 2023, ZKE 5/2024, 334 ff., 335, wonach in 76% der Fälle im Kindesschutz (konkret: 37'542 Kinder) Beistandschaften zwecks Unterstützung der Eltern in Erziehungsfragen, zur Regelung von Besuchsrechtsstreitigkeiten, Unterhaltsfragen etc. angeordnet werden – auch in den Vorjahren bewegte sich diese Zahl stets um etwa 80% der Fälle; BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, 271; MARANTA, OFK ZGB (FN 148), Art. 308 N 1.

¹⁵³ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 308 N 10; LEUTHOLD URSULA/SCHWEIGHAUSER JONAS, Beistandschaft und Kindesvertretung im Kindesschutz – Rolle, Aufgaben und Herausforderungen in der Zusammenarbeit, ZKE 6/2016, 463 ff., 471.

Dabei geht es nicht selten auch um die Vermittlung von Lösungen bei der innerfamiliären Beziehungsgestaltung.¹⁵⁴

- 142 Diese anspruchsvollen Aufgaben, welche der Beistandsperson auferlegt werden, stellen an die Professionalität der Beistandsperson häufig erhöhte Anforderungen.¹⁵⁵ Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung für das Anforderungsprofil an einen Kinderbeistand, anders als für die Erwachsenenbeistandschaft.¹⁵⁶ Nach Art. 400 Abs. 1 ZGB wird als Erwachsenenbeistand eine natürliche Person ernannt, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt. Diese Bestimmung gilt nach Art. 327c Abs. 2 ZGB sinngemäss auch für die Kindesbeistandschaft.¹⁵⁷ Indes kommt der fachlichen Eignung im Kindesschutzbereich eine noch grössere Bedeutung zu als im Erwachsenenschutz.¹⁵⁸ Mit dem Kindesschutzinstitut der Erziehungsbeistandschaft lassen sich daher bereits heute im (gerichtlichen) Verfahren fachlich ausgebildete Expertinnen und Experten beiziehen, um etwa der Regelung der Kinderbelange besonderen Nachdruck zu verleihen und ihre Durchsetzung zu garantieren.

dd. Kindesanhörung durch beauftragte Drittperson

- 143 Im Rahmen der Kindesanhörung (Art. 298 ZPO) können ebenfalls nicht-juristische Fachpersonen zum Einsatz kommen. Da das Kind in den in verschiedenen familienrechtlichen Verfahren zu regelnden Kinderbelangen unmittelbar betroffen wird, hat ihm ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht zuzustehen.¹⁵⁹ Ausdruck hiervon ist die in der Zivilprozessordnung verankerte Anhörung des Kindes nach Art. 298 Abs. 1 ZPO. Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Person in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen. Ab dem sechsten Lebensjahr ist ein Kind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr zu jung, um angehört zu werden.¹⁶⁰ Durch die Kindesanhörung soll dem urteilenden Gericht ermöglicht werden, sich über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes ein eigenes Bild machen zu können.¹⁶¹ Dem Kind wird zeitgleich vermittelt, dass es Subjekt und nicht blosses Objekt im Verfahren ist.¹⁶²

¹⁵⁴ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 308 N 12.

¹⁵⁵ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 308 N 12; LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER (FN 153), 470.

¹⁵⁶ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 308 N 149.

¹⁵⁷ So statt vieler AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK (FN ...), Art. 308 ZGB N 150; COTTIER, KUKO ZGB (FN 85), Art. 308 N 2.

¹⁵⁸ COTTIER, KUKO ZGB (FN 85), Art. 308 N 2; BREITSCHMID, BSK ZGB I (FN 71), Art. 314 N 5.

¹⁵⁹ STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 298 N 1, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER/-IN, KUKO ZPO).

¹⁶⁰ Statt vieler BGE 131 III 553 E. 1.2.2 und E. 1.2.3; FLEISCHER, Art. 298 N 6, in: Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), ZPO Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/-IN, OFK ZPO).

¹⁶¹ SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 298 N 11.

¹⁶² Statt vieler SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 298 N 11; STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 1.

- 144 Gleichwertig wie die Anhörung durch das Gericht ist gemäss dem Wortlaut von Art. 298 Abs. 1 ZPO jene durch eine beauftragte Drittperson.¹⁶³ Allerdings stellt die Befragung durch eine Gerichtsperson nach Lehre und Rechtsprechung den Regelfall dar;¹⁶⁴ die Befragung durch eine beauftragte Drittperson soll demgegenüber die Ausnahme sein.¹⁶⁵ Das Gericht soll sich unmittelbar seine eigene Meinung bilden können, weshalb es das Kind grundsätzlich persönlich anzuhören hat.¹⁶⁶
- 145 Nichtsdestotrotz sieht das Gesetz explizit die Möglichkeit einer Kindesanhörung durch beauftragte Drittpersonen – Fachpersonen wie Psychologinnen, Kinderpsychiaterinnen und Sozialarbeiter mit spezifischen Fachkenntnissen – vor.¹⁶⁷ Auch betont das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden, dass die vom Gesetz gewährten Spielräume nicht unnötig beschränkt werden sollten,¹⁶⁸ mithin von der Möglichkeit der Kindesanhörung durch Fachpersonen durchaus Gebrauch gemacht werden soll. Eine Drittperson wird in der Praxis hauptsächlich wegen ihrer fachlichen Ausbildung bzw. Erfahrung oder wegen einer spezifischen Belastungssituation beauftragt.¹⁶⁹ Denkbar erscheint unter der heutigen Regelung auch der Beizug einer Drittperson anstelle der Delegation, um die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht trotz Involvierung einer Fachperson sicherzustellen.
- 146 Die beauftragte Drittperson handelt als sachverständige Person i.S.v. Art. 183 Abs. 1 ZPO. Bei der Kindesanhörung durch Dritte handelt es sich folglich um eine besondere Form eines Gutachtens.¹⁷⁰

ee. Familienpsychologische Gutachten

- 147 Eine weitere Möglichkeit, die das geltende Zivilprozessrecht zur Involvierung von Fachpersonen in Familienverfahren kennt, sind Gutachten von sachverständigen Personen. Das Gericht muss selbst etwa nicht in der Lage sein, Diagnosen zu fällen, aber es muss die Fähigkeit zum kompetenten interdisziplinären Gespräch mit Fachpersonen anderer Professionen gewährleisten.¹⁷¹

¹⁶³ STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 3; BGer 5A_575/2017, 17.8.2017, E. 2.3; BGer 5A_911/2012, 14.2.2013, E. 7.2.2.

¹⁶⁴ Statt vieler SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 298 N 15; STALDER/VAN DE GRAAF KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 3.

¹⁶⁵ Statt vieler BGE 127 III 295; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 298 N 18; STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 3. Vgl. relativierend indes auch BGer 5A_575/2017, 17.8.2017, E. 2.3 und BGer 5A_911/2012, E. 7.2.2, wonach die gesetzlich gewährten Spielräume nicht unnötig beschränkt werden sollen.

¹⁶⁶ Statt vieler SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 298 N 15; STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 3.

¹⁶⁷ MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 298 N 21; STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 298 N 3.

¹⁶⁸ BGer 5A_575/2017 vom 17. August 2017 E. 2.3 und BGer 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013 E. 7.2.2.

¹⁶⁹ Siehe FLEISCHER, OFK ZPO (FN 160), Art. 298 N 4; SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 298 N 13; BGer 5C.247/2004 vom 10. Februar 2005, E. 6.3.2.

¹⁷⁰ Zum (familienpsychologischen) Gutachten als eine Form der Möglichkeit zur Involvierung von Fachwissen sogleich Rz. 147 ff.

¹⁷¹ SCHWENZER (FN 1), 94.

- 148 Nach Art. 183 Abs. 1 ZPO kann das Gericht entweder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen. Mit dem Gutachten sollen Tatfragen, nicht jedoch Rechtsfragen beantwortet werden.¹⁷² Bei der sachverständigen Person handelt es sich um eine fachkundige sowie berufserfahrene Gutachterin.¹⁷³ Die Einholung eines Gutachtens von Amtes wegen drängt sich insbesondere in Familienkonflikten, in denen Kinder involviert sind, auf.¹⁷⁴ Wo nämlich Kinderbelange betroffen sind, gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nach Art. 296 Abs. 1 ZPO.¹⁷⁵
- 149 Im Kindes(schutz)rechtlichen Verfahren ist der Leitbegriff der Begutachtung für die sachverständigen Personen in aller Regel das Kindeswohl.¹⁷⁶ Beurteilt werden bei Gutachten in Kindes(schutz)rechtlichen Verfahren durch die sachverständige(n) Person(en) vor allem die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung, die Persönlichkeit der Eltern, ihrer Erziehungsfähigkeit, die Betreuungsmöglichkeit des Kindes und die sonstigen Lebensverhältnisse, die Kontinuität der Lebensbedingungen, die Persönlichkeit des Kindes, dessen Bedürfnisse, Entwicklung, geistige und persönliche Fähigkeiten sowie sein Wille.¹⁷⁷
- 150 Angesichts der Komplexität des Untersuchungsgegenstands ist augenscheinlich, dass rein monodisziplinäre Betrachtungen für die Beurteilung oft nicht ausreichen; je nach Einzelfall bedarf es psychologischer, rechtlicher, familiensoziologischer und/oder medizinischer Kenntnisse für die Beurteilung.¹⁷⁸ So kommen – abhängig vom Einzelfall und des abzuklärenden Sachverhalts – namentlich Fachärztinnen, Allgemeinmediziner, Psychologinnen und Sozialarbeiter¹⁷⁹ in Betracht.¹⁸⁰ Die Auswahl der beurteilenden Person ist daher elementar; letztere sollte idealerweise nicht nur über fachliche Kompetenz verfügen, sondern auch in Bezug auf Methoden-, Sozial- und Selbstkompetenzen geschult sein.¹⁸¹

¹⁷² SCHMID/BAUMGARTNER, KUKO ZPO (FN 159), Art. 183 N 4.

¹⁷³ SCHMID/BAUMGARTNER, KUKO ZPO (FN 159), Art. 183 N 10.

¹⁷⁴ SCHMID/BAUMGARTNER, KUKO ZPO (FN 159), Art. 183 N 4.

¹⁷⁵ Dies gilt in Lehre und Rechtsprechung unbestrittenermassen für minderjährige Kinder. Demgegenüber ist unklar, ob unter der gegenwärtig geltenden Zivilprozessordnung der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz auch bei volljährigen Kindern zur Anwendung gelangt; zum Meinungsstreit statt vieler LÖTSCHER CORDULA, Das Kind im Unterhaltsprozess, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Der Familienprozess, Beweis – Strategien – Durchsetzung, Zürich 2020, 103 ff., 146 ff. Spätestens jedoch mit Inkrafttreten der revidierten Zivilprozessordnung am 1. Januar 2025 werden die bei Kinderbelangen geltenden prozessualen Schutzbestimmungen (insb. Art. 295 f. ZPO) auch für volljährige Kinder zur Anwendung gelangen; dazu LÖTSCHER CORDULA/YACoubian CHRISTAPOR, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_274/2023, 5A_300/2023 vom 15. November 2023, A.A. gegen B.A. bzw. B.A. gegen A.A., Ehescheidung (Unterhalt), Prozessmaximen beim Volljährigenunterhalt, AJP 4/2024, 349 ff., 353.

¹⁷⁶ ROSCH DANIEL, Bedeutung und Standards von sozialarbeiterischen Gutachten bzw. gutachtlichen Stellungnahmen in Kindes(schutz)rechtlichen Verfahren, AJP 2/2012, 173 ff., 180.

¹⁷⁷ So eingehend ROSCH (FN 176), 180.

¹⁷⁸ ROSCH (FN 176), 180.

¹⁷⁹ Eingehend dazu ROSCH (FN 176), 184 ff.

¹⁸⁰ Dazu MICHEL MARGOT/GAREUS INES, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 3/2016, 874 ff., 899 f.

¹⁸¹ ROSCH (FN 176), 180.

- 151 Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen, ob ein Gutachten angeordnet werden soll.¹⁸² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bietet sich in schwerwiegenden Problemfällen zur Erforschung des Sachverhalts etwa die Anordnung eines kinderpsychologischen Gutachtens an.¹⁸³

ff. Zwischenfazit

- 152 Die Gerichte haben gestützt auf Art. 307 Abs. 1 i.V.m. 315a Abs. 1 ZGB bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB, Art. 308 ZGB sowie die ZPO (Art. 299 f., Art. 298, Art. 183 ff. ZPO) bereits *de lege lata* viele verschiedene Möglichkeiten, ein Familienverfahren interdisziplinär auszugestalten und Fachpersonen und Fachwissen bei Bedarf beizuziehen. Gerichte, welche diese Möglichkeiten ausschöpfen, machen damit sehr gute Erfahrungen. Es scheint heute allerdings eine gewisse Heterogenität in der kantonalen Praxis zu bestehen – während in gewissen Kantonen interdisziplinäre Netzwerke, interdisziplinärer Austausch und ein interdisziplinäres Verfahren zur gängigen Praxis gehören, scheint in anderen Kantonen die Nutzung dieser Möglichkeiten in der Verfahrensleitung noch nicht verbreitet zu sein. Das Bewusstsein der entsprechenden Möglichkeiten scheint nicht flächendeckend in der ganzen Schweiz gleichermassen vorhanden, weshalb eine diesbezügliche Ergänzung im Familienverfahrensrecht sinnvoll erscheint (vgl. sogleich unten Rz. 154 ff.).

c. Mildere Mittel? Reformvorschläge im Einklang mit der kantonalen Organisationsautonomie und dem Subsidiaritätsprinzip

- 153 Nachdem die wichtigsten Möglichkeiten zur Involvierung von Fachpersonen im Familienverfahren in der *lex lata* betrachtet wurden, werden nachfolgend mögliche Ergänzungen des Familienverfahrensrechts untersucht, die im Sinne milderer Mittel die heutige Rechtslage reformieren und verbessern könnten, aber gleichzeitig keinen Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie zur Folge hätten.

aa. Explizite Regelung zum Einbezug von Interdisziplinarität im Verfahren

- 154 Anstelle des Zwangs zur institutionellen Schaffung von Familiengerichten und des damit verbundenen Eingriffes in die kantonale Organisationsautonomie (Art. 122 Abs. 2 BV, Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 ZPO) steht ein weniger invasiver und gleichzeitig im Ergebnis effektiverer Weg offen: Die Möglichkeiten zum Beizug von Fachpersonen zur Bewältigung von Familienkonflikten und zur stärkeren interdisziplinären Ausgestaltung von Familienverfahren sollten expliziter in der Zivilprozessordnung verankert und damit schweizweit gezielt gestärkt werden.
- 155 Bislang stützen Gerichte die Anordnung von Familienmedationen, Elterntherapien, Elternkursen und Beratungen auf Art. 307 i.V.m. Art. 315a Abs. 1 bzw. Art. 315b Abs. 1 ZGB.

¹⁸² BGer 5C.319/2001 vom 1. März 2002 E. 2.

¹⁸³ BGer 5C.319/2001 vom 1. März 2002 E. 2 m.w.N.: Ein Anspruch auf eine Vielzahl von Gutachten und Obergutachten bestehe indes auch bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht.

Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die im materiellen Recht angesiedelt sind. Eine besondere Hervorhebung des potenziellen Einbezugs von Interdisziplinarität im Familienverfahrensrecht würde den interdisziplinären Kooperationsmöglichkeiten indes stärkere Ausdruckskraft vermitteln und sie als Option des Gerichts klarer verankern.

- 156 Im vorgeschlagenen Abschnitt mit allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren mit Kindern wird vor diesem Hintergrund explizit eine Bestimmung betreffend Massnahmen zum Schutz des Kindes implementiert (vgl. Art. 271g ZPO-Vorschlag). Hiernach soll das Gericht jederzeit geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindeswohls und zur Förderung einer Einigung zwischen den Eltern treffen können. Namentlich hervorgehoben werden die Möglichkeiten des Gerichts, die Eltern zur Durchführung einer Familienberatung, zum Besuch geeigneter Kurse oder für weitere Massnahmen zu verpflichten (Abs. 1). Das Gericht soll bei Bedarf die involvierten Fachpersonen auffordern können, über den Gang der getroffenen Massnahme zu berichten (Abs. 2). Das Gericht soll die Parteien weiterhin (entsprechend der bisherigen Regelung) zur Durchführung einer vertraulichen Mediation auffordern können (Abs. 3). Während der Dauer der getroffenen Massnahme soll das Gericht das Verfahren sistieren können (Abs. 4).
- 157 Durch die Formulierung als «Kann-Vorschrift» wird den Gerichten weiterhin der notwendige Ermessensspielraum in der Verfahrensleitung überlassen, den sie pflichtgemäss auszuüben haben. So können unstrittige Fälle weiterhin schnell und effizient gelöst werden, ohne dass bei mangelnder Notwendigkeit neben dem Gericht zusätzliche Fachpersonen beigezogen werden müssen. Umgekehrt betont die in der Zivilprozessordnung positivrechtlich verankerte Möglichkeit des Gerichts, die Eltern zur entsprechenden Teilnahme an Massnahmen zur Beilegung des Familienkonflikts anzuweisen, dass interdisziplinäre Koordinationsangebote – sofern sie denn im Interesse des Familienfriedens notwendig erscheinen – auch genutzt werden sollen. Durch die lediglich exemplarische Aufzählung der Möglichkeiten zum Schutz der Kindesinteressen können Gerichte im Einzelfall auch weitere geeignete Massnahmen zur Deeskalation anordnen. Die explizit vorgesehene Option, die involvierte Fachperson zu einem Bericht aufzufordern, soll allfälligen Interessenkonflikten und Geheimhaltungsproblematiken vorbeugen. Unseres Erachtens sollte die Zivilprozessordnung im Bereich des Familienverfahrens im Sinne der Rechtssicherheit und der vermehrten Einbeziehung von Fachwissen deklaratorisch um diese bzw. eine entsprechende Bestimmung ergänzt werden (Art. 271g ZPO-Vorschlag).

bb. Kompetenzabgrenzung und zivilstandsunabhängiges Verfahren

- 158 Das Familienverfahrensrecht ist heute reformbedürftig, was die Kompetenzabgrenzung zwischen Gericht und Kindesschutzbehörde anbelangt. Zu Recht wird im Postulat Schwander (19.3478) ein zivilstandsunabhängiges Gerichtsverfahren gefordert. Auch dieser berechtigten Forderung kann allerdings mit milderer Mitteln als mit einem Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie begegnet werden. Die zwingende Schaffung eines Familiengerichts erweist sich nicht als notwendig, um eine klare Entflechtung der Zuständigkeiten von Gerichten und Kindesschutzbehörden zu erreichen, Kompetenzkonflikte zu verhindern und um das Verfahren zivilstandsunabhängig auszugestalten. Zwar ist die einheitliche Zuständigkeit für

alle Familienverfahren ein grosser Vorteil eines Familiengerichts. Sie wird auch als Haupterrungenschaft der Einführung der Familiengerichte im Kanton Aargau bezeichnet.¹⁸⁴ Oben wurde aber aufgezeigt, dass diese Ziele auch ohne Eingriff in die verfassungsrechtlich verankerte kantonale Organisationsautonomie mittels entsprechender Anpassungen in ZGB und ZPO erreicht werden können (Thema 1, Rz. 86 ff.). Die vorgeschlagene einheitliche gerichtliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Familienkonflikten mit Involvierung von Kindern sowie die Einführung eines dem Eheschutzverfahren entsprechenden Familienschutzverfahrens bei Trennungen unverheirateter Eltern ermöglicht eine klare Kompetenzabgrenzung von Gerichten und Kindesschutzbehörden, dank welchen ein Eingriff auf organisatorischer Ebene nicht notwendig erscheint.

cc. Lösungsorientiertes Verfahren

- 159 Im Postulat RK-N «Für ein Familiengericht» (22.3380) steht der Wunsch nach einem lösungsorientierten Familienverfahren im Vordergrund. Ein Schlichtungsversuch soll für alle familienrechtlichen Streitigkeiten obligatorisch sein. Um dieses Ziel flächendeckend für alle Familienverfahren zu erreichen, ist allerdings ebenfalls kein Eingriff auf organisatorischer Ebene notwendig. Vielmehr kann die Einführung eines obligatorischen Einigungsversuchs mit geringfügigen Anpassungen in der ZPO erreicht werden. Damit wird kein Novum für die Kantone geschaffen, sondern die bestehenden Gefässe werden sinnvoll auch auf Streitigkeiten betreffend Kinderbelange unverheirateter Eltern ausgeweitet. Die im Postulat vorgeschlagene Schaffung einer zusätzlichen neuen Schlichtungsbehörde ist hingegen weder erforderlich noch sinnvoll, sondern wäre im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung vielmehr kontraproduktiv, was unter Thema 3 ausführlich dargelegt wird (Rz. 193 ff.).

5. Schlussfolgerung: Keine Notwendigkeit einer zwingenden Familiengerichtsbarkeit

- 160 Unseres Erachtens ist nach dem Gesagten aus verschiedenen Gründen von einem bundesrechtlichen Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie in Form eines Zwangs zu einem Familiengericht abzusehen. Eine zwingende Einführung erweist sich angesichts der bestehenden Möglichkeiten zur Involvierung von Fachpersonen und Fachwissen in das Verfahren sowie der verschiedenen vorgeschlagenen Änderungen auf Verfahrensebene nicht notwendig. Viele erfolgreiche Elemente der Einführung der Familiengerichtsbarkeit können auch ohne Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie mit den vorliegenden Vorschlägen bundesweit eingeführt werden. Darunter fällt insbesondere die einheitliche gerichtliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Familienkonflikten und die Beseitigung der mit der Doppelzuständigkeit von Gericht und Kindesschutzbehörde verbundenen Unklarheiten. Wenngleich die Schaffung eines Familiengerichts im Kanton Aargau als eine überzeugende und effiziente Lösung betrachtet wird,¹⁸⁵ muss sich diese Lösung nicht für alle Kantone und ihre Bedürfnisse als geeignet und sinnvoll umsetzbar erweisen. Es wird denn auch aus dem Kanton Aargau darauf hingewiesen, dass die Einführung des Familiengerichtsmodells eine

¹⁸⁴ Vgl. HÄFELI, FS Geiser (FN 62), 304 f.

¹⁸⁵ Vgl. RÖSSLER (FN 33), 103 ff.

grosse Herausforderung darstellt, in deren Rahmen die Ressourcenfrage eine bedeutende Rolle spielt, die den Erfolg des Modells gefährden kann.¹⁸⁶ Die am Ende mit der Ressourcenfrage konfrontierten Kantone sollten in ihrer Gerichtsorganisation weiterhin frei bleiben. Der Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie wäre mangels Notwendigkeit nach vorliegender Auffassung verfassungswidrig und würde Art. 122 Abs. 2 BV und das Subsidiaritätsprinzip verletzen.

161 Schliesslich ist einem potenziellen Trugschluss vorzubeugen. Die Schaffung von interdisziplinär ausgestalteten Familiengerichten ist keine Garantie für bessere Familienprozesse und überzeugendere Entscheide. Bislang mangelt es in der Schweiz an einer entsprechenden Evidenz. Da mit dem Aargau nur ein Kanton in der Schweiz besteht, der seit dem 1. Januar 2013, also etwas mehr als einem Jahrzehnt, ein Familiengericht kennt, die anderen 25 Kantone demgegenüber kein Spezialgericht im Bereich des Familienrechts vorsehen, besteht eine nur dürftige Basis, um objektivierbare Aussagen über und den Erfolg von Familiengerichten in der Schweiz zu treffen. Herangezogen werden könnten allenfalls die Anfechtungsquote und die Gutheissungsquote vor Bundesgericht. Dies scheint aber nicht ausreichend aussagekräftig, um den Erfolg der Organisationsform eines Gerichts zu messen. Anzufügen ist, dass die Gutheissungsquote familienrechtlicher Entscheide aus dem Kanton Aargau vor Bundesgericht in den Jahren 2014-2023 über der durchschnittlichen Gutheissungsquote lag, d.h. daraus könnte jedenfalls kein zwingender Erfolg dieser Organisationsform abgeleitet werden.¹⁸⁷ Die bundesweite Etablierung von Familiengerichten würde damit einem rechtspolitischen Experiment gleichen, dessen positive bzw. negative Auswirkungen auf das Familienverfahren mangels statistisch relevanter Erfahrungswerte unseres Erachtens nicht abgeschätzt werden können. Sinnvoll und im Hinblick auf Art. 122 Abs. 2 BV verfassungskonform erscheint der Reformansatz daher nicht bei der Organisation, sondern bei der Ausgestaltung des Verfahrens, das alle Gerichte unabhängig von ihrer Organisation anzuwenden haben. Durch die bestehenden vielfältigen und flexiblen Möglichkeiten der Gerichte, Fachpersonen bei Bedarf in das Verfahren einzubeziehen, besteht keine Notwendigkeit, Fachpersonen zwingend als Teil des Gerichts, d.h. in die entscheidende Behörde zu integrieren und mit Entscheidungsbefugnis auszustatten. Insbesondere besteht keine entsprechende Notwendigkeit für jeden Entscheid in jedem Verfahren. Ein zwingend interdisziplinärer Spruchkörper für alle Entscheide in allen Familienverfahren wäre ein absolutes Novum für die Schweiz, welches auch dem Kanton Aargau mit einem Familiengericht fremd wäre. Würde sich der Bundesgesetzgeber dazu entscheiden, entsprechende zwingende Vorschriften zur Gerichtsorganisation vorzugeben, hätte dies grosse Folgen für die notwendigen Ressourcen und es bestünde die Gefahr von höheren Kosten und längeren Verfahrensdauern.

162 Darauf hinzuweisen ist auch, dass die Besetzung des Spruchkörpers mit Fachrichterinnen und Fachrichtern die Involvierung von Fachpersonen in Verfahren nicht zu ersetzen vermag. Die

¹⁸⁶ Vgl. anschaulich HÄFELI, FS Geiser (FN 62), 308 f.

¹⁸⁷ Durchschnittliche (Teil-)Gutheissungsquote bei familienrechtlichen Verfahren in den Jahren 2014-2023 vor Bundesgericht 11,41%, (Teil-)Gutheissungen aus dem Kanton Aargau 15,28%.

Fachrichterin kann nicht als Gutachterin zur Erziehungsfähigkeit fungieren, sie kann auch nicht zusammen mit den Parteien in mehreren beratenden Sitzungen eine Einigung erarbeiten, wie dies im Rahmen einer angeordneten Beratung möglich ist.

- 163 Es ist auch Zurückhaltung geboten, den Familienprozess an den Ausnahme- und nicht mehr an den Regelfällen zu orientieren. Massgeblich ist nicht, ob das Gericht selbst bereits über institutionell integriertes Fachwissen verfügt, sondern ob es Fachpersonen und Fachwissen bei Notwendigkeit mithilfe geeigneter Massnahmen oder entsprechender Gutachten in den Prozess integriert. Vor diesem Hintergrund ist es aus unserer Sicht nicht ratsam, das bestehende System, dessen punktuelle Reformbedürftigkeit insbesondere im Zusammenhang mit der fehlenden Einheitlichkeit der verfahrensrechtlichen Behandlung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern nicht zu bestreiten ist, mit einem invasiven Eingriff in die kantonale Organisationshoheit in Frage zu stellen, ohne dass damit zwingend bzw. erwiesenermassen eine Besserung einhergeht. Angebracht wäre demgegenüber eine rechtspositive Statuierung der Möglichkeiten zum Beizug von potenziell benötigtem Fachwissen im Familienverfahren – vor allem im Sinne einer fortwährenden Sensibilisierung der Gerichte. Sinnvoll ist der Ansatz im Verfahrensrecht, nicht die obligatorische Vorgabe einer Organisation, die zwar einen (wohlklingenden) Rahmen vorschreibt, der aber auf den Inhalt und die Führung des Verfahrens aber nicht per se einen Einfluss hat.

6. Fazit und Reformvorschlag zum interdisziplinären Verfahren

- 164 Das vorliegende Gutachten gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass der Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie durch Schaffung einer zwingenden Familiengerichtsbarkeit nicht notwendig ist.¹⁸⁸ Es bestehen andere und zielführendere Wege zur Optimierung des Familienverfahrens, wie die vorgelegten punktuellen Änderungsvorschläge mit Anpassungen der ZPO und des ZGB aufzeigen. Die nach Art. 122 Abs. 2 BV erforderliche Notwendigkeit zum Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie entfällt damit, und ein solcher wäre verfassungswidrig.
- 165 Wichtiger als die Schaffung einer neuen Organisationsform, welche sich auch als leere Hülle erweisen kann, ist das Vorgeben von Leitlinien für die Ausgestaltung des Verfahrens, wie sie vorliegend vorgeschlagen werden. Dies betrifft sowohl das Bedürfnis nach einem interdisziplinären Verfahren als auch die anderen im Zusammenhang mit einem zeitgemässen Familienverfahren bestehenden Bedürfnisse nach einem lösungsorientierten, effizienten und effektiven, alltagstauglichen Verfahren. Vorgaben und Leitlinien zum Verfahren sind aufgrund der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilprozessrechts verfassungskonform und zielen auf den Inhalt der Verfahren und nicht eine Hülle. Dieser verfahrensbezogene Ansatz ist damit der

¹⁸⁸ In der Rechtswissenschaft werden diesbezüglich auch abweichende Meinungen geäussert, vgl. etwa SCHWENZER (FN 1), 109; AESCHLIMANN (FN 62), 133 ff., 163 f. und *passim*; FASSBIND PATRICK, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 3/2011, 553 ff., 578 ff.

bundesrechtlichen Verpflichtung der Kantone zur Schaffung von spezialisierten Behörden vorzuziehen.

- 166 Vorgeschlagen wird eine neue Bestimmung in der ZPO zur besseren Verankerung der interdisziplinären Ausgestaltung von Familienverfahren (vgl. Art. 271g ZPO-Vorschlag). Die Möglichkeit des Gerichts, jederzeit geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindes und zur Förderung einer Einigung zwischen den Eltern zu treffen, sollte explizit in der ZPO normiert werden. Die Durchführung einer Familienberatung oder der Besuch geeigneter Kurse sollen als beispielhafte Möglichkeiten im Gesetz aufgeführt werden (Art. 271g Abs. 1 ZPO-Vorschlag). Die involvierten Fachpersonen sollen dazu aufgefordert werden können, über den Gang und den Erfolg der getroffenen Massnahme zu berichten (Art. 271g Abs. 2 ZPO-Vorschlag). Das Gericht soll die Eltern weiterhin zu einem Mediationsversuch auffordern und gar verpflichten können (Art. 271g Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Angesichts der diversen und breiten Möglichkeiten zum Einbezug von Fachpersonen und Fachwissen im Verfahren ist eine zeitgemässe, interdisziplinäre Ausgestaltung des Familienverfahrens nach vorliegender Ansicht damit ausreichend flexibel möglich. Die weiteren Bedürfnisse, denen die Schaffung eines Familiengerichts dienen soll, können ebenfalls auf Ebene des Verfahrens adressiert werden und erfordern keine bundesrechtliche Vorgabe einer bestimmten Organisationsform (vgl. insb. Thema 1, Rz. 57 ff., und Thema 3, Rz. 167 ff.).

VII. Thema 3: Lösungsorientiertes Verfahren

1. Bedürfnis nach Konfliktdeeskalation

- 167 Wie eingangs ausgeführt, handelt es sich beim Familienverfahren nicht um einen klassischen kontradiktorischen Zivilprozess. Ein zeitgemässes Familienverfahren hat laienfreundlich, effizient, lösungsorientiert und niederschwellig zu sein. Damit geht ein grosses Bestreben nach Konfliktdeeskalation einher, das auch in der politischen Diskussion aktuell ist. So wird etwa im Postulat Müller-Altermatt (19.3503) auf Streitigkeiten innerhalb getrennter Familien und die Auswirkungen des Elternkonflikts auf das Kindeswohl hingewiesen und nach Lösungsansätzen ersucht. Das Posultat RK-NR (22.3380) möchte ein lösungsorientiertes Verfahren unter anderem durch Einführung eines obligatorischen Schlichtungsversuchs vor dem gerichtlichen Verfahren sowie Schaffung einer dem Gericht vorgeschalteten aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde erreichen.
- 168 Grundsätzlich ist das gesamte Zivilprozessrecht vom übergeordneten Prinzip der Deeskalation geprägt. Ausdruck hiervon sind der die Schweizerische Zivilprozessordnung prägende Grundsatz «Zuerst schlichten, dann richten» und das grundsätzliche Schlichtungsobligatorium (Art. 197 f. ZPO).¹⁸⁹ Das Schlichtungsverfahren hat allerdings für Familienverfahren seit der Revision der ZPO kaum noch Relevanz, da die meisten familienrechtlichen Streitigkeiten seit 1. Januar 2025 vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen sind (Art. 198 lit. a, b, b^{bis}, c, d ZPO). Stattdessen sieht die ZPO für einige Familienprozesse verschiedene spezifischere

¹⁸⁹ Vgl. Botschaft ZPO 2006 (FN 68), 7328.

Schlichtungselemente vor, die den Besonderheiten des Familienverfahrens besser gerecht werden (Rz. 173 ff.). Vor diesem Hintergrund wird von den Unterzeichnenden vorgeschlagen, diese bereits vorhandenen Schlichtungselemente einheitlich auf alle Familienverfahren auszuweiten (Rz. 181 ff.).

2. Schlichtungsobligatorium *de lege lata*

a. Wegfall des Schlichtungsobligatoriums für fast alle familienrechtlichen Verfahren

- 169 Eine Besonderheit der schweizerischen Zivilprozessordnung besteht darin, dass nach Art. 197 ZPO dem Entscheidverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorausgeht. In der Praxis hat sich das Schlichtungsverfahren als rasches, effizientes und kostengünstiges Streitbeilegungsverfahren bewährt.¹⁹⁰ Hiervon zeugen die hohen Erledigungsraten, welche zwischen 50 bis 80 Prozent aller Gesuche liegen.¹⁹¹ Daher wurde das Schlichtungsverfahren mit der Revision der Zivilprozessordnung per 1. Januar 2025 in verschiedenen Punkten gestärkt.¹⁹²
- 170 Im Bereich des Familienrechts wurde das Schlichtungsobligatorium durch die Revision indes – entgegen dem allgemeinen Trend zum Ausbau des Schlichtungsverfahrens – eingeschränkt. Bereits vor der Revision waren alle summarischen Familienverfahren wie das die Eheschutzverfahren und die summarischen Kinderbelange¹⁹³ (Art. 198 lit. a i.V.m. Art. 271 und Art. 302 ZPO), die Klagen über den Personenstand (Art. 198 lit. b ZPO), die Klagen über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange, wenn vor der Klage ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat (Art. 198 lit. b^{bis} ZPO), und die Scheidungsverfahren (Art. 198 lit. c ZPO) vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen. Neu entfällt das Schlichtungserfordernis für Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange insgesamt (Art. 198 lit. b^{bis} revZPO), und zwar unabhängig davon, ob ein Elternteil zuvor die Kindesschutzbehörde angerufen hat. Der Bundesrat begründete diese erweiterte Ausnahme in der Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung damit, dass die vor der Schlichtungsbehörde gefundenen Einigungen in Bezug auf den Unterhalt des Kindes stets der Genehmigung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde

¹⁹⁰ Amtl. Bull. Ständerat 2021, 673; siehe auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 825.

¹⁹¹ Amtl. Bull. Ständerat 2021, 673; siehe auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 825.

¹⁹² Amtl. Bull. Ständerat 2021, 673; siehe auch STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 825.

¹⁹³ Gemeint sind die Kinderbelange nach Art. 302 ZPO, für welche das Summarverfahren zur Anwendung gelangt. Es handelt sich dabei namentlich um Entscheide nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und nach dem Europäischen Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO), die Leistung eines besonderen Beitrags bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes nach Art. 286 Abs. 3 ZGB (Art. 302 Abs. 1 lit. b ZPO) sowie die Anweisung an die Schuldner und die Sicherstellung des Kindesunterhalts ausserhalb eines Prozesses über die Unterhaltspflicht der Eltern gemäss Art. 291 und 292 ZGB (Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO).

bedürfen, was zu Doppelspurigkeiten führte.¹⁹⁴ Weiter wurde darauf verwiesen, dass jedes Gericht und jede Kindesschutzbehörde im Rahmen einer jederzeit möglichen Instruktionsverhandlung nach Art. 226 und Art. 246 Abs. 2 ZPO versuchen könne, eine einvernehmliche Einigung zwischen den Parteien zu finden, womit das Ziel des Schlichtungsverfahrens ohnehin faktisch erreicht werden könne.¹⁹⁵

- 171 Dem Schlichtungsverfahren kommt in familienrechtlichen Streitigkeiten spätestens seit dem 1. Januar 2025 folglich kaum Bedeutung mehr zu. Wenngleich dies auf den ersten Blick überraschend sein mag, so ist dies zumindest insoweit unproblematisch und richtig, als für einige familienrechtliche Verfahren in der Zivilprozessordnung besondere gerichtliche Einigungsgefässe bestehen. Insbesondere für die eherechtlichen Verfahren enthält die ZPO im Hinblick auf einen Einigungsversuch der Parteien besondere Regelungen, die den Eigenheiten der in vielen Bereichen der Official- und Untersuchungsmaxime unterstehenden Familienverfahren besser gerecht werden als das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde. Sowohl im Eheschutzverfahren als auch im Scheidungsverfahren und in den Abänderungsverfahren verpflichtet die ZPO die Gerichte, auf eine Einigung zwischen den Parteien hinzuarbeiten (Art. 273 Abs. 3, Art. 291 ZPO).
- 172 Für diejenigen Familienverfahren, bei denen das Schlichtungsverfahren ohne Schaffung eines obligatorischen alternativen Einigungsgefässes weggefallen ist, besteht allerdings dringender gesetzlicher Handlungsbedarf (dazu unten Rz. 181 ff.). Im Folgenden sind zunächst die bestehenden und bewährten schlichtungsähnlichen Elemente im Eheschutzverfahren und im Scheidungsklageverfahren¹⁹⁶ darzustellen.

b. Eheschutzverfahren: Ziel einer Vereinbarung

- 173 Art. 273 ZPO sieht für das Eheschutzverfahren verschiedene Besonderheiten vor. Als Regelfall normiert Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO, dass das Gericht bei Verfahren zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. zur Regelung des Getrenntlebens eine mündliche Verhandlung durchführt, zu welcher die Parteien persönlich zu erscheinen haben.¹⁹⁷ Hiermit unterscheidet sich das Eheschutzverfahren als Angelegenheit des summarischen Verfahrens grundsätzlich von den übrigen Summarverfahren, bei denen das Gericht nach Art. 256 Abs. 1 ZPO auch auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden kann.¹⁹⁸ Diese mündliche Verhandlung bezweckt – dem Ziel des Eheschutzes entsprechend – möglichst eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen oder, sollte eine solche nicht möglich sein,

¹⁹⁴ Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff., 2753; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 829.

¹⁹⁵ Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2753; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 829.

¹⁹⁶ Die Ausführungen zum Scheidungsklageverfahren gelten nach Art. 284 Abs. 3 ZPO sinngemäss auch für streitige Abänderungsverfahren.

¹⁹⁷ Statt vieler nur FLEISCHER, OFK ZPO (FN 160), Art. 273 N 3.

¹⁹⁸ Siehe nur FLEISCHER, OFK ZPO (FN 160), Art. 273 ZPO N 3.

eine gerichtliche Anordnung zu treffen, die auf die konkrete Situation dieser Eheleute zugeschnitten ist.¹⁹⁹

- 174 Das Gericht soll indes nur dann autoritativ entscheiden, wenn sich zwischen den Parteien keine Einigung herbeiführen lässt. So betont das Gesetz in Art. 273 Abs. 3 ZPO ausdrücklich, dass das Gericht primär einen Einigungsversuch anzustreben hat. Dabei handelt es sich um eine Wiederholung und Verstärkung des in Art. 124 Abs. 3 ZPO normierten, allgemeinen gerichtlichen Auftrags, auf eine Verständigung hinzuarbeiten.²⁰⁰ In der Praxis wird ein grosser Teil der Eheschutzverfahren auf diese Weise erledigt.²⁰¹ Es gilt als allgemein anerkannt, dass die friedliche Beilegung des Rechtsstreits sinnvoller ist als ein langatmiges Prozessieren.²⁰² Gütliche Einigungen ermöglichen es, flexiblere Lösungen zu finden, die auf die konkreten Umstände der betroffenen Eheleute angepasst sind.²⁰³ Zu berücksichtigen ist auch, dass eine frei getroffene Vereinbarung der Parteien dauerhafter sein kann als eine autoritative Entscheidung des Gerichts, die zumindest in einzelnen Aspekten zum Nachteil mindestens einer Partei ausfällt.²⁰⁴ Der Ablauf der Verhandlung wird im Gesetz nicht näher beschrieben; dem Gericht verbleibt daher ein grosser Gestaltungsspielraum, um auf eine gütliche Einigung der Parteien hinzuarbeiten.²⁰⁵
- 175 Zentral ist, dass im Eheschutzverfahren aber auch Entscheide möglich sind, d.h. das Gericht hat trotz aller auf Deeskalation gerichteten Bemühungen auch die Möglichkeit, in diesem schnellen Verfahren einen Entscheid zu treffen und für die Parteien und insbesondere die betroffenen Kinder vorläufige Regelungen anzuordnen, die Sicherheit bieten in einer Phase des emotionalen Umbruchs (vgl. auch unten Thema 4, Rz. 199 ff.).

c. Scheidungsklage: Einigungsverhandlung

- 176 Die ZPO unterscheidet zwischen dem Verfahren bei Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 285 ff. i.V.m. Art. 274 ff. ZPO) und dem mittels Scheidungsklage eingeleiteten strittigen Scheidungsverfahren (Art. 290 ff. i.V.m. Art. 274 ff. ZPO). Schlichtungselemente erübrigen sich bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren, wo sich die Ehegatten bereits vollumfänglich über die Scheidungsnebenfolgen geeinigt haben.
- 177 Bei strittigen Scheidungen hingegen misst die ZPO dem vorgängigen Einigungsversuch grosse Bedeutung zu. Vorgeschrieben ist eine obligatorische Einigungsverhandlung vor dem Gericht nach Einleitung des Verfahrens (Art. 291 ZPO). Wird auf Scheidung geklagt, lädt das Gericht die Ehegatten zu einer Einigungsverhandlung vor (Art. 291 Abs. 1 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Einigungsverhandlung grundsätzlich immer

¹⁹⁹ FLEISCHER, OFK ZPO (FN 160), Art. 273 N 3.

²⁰⁰ MAIER/VETTERLI, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 273 N 3.

²⁰¹ MAIER/VETTERLI, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 273 N 3.

²⁰² So treffend MAIER/VETTERLI, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 273 N 3.

²⁰³ MAIER/VETTERLI, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 273 N 3.

²⁰⁴ BÄHLER, BSK ZPO (FN 133), Art. 273 N 5.

²⁰⁵ Vgl. STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 273 N 4.

durchzuführen.²⁰⁶ Die Einigungsverhandlung hat einen zweifachen Gegenstand:²⁰⁷ Zunächst klärt das Gericht ab, ob der Scheidungsgrund gegeben ist. Falls der Scheidungsgrund feststeht, versucht das Gericht nach Art. 291 Abs. 2 ZPO zwischen den Ehegatten eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen. Demnach erfüllt die Einigungsverhandlung gleich mehrere Zwecke.²⁰⁸ Zum einen tritt sie an die Stelle der im Scheidungsverfahren, wie erwähnt, nicht vorgesehenen Schlichtung.²⁰⁹ Zum anderen stellt die Einigungsverhandlung die Weichen für die Weiterführung des Scheidungsprozesses;²¹⁰ entscheidend ist dabei, ob der Scheidungsgrund festgestellt werden kann oder nicht – und im letzteren Fall, ob sich die Parteien immerhin im Scheidungspunkt einig sind, da diesfalls nach Art. 292 Abs. 1 ZPO noch ein Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren möglich ist.²¹¹

- 178 Die Einigungsverhandlung wird als eigentliches Erfolgsmodell angesehen. Ein Grossteil aller ursprünglich strittig eingeleiteter Scheidungsverfahren kann im Rahmen der Einigungsverhandlung mittels Vereinbarung über die Scheidungsnebenfolgen einvernehmlich gelöst werden. Es bestehen zwar keine den Gutachtern bekannten Statistiken zur Erfolgsquote von Einigungsverhandlungen. Statistisch betrachtet werden aber in etwa 90% der Fälle Scheidungen am Ende nicht nur hinsichtlich des Hauptpunkts der Scheidung, sondern in Bezug auf alle Scheidungsnebenfolgen einvernehmlich aufgelöst.²¹² Dies gilt, obwohl der grössere Teil der Scheidungsverfahren ursprünglich nicht als Scheidung auf gemeinsames Begehren, sondern mittels Scheidung auf Klage eingeleitet wird.²¹³ Diese grosse Zahl der einvernehmlich aufgelösten Ehen wird also auch durch Einigungen während des ursprünglich strittigen Gerichtsverfahrens erreicht; hier ist die Einigungsverhandlung das entscheidende Verfahrensinstrument. Viele Scheidungsverfahren werden sodann von Parteien ohne anwaltliche Vertretung geführt, was insbesondere dank der Möglichkeit zur unbegründeten Einreichung der Scheidungsklage (Art. 290 ZPO) und der Einigungsverhandlung möglich ist.
- 179 Eine Einigungsverhandlung ist auch durchzuführen, wenn die Voraussetzungen einer auf gemeinsames Begehren eingeleiteten Scheidung nicht gegeben sind (Art. 288 Abs. 2 ZPO) sowie in streitigen Abänderungsverfahren (Art. 284 Abs. 3 ZPO).
- 180 Kommt keine Einigung zustande, wird das Verfahren kontradiktorisch weitergeführt, seit 1. Januar 2025 im vereinfachten Verfahren (vgl. Art. 291 Abs. 3 ZPO, vgl. auch bei noch streitigen Scheidungsfolgen bei Scheidung auf gemeinsames Begehren Art. 288 Abs. 2 ZPO).

²⁰⁶ BGE 138 III 366 E. 3.1.5. Ob und unter welchen Umständen Ausnahmen von der grundsätzlich zwingenden Durchführung der Einigungsverhandlung zuzulassen sind, hat das Bundesgericht offengelassen; siehe auch BÄHLER, BSK ZPO (FN 133), Art. 291 N 2.

²⁰⁷ BGE 138 III 366 E. 3.1.4.

²⁰⁸ BGE 138 III 366 E. 3.1.4.

²⁰⁹ BGE 138 III 366 E. 3.1.4.

²¹⁰ BGE 138 III 366 E. 3.1.4.

²¹¹ BGE 138 III 366 E. 3.1.4.

²¹² Siehe GEISER, BSK ZGB I (FN 71), Vor Art. 111–134 N 27.

²¹³ Vgl. mangels verfügbarer Daten anderer Kantone exemplarisch Jahresbericht der Gerichte Basel-Stadt 2023, S. 46, abrufbar unter <https://www.bs.ch/gerichte-judikative/ueber-die-gerichte/jahresberichte>, wo es seit 2019 rund doppelt so viele Scheidungsklagen als Scheidungen auf gemeinsames Begehren waren.

3. Reformvorschlag zum lösungsorientierten Verfahren

181 Wie aufgezeigt, besteht für das Schweizerische Zivilprozessrecht grundsätzlich Konsens, dass – wenn immer möglich – auf eine Einigung hingearbeitet werden soll (vgl. auch Art. 124 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht jederzeit im Prozess versuchen kann, eine Einigung zu erzielen). Hiervon zeugt das übergeordnete Prinzip «Zuerst schlichten, dann richten», dem das grundsätzliche Schlichtungsobligatorium nach Art. 197 ZPO Ausdruck verleiht.²¹⁴ In den praktisch äusserst wichtigen Eheschutz- und Scheidungsklageverfahren findet zwar kein Schlichtungsverfahren statt, allerdings ist hierfür äquivalent eine obligatorische Einigungsverhandlung (Art. 291 ZPO) respektive eine auf eine Einigung der Parteien zielende Verhandlung (Art. 273 Abs. 3 ZPO) vorgesehen. Nach unserer Ansicht sollte gerade dieser obligatorische gerichtliche Einigungsversuch für alle familienrechtlichen Verfahren vorgesehen (a.) und dabei aber dringend auf die Auslagerung auf eine andere Behörde verzichtet werden (b.).

a. Einführung eines obligatorischen Einigungsversuchs

182 Per 1. Januar 2025 hat der Gesetzgeber weitere Familienverfahren vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen. Für diese Verfahren gilt das vereinfachte Verfahren.²¹⁵ Demgegenüber wurde im Revisionsprozess leider die Gelegenheit nicht wahrgenommen, auch für diese Fälle, für die kein Schlichtungsobligatorium mehr gilt, eine obligatorische Einigungsverhandlung vorzusehen. Das Schlichtungsobligatorium ist weggefallen, weil es sich um nicht schlichtungsfähige Streitsachen handelt respektive ein Genehmigungsbedarf für getroffene Vereinbarungen bestand.²¹⁶ Dies ist zwar grundsätzlich zu begrüssen. Es ist aber auch in den familienrechtlichen Verfahren, die nicht dem Schlichtungsobligatorium unterstehen (insb. Unterhaltsklagen, Vaterschaftsklagen, strittige weitere Kinderbelange) wünschenswert, Einigungen zwischen den Parteien zu erzielen. Der ersatzlose Wegfall des Schlichtungsobligatoriums führt zu einer bedauernswerten Lücke im Hinblick auf das Bedürfnis nach Konfliktdeeskalation. Dem Gericht steht es im vereinfachten Verfahren nach Art. 246 Abs. 2 ZPO zwar frei, bei Erforderlichkeit Instruktionsverhandlungen durchzuführen. Letztlich wird die Durchführung der Instruktionsverhandlung damit ins Ermessen des Gerichts gelegt; die Parteien haben keinen Anspruch auf ihre Durchführung.²¹⁷ Zwar ist zu hoffen, dass Gerichte tatsächlich zunächst versuchen, im Rahmen einer Instruktionsverhandlung eine einvernehmliche Einigung zwischen den Parteien zu finden, wie das in der Botschaft zur Revision der ZPO ausgeführt wird.²¹⁸ Unseres Erachtens wäre es aber darüber hinaus angezeigt, anstelle der fakultativen Möglichkeit zur Anordnung einer

²¹⁴ Vgl. Botschaft ZPO 2006 (FN 68), 7328.

²¹⁵ Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2717.

²¹⁶ Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2753.

²¹⁷ Statt vieler BGer 4A_118/2016 vom 15. August 2016 E. 5 (betreffend Art. 226 Abs. 1 ZPO). In der Literatur wird teilweise sogar die Auffassung vertreten, eine Instruktionsverhandlung solle im vereinfachten Verfahren nur ausnahmsweise durchgeführt werden; so MAZAN, BSK ZPO (FN 133), Art. 246 N 15; kritisch zu Recht SPÜHLER, Art. 246 N 4, in: Spühler Karl (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO annotée, Kurzkommentar, Zürich/Genf 2023 (zit. BEARBEITER/IN, ZPO annotée)

²¹⁸ Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2753.

Instruktionsverhandlung einen obligatorischen Einigungsversuch für alle strittigen familienrechtlichen Verfahren vorzusehen.

- 183 Aus diesem Grund wird in den vorgeschlagenen Änderungen der Zivilprozessordnung in den allgemeinen Bestimmungen zum Familienverfahren ein zwingender Einigungsversuch vorgesehen, der dem strittigen Entscheidverfahren vorangeht (Art. 271a ZPO-Vorschlag). Jedes Familienverfahren soll niederschwellig mit einem obligatorischen Einigungsversuch beginnen. Die konkrete Ausgestaltung dieses Einigungsversuchs wird in den besonderen Bestimmungen gesondert geregelt (Art. 273 Abs. 2, Art. 290, Art. 297 ZPO-Vorschlag).
- 184 Konsequenterweise hat das Schlichtungsverfahren für alle Familienverfahren zu entfallen, was in der vorgeschlagenen Änderung von Art. 198 ZPO verdeutlicht wird. Damit würde auch Kohärenz gewährleistet, da gegenwärtig und auch per 1. Januar 2025 zwar die meisten, aber dennoch nicht alle familienrechtlichen Angelegenheiten dem Schlichtungsobligatorium entzogen sind und etwa für Verwandtenunterstützungsklagen desbezüglich Unklarheit besteht.²¹⁹ Nach dem vorliegenden Vorschlag sollte vielmehr an die Stelle des Schlichtungsobligatorium der zwingende Einigungsversuch in jedem Familienverfahren treten.

b. Vorgeschlagene Regelung

- 185 Als Vorbilder für den vorliegenden Vorschlag dienen die heutigen Art. 273 Abs. 3 ZPO und Art. 291 ZPO. Im Eheschutzverfahren sieht die ZPO einen zwingenden *Einigungsversuch* vor, der im Rahmen der Eheschutzverhandlung durchzuführen ist (Art. 273 Abs. 3 ZPO). Im Scheidungsverfahren sieht die ZPO eine eigenständige Verhandlung mit dem Ziel der Einigung vor, die *Einigungsverhandlung* (Art. 291 ZPO). In den neuen Allgemeinen Bestimmungen soll der Grundsatz des obligatorischen Einigungsversuchs in Familienverfahren normiert werden: Dem strittigen Entscheidverfahren geht ein Einigungsversuch voraus (Art. 271a ZPO-Vorschlag). In den besonderen Bestimmungen soll sodann geklärt werden, wie und in welchem Rahmen der Einigungsversuch in den jeweiligen Verfahren stattfindet. So soll weiterhin im summarischen Verfahren ein *Einigungsversuch* im Rahmen der Verhandlung stattfinden (Art. 273 Abs. 2 ZPO-Vorschlag), während in den vereinfachten Verfahren (Scheidungsverfahren und selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange) eine eigenständige *Einigungsverhandlung* stattfinden soll (Art. 290, Art. 297 ZPO-Vorschlag).
- 186 Wenn keine besondere Bestimmung besteht, gilt die allgemeine Regel (Art. 271a ZPO-Vorschlag). Das Gericht ist in diesen Fällen im Rahmen seiner Kompetenz zur Verfahrensleitung frei zu entscheiden, ob der Einigungsversuch anlässlich einer separaten Einigungsverhandlungen oder im Rahmen einer anderen Verhandlung (etwa der Hauptverhandlung) stattfinden soll.

²¹⁹ Es besteht für diese Verfahren keine explizite Ausnahme vom Schlichtungsobligatorium, aber in der Botschaft zur aktuellen Revision wird darauf hingewiesen, dass für Verwandtenunterstützungsklagen kraft des Verweises in Art. 329 Abs. 3 ZGB dasselbe gelte wie bei Unterhaltsklagen, vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2767 im Hinblick auf die Geltung des vereinfachten Verfahrens.

187 Im Ergebnis soll sich die Rechtslage für das bewährte Eheschutzverfahren und das Scheidungsverfahren nicht ohne Not ändern, es soll aber die mit dem ersatzlosen Wegfall des Schlichtungsverfahrens bestehende Schlichtungslücke in den restlichen Familienverfahren geschlossen werden.

c. Ausgestaltung des Einigungsversuchs

188 Der Einigungsversuch hat anlässlich einer Verhandlung stattzufinden (Art. 271a Abs. 2 ZPO-Vorschlag). Die Parteien sind vorbehältlich eines Dispensationsgrunds zum persönlichen Erscheinen verpflichtet (Art. 271a Abs. 3 ZPO-Vorschlag).

189 Der Einigungsversuch ist vertraulich (Art. 271a Abs. 1 ZPO-Vorschlag), d.h. eine Einigungsverhandlung respektive in einer Hauptverhandlung die auf eine Einigung ausgerichteten Diskussionen sollten entsprechend der Regelungen im Schlichtungsverfahren nicht protokolliert werden. Die im Rahmen eines Einigungsversuchs getätigten Aussagen sollen später im Entscheidungsverfahren nicht verwendet werden. Dies wird heute für die Einigungsverhandlung im Scheidungsverfahren (Art. 291 ZPO) bereits so gehandhabt,²²⁰ gefordert wird eine analoge Anwendung von Art. 205 Abs. 1 ZPO.²²¹

190 Wenn eine Einigung zustande kommt, gelten dieselben Grundsätze wie heute im Eheschutz- und Scheidungsverfahren (vgl. Art. 279 ZPO). Die genehmigte Vereinbarung ist in das Entscheidendispositiv aufzunehmen, was neben der beizubehaltenden Regelung im Scheidungsverfahren zusätzlich allgemein normiert werden sollte für Verfahren mit Involvierung von Kindern (Art. 271d Abs. 3 ZPO-Vorschlag).

191 Erst wenn keine Einigung zustande kommt, wird das Verfahren kontradiktorisch fortgesetzt, dies nach dem Modell, das die per 1. Januar 2025 revidierte ZPO vorsieht. Präzisiert werden sollte einzig, dass eine mündliche Begründung in diesem Stadium auch noch zulässig ist, was sich grundsätzlich bereits aus der Geltung des vereinfachten Verfahrens ergibt.

d. Kein Ausstandsgrund

192 Die Mitwirkung bei Einigungsversuchen in Familienverfahren sollte sodann keinen Ausstandsgrund begründen. Dies gilt so bereits heute unter anderem explizit für das Schlichtungsverfahren und das Eheschutzverfahren (vgl. Art. 47 Abs. 2 lit. b und e ZPO). Im Rahmen der parlamentarischen Revisionsarbeiten wurde eingehend diskutiert, ob Richterinnen und Richter im Gerichtsverfahren in den Ausstand treten müssten, wenn sie zu einem früheren Verfahrenszeitpunkt versucht haben, eine Einigung zu erzielen.²²² Auf eine entsprechende Anpassung wurde zu Recht verzichtet;²²³ vielmehr hat sich der Gesetzgeber bewusst für ein

²²⁰ Vgl. AppGer Bs, 22.7.2020., ZB.2020.4. E. 3.2.1; OGer ZH vom 26.2.2018. LC180003, E. 2.b; allgemein zu Vergleichsverhandlungen BGE 146 I 30.

²²¹ FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 291 N 5.

²²² Siehe Amtl. Bull. SR 2023 2 ff.; Amtl. Bull. NR 2023 209 ff.

²²³ Siehe Amtl. Bull. SR 2023 6; Amtl. Bull. NR 2023 217.

Beibehalten dieser urschweizerischen Vermittlungstradition entschieden. Hierfür sprechen gute Gründe.²²⁴ Einigungsverhandlungen dienen nicht nur der Prozessökonomie,²²⁵ gerade im Familienrecht sind sie äusserst essentiell für die Konfliktsdeeskalation und zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung. Würde jedes Mal der Spruchkörper zwingend wechseln, würden nicht nur Ressourcen, sondern insbesondere auch wertvolles Wissen über den konkreten Fall verloren gehen.²²⁶ Zu bedenken ist insbesondere, dass kleinere Gerichte in gewissen Kantonen oft nur über wenige vollamtliche Richterinnen und Richter verfügen, womit die Bildung des Spruchkörpers erheblich erschwert wäre, müssten jene Richterinnen und Richter, die bereits einmal in einem frühen Stadium – und insbesondere hinsichtlich einer gütlichen Einigung – an einem Fall mitgewirkt haben, zwingend in den Ausstand treten.²²⁷ Im Übrigen müssen Gerichtspersonen bereits nach geltendem Recht in den Ausstand treten, wenn ein Anschein der Befangenheit vorliegt, weswegen die damals anlässlich der Revision der ZPO diskutierte Änderung ohnehin einer Notwendigkeit entbehrt hätte.²²⁸ Die Vorbefassung einer Richterin bzw. eines Richters mit einem Fall im Rahmen einer Einigungsverhandlung bedeutet richtigerweise für sich allein betrachtet noch nicht, dass kein freier Entscheid in der Sache mehr getroffen werden kann.²²⁹ Die Richterin bzw. der Richter, die bzw. der der Einigungsverhandlung vorsitzt, kann auch das darauffolgende kontradiktorische Verfahren durchführen. Art. 47 Abs. 2 lit. e ZPO sieht bereits vor, dass die Mitwirkung beim Eheschutzverfahren keinen Ausstandsgrund darstellt für die Durchführung des anschliessenden Scheidungsverfahrens. Dies ist für die sinnvolle Durchführung von Familienverfahren zentral. Diese Regelung sollte, wie in den im vorliegenden Gutachten vorgeschlagenen Änderungen aufgeführt, für alle Einigungsversuche in Familienverfahren einheitlich gelten (Art. 47 Abs. 2 lit. e ZPO-Vorschlag).

e. Aussergerichtliche Schlichtungsbehörde als Schwächung der Rechtsdurchsetzung

- 193 Das Postulat RK-N (22.3380) fordert wie das vorliegende Gutachten einen obligatorischen Einigungsversuch in allen Familienverfahren. Die Forderung der RK-N unterscheidet sich allerdings dahingehend vom vorliegenden Vorschlag, dass eine *aussergerichtliche* Schlichtungsbehörde verlangt wird, während vorliegend eine *gerichtliche Zuständigkeit* für die Durchführung des obligatorischen Einigungsversuchs vorgeschlagen wird.
- 194 Es ist aus unserer Sicht essentiell, dass die Zuständigkeit zur Durchführung des obligatorischen Einigungsversuchs beim Gericht verbleibt. Es ist davon abzusehen, *de lege ferenda* eine externe Behörde mit der Durchführung des Einigungsversuchs zu betrauen. Eine Art «aussergerichtliche Einigungsinstanz» würde für Betroffene aus rechtlicher Sicht keine Verbesserung schaffen. Im Gegenteil würden damit neue Zuständigkeitskonflikte geschaffen und die Rechtsdurchsetzung geschwächt und gefährdet. Mit den hier vorgeschlagenen

²²⁴ Siehe zu den nachfolgenden Gründen namentlich das Votum von SR FÄSSLER, Amtl. Bull. SR 2023, 2 f.

²²⁵ SR FÄSSLER, Amtl. Bull. SR 2023, 3.

²²⁶ SR FÄSSLER, Amtl. Bull. SR 2023, 3.

²²⁷ SR FÄSSLER, Amtl. Bull. SR 2023, 3.

²²⁸ SR FÄSSLER, Amtl. Bull. SR 2023, 3; NR FLACH, Amtl. Bull. NR 2023, 209.

²²⁹ So treffend NR FLACH, Amtl. Bull. NR 2023, 209.

Änderungen sollen die Rechtswege vielmehr vereinheitlicht und die Unklarheiten betreffend die Zuständigkeiten abgeschafft werden. Weiter böte die Auslagerung an eine externe Behörde Nährboden für Verzögerungstaktiken zu Lasten der sozial schwächeren Parteien und insbesondere der betroffenen Kinder.

- 195 Schliesslich sollten familienrechtliche Verfahren von Beginn an dem Gericht zugeführt werden, welchem Entscheidkompetenz zukommt. So soll das Gericht auch schon vor der Durchführung des Einigungsversuchs jederzeit Massnahmen anordnen dürfen, sofern die Dringlichkeit es erfordert. Dies wird durch den vorliegenden Reformvorschlag für alle Familienverfahren (Art. 271c ZPO-Vorschlag) und explizit auch für das summarische Eheschutz- und Familienschutzverfahren verdeutlicht (Art. 273a ZPO-Vorschlag). In Trennungssituationen sind die betroffenen Familien häufig auf schnellen und effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und durchsetzbare Massnahmen angewiesen. Dies gilt insbesondere, wenn Kinder involviert sind. Zu denken ist etwa an vorsorglich festgelegte Unterhaltsleistungen und die vorsorgliche Regelung von Obhut, Betreuungsanteilen und persönlichen Verkehr. Diese Grundbedürfnisse der Kinder können nicht auf die Durchführung eines Schlichtungsversuchs zwischen den Eltern vor einer nicht entscheidkompetenten Behörde warten; die Tatsache der Trennung lässt sich auch durch einen allfälligen obligatorischen Schlichtungsversuch vor einer anderen Instanz nicht aufhalten. Es ist wichtig, einen zwingenden Einigungsversuch vorzuschreiben. Gleichzeitig sollte aber der damit befassten Behörde die Kompetenz zukommen, bei Dringlichkeit verbindliche Massnahmen zu erlassen. Diese Kompetenz kommt dem Gericht zu, nicht aber einer neuen aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde.
- 196 Sollte eine zusätzliche, nicht-gerichtliche Behörde mit einem reinen Schlichtungsauftrag geschaffen werden, hätte dies mehrere Probleme zur Folge: Zunächst hätte die entsprechende Behörde keine Genehmigungskompetenz für Vereinbarungen, die vor ihr geschlossen werden. Es gilt in vielen Bereichen des Familienrechts die *Offizialmaxime*, welche es den Parteien verunmöglicht, sich parteiautonom völlig frei zu einigen (Art. 58 Abs. 2 ZPO und Art. 296 Abs. 3 ZPO; zur daraus folgenden Genehmigungspflicht vgl. Art. 279 ZPO für das Scheidungsverfahren, Art. 287 ZGB für Kindesunterhalt). Vielmehr hat das Gericht die Pflicht, entsprechende Vereinbarungen inhaltlich zu prüfen. Dasselbe Problem, welches dazu geführt hat, dass der Gesetzgeber den Schlichtungsversuch für Unterhaltsklagen abgeschafft hat (vgl. Rz. 66), würde wieder entstehen. Dies ist ein Hauptgrund dafür, dass das Gericht in Familienverfahren die richtige Behörde zur Durchführung des obligatorischen Einigungsversuchs ist. Doppelspurigkeiten und Effizienzverluste sind gerade in diesen hochsensiblen Angelegenheiten zu vermeiden.
- 197 Weiter besteht in Familienverfahren, gerade in akuten Trennungssituationen, ein Bedürfnis nach schnellen, verbindlichen hoheitlichen Anordnungen. Dieses Bedürfnis besteht faktisch weiterhin, auch wenn die Parteien gemeinsam ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen hätten, bevor sie an das Gericht gelangen dürften. Für dringliche Angelegenheiten dürfte die gerichtliche Kompetenz zur Anordnung von Massnahmen nicht zugunsten eines zwingenden Schlichtungsverfahrens eingeschränkt werden. Diesen Grundsatz sieht die ZPO zu Recht flächendeckend für alle zivilrechtlichen Streitigkeiten vor, indem das summarische Verfahren

vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen ist (Art. 198 lit. a ZPO). Es wäre mit einer empfindlichen und angesichts der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen und insbesondere auch der involvierten Kinder nicht nachvollziehbaren Einschränkung des Rechtsschutzes verbunden, wenn gerade in familienrechtlichen Verfahren dieser Grundsatz nicht mehr gelten würde, und das Gericht auch bei Dringlichkeit nicht mehr angerufen werden könnte. Ist nun aber die gerichtliche Zuständigkeit bei Dringlichkeit zwingend, so ist gleichermassen augenfällig, dass durch die Schaffung einer aussergerichtlichen Schlichtungsinstanz Doppelspurigkeiten und Kompetenzkonflikte entstehen würden, welche dringend zu vermeiden sind. Ein Elternteil könnte vor die Schlichtungsbehörde gelangen, während ein anderer Elternteil vor dem Gericht den Erlass dringlicher Massnahmen verlangt. Solche Kompetenzkonflikte bestehen heute zwischen der Kindesschutzbehörde und dem Gericht. Ein Grund, weshalb das Familienverfahrensrecht heute reformbedürftig ist, sind genau diese Kompetenzkonflikte. Es wäre stossend, neue und gravierende Kompetenzkonflikte für einen Grossteil der Familienverfahren einzuführen. Zudem würde durch das obligatorische aussergerichtliche Schlichtungsverfahren Verzögerungstaktiken Tür und Tor geöffnet, zur Deeskalation dürfte dies nicht beitragen. Zur vermeintlichen «Lösung» dieser Problematik sollte auch nicht die Kompetenz der aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde zur hoheitlichen Anordnung von dringlichen Massnahmen eingeführt werden. Diese Kompetenz bedarf einer entsprechenden rechtsstaatlichen Legitimation. Die Gerichte sind im demokratischen Rechtsstaat die richtigen und legitimierten Behörden für diese Art von hoheitlichen Handlungen.

- 198 Die Entscheidkompetenzen des Gerichts dürfen zulasten der Betroffenen nicht dadurch beschnitten werden, dass anstelle einer obligatorischen Einigungsverhandlung am Gericht eine externe Behörde zwischen den Parteien eine Lösung zu vermitteln versucht; die damit zwingend verbundenen Doppelspurigkeiten und das einhergehende Missbrauchspotenzial sind dringend zu vermeiden. Der durch das Postulat RK-N (22.3380) vorgeschlagene Eingriff in die kantonale Organisationautonomie durch Schaffung einer zusätzlichen aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde in Familiensachen erweist sich nicht nur als nicht notwendig, sondern zudem auch als nicht sinnvoll und angesichts des drohenden Abbaus von Rechtsschutz als kontraproduktiv.

VIII. Thema 4: Effizientes und effektives Verfahren //

Thème 4: Rapidité et efficacité

1. Simplicité procédurale

a. Introduction de l'instance par un acte simple

- 199 Le Code de procédure civile prévoit une introduction simplifiée de la demande en divorce unilatérale. Le demandeur peut se limiter à mentionner ses conclusions et déposer les pièces utiles (art. 290 CPC). Une motivation factuelle n'est pas nécessaire. Une audience de conciliation suit ce dépôt, lors de laquelle le juge tente de trouver un accord entre les époux sur les effets du divorce (art. 291 CPC). Cette approche a fait ses preuves : la forme simplifiée de la demande permet d'éviter une cristallisation des positions, tout en assurant au juge une

connaissance des enjeux, compte tenu des conclusions, des pièces déposées et le cas échéant requises d'office par le tribunal (art. 277, al. 2, art. 296, al. 1 CPC).

- 200 A l'occasion de la révision du Code de procédure civile du 17 mars 2023, le législateur a prévu de soumettre la suite de procédure de divorce à la procédure simplifiée (art. 288, *al. 2, 2^e et 3^e phrases* CPC ; art. 291, al. 3 CPC), afin d'assurer une souplesse procédurale tout au long du procès, en particulier pour les divorces simples et sans mandataires professionnels²³⁰. La procédure simplifiée s'applique par ailleurs à toutes les procédures indépendantes applicables aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 295 CPC).
- 201 Cette approche doit à notre sens être généralisée à toutes les procédures de droit de la famille (établissement de la filiation ; procédure indépendante concernant les enfants, mesures protectrices de l'union conjugale et de la famille, procédure de divorce, etc.) en prévoyant par ailleurs la possibilité que la demande soit dictée au procès-verbal au tribunal, comme le retient l'art. 202 CPC pour la procédure de conciliation et l'art. 244 CPC pour la procédure simplifiée. Nous proposons dès lors de débiter les dispositions générales de droit de la famille par un article (art. 271 CPC proposé) disposant que l'acte ouvrant une procédure de droit de la famille peut être déposé dans les formes prévues à l'art. 130 CPC ou être dicté oralement au tribunal, l'acte contenant simplement (a) les noms et adresses des membres de la famille ainsi que la désignation de leurs éventuels représentants, (b) les conclusions, (c) les pièces nécessaires et (d) la date et la signature. L'art. 271 al. 2 CPC proposé indique qu'une motivation (factuelle) n'est pas nécessaire, ce qui ne l'exclut évidemment pas. Cette disposition valant pour toutes les procédures de droit de la famille, l'art. 290 CPC limité à la demande unilatérale en divorce peut être supprimé.

b. Citation sans délai d'une audience de conciliation et oralité

- 202 L'ouverture d'instance, initiée par cet acte à la forme simplifiée, est toujours suivie d'une tentative de conciliation confidentielle lors d'une audience citée dans les meilleurs délais (art. 271a al. 2 CPC proposé) à laquelle les parties comparaissent personnellement, à moins que le tribunal ne les dispense pour cause de maladie, d'âge ou d'autres motifs importants (al. 3) . La partie défenderesse a la faculté de prendre position par écrit si elle le souhaite (al. 4 : une prise de position écrite préalable est facultative)²³¹.
- 203 L'oralité permet une grande souplesse dans les débats et favorise l'émergence d'une solution concertée, sans que les positions ne se figent à un stade précoce de la procédure. Lorsque des enfants sont impliqués, le tribunal peut requérir d'office (art. 296 al 1 CPC), avant l'audience, les documents nécessaires à une bonne compréhension du litige et des enjeux. Il en va de même

²³⁰ Sur ce thème : FRANÇOIS BOHNET/YAN WOJCIK, La procédure simplifiée en divorce contentieux sous l'empire du CPC révisé, in : FamPra.ch 2024 870 ss ; DENIS TAPPY, Les innovations procédurales dans les procès du droit de la famille, in : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (curatori), CPC 2025 – La révision du Code de procédure civil, Bâle/Neuchâtel 2024 211 ss ; FRANÇOIS BOHNET/YAN WOJCIK, Nouveautés dans les procédures en droit de la famille dans la révision du CPC 2025, Lugano 2025, à paraître.

²³¹ Comp., pour l'audience de conciliation en matière de divorce, ATF 138 III 366, RSPC 2012 315 ; hésitant : TF, arrêt du 1^{er} juin 2017, 5A_719/2016, c. 6.2.

dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 CC) et de la famille (art. 272bis CC proposé), en vertu de l'art. 272a al. 3 CPC proposé.

- 204 Le cadre de cette tentative de conciliation confidentielle est le cas échéant défini par les règles propres à la procédure envisagée. En matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 CC) et de la famille (art. 272^{bis} CC proposé), dès le dépôt de la requête, le tribunal la notifie à la partie adverse et convoque les parties à l'audience dans les meilleurs délais (art. 272a al. 1 CPC proposé). Ces débats oraux sont tenus dans les meilleurs délais (art. 273 al. 1 CC proposé). Il ne peut y être renoncé que si l'état de fait est clair ou incontesté au vu des conclusions des parties (art. 273 al. 1 CPC proposé, sur le modèle de l'art. 273 CPC al 1 CPC). Tel pourrait être le cas lorsque les parties ont déjà comparu récemment devant le même tribunal²³², ou lorsqu'il s'agit de modifier un point spécifique d'un régime déjà en vigueur²³³. En revanche, en vertu des règles générales relatives aux procédures de droit de la famille avec des enfants, si le sort des enfants est en jeu, une audition des parents doit intervenir²³⁴ (art. 271e al. 2 CPC proposé, sur le modèle de l'art. 297 al. 1 CPC). Le tribunal s'efforce de parvenir à un accord entre les parties (art. 273 al. 2 CPC proposé, sur le modèle de l'art. 273 al 3 CPC). Il est le cas échéant possible de procéder durant la même audience à une tentative de conciliation confidentielle, puis à l'examen judiciaire des prétentions, en prévoyant par exemple plusieurs phases de conciliation, suivant les cas sur certains points spécifiques.
- 205 Pour la procédure de divorce, l'audience de conciliation telle que réglementée aujourd'hui (art. 291 CPC) est reprise dans notre proposition, dans une formulation simplifiée (art. 291 CPC proposé).
- 206 Dans les procédures indépendantes concernant les enfants soumises à la procédure simplifiée (art. 296 CPC proposé : actions en établissement de la filiation, actions indépendantes concernant l'entretien d'enfants mineurs ou majeurs et d'autres questions relatives à leur sort, procédures indépendantes en modification), une audience de conciliation est citée dès le dépôt de la demande (art. 297 al. 1 CPC proposé).

2. Mesures protectrices de la famille comme outil de protection rapide pour régler le sort des enfants

a. Protection rapide en procédures de droit de la famille

- 207 Les possibilités d'obtenir une protection rapide dans les affaires du droit de la famille dépendent aujourd'hui en grande partie du domaine concerné et de la question de savoir si l'enfant est né de parents mariés ou non mariés. Les mesures protectrices de l'union conjugale, réglementées aux art. 176 ss CC et 271 ss CPC permettent en principe d'obtenir un prononcé rapide en cas de séparation des conjoints, y compris sur le sort des enfants. Pour les parents d'enfant non mariés, la procédure est régie par le Code civil qui prévoit des mesures provisoires en matière

²³² CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 N 24; FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 8a

²³³ CR CPC-TAPPY, art. 273 N 19.

²³⁴ CPra Matrimonial-HELLE, art. 297 N 8 ss.

de protection de l'enfant (art. 314 al. 1 CC, qui renvoie à l'art. 445 CC), mais sans que celles-ci ne permettent une réglementation globale et rapide, puisque les questions financières relèvent du tribunal. Une conciliation préalable devait en principe intervenir sur ce point à moins qu'un parent ne se soit adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 198 let. b^{bis} CPC) . Cette réglementation a suscité diverses controverses comme relevé ci-dessus (thème 1). Depuis le 1^{er} janvier 2025, la conciliation préalable n'interviendra plus en matière d'entretien de l'enfant et le sort de celui-ci (art. 198 let. b bis nCPC), qui doit être réglé par le juge dès l'instant où la question de l'entretien se pose (art. 304 al. 2 CPC). Les mesures provisionnelles de l'art. 303 al. 1 CPC supposent apparemment le dépôt d'une demande au fond, doublé d'une telle requête, ce qui n'est pas satisfaisant.

- 208 Afin d'assurer un traitement identique aux enfants qu'ils soient issus de parents mariés ou non mariés, il convient de prévoir d'une manière générale la possibilité de prendre des *mesures protectrices de la famille*, que cela soit dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou d'une procédure en organisation de la vie séparée de parents non mariés. Nous proposons donc l'introduction d'un art. 272^{bis} CC donnant une base légale pour de telles mesures protectrices de la famille. De telles mesures doivent être jugées en procédure sommaire et consistent en des mesures de réglementation qui permet de fixer rapidement le sort des enfants.
- 209 Un point central de notre proposition de réforme est la généralisation de mesures protectrices de la famille²³⁵ (art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposé) jugées en procédure sommaire (art. 272 CPC proposé), non seulement pour organiser la vie séparée et le sort des enfants de parent mariés (mesures protectrices de l'union conjugale, art. 176 CC), mais aussi pour régler le sort des enfants issus de parents non mariés (art. 272 al. 1 let. j CPC proposé). Parmi les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 ss CC), certaines visent à assurer la protection de la famille. L'art. 176 al. 3 CC dispose ainsi que lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation. Comme développé ci-dessus (thème 1), nous proposons d'inscrire dans le droit de la filiation le principe de mesures protectrices de la famille afin de garantir une protection identique aux enfants issus de parents mariés et non mariés. L'art. 272^{bis} CC proposé prévoit ainsi que le tribunal peut être saisi d'une requête visant à organiser la vie séparée et régler dans ce cadre les contributions d'entretien dues aux enfants et prendre les mesures nécessaires conformément aux dispositions relatives aux effets de la filiation, dans le chapitre 1 consacré à la communauté entre les pères et mères et les enfants. L'art. 176 al. 1 ch. 1 CC est très légèrement adapté de telle manière à rattacher toutes les mesures relatives aux enfants à l'art. 272^{bis} CC.

²³⁵ FRANÇOIS BOHNET, La délimitation de la compétence matérielle entre le juge civil et l'APEA, Droit de la famille – interfaces entre le tribunal civil et l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, Fondation pour la formation des juges suisses, Gerzensee, 10 novembre 2022 ; FRANÇOIS BOHNET, Procédure et juridiction en droit de la famille aujourd'hui, Famille et Justice, Fribourg 27 novembre 2023.

b. Nature des mesures protectrices de la famille

- 210 Les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 ss CC) et les mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposé) sont des mesures de réglementation²³⁶ qui visent à organiser la vie séparée (en dehors d'une procédure de divorce lorsque les parents sont mariés). De telles mesures modifient les rapports entre parties en définissant à nouveau leurs droits et devoirs respectifs²³⁷. Les mesures protectrices de l'union conjugale sont souvent destinées à régler les conséquences de la vie séparée avant divorce et jouent dès lors un rôle analogue à celui des mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la procédure de divorce sur la base de l'art. 276 CPC²³⁸ ; elles peuvent perdurer sur une longue période. Pour les enfants de parents non mariés, des mesures protectrices de la famille pourraient désormais également être prises pour l'organisation de la vie séparée, avant une éventuelle procédure devant le juge visant à régler définitivement le sort des enfants (art. 298b CC proposé ; sous réserve d'une modification ultérieure, toujours devant le juge, voir art. 298d CC proposé). La situation des enfants issus de parents non mariés serait ainsi réglée de manière identique à celle des enfants issus de parents mariés. On notera en effet qu'en l'état, la question de savoir si sont admissibles des mesures provisionnelles au sens de l'art. 303 CPC visant à obtenir une contribution d'entretien pour un enfant issu de parents non mariés avant le dépôt de la demande au fond est controversée²³⁹.
- 211 Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles dans la procédure de divorce ne sont pas sujettes à une révision dans une procédure ultérieure ordinaire où le juge aurait un plein pouvoir d'examen et ne peuvent être modifiées qu'avec effet à l'avenir²⁴⁰. Le Tribunal fédéral reconnaît également que les contributions octroyées à l'enfant par mesures provisionnelles pendant la procédure en entretien ne peuvent plus être revues de manière rétroactive par le jugement au fond²⁴¹ sur le même schéma que pour les mesures provisionnelles en matière de divorce²⁴². Il en irait évidemment de même des mesures protectrices de la famille.
- 212 Le Tribunal fédéral retient la nature de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF des mesures protectrices de l'union conjugale²⁴³. La décision est, en principe, finale (art. 90

²³⁶ Sur les mesures de réglementation : ATF 137 III 586 c. 1.2 ; ATF 130 I 347 c. 3.2 ; ATF 127 III 496, c. 3b/bb ; Message CPC, FF 2008 6962 ; CR CPC-BOHNET, art. 262 CPC N 9 ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 26 ; BK ZPO-GÜNGERICH, art. 261 N 9 ; KommZPO-HUBER, art. 261 N 24 ss.

²³⁷ ATF 127 III 496, c. 3b/bb ; cf. dans le même sens [mesures provisoires prononcées durant la procédure de divorce], TF, arrêt du 3 mai 2006, 5P.84/2006, c. 4.2.

²³⁸ ATF 133 III 393, c. 5, JdT 2007 I 622 ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 26 ; FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 15

²³⁹ TF, arrêt du 5A_1006/2020 du 16 mars 2021, RSPC 2021 352, et les références aux deux courants de doctrine.

²⁴⁰ ATF 127 III 474, c. 2b/bb, JdT 2002 I 352 ; cf. dans le même sens, ATF 141 III 376, c. 3.3.4 et ATF 142 III 193 c. 5.3 [mesures provisionnelles prononcées durant la procédure de divorce] ; ATF 145 III 36 [mesures provisionnelles prononcées durant la procédure en annulation du mariage] c. 2.4. Sur la question de l'autorité de la chose jugée de telles mesures, voir par exemple BK ZPO-ZING, art. 59 N 111.

²⁴¹ TF, arrêt du 23 mai 2022, 5A_712/2021 c. 7.3.2, RSPC 2022 557 ; ATF 137 III 586 c. 1.2.

²⁴² ATF 141 III 376, c. 3.3.4 et ATF 142 III 193 c. 5.3.

²⁴³ ATF 133 III 393, c. 5, JdT 2007 I 622 ; ATF 134 III 667 c. 1.1 ; ATF 149 III 81, c. 1.3. Cf. ég. TF, arrêt du 27 mars 2018, 5A_901/2017, c. 1.3, concernant les mesures de protection de l'enfant

LTF)²⁴⁴. Il en irait de même des mesures protectrices de la famille qui pourraient également être prises pour l'organisation de la vie séparée d'un couple non marié.

c. Urgence et mesures protectrices de la famille

aa. Mesures superprovisionnelles

- 213 Dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 ss CC) et de mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposé) des *mesures superprovisionnelles* doivent être possibles en cas d'urgence particulière ne permettant pas la tenue d'une audience (art. 265 CPC, par renvoi de l'art. 271 CPC actuel)²⁴⁵. On pense par exemple à la suspension immédiate d'un droit de visite ou à une mesure d'éloignement. Nous prévoyons ainsi dans les dispositions générales des procédures du droit de la famille un art. 271c CPC proposé retenant que des mesures provisionnelles et superprovisionnelles peuvent être ordonnées à tout moment, même avant l'exécution de la tentative de conciliation, si l'urgence l'exige. Plus spécifiquement en matière de mesures protectrices de la famille soumises à la procédure sommaire (art. 272 CPC proposé), une disposition (art. 273a CPC proposé) prévoit que des mesures peuvent être édictées avant la décision finale si l'urgence l'exige.

bb. Mesures intermédiaires dans les procédures de mesures protectrices

- 214 Compte tenu de la nature provisionnelle des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 ss CC) et de mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} et art. 272^{ter} CC proposé), on peut s'interroger sur la possibilité d'ordonner non seulement des mesures superprovisionnelles, mais également des mesures provisionnelles²⁴⁶ dans le cadre de ces procédures. Il est généralement admis que le juge peut, après avoir entendu les parties (par opposition aux mesures superprovisionnelles), rendre un premier prononcé après une première audience, lorsque la situation des parties appelle une réglementation rapide sans qu'il ne puisse être statué de manière finale sur les mesures requises par les parties. Cette première décision peut ensuite être appelée à être modifiée après une analyse plus approfondie de la situation ou au gré de son

²⁴⁴ Parmi d'autres, TF, arrêt du 15 juin 2023, 5A_861/2022, c. 1.

²⁴⁵ FRANÇOIS BOHNET, Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles, in : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont, Les mesures provisionnelles en procédure civile, pénale et administratives, Neuchâtel/Bâle 2015, p. 65 s. N 53 ss ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 27 ; DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 273 N 13 et 15 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRES, art. 271 CPC N 16 ; CR CPC-TAPPY, art. 273 N 14 s. ; FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 17 ; laissé ouvert par le TF, arrêt du 15 août 2012, 5A_212/2012, c. 2.2.2, RSPC 2013 28 ; cf. ég. TF, arrêt du 28.10.2014, 5A_870/2013, c. 5, avec note de BOHNET [RSPC 2015, 46]. Voir aussi, au sujet d'une mesure superprovisionnelle fondée sur l'art. 28c CC dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, TF, arrêt du 27 février 2023, 5A_716/2022.

²⁴⁶ Voir TF, arrêt du 8 mai 2020, 5A_541/2019, c. 1.1 ; TF, arrêt du 14 août 2018, 5A_369/2018, c. 1.2 ; TF, arrêt du 28 octobre 2014, 5A_870/2013, c. 5. Pour ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, art. 271 CPC N 12b, ce sont des mesures superprovisionnelles ou provisionnelles qui sont envisageables. Quant à FamKomm Scheidung-VETTERLI/MAIER, art. 271 CPC N 16, ils relèvent, tout en l'acceptant dans les cas de procédures longues, que la question d'une « vorläufige Ordnung » est controversée, en particulier pour les prétentions pécuniaires.

évolution. La nature d'une telle décision est controversée²⁴⁷. Un tel prononcé se distingue dogmatiquement des mesures provisionnelles par le fait qu'il est rendu dans l'attente de mesures protectrices et donc qu'il ne *dessaisit pas*²⁴⁸ le juge, celui-ci devant poursuivre son examen du dossier. Le Tribunal fédéral parle de *mesures intermédiaires*²⁴⁹. Un tel prononcé se justifie lorsque le juge doit fixer rapidement certains points (répartition provisoire de la prise en charge des enfants, fixation provisoire de la contribution d'entretien), alors que d'autres points méritent d'être encore approfondis²⁵⁰. La notion de mesures intermédiaires a pour avantage de souligner le fait que le juge demeure saisi de l'affaire sous l'angle provisoire, ce qui n'est formellement pas le cas si la mesure est provisionnelle au sens étroit du terme²⁵¹. Le prononcé d'une décision intermédiaire implique une première entrée en délibération et intervient sur la base d'une administration des preuves limitée, dans l'attente par exemple d'un rapport ou de pièces supplémentaires²⁵². Ensuite, une fois que la cause se trouve en état d'être jugée, le juge doit rendre une décision définitive sur les mesures protectrices de l'union conjugale²⁵³ ou les mesures protectrices de la famille.

- 215 Le Tribunal fédéral retient que les décisions qualifiées de mesures provisionnelles par certains tribunaux²⁵⁴ se rapprochent, de par leur nature, de la décision qualifiée d'« intermédiaire » dans l'ATF 139 III 86, puisqu'une telle décision ne restera pas en vigueur jusqu'à la décision au fond, mais sera remplacée par une décision de mesures protectrices de l'union conjugale dès que le juge disposera des éléments nécessaires pour rendre une telle décision, voire par une décision de mesures provisionnelles si la procédure de divorce a été introduite dans l'intervalle²⁵⁵. Il s'agit d'une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF²⁵⁶.

²⁴⁷ Voir par exemple TF, arrêt du 19 septembre 2023, 5A_268/2023, c. 1.2 et les références. En l'espèce : décision de « mesures provisionnelles » attribuant l'autorité parentale exclusive à la mère, prenant acte de ce que la garde lui était confiée, ainsi que de l'accord des parties concernant la poursuite du placement des enfants en foyer, étant précisé qu'il serait procédé à une expertise psychiatrique du mari et qu'un complément d'enquête sociale serait requis.

²⁴⁸ BOHNET/WOJCIK, La recevabilité du recours dirigé contre une décision intermédiaire en procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_325/2022, 5A_327/2022, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2023.

²⁴⁹ Il utilise cette terminologie dans sa jurisprudence en matière de propriété intellectuelle : ATF 139 III 86 c. 1.1.2. L'utilisation de cette terminologie dans le domaine du droit de la famille a été laissée ouverte : TF, arrêt du 8 juin 023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, c. 2.1.3 ; TF, arrêt du 14 février 2023, 5A_395/2022, c. 1.1.

²⁵⁰ Sur le principe : FRANÇOIS BOHNET, Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles, p. 64 N 51. TC/NE, arrêt du 21 juin 2022, CACIV.2022.37, c. 1.

²⁵¹ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 27, 29 ; FRANÇOIS BOHNET, Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles, p. 64 N 49 ss.

²⁵² Comp. ATF 139 III 86 c. 1.1.2 ; TF, arrêt du 19 septembre 2023, 5A_268/2023, c. 1.2 ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 CPC N 26.

²⁵³ TF, arrêt du 8 juin 2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, c. 2.1.3 ; BOHNET/WOJCIK, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2023, et les références citées ; cf. ég. TF, arrêt du 14 février 2023, 5A_395/2022, c. 1.1.

²⁵⁴ Voir par exemple TF, arrêt du 8 mai 2020, 5A_541/2019, c. 1.1 ; TF, arrêt du 26 mars 2019, 5A_1025/2018, c. 1.1 ; TF, arrêt du 14 août 2018, 5A_369/2018 c. 1.2.

²⁵⁵ TF, arrêt du 8 juin 2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, c. 2.1.3.

²⁵⁶ TF, arrêt du 8 juin 2023, 5A_325/2022, 5A_327/2022, c. 2.1.3 ; TF, arrêt du 19 septembre 2023, 5A_268/2023, c. 1.2 ; TF, arrêt du 8 mai 2020, 5A_541/2019, c. 1.1.

216 La réglementation proposée permet de fixer rapidement le sort des enfants en cas de séparation des parents, qu'ils soient mariés ou non. Elle s'applique aussi lorsque les parents ne vivent pas ensemble et souhaite fixer judiciairement les questions relatives au sort et à l'entretien des enfants. Les mesures protectrices de la famille apportent une réponse simple à la controverse²⁵⁷ quant aux conditions d'un prononcé sommaire par le juge civil chargé de statuer sur l'entretien et le sort d'enfants issus de parents non mariés.

cc. Mesures provisionnelles à l'occasion d'une procédure au fond

217 Le code comprend deux dispositions qui traitent des mesures provisionnelles à l'occasion d'une procédure au fond du droit de la famille. Il s'agit de l'art. 276 CPC relatif aux mesures provisionnelles en procédure de divorce et de l'art. 303 CPC consacré à diverses mesures provisionnelles dans les procédures d'aliments et en paternité. Si l'art. 276 CPC peut être maintenu sans modification pour le domaine du divorce, en revanche, nous proposons de reformuler l'art. 303 CPC afin de prendre en compte toutes les hypothèses entrant en considération dans les procédures indépendantes concernant les enfants. La nouvelle disposition, outre les mesures spécifiques concernant l'action en paternité (art. 299 al. 3 et 4 CPC proposé), prévoit que le juge prend les mesures provisoires nécessaires, un renvoi étant fait aux dispositions relatives aux mesures protectrices de la famille (al. 1). L'articulation entre les mesures protectrices de la famille et les mesures provisionnelles est également réglée, sur le modèle du droit du divorce²⁵⁸. L'art. 299 al. 2 CPC proposé dispose ainsi que les mesures ordonnées par le tribunal des mesures protectrices de la famille sont maintenues. Le tribunal saisi d'une demande au fond est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation. Afin d'éviter toute instrumentalisation procédurale consistant pour un parent à déposer une demande au fond visant à fixer le sort de l'enfant et son entretien à un autre for que celui du tribunal saisi d'une requête de mesures protectrices de la famille (art. 272^{bis} CC proposé), il convient à notre sens de prévoir dans le chapitre consacré aux procédures indépendantes concernant les enfants une disposition autorisant le tribunal saisi de la demande au fond à transférer celle-ci au tribunal compétent du for saisi d'une requête en protection de la famille si le bien de l'enfant le justifie (art. 301 CPC proposé). Dès lors, l'organisation de la vie séparée peut être réglée indépendamment d'une procédure au fond, tant pour les enfants issus de parents mariés ou non mariés. Si une procédure au fond est entamée, le juge saisi des mesures protectrices de la famille demeure compétent pour rendre son prononcé, de même que l'autorité d'appel. Une modification des mesures protectrices de la famille par des mesures provisionnelles suppose une évolution des faits : les circonstances de fait doivent avoir changé d'une manière essentielle et durable ou le juge a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (comp. ATF 129 III 60 c. 2).

²⁵⁷ TF, arrêt du 16 mars 2021, 5A_1006/2020, RSPC 2021 352.

²⁵⁸ Si la procédure de mesures protectrices est encore pendante au moment du dépôt de la demande en divorce, il appartient au tribunal des mesures protectrices de prendre en compte les novae dans son jugement, en tant qu'ils remplissent les conditions des art. 229 et 317 CPC (ATF 148 III 95, c. 4.2 et note de BOHNET/SAUL, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2022 ; TF, arrêt du 11 février 2022, 5A_120/2021, c. 5.2 : procédure en modification de mesures protectrices).

218 Les mesures provisionnelles prononcées en vert de l'art. 299 al. 1 CPC proposé perdurent jusqu'au prononcé au fond. Compte tenu du renvoi au régime des mesures protectrices de la famille (art. 299 al. 1 CPC proposé), il s'agit de mesures de réglementation modifiant les rapports entre parties en définissant à nouveau leurs droits et devoirs respectifs, et qui s'apparentent ainsi à un acte juridictionnel ordinaire²⁵⁹. Le principe devrait aussi désormais valoir pour les enfants majeurs²⁶⁰. Le jugement au fond ne peut pas revenir rétroactivement sur ces mesures²⁶¹. La situation est différente pour les mesures provisionnelles prises à l'occasion de la procédure en paternité²⁶².

3. Procédure accessible financièrement

a. Avance de frais

219 La réforme du Code de procédure civile du 17 mars 2023 portait en particulier sur une modification des règles en matière de frais, afin de garantir l'accès à la justice en supprimant les obstacles financiers²⁶³. L'avance de frais est limitée selon la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2025 à la moitié des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC). A l'appui de cette nouvelle règle, le Conseil fédéral relève qu'elle se justifie, ne serait-ce que par le fait que le risque lié aux frais est, dans l'abstrait, réparti par moitié entre le demandeur et le défendeur, de sorte que le demandeur devrait logiquement avancer seulement la moitié du montant prévisible des frais²⁶⁴. Comme dans le droit antérieur, la règle fixe un maximum, mais demeure pour le reste facultative, si bien que les tribunaux décident, en tenant compte des circonstances concrètes, si le demandeur doit avancer les frais et, le cas échéant, dans quelle proportion²⁶⁵.

220 Cette nouvelle règle s'applique en matière de procédure de droit de la famille, y compris pour les procédures sommaires visées aux art. 271, 276, 302 et 305, en vertu de l'art. 98 al. 2 let. c CPC (exception à l'exception prévue pour la procédure sommaire pour laquelle en principe l'avance de la totalité des frais demeure la règle). Cette exception à l'exception devrait également valoir pour les voies de droit (art. 98 al. 3 CPC proposé : l'avance de frais s'élève au maximum à la moitié des frais de justice présumés dans toutes les procédures familiales).

221 Si la limitation d'une avance à la moitié des frais judiciaires améliore l'accès au tribunal, il convient, compte tenu des intérêts en jeu dans les procédures de droit de la famille, de prévoir

²⁵⁹ Comp. pour les mesures provisoires prononcées durant la procédure de divorce, ATF 127 III 496, c. 3b/bb ; TF, arrêt du 3.5.2006, 5P.84/2006, c. 4.2.

²⁶⁰ L'ATF 137 III 586 c. 1.2 parvient à la conclusion inverse sous le régime de l'art. 281 al. 2 aCC.

²⁶¹ ATF 141 III 376, c. 3.3.4 ; ATF 142 III 193 c. 5.3 ; ATF 127 III 496, c. 3b/bb.

²⁶² ATF 138 III 333 : « Il ne s'agit pas là de mesures de réglementation – comme les mesures provisionnelles ordonnées en faveur d'un enfant mineur à l'égard duquel le lien de filiation est établi (art. 281 al. 2 aCC ; ATF 137 III 586 c. 1.2, avec les références) –, mais de mesures d'exécution anticipées (HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, 1994, n° 576 ss, avec les citations): si l'action est admise, les contributions provisionnelles versées «constitueront des à-valoir sur la créance de l'enfant», alors que, dans le cas inverse, «elles devront être remboursées au défendeur» (ATF 136 IV 122 c. 2.3 et la doctrine citée).

²⁶³ FF 2020 2622.

²⁶⁴ FF 2020 2649.

²⁶⁵ FF 2020 2649.

que cette avance peut être librement répartie entre les parties par le tribunal indépendamment de la partie qui a pris l'initiative de la procédure, et que l'enfant ne supporte une telle avance que dans des cas exceptionnels, au vu des circonstances particulières du cas d'espèce (art. 98 al. 3 CPC proposé).

b. Favorisation des accords

- 222 L'émergence de solutions concertées en procédure de droit de la famille est dans l'intérêt de toutes les personnes impliquées, en particulier des enfants mineurs particulièrement vulnérables dans ce type de litiges. Elle doit donc être favorisée par tous les outils procéduraux à disposition, à savoir non seulement par les dispositifs mis en place en matière d'initiation de la procédure et de tentative de conciliation à l'audience, mais également par une approche incitative sous l'angle des frais. Elle se justifie tout spécialement dans ce domaine, comme le démontre les dispositions adoptées par plusieurs cantons en cas de requêtes communes. Nous proposons dès lors de modifier l'intitulé de l'art. 109 CPC (frais en cas de transaction) et de le compléter par un alinéa 3 prévoyant qu'en cas d'accord avant la poursuite contradictoire de la procédure (donc après la fin de la phase de conciliation), les frais de justice s'élèvent au maximum à la moitié des frais dans les procédures de droit de la famille. Cette solution ne porte pas atteinte à la souveraineté des cantons en matière de frais, puisque ceux-ci demeurent compétents pour fixer le tarif et pour prévoir le cas échéant des dispenses de frais.

IX. Thema 5: Parteien im Verfahren, insbesondere Stellung und Schutz des Kindes

1. Kein klassisches Zweiparteienverfahren als Ausgangslage

- 223 Im geltenden Recht ist die Frage der Parteistellung in familienrechtlichen Verfahren nicht befriedigend geregelt. Das kontradiktorische Zweiparteienverfahren, das den Zivilprozess grundsätzlich charakterisiert (klagende gegen beklagte Partei) erweist sich für das Familienverfahren zum Teil als nicht ausreichend und unpassend.²⁶⁶ Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei einer Familienkonstellation mit Involvierung von Kindern nicht um ein klassisches Zweiparteienverhältnis handelt. Vielmehr müssen bei Neuregelung einer Komponente im Familienverfahren bei Involvierung von Kindern (Unterhalt, Betreuungssituation) die anderen Komponenten im Normalfall ebenfalls neu geregelt werden. Es besteht eine Interdependenz zwischen Unterhalt und Betreuungssituation, was seit der Einführung des Betreuungsunterhalts verstärkt gilt.²⁶⁷ Für eine Neuregelung dieser Fragen ist eine prozessuale Beteiligung aller auch materiell beteiligter Parteien (insbesondere beider Eltern) notwendig. Mehr als um den Entscheid über ein Zweiparteienverhältnis, in dem ein Obsiegen oder Unterliegen der einen oder anderen Partei im Vordergrund steht, handelt es sich

²⁶⁶ Vgl. auch SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 45b; ZÜRCHER, FamPra.ch 2024 (FN 10), 555 f.

²⁶⁷ Vgl. etwa AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 298b N 38; HERZIG/MEIER, Zivilprozessuale Fragen in familienrechtlichen Verfahren, in: Böhler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Zehnte Schweizer Familienrechtstage, 9./10. September 2022 in Zürich, Basel 2023, 219 f.

in familienrechtlichen Verfahren um die Neuregelung des Familiensystems, die im Vordergrund steht oder jedenfalls stehen sollte, und nicht um ein auf ein klassisches Obsiegen oder Unterliegen gerichtetes Verfahren. Dies kommt heute bereits im Kostenrecht zum Ausdruck, wo in Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO in Abweichung vom Unterliegerprinzip festgehalten wird, dass das Gericht die Kosten in familienrechtlichen Verfahren nach Ermessen verteilen kann. Zudem ist es notwendig, die Kindesinteressen im Verfahren ausreichend zu berücksichtigen, was bei minderjährigen Kindern aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit und ihrer fehlenden eigenen Prozessfähigkeit (Art. 67 ZPO) besonders gilt. Fragen hinsichtlich der Parteistellung stellen sich auch bei Verfahren um Volljährigenunterhalt. Zu untersuchen ist die Regelung der Parteistellung folglich für die Eltern (2.a), die minderjährigen Kinder (2.b) und die volljährigen Kinder (2.c) sowie für die Beteiligung des Gemeinwesens (2.d) und gegebenenfalls für die immer häufigeren Patchworkkonstellationen (2.e).

2. Parteistellung und Reformvorschläge

a. Stellung der Eltern

aa. Heutige Problematik insbesondere bei Unterhalts- und Vaterschaftsklagen

- 224 Die Beteiligung beider Elternteile in Verfahren betreffend ihre gemeinsamen Kinder ist nach der heutigen Rechtslage nicht in allen Konstellationen gewährleistet.²⁶⁸ Das rechtliche Gehör eines Elternteils ist verletzt, wenn ohne seine Verfahrensbeteiligung über Kinderbelange wie insbesondere die elterliche Sorge entschieden wird; diese Verletzung wiegt so schwer, dass das Bundesgericht in einem Fall gar von einem nichtigen Urteil ausgegangen ist.²⁶⁹ Diese mehr als unbefriedigenden Konstellationen lassen sich aber nach heute geltendem Recht nicht vermeiden. Der Grund dafür, dass solche Verfahren überhaupt möglich sind, liegt hauptsächlich darin, dass gewisse Verfahren von den Kindern selbst als Parteien eingeleitet werden können (gesetzlich vertreten durch einen Beistand oder einen Elternteil) und sich nur gegen einen Elternteil richten. Konsequenz ist, dass ein Elternteil nicht Prozesspartei ist.²⁷⁰ Dies betrifft primär die Vaterschaftsklage (Art. 261 Abs. 1 ZGB)²⁷¹ und Unterhaltsklagen (Art. 279 ZGB). Betroffen sind normalerweise Kinder unverheirateter Eltern, da bei (ehemals) verheirateten Eltern diese Klagen normalerweise nicht notwendig sind: Es besteht eine Elternschaftsvermutung des Ehegatten (Vaterschaftsvermutung nach Art. 255 ZGB, Mutterschaftsvermutung bei gleichgeschlechtlicher Ehe nach Art. 255a ZGB).

²⁶⁸ Vgl. etwa BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023; Botschaft ZPO 2020 (FN 194), S. 2769 f. (insb. Beispiel 1 auf 2770); SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 980 ff.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 127 ff.

²⁶⁹ Vgl. BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023.

²⁷⁰ Zur Problematik ausführlich SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 980 ff.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 127 ff.; ZOGG SAMUEL, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 1/2019, 1 ff, 22 ff.; SCHENK, Drittbetroffene und Nebenparteien im schweizerischen Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 330 ff.; vgl. auch BGE 145 III 436 E. 4; BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023.

²⁷¹ Vgl. zu den verschiedenen Statusklagen und den Verfahrensbeteiligten etwa SCHENK (FN 270), Rz. 332 ff.

Vaterschaftsklagen sind bei verheirateten Eltern deshalb grundsätzlich nicht notwendig, und Unterhaltsansprüche der Kinder werden bei verheirateten Eltern normalerweise im Rahmen von sog. Eltern- oder Verbundverfahren²⁷² (Eheschutz- und Scheidungsverfahren) geltend gemacht. Wenn die Eltern verheiratet sind, stellt das heutige Familienverfahrensrecht das Eheschutz- und Scheidungsverfahren zur Verfügung, welches die Eltern gegeneinander führen, und in welchem die Ansprüche der gemeinsamen minderjährigen Kinder geregelt werden (vgl. Art. 133, Art. 176 ZGB). Die Parteistellung beider Elternteile ist bei verheirateten Eltern damit normalerweise sichergestellt, diese Verfahren sind in der Praxis auch bewährt.

225 Anders ist die Rechtslage bei unverheirateten Eltern, und dies wird sich auch mit der vorgeschlagenen Einführung eines summarischen Familienschutzverfahrens zur Organisation der Trennung unverheirateter Eltern (vgl. oben II.) nicht ändern, da die betreffenden materiellen Klagen (Unterhaltsklage, Vaterschaftsklage) damit nicht obsolet werden (vgl. oben II.XX). Dass diese Verfahren von den Kindern selbst eingeleitet werden können, liegt im materiellen Recht begründet: Gewisse materiell-rechtliche familienrechtliche Ansprüche und Klagerechte stehen dem Kind selbst zu (Anspruch auf Kindesunterhalt, Art. 279 und Art. 289 Abs. 1 ZGB, und Möglichkeit zur Durchsetzung von Abstammungsklagen wie insbesondere der Vaterschaftsklage, vgl. Art. 252 ff. ZGB, insbesondere Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 260a Abs. 1 ZGB, Art. 261 Abs. 1 ZGB, Art. 269a Abs. 1 ZGB). Erhebt das Kind die Vaterschaftsklage, ist diese gegen den (Putativ-)Vater zu erheben (Art. 261 Abs. 2 ZGB), die Mutter muss nicht zwingend beteiligt sein am Verfahren. Das Gesetz schreibt allerdings gleichzeitig vor, dass das Gericht bei Gutheissung einer Vaterschaftsklage die elterliche Sorge neu regeln muss (Art. 298c ZGB; nach herrschender Lehre kann das Gericht auch die übrigen Kinderbelange regeln²⁷³). Auch bei Unterhaltsklagen ist häufig über weitere Kinderbelange wie die Obhut neu zu befinden (vgl. Art. 298d Abs. 3 ZGB).²⁷⁴ Dass in den Fällen, in denen das Kind als klagende oder beklagte Partei auftritt, häufig nur ein Elternteil beteiligt ist, ist hauptsächlich problematisch aufgrund des Gehörsanspruchs des nicht beteiligten Elternteils sowie aufgrund der erschwerten Sachverhaltsabklärung.²⁷⁵ Es hindert aber auch den Abschluss einer Einigung zwischen den Eltern, auf welche in Familienverfahren grundsätzlich hinzuwirken ist.²⁷⁶

226 Als veranschaulichendes Beispiel diene erneut die Vaterschaftsklage:²⁷⁷ In der Konstellation, in der das Kind (gesetzlich vertreten durch einen Beistand oder die Mutter) gegen den mutmasslichen Vater auf Feststellung der Vaterschaft klagt, ist das Gericht nach Art. 298c ZGB gehalten, in diesem Prozess zwischen Kind und Vater über die elterliche Sorge neu zu verfügen,

²⁷² Zum Begriff SPYCHER, BK ZPO (FN 13), Art. 295 N 9; ZOGG SAMUEL, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2/2017, 404 ff., 431 ff.

²⁷³ Vgl. SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I (FN 71), Art. 298c N 6 m.w.H.

²⁷⁴ Vgl. etwa AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB (FN 150), Art. 298b N 38. Es besteht in diesen Fällen heute eine Kompetenzattraktion zugunsten der Gerichte zur Beurteilung dieser sog. Annexverfahren anstelle der KESB (Art. 304 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB).

²⁷⁵ LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 127 f.; SCHENK (FN 270), Rz. 330 ff.

²⁷⁶ Vgl. SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 981; SCHENK (FN 270), Rz. 331.

²⁷⁷ Vgl. auch LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 998 ff.

die bei Einleitung des Verfahrens noch der Mutter allein zukommt. Es ist evident, dass der Mutter in dieser Konstellation volle Parteirechte zukommen müssten. Sie ist aber nicht Verfahrenspartei. Bis zum Inkrafttreten der revidierten ZPO am 1. Januar 2025 bestand keine Möglichkeit, die Mutter formell als Partei in das Verfahren einzubeziehen.²⁷⁸ Ob eine entsprechende Möglichkeit heute dank Art. 304 Abs. 2 ZPO besteht, ist gerade für die Vaterschaftsklage noch offen und jedenfalls nicht gesichert.²⁷⁹

bb. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 227 Das Bundesgericht hielt in einem im Jahr 2022 ergangenen unpublizierten Entscheid zu einer kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsklage deutlich fest, dass es grundsätzlich unhaltbar ist, in einem Verfahren ohne Prozessbeteiligung der Mutter über die elterliche Sorge neu zu befinden.²⁸⁰ Es geht gar davon aus, dass ein Entscheid, in dem über elterliche Sorge und Obhut entschieden wird, ohne dass die Mutter am Prozess beteiligt war, nichtig sei.²⁸¹ Die Stellung als gesetzliche Vertreterin im Prozess sei gemäss Bundesgericht nicht ausreichend für die Mutter, um ihre eigenen Rechte wahrnehmen zu können. Dies galt, obwohl die Mutter gemäss dem Obergericht als gesetzliche Vertreterin die Rechtsanwältin instruierte und eine von der Mutter verfasste Stellungnahme zu gewissen Verfahrensaspekten zu den Akten genommen wurde (das betroffene Kind war bei Verfahrenseinleitung noch nicht einmal einjährig).²⁸² Dieser Bundesgerichtsentscheid hat zu grosser Unsicherheit in der Praxis geführt, da die Nichtigkeitsfolge schwerwiegend ist und potentiell sehr viele Verfahren betrifft, die grundsätzlich alle nach den Vorgaben bzw. gemäss den überhaupt zur Verfügung stehenden Möglichkeiten des Prozessrechts geführt wurden. Der Entscheid ist zwar wohl als Ausreisser zu betrachten. Es lässt sich dem Entscheid insbesondere keine Auseinandersetzung mit der Problematik entnehmen, dass den Gerichten nach der heutigen gesetzlichen Lage unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung gar keine Möglichkeit zukommt, den fehlenden Elternteil in das Verfahren beizuladen respektive ihn formell zu beteiligen,²⁸³ und den Vorinstanzen im entsprechenden Fall somit keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Im Entscheid wird einzig mit Verweis auf BGE 145 III 436 E. 4 ausgeführt, dass in dieser Situation der förmliche Einbezug des betroffenen Elternteils in das Verfahren notwendig sei.²⁸⁴ Der referenzierte Entscheid enthält allerdings ebenfalls keine Ausführungen zu einer entsprechenden Beiladungsmöglichkeit in der ZPO und schaffte insbesondere auch nicht

²⁷⁸ Vgl. SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 984; ZOGG, FamPra.ch 2019 (FN 270), 22 f.; SCHENK (FN 270), Rz. 330; SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT/AMMANN DARIO, Die Beiladung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), in: Althammer Christoph/Schärfl Christoph (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen 2021, 1071 ff., 1078 ff.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 127 ff.

²⁷⁹ Vgl. sogleich Rz. 229 f.

²⁸⁰ BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023.

²⁸¹ BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023 E. 3.4.3.

²⁸² Vgl. BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023 E. 3.2.

²⁸³ Vgl. ausführlich LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 127 ff.; SUTTER-SOMM/SEILER/AMMANN, FS Roth (FN 278), 1078 ff.

²⁸⁴ BGer 5A_744/2022 vom 9. Juni 2023 E. 3.4.1.

richterrechtlich eine solche. Er statuiert einzig in einem *obiter dictum* die Notwendigkeit eines förmlichen Einbezugs des anderen Elternteils in das Verfahren, allerdings ohne weitere Ausführungen zu den gesetzlichen Möglichkeiten und der Machbarkeit.²⁸⁵

cc. Lösungsvorschläge in Lehre und kantonaler Praxis

- 228 In Lehre und kantonaler Praxis bestehen verschiedene Vorschläge und Herangehensweisen, wie das rechtliche Gehör des fehlenden Elternteils in diesen Prozessen gewahrt werden kann. Verschiedentlich wird von einer Gesetzeslücke ausgegangen.²⁸⁶ Diskutiert werden die Varianten einer Verfahrensbeteiligung mittels streitgenössischer Nebenintervention,²⁸⁷ einer Beiladung durch das Gericht²⁸⁸ und die Einräumung einer Partei- oder parteiähnlichen Stellung.²⁸⁹ Die kantonalen Gerichte scheinen bisher zu versuchen, die Situation so pragmatisch wie möglich zu lösen, und den fehlenden Elternteil gleichwohl und trotz fehlender gesetzlicher Grundlage in einer gewissen Form im Prozess zu beteiligen.²⁹⁰ Häufig geschieht dies durch freiwillige Gewährung aller Parteirechte und Aufnahme im Rubrum als «Mutter» bzw. «Vater» unter «übrige Verfahrensbeteiligte», weil es gesetzlich grundsätzlich nicht möglich ist, dem fehlenden Elternteil formelle Parteistellung zuzusprechen.²⁹¹ Diese pragmatische Handhabung scheint in den meisten Fällen zu funktionieren und ist im Ergebnis auch zu begrüßen. Sie kann sich aber auf keine gesetzliche Grundlage stützen, insbesondere sieht die ZPO keine «übrigen Verfahrensbeteiligten» und keine Aufnahme «übriger Verfahrensbeteiligter» in den Prozess von Amtes wegen vor.
- 229 In prozessualer Hinsicht zu berücksichtigen ist weiter, dass das minderjährige Kind grundsätzlich nicht prozessfähig ist (Art. 67 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 13 ZGB).²⁹² Es wird im Prozess deshalb vertreten durch einen gesetzlichen Vertreter (Art. 67 Abs. 2 ZPO), d.h. einen Inhaber der elterlichen Sorge (Art. 304 ZGB) oder einen Beistand. Diese Tatsache mildert in der Praxis die heute unbefriedigende Situation der Nichtbeteiligung eines Elternteils häufig ab, weil der fehlende Elternteil oft als gesetzlicher Vertreter fungiert und damit im Verfahren

²⁸⁵ BGE 145 III 436 E. 4.

²⁸⁶ SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 984; ZOGG, FamPra.ch 2019 (FN 270), 24; vgl. auch BGE 145 III 436, E. 4; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 130.

²⁸⁷ OGer SO ZKBER.2019.57 vom 14. November 2019 E. 3 = CAN 2020, 97 f.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 130 f.; ZOGG, FamPra.ch 2019 (FN 270), 23 f. (gar zwingendermassen); SCHENK (FN 270), Rz. 331.

²⁸⁸ LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 131 f.; SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 982; SCHENK (FN 270), Rz. 331.

²⁸⁹ SCHWEIGHAUSER JONAS/STOLL DIEGO, FamPra.ch 3/2018, 613 ff., 650.

²⁹⁰ Vgl. etwa KGer LU 3B 19 2 vom 5. Februar 2020 E.1.5 = CAN 2020, 99 f. = ius.focus 2020 Nr. 316; Beschluss des OGer ZH RZ170002 vom 29. August 2017 E. 7; vgl. auch BGer 5A_379/2020 vom 17. September 2020, E. 1; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 130; SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 981; SCHENK (FN 270), Rz. 331.

²⁹¹ Vgl. etwa OGer ZH, Leitfaden neues Unterhaltsrecht, Version Juli 2018, 22, abrufbar unter <https://perma.cc/VY3G-N23Y> (zuletzt besucht am 20. Oktober 2024), wonach im Falle der Kompetenzattraktion dem nicht eingeklagten Elternteil «zwingend das rechtliche Gehör in diesem Prozess gewährt werden» müsse. Sinnvoll erscheine es, diesen Elternteil schon zu Beginn des Prozesses als «übrige Verfahrensbeteiligte» (ausserhalb der Begriffswelt der ZPO) ins Rubrum aufzunehmen.

²⁹² Vgl. STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 67 N 7.

gleichwohl faktisch eine gewisse prägende Rolle spielt, wenn auch nicht als eigentliche Partei, und zum Teil in Ausübung (auch) eigener Interessen im Prozess. Diese Form der Quasi-Beteiligung des zweiten Elternteils ist bei einer gesetzlichen Vertretung durch einen Beistand nicht gegeben. Zudem ändert sie nichts an den obigen Ausführungen, da die Stellung der gesetzlichen Vertretung eben gerade nicht einer eigenständigen Parteirolle im Prozess entspricht.²⁹³

dd. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf trotz ZPO-Revision

- 230 Der vorgestellte Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2022 und die Notwendigkeit kreativer Lösungen an den kantonalen Gerichten zeigen deutlich auf, dass in dieser Frage gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Die Situation ist unbefriedigend.²⁹⁴

Diesen Handlungsbedarf hat der Gesetzgeber grundsätzlich bereits erkannt und in der ZPO-Revision Art. 304 Abs. 2 ZPO revidiert. Nach der neuen Version (in Kraft seit 1. Januar 2025) gilt, dass das Gericht im Fall einer Unterhaltsklage auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange entscheidet. «Steht das Kindesverhältnis fest, haben die Eltern Parteistellung. Das Gesetz kann die Parteirollen verteilen». Die Konstellation des angesprochenen Bundesgerichtsentscheids (BGer 5A_744/2022) sollte damit grundsätzlich gelöst sein, da seit 1. Januar 2025 eine Rechtsgrundlage für den förmlichen Beizug des fehlenden Elternteils im Prozess besteht. Ein förmliches Dreiparteienverfahren und die Schaffung einer neuen Form der Beiladung sollten allerdings nach Ansicht des Gesetzgebers vermieden werden.²⁹⁵

- 231 Auch diese Bestimmung löst allerdings nicht alle offenen Fragen und unbefriedigenden Konstellationen. Weiterhin nicht geregelt sind u.a.:

- die Rechtslage bei anderen Klagen als Unterhaltsklagen, insbesondere bei der Vaterschaftsklage (weil die Bestimmung erst zur Anwendung gelangt, sobald das Kindesverhältnis feststeht), auch wenn die Botschaft bei Vaterschaftsklagen eine «analoge» Anwendung vorschlägt;²⁹⁶
- die Stellung des Kindes nach Beitritt des anderen Elternteils in das Verfahren, d.h. ob das Kind in diesen Konstellationen Verfahrenspartei bleibt, respektive welche Verfahrensrechte dem Kind zukommen, das ursprünglich als Partei das Verfahren eingeleitet hat;²⁹⁷

²⁹³ Vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 515 ff.

²⁹⁴ Vgl. auch SCHNEIDER (FN 10), 58 ff.; SCHWEIGHAUSER/STOLL, FamPra.ch 2018 (FN 289), 650; SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 981, 984; SCHENK (FN 270), Rz. 331.

²⁹⁵ Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2770.

²⁹⁶ Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2770.

²⁹⁷ Vgl. SCHENK (FN 270), Rz. 331; ZÜRCHER, FamPra.ch 2024 (FN 10), 555; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 45c plädiert dafür, dass das Kind die Parteistellung behalten soll; ebenso ULLI JASMIN, Knacknuss: Einbezug beider Elternteile in den Kindesunterhaltsprozess, Jusletter vom 12. Februar 2024, Rz. 56; ähnlich STAEHELIN/VON MUTZENBECHER (FN 10), 829, wonach das Kind am Verfahren «analog zu Art. 297 ff. ZPO» beteiligt bleiben soll.

- ob die «weiteren Kinderbelange» bereits zu Beginn des Verfahrens strittig sein müssen, damit der fehlende Elternteil zur Verfahrenspartei wird (Grund für die Unklarheit ist ein Beispiel in der Botschaft)²⁹⁸ bzw. ob die Möglichkeit besteht, den fehlenden Elternteil allenfalls später in das Verfahren einzubeziehen, sobald die weiteren Kinderbelange strittig werden;
- wie diese Form der Prozessbeteiligung im dogmatischen Gefüge der Prozessordnung einzuordnen ist und mit welchen Konsequenzen sie folglich einhergeht;²⁹⁹
- ab wann der andere Elternteil zur Partei wird;
- ob die Parteistellung von Gesetzes wegen automatisch entsteht, oder es hierfür eine («Beiladungs-»)Verfügung des Gerichts braucht;³⁰⁰
- welches die Kostenfolgen sind und ob z.B. vom zweiten Verfahrensbeteiligten ein Kostenvorschuss verlangt werden darf;
- ob die Bestimmung auch als Grundlage zur Verfahrensbeteiligung beider Elternteile in Volljährigenunterhaltsprozessen dient.³⁰¹

232 Auch nach der Revision ZPO bestehen somit weiterhin viele ungelöste Fragen im Hinblick auf die Parteistellung der Eltern bei Streitigkeiten über Kinderbelange bei unverheirateten Eltern.

ee. Reformvorschlag zur Stellung der Eltern

233 Angesichts des Gesagten wird auf verfahrensrechtlicher Ebene vorgeschlagen, die in Art. 304 Abs. 2 ZPO per 1. Januar 2025 eingeführte Verfahrensbeteiligung beider Elternteile bei Unterhaltsstreitigkeiten auf alle Kinderbelange bei minderjährigen Kindern auszudehnen, d.h. insbesondere auch auf Statusprozesse wie die Vaterschaftsklage (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag). Unseres Erachtens sollte die Regelung eine Verfahrensbeteiligung beider Elternteile für die Regelung aller Kinderbelange vorsehen, unabhängig von der Person, die das Verfahren eingeleitet hat, und unabhängig von der materiellen Berechtigung für die Kinderbelange. Diese Verfahrensbeteiligung sollte von Anfang des Verfahrens an und umfassend gelten, d.h. auch für die Fälle, wo zu Beginn Unterhaltsansprüche isoliert umstritten erscheinen (Beispiel 2 der Botschaft ZPO 2020³⁰²). Die bei Kinderbelangen geltende Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO, vgl. Art. 271d Abs. 2 ZPO-Vorschlag) bewirkt, dass das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist und die Angemessenheit der neuen Lösung und die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl umfassend zu beurteilen hat. Aufgrund der Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime sind neue Anträge der Parteien sodann auch noch in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens möglich (vgl. Art. 227, Art. 230, Art. 229 Abs. 3,

²⁹⁸ Vgl. das zweite Beispiel der Botschaft 2020 (FN 194), 2770 und kritisch ZÜRCHER, FamPra.ch 2024 (FN 10), 552 ff.

²⁹⁹ SCHENK (FN 270), Rz. 331.

³⁰⁰ Wobei in der Botschaft explizit darauf hingewiesen wird, dass von einer förmlichen Beiladung oder von einem drei Parteienverfahren abgesehen werden sollte, vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2770.

³⁰¹ LÖTSCHER CORDULA/DUMMERMUTH RAPHAEL, Volljährigenunterhalt in Zivilprozess und Vollstreckungsverfahren, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Prozessrisiken im Familienrecht, Vorsorgeausgleich – Unterhalt – Kinder – Bezüge zum Erbrecht, 12. Symposium zum Familienrecht, Universität Freiburg, Zürich/Genf 2024, 47 ff., 57 f.

³⁰² Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2770.

Art. 317 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind bis zur Urteilsberatung der zweiten Instanz uneingeschränkt zu berücksichtigen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO und Art. 317 Abs. 1^{bis} revZPO). Es muss deshalb jederzeit in einem Verfahren betreffend Kinderbelange damit gerechnet werden, dass geänderte Tatsachen zu berücksichtigen sind, und es muss jederzeit damit gerechnet werden, dass auch bei einer «reinen» Unterhaltsklage weitere Kinderbelange strittig werden. Zudem ist zur Berechnung von Unterhaltsansprüchen grundsätzlich die Leistungsfähigkeit beider Elternteile relevant und sind deshalb die Informationen der anderen Elternteile ebenfalls zu berücksichtigen. Eine Einigung zwischen den Eltern über die Neuregelung des Gesamtsystems sollte jederzeit in einem solchen Verfahren möglich sein.

- 234 Sinnvollerweise ist ein Familienverfahren betreffend Kinderbelange somit immer unter Beteiligung beider Elternteile zu führen. Dies wird durch die vorgeschlagene Bestimmung geklärt, wonach beide Eltern Verfahrenspartei sind, sobald Anordnungen über ein Kind zu treffen sind. Gesetzessystematisch wäre der heutige Art. 304 Abs. 2 ZPO (angehängt an die Kompetenzattraktion zugunsten der Gerichte) für diese Regelung nicht ideal. Sinnvoller erscheint eine Regelung im Rahmen der Allgemeinen Bestimmungen bei Kinderbelangen (heute 1. Kapitel des 7. Titels der ZPO, Art. 295–301a ZPO, neu 1. Kapitel des 6. Titels, 2. Abschnitt, Familienverfahren mit Kindern, Art. 271d–271k ZPO-Vorschlag; vgl. Art 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag).
- 235 Es erscheint sodann sinnvoll, im Gesetz zu verankern, dass es sich bei Familienverfahren um Verfahren handelt, in welchen beide respektive alle Parteien die Möglichkeit haben müssen, ihre eigenen Anträge zu stellen, unabhängig davon, wer das Verfahren eingeleitet hat (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag). Dies bedeutet, dass die Gegenseite eigene Anträge stellen darf, ohne formell eine Widerklage erheben zu müssen (sog. *actio duplex*).³⁰³ Die Begründung dafür liegt im materiellen Recht: Zur Neuregelung und Auflösung der entsprechenden Rechtsverhältnisse sind Anträge beider Seiten zuzulassen – im Vordergrund steht die Neuregelung eines Gesamtsystems. Soweit ersichtlich ist heute für den Eheschutz³⁰⁴, die Scheidungsklage und die Regelung der Scheidungsnebenfolgen,³⁰⁵ die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZPO) und die Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a ff. ZPO) von einem Grossteil der Lehre und Rechtsprechung dieser doppelseitige Charakter der Klagen

³⁰³ BURRI (FN 3), Rz. 11, 20 ff., 139; BOHNET, FS Guilloid (FN 3), 123 f.

³⁰⁴ BURRI (FN 3), Rz. 47; CdJ GE C/8150/2020 ACJC/1033/2022 vom 8.8.2022 E. 3.1.8; KGer FR 101 2021 360 vom 22.3.2022 E. 2.2.1; OGer ZH LE180036-O/U vom 19.12.2018 E. 2; KGer SZ KG 278/93 RK1 (SZ) vom 24.10.2003 E. 4.d, in: EGV-SZ 2003 A. 3.2 zur Rechtslage vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO; ARNDT CHRISTINE, Noven im familienrechtlichen Zivilprozess, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.) 9. Symposium zum Familienrecht 2017, 138 f.; ausführlich BOHNET, FS Guilloid (FN 3), 134 f.; BOHNET, Art. 273 N 11, in: Bohnet François/Guilloid Olivier (Hrsg.), Commentaire pratique Droit matrimonial, Basel 2016 (zit. BEARBEITER/IN, CPra Matrimonial); ENGLER, OFK ZPO (FN 160), Art. 224 N 3; STALDER/VAN DE GRAAF, KUKO ZPO (FN 159), Art. 273 N 4; SUTTER-SOMM/SEILER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 58 N 13, Art. 224 N 3; TAPPY, CR CPC (FN 9), Art. 273 N 22; WILLISEGGER, BSK ZPO (FN 133), Art. 224 N 28, Art. 227 N 16; vgl. OGer ZH RE190009 vom 19.8.2019 E. 2b und im Ergebnis E. 2c/2; BOHNET, FS Guilloid (FN 3), 125; SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 984.

³⁰⁵ LAURENT, BK ZPO (FN 13), Art. 221 N 14; STALDER CHRISTIAN, Rechtsbegehren in familienrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 1/2014, 43 ff., 58; BURRI (FN 3), Rz. 289, 296 ff.

anerkannt.³⁰⁶ Umstritten ist die Anwendbarkeit für die Klagen auf Regelung der Kinderbelange nach Art. 295 ff. ZPO.³⁰⁷ Die Anwendbarkeit der *Offizialmaxime* bei Kinderbelangen, wonach das Gericht an die Parteianträge nicht gebunden ist, unterstreicht die Zulässigkeit eigener Anträge auch des anderen Elternteils in diesen Bereichen.³⁰⁸ Es würde unseres Erachtens zur Klärung des Verständnisses von Familienverfahren als Verfahren zur Neuregelung eines Gesamtsystems mit verschiedenen Beteiligten beitragen, wenn die Befugnis zum Stellen eigener Anträge beider Elternteile unabhängig von der klassischen Parteistellung im Familienverfahrensrecht normiert wäre. Es wird deshalb eine Bestimmung vorgeschlagen, in der das Antragsrecht der Beteiligten unabhängig von der Einleitung des Verfahrens normiert wird (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag).

- 236 Um das Risiko der fehlenden Verfahrensbeteiligung eines Elternteils bereits aufgrund der Ausgestaltung der im materiellen Recht geregelten Klagen abzumildern, sollten zusätzlich Ergänzungen von Art. 261 ZGB (Vaterschaftsklage) und Art. 279 ZGB (Kindesunterhaltsklage) vorgenommen werden. In Art. 261 Abs. 1 ZGB sollte geregelt werden, dass sich die durch das Kind allein eingereichte Vaterschaftsklage entsprechend der Rechtslage bei Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 Abs. 2 ZGB) nicht nur gegen den (Putativ-)Vater, sondern auch gegen die Mutter zu richten hat. Art. 279 ZGB, der das Klagerecht des Kindes normiert, sollte sodann dahingehend ergänzt werden, dass dieses Klagerecht während der Minderjährigkeit durch die gesetzliche Vertretung geltend gemacht wird (vgl. insbesondere unten 2.b.ee, Reformvorschläge zur Stellung der minderjährigen Kinder).

b. Minderjährige Kinder

- 237 Die Rolle der minderjährigen Kinder in Familienverfahren ist heute nicht befriedigend geregelt. Es bestehen Unterschiede zwischen der Rolle von Kindern unverheirateter und (ursprünglich) verheirateter Eltern im Verfahren. Während in eherechtlichen Verbundverfahren die Eltern grundsätzlich als sogenannte Prozessstandschafter für die Kinder auftreten und deren Interessen im Prozess wahrnehmen, und die Kinder grundsätzlich nicht selbst als Parteien auftreten (vgl. sogleich aa., bb.), sind Kinder bei unverheirateten Eltern häufig selbst Parteien im Verfahren (vgl. cc., dd.). Die Stellung der Kinder im Verfahren sollte sich unseres Erachtens aber nicht danach unterscheiden, ob die Eltern verheiratet sind bzw. waren oder nicht, sofern dies nicht aufgrund des Verfahrensgegenstands sachlich gerechtfertigt ist.³⁰⁹ Die Stellung des Kindes sollte grundsätzlich unabhängig vom Zivilstand der Eltern einheitlich gehandhabt und geklärt werden. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

³⁰⁶ BURRI (FN 3), Rz. 47 m.w.H.; BOHNET, FS Guillod (FN 3), 125.

³⁰⁷ Befürwortend BURRI (FN 3), Rz. 305 m.w.H.; SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 981, 984; ZOGG, FamPra.ch 2019 (FN 270), 12, 14; wohl auch KGer LU 3B 19 2 vom 5. Februar 2020 E. 1.5; Mit anderer Begründung BOHNET, FS Guillod (FN 3), 136, wonach die analoge Anwendung der *actio duplex* auf den Kindesunterhalt oder die Betreuungsanteile bei unverheirateten Eltern aufgrund der Geltung der *Offizialmaxime* nicht notwendig ist.

³⁰⁸ Ebenso BOHNET, FS Guillod (FN 3), 136.

³⁰⁹ Zu denken ist an Abstammungsklagen, vgl. sogleich 249 ff.

aa. Elterliche Verbundverfahren (insbesondere Eheschutz, Scheidung)

- 238 Das Kind ist in Eheschutz- und Scheidungsverfahren gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Ansicht in der Lehre keine klassische Verfahrenspartei, d.h. es ist weder Haupt- noch Gegenpartei.³¹⁰ Dem Kind kommt eine prozessuale Stellung *sui generis* zu,³¹¹ es ist «Partei eigener Art».³¹² Nicht restlos geklärt ist, ob ein Kind in dieser Eigenschaft als Partei eigener Art selbst eine gewillkürte Vertretung beiziehen kann; die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist diesbezüglich nicht eindeutig.³¹³ Klar ist, dass das Gericht dem Kind gestützt auf Art. 299 f. ZPO eine Kindesvertretung bestellen kann und dass das urteilsfähige Kind gem. Art. 299 Abs. 3 ZPO einen Anspruch auf die Anordnung einer Kindesvertretung hat. Ob das Kind damit zur eigentlichen Hauptpartei im Verfahren wird, ist wiederum umstritten, wenngleich zu Recht darauf hingewiesen wird, dass es sich um eine weitgehend dogmatische Streitfrage handelt.³¹⁴ Umstritten ist auch, ob die Kindesvertretung im Verfahren die subjektiven Kindesinteressen vertritt,³¹⁵ oder ob sie die objektiv im Sinne des Kindeswohl verstandenen Interessen im Prozess einbringt (so das Bundesgericht; vgl. zur Kindesvertretung auch oben Rz. 135 ff.)³¹⁶.
- 239 Auf die Einführung einer formellen, eigentlichen Parteistellung nach dem klassischen zivilprozessualen Verständnis von klagenden und beklagten Haupt- und Nebenparteien für das

³¹⁰ BGE 142 III 153 E. 5.2.2 m.w.H.; BGer 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.1; MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 298 N 1 und Art. 300 N 2 ff., 5; SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Vor Art. 295–304 N 29a; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 44 mit Einschränkung N 45; SUTTER-SOMM (FN ...), Rz. 1284; LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 938 ff.; ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 436; a.A. HERZIG CHRISTOPHE A., Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich/Basel/Genf 2014, 147 ff., 158 m.w.H.

³¹¹ BGE 142 III 153 E. 5.2.2.

³¹² BGE 142 III 153 E. 5.2.4.

³¹³ Vgl. BGE 142 III 153 E. 2.3.3, wonach das «Kind in seiner Eigenschaft als Partei eigener Art meist auch keine gewillkürte Vertretung beiziehen» könne; vgl. jüngst zur Urteilsfähigkeit eines 15-jährigen Kindes im Zusammenhang mit der Befugnis, einen gewillkürten Vertreter zu mandatieren, um eine Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB anzufechten BGer 5A_823/2022 E. 3, SZZZP 1/2024, 30.

³¹⁴ Für die Stellung als Hauptpartei im formellen Sinn bei Bestellung einer Kindesvertretung MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 300 N 5; SCHWEIGHAUSER JONAS, FamPra.ch 2/2016, 540 ff., 556; befürwortend auch SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 45 m.w.H. mit Verweis auf die dogmatische Natur der Streitfrage in N 45a; a.A. SPYCHER, BK ZPO (FN 13), Art. 299 N 13; ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 429 ff.; DIGGELMANN PETER/ISLER MARTINA, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, SJZ 6/2015, 141 ff., 147 (das Kind wird erst Partei, wenn es einen ablehnenden Entscheid des Gerichts auf Einsetzung einer Kindesvertretung mit Beschwerde anfechtet).

³¹⁵ So etwa SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2016 (FN 314), 554 ff. m.w.H.; kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch etwa MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6. Aufl., Zürich 2019, Rz. 750 ff.; SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 300 N 5; SCHREINER JOACHIM/SCHWEIGHAUSER JONAS, Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 3/2002, 524 ff., 528; BGE 142 III 153 E. 5.2.1 m.w.H.; BLUM STEFAN/WEBER KHAN CHRISTINA, Der «Anwalt des Kindes» - eine Standortbestimmung, ZKE 1/2012, 32 ff., 42; BÄHLER DANIEL, Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB, ZVW 3/2001, 187 ff., 191; LEVANTE PATRIZIA, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - die Vertretung des Kindes im Besonderen, Bern 2000, 166; FLEISCHER/SCHWANDER, OFK ZPO (FN 160), Art. 300 N 4.

³¹⁶ BGE 142 III 153 E. 5.2.2 m.w.H.

Kind in allen Familienverfahren ist weiterhin zu verzichten. Eine materielle Betrachtungsweise der starken Betroffenheit des Kindes indiziert, dass dem Kind in diesen Verfahren eine Parteistellung besonderer Art zukommt, die aber nicht mit allen Konsequenzen der klassischen zivilprozessualen Parteistellung einhergeht.³¹⁷

- 240 Hat das Kind keine klassische Parteistellung, ist eine prozessuale Repräsentation notwendig, damit seine Ansprüche im Prozess wirksam durchgesetzt werden können. Diese prozessuale Repräsentation nehmen in Eheschutz- und Scheidungsverfahren die Eltern als sog. Prozessstandschafter wahr.³¹⁸ Prozessstandschafter handeln in einem Prozess für den materiell Berechtigten oder Verpflichteten in eigenem Namen als Partei, ohne selbst materiell berechtigt oder verpflichtet zu sein.³¹⁹ Die Befugnisse der Eltern zur Wahrung der Kindesinteressen in Eheschutz- und Scheidungsverfahren als Prozessstandschafter ist gestützt von Art. 133 Abs. 1 und Art. 176 Abs. 1 und 3 ZGB umfassend anerkannt.³²⁰
- 241 Dem Kind kann in den Elternverfahren heute zusätzlich ein Beistand nach Art. 306/308 ZGB oder eine Kindesvertretung nach Art. 299 f ZGB zur Seite gestellt werden. Die Abgrenzung dieser beiden zur Verfügung stehenden Institute bzw. Vertretungsmöglichkeiten für Kinder ist nicht gänzlich klar.³²¹ Es ist aber gleichwohl angezeigt, beide Institute beizubehalten. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht hier primär in der Klärung der Rolle der Kindesvertretung (Art. 271i und Art. 271j ZPO-Vorschlag). Hier sollte unseres Erachtens verdeutlicht werden, dass die Kindesvertretung bei urteilsfähigen Kindern verpflichtet sein sollte, den sorgfältig abgeklärten subjektiven Kindeswillen in den Prozess einzubringen.³²² Damit soll nicht eine explizite Abkehr vom ausführlich begründeten BGE 142 III 153 E. 5.2 stattfinden, der die Aufgabe der Kindesvertretung so versteht, dass diese Anträge im Sinne des objektiven und nicht des subjektiven Kindeswillens stellen soll.³²³ Die Kindesvertretung dazu verpflichten, *nur* Anträge im Sinne des subjektiven Kindeswillens stellen zu dürfen, würde zu weit gehen und zu Unklarheiten führen, insbesondere in Bezug auf die Befugnisse bei noch

³¹⁷ Vgl. im Ergebnis ebenso, wenn auch in der Begrifflichkeit anders BGE 142 III 153 E. 5.2.2; ähnlich wie hier MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 300 N 5; DIGGELMANN PETER, Das Kind ist rot zu schreiben, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 108 ff.

³¹⁸ LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 109 ff.

³¹⁹ STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2024, § 13 Rz. 24 ff.; LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 1 ff., 46 ff. m.w.H.; vgl. auch BOHNET FRANÇOIS, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, SZP 5/2017, 465 ff., 485.

³²⁰ Vgl. etwa BGE 129 III 55 E. 3.1.3 m.w.H.; BGE 109 II 371 E. 4; BGE 107 II 465 E. 6b; BGer 5A_287/2012 vom 14. August 2012 E. 3.1.3 m.w.H.; BGer 5A_104/2009 vom 19. März 2009 E. 2.2; vgl. auch BGE 142 III 78 E. 3.2 und BGE 136 III 365 E. 2 ohne Differenzierung nach der Art des Verfahrens; vgl. weiter LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 934; BOHNET FRANÇOIS/PERCASSI MARIE-LAURE, La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (Prozessstandschaft) dans les procédures du droit de la famille, FamPra.ch 3/2021, 638 ff., 643 ff.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 107 ff.

³²¹ Vgl. LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 125 f.

³²² In diesem Sinne respektive gar noch weitergehend SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2016 (FN 314), 554 ff. m.w.H.; SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 300 N 5a ff.; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER FamPra.ch 2002 (FN 315), 528 f.

³²³ Vgl. für Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Hinweise in Fn. 322.

nicht urteilsfähigen Kindern, wo eine dergestalt zuverlässige Bildung eines Willens noch gar nicht erfolgen kann.³²⁴ Vorgeschlagen wird aber, die Bestimmungen über die Kindesvertretung dadurch zu ergänzen, dass die Kindesvertretung verpflichtet ist, den Willen des *urteilsfähigen* Kindes in den Prozess einzubringen (Art. 271j Abs. 2 ZPO-Vorschlag).

- 242 Ein weitergehender gesetzlicher Handlungsbedarf besteht unseres Erachtens in Bezug auf die Stellung von Kindern in den elterlichen Verbundverfahren (Eheschutz resp. neu Familienschutz und Scheidung) nicht. Insbesondere besteht auch aufgrund des Schutzes des Kindes keine Notwendigkeit, Kindern in Elternverfahren vollumfängliche, klassische Parteistellung im Sinne des kontradiktorischen Zivilprozesses zuzugestehen. Diese Stellung wäre mit einer zu grossen psychologischen Last für das Kind (Verantwortlichkeit für den Prozessausgang, verstärkte Loyalitätskonflikte) und im Vergleich zur heutigen Situation keinen ersichtlichen Vorteilen verbunden, weshalb darauf zu verzichten ist.
- 243 Das Kind verfügt in den elterlichen Verbundverfahren über eine besondere prozessuale Stellung, die es ihm erlaubt, sich in den Prozess einzubringen.³²⁵ Das Kind ist im Prozess anzuhören (Art. 298 ZPO, entsprechend Art. 271h ZPO-Vorschlag)³²⁶ und es sind ihm Entscheide zu eröffnen, wenn es das 14. Altersjahr vollendet hat (Art. 301 lit. b ZPO, entsprechend Art. 271k ZPO-Vorschlag). Der Zeitpunkt der Kindesanhörung wird vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Daran ist auch festzuhalten. Für den Schutz der Kinder erscheint allerdings zentral, dass die Kinder nicht über das Gericht vom Elternkonflikt erfahren, d.h. dass nicht die Vorladung zur Kindesanhörung in einem Zeitpunkt zugestellt wird, wo das Kind allenfalls noch nicht über den rechtshängigen Elternkonflikt informiert ist; diesbezüglich typischerweise gefährdet sind Eheschutzverfahren. Das Gericht sollte sich vor der Vorladung zur Kindesanhörung auf geeignete Weise darüber versichern, dass das Kind bereits über den Elternkonflikt informiert ist (Art. 271h ZPO-Vorschlag), etwa durch entsprechendes Nachfragen bei den Eltern. Umstritten ist, ob sich die Stellung des Kindes im Prozess mit Anordnung einer Kindesvertretung nach Art. 299 f. ZPO zu einer eigentlichen Parteistellung ändert; es handelt sich aber um eine dogmatische Streitfrage,³²⁷ welche nicht mittels einer Gesetzesänderung zu klären ist. Darüber hinaus gelten umfassend die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime, und das Gericht ist verpflichtet, das Kindeswohl von Amtes wegen zu wahren (Art. 296 ZPO, vgl. entsprechend Art. 271d ZPO-Vorschlag).³²⁸ Darüber hinaus wird das rechtliche Gehör des Kindes durch die gesetzliche Vertretung, die allfällige Kindesvertretung und mittels Kindesanhörung gewahrt (Art. 271f ZPO-Vorschlag).

³²⁴ Gl. LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 125 f.

³²⁵ BGer 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.1; ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 404 ff., insb. 435 ff.

³²⁶ Vgl. zur Kinderanhörung BGE 146 III 203 E. 3.3.2; BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1; BGE 131 III 553 E. 1; BGer 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.1.

³²⁷ Befürwortend SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 45 m.w.H. mit Verweis auf die dogmatische Natur der Streitfrage in N 45a.

³²⁸ JEANDIN, CR CPC (FN 9), Art. 296 N 6, 19; zur Officialmaxime BGer 5A_524/2017 E. 3.1; zur Untersuchungsmaxime SUTTER-SOMM/SEILER, CHK ZPO (FN 9), Art. 296 N 2 m.w.H.

Im (durch den Kindesvertreter eingeleiteten) Rechtsmittelverfahren kann das Kind als Gegenpartei der Eltern auftreten.³²⁹ Es erscheint darüber hinaus nicht notwendig, minderjährigen Kindern in den elterlichen Verbundverfahren eine förmliche Parteistellung zukommen zu lassen. Zum Teil wird postuliert, die letzte ZPO-Revision hätte zum Anlass genommen werden sollen, das eigentliche Dreiparteienverfahren zumindest für die weiteren Kinderbelange im Rahmen des Annexverfahrens ins Gesetz aufzunehmen und im Detail zu regeln.³³⁰ Es erweist sich unseres Erachtens nicht als notwendig, in der ZPO ein eigentliches Dreiparteienverfahren einzuführen und dieses in allgemeiner Weise zu regeln. Vielmehr sollte das Verfahren im Bereich des Familienrechts der speziellen Konstellation von Familien gerecht werden. In den familienrechtlichen Verfahren, in denen Kinderbelange zu regeln sind, sollte unseres Erachtens grundsätzlich immer die gesamte Familie als «verfahrensbeteiligt» gelten. Die Rechte, die sich aus dieser Verfahrensbeteiligung ergeben, sollten sich aus der Zivilprozessordnung klar ableiten lassen. Insbesondere ist die Verfahrensbeteiligung der Kinder nicht einer klassischen Parteistellung von Verfahrensbeteiligten etwa in einem Forderungsprozess gleichzustellen. Rechnung zu tragen ist dabei der Schutzbedürftigkeit der minderjährigen Kinder und der ganz besonders abhängigen Rolle der Kinder in den familienrechtlichen Verfahren. Die Diskussion, ob dem Kind eine Parteistellung mit besonderer Ausgestaltung zukommt, oder ob dem Kind eine Stellung *sui generis* mit besonderer Ausgestaltung im Prozess zukommt, ist hauptsächlich begrifflicher Natur, sofern Einigkeit besteht über diese besondere Ausgestaltung. Es interessieren also primär die Ausgestaltung und die Konsequenzen der Stellung des Kindes im Verfahren, nicht die Definition als «Partei» oder als «Stellung *sui generis*».

bb. Abänderungsklagen bei Scheidung und Eheschutz

- 245 Eine aktive und passive Prozessstandschaft der Inhaber der elterlichen Sorge für Abänderungsklagen betreffend Ansprüche der Kinder ist grundsätzlich anerkannt, d.h. die Eltern sind befugt, Abänderungsverfahren des Scheidungsurteils gegeneinander zu führen, auch betreffend die Ansprüche der Kinder.³³¹ Im Einzelnen umstritten ist die (Partei-)Stellung des Kindes in Abänderungsverfahren. Das urteilsfähige minderjährige Kind darf gestützt auf Art. 134 ZGB die Abänderung des Scheidungsurteils im Hinblick auf die elterliche Sorge verlangen. Nach herrschender Ansicht kommt ihm in diesem Fall Parteistellung im

³²⁹ MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 299 N 5; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 45; STECK DANIEL, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, AJP 12/1999, 1558 ff., 1560; HERZIG CHRISTOPH A., Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Freiburg i.Ue./Zürich 2012, Rz. 142 ff.; BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018, Kap. 19 Rz. 31; a.M. BGer 5A_721/2018 vom 6. Juni 2019 E. 2.4.: gemäss Bundesgericht verfügt das Kind aber über eine besondere prozessuale Stellung, die es ihm erlaubt, sich in den Prozess einzubringen; vgl. ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 404, 429.

³³⁰ ZÜRCHER, FamPra.ch 2024 (FN 10), 556.

³³¹ BGE 136 III 365 E. 2.2 (passive Prozessstandschaft); BGer 5A_880/2020 vom 4. Januar 2022 E. 2.3.3 (aktive Prozessstandschaft); BÜCHLER/CLAUSEN, FamKomm Scheidung (FN 3), Art. 134 mit Art. 315a/b N 77; BOHNET/PERCASSI, FamPra.ch 2021 (FN 320), 638, 643; FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 134 N 5c; MEIER/STETTLER (FN 315), Rz. 1518.

Abänderungsprozess zu.³³² Das urteilsfähige Kind kann auch auf Abänderung der Obhut oder des persönlichen Verkehrs klagen; dieses Recht des Kindes ergibt sich aus Art. 12 UN-KRK.³³³ Für Abänderungsverfahren, in welchen einzig die Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen strittig ist, ist die Parteistellung umstritten. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen davon aus, dass eine parallele Prozessführungsbefugnis von Kind und Inhaber der elterlichen Sorge vorliegt, d.h. dass das Kind oder die Eltern Prozessparteien sein können.³³⁴ Ein anderer Teil der Lehre geht davon aus, dass einzig die Eltern Parteien des Verfahrens sind,³³⁵ ein weiterer Teil gesteht dem Kind ein eigenes, die Parteistellung vermittelndes Klagerecht zu, ohne sich zur allfälligen (parallelen) Prozessführungsbefugnis der Eltern zu äussern.³³⁶ Die Befugnis des Kindes, die Abänderung von Eheschutzmassnahmen selbst als Partei geltend machen zu können, ist gestützt auf den Wortlaut von Art. 179 ZGB wohl zu verneinen.³³⁷

- 246 An diesem System kann grundsätzlich weiterhin festgehalten werden. Es ist nicht zu beanstanden, wenn dem Kind parallel zu den Eltern die Befugnis zur Einleitung gewisser Abänderungsverfahren zukommt, zumal dies auch ein Tätigwerden eines allfälligen Beistands ermöglicht. Gleichzeitig ist es aber auch hier notwendig, dass beide Eltern am Verfahren beteiligt sind. Auch Abänderungsverfahren sollten grundsätzlich unter Beteiligung beider Elternteile geführt werden. Die vorgeschlagene Bestimmung, wonach bei Verfahren betreffend Kinderbelange immer von Gesetzes wegen beide Elternteile Parteistellung haben sollen, soll dies sicherstellen (vgl. Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag).

³³² Vgl. BGer 5A_313/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 8, jedoch bloss betreffend die Kostenverteilung; BÜCHLER/CLAUSEN, FamKomm Scheidung (FN 3), Art. 134 mit Art. 315a/b N 4; DUSS JACOBI VANESSA/MARRO PIERRE-YVES, Klagen und Rechtsbehelfe im Zivilrecht, 2. Aufl., Basel 2023, Rz. 7.257; FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 134 N 5a; GASSER/FREIBURGHaus, CHK ZGB (FN 86), Art. 134 N 2; HARTMANN, CHK ZGB (FN 86), Art. 286 N 3; HELLE, CPra Matrimonial (FN 304), Art. 134 ZGB N 7; HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren (FN 329), Rz. 144; NUSSBAUMER-LAGHZAOU, Art. 134 N 9, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana, Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC, 2. Aufl., Basel 2023; SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Vor 295–304 N 29a; SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 299 N 43; SEILER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 284 N 18; STECK DANIEL/SCHWEIGHAUSER JONAS, FamPra.ch 4/2010, 800 ff., 813; ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 448.

³³³ BÜCHLER/CLAUSEN, FamKomm Scheidung (FN 3), Art. 134 mit Art. 315a/b N 6; DUSS JACOBI/MARRO (FN 332), Rz. 7.258; FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 134 N 5c; GASSNER/FREIBURGHaus, CHK ZGB (FN 86), Art. 134 N 4; HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren (FN 329), Rz. 144.

³³⁴ BGE 136 III 365 E. 2.2; BGE 90 II 351 E. 3; BGer 5A_880/2020 vom 4. Januar 2022 E. 2.3.3; vgl. auch BGE 148 III 270 E. 6.7; ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 448 f.; LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 111; LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 937 und 963; wohl auch GMÜNDER, OFK ZGB (FN 148), Art. 286 N 5.

³³⁵ GASSNER/FREIBURGHaus, CHK ZGB (FN 86), Art. 134 N 3a; HARTMANN, CHK ZGB (FN 86), Art. 286 N 3; MAIER PHILIPP, FamPra.ch 2/2020, 314 ff., 319 f.; wohl auch AESCHLIMANN, FamKomm Scheidung (FN 3), Art. 286 N 16.

³³⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, FamKomm Scheidung (FN 3), Art. 134 mit Art. 315a/b N 7; FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 134 N 5c und Art. 286 N 7d; HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren (FN 329), Rz. 144; DUSS JACOBI/MARRO (FN 332), Rz. 7.258; HELLE, CPra Matrimonial (FN 304), Art. 134 ZGB N 14 f.; MEIER/STETTLER (FN 315), Rz. 1518, m.H.a. die Möglichkeit der Ernennung eines Beistands nach Art. 308 Abs. 2 ZGB; MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 300 N 2; vgl. auch bereits SUTTER THOMAS/FREIBURGHaus DIETER, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 315b N 52 f., wonach dem Kind ein eigenes, Parteistellung vermittelndes Antragsrecht zusteht.

³³⁷ Befürwortend ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 448 f.

cc. Unterhaltsklagen

- 247 Der Unterhaltsanspruch und seine Geltendmachung stehen grundsätzlich dem Kind selbst zu (Art. 279 Abs. 1, Art. 289 Abs. 1 ZGB).³³⁸ Das minderjährige Kind ist allerdings im Bereich seiner Unterhaltsansprüche nach wohl herrschender Ansicht nicht handlungsfähig und damit nicht prozessfähig (Art. 67 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 13 ZGB).³³⁹ Nicht prozessfähige Parteien werden im Prozess durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten (Art. 67 Abs. 2 ZPO).
- 248 Heute besteht einerseits die Möglichkeit, dass das Kind in einer «selbstständigen», d.h. ausserhalb eines elterlichen Verbundverfahrens geltend gemachten Unterhaltsklage gesetzlich vertreten durch einen Elternteil oder einen Beistand als Partei auftritt. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass ein sorgeberechtigter Elternteil als Prozessstandschafter auftritt.³⁴⁰ Der Grundsatz sollte aber auch in diesen Verfahren sein, dass die Rechte des Kindes durch einen sorgeberechtigten Elternteil gegenüber dem anderen Elternteil geltend gemacht werden. Mit anderen Worten sollte auch bei Kindern unverheirateter Eltern die Prozessführung durch die Eltern als Verfahrensparteien und damit die Prozessstandschaft als Form der prozessualen Repräsentation die Regel sein. Diese Prozesse sind wie bei verheirateten Eltern zwischen den Eltern zu führen. Art. 279 ZGB ist entsprechend anzupassen (vgl. Art. 279 ZGB-Vorschlag). Dies soll aber nicht bedeuten, dass dem Kind keine entsprechenden Befugnisse mehr zustehen sollten, wenn ein Elternteil nicht tätig wird. Die Befugnisse der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in diesen Fällen einen Beistand einzusetzen, der als gesetzlicher Vertreter des Kindes eine Unterhaltsklage einreichen kann, sollten unverändert bestehen bleiben. Auch in diesen Fällen sollten allerdings beide Elternteile beteiligt sein. Die vorgeschlagene Bestimmung, wonach bei Verfahren betreffend Kinderbelange immer beide Elternteile Parteistellung haben sollen, soll dies regeln (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag).

dd. Abstammungsklagen

- 249 In Klagen zur Klärung der Abstammung (Art. 252 ff. ZGB, insbesondere Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 260a Abs. 1 ZGB, Art. 261 Abs. 1 ZGB, Art. 269a Abs. 1 ZGB) gesteht das Gesetz dem Kind ein eigenes (wenn auch nicht exklusives) Klagerecht und damit eigene Parteistellung im Verfahren zu.³⁴¹
- 250 Im Hinblick auf die Rolle des Kindes in diesen Verfahren besteht kein grundsätzlicher gesetzlicher Handlungsbedarf. Abstammungsklagen unterscheiden sich von den in Ehe- und Familienschutz- respektive Scheidungsverfahren zu beurteilenden Trennungssituationen, es

³³⁸ BGE 142 III 78 E. 3.2.

³³⁹ Vgl. auch ZOGG, FamPra.ch 2017 (FN 272), 424 m.w.H.; FANKHAUSER, BSK ZGB I (FN 71), Art. 19c N 2; zum Ganzen auch MEIER/STETTLER (FN 315), Rz. 1217 ff.; vgl. auch die Würdigung des Obergerichts in BGer 5A_438/2013 vom 9. Juli 2013. Nach einer Mindermeinung handelt es sich bei Unterhaltsansprüchen um höchstpersönliche Rechte, die unter Art. 67 Abs. 3 ZPO fallen, vgl. HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren (FN 329), Rz. 806 ff.; FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 279 N 7.

³⁴⁰ Zum Ganzen LÖTSCHER, Kind im Unterhaltsprozess (FN 175), 106 ff.

³⁴¹ Vgl. etwa REICH/LÖTSCHER, CHK ZGB (FN 86), Art. 256 N 3 und 5; Art. 260a N 2; Art. 261 N 1 und 3.

geht um die Frage des (Nicht-)Bestehens des rechtlichen Kindsverhältnisses. Es wäre auch angesichts Art. 12 UN-KRK nicht angezeigt, die Rechte des Kindes einzuschränken. Es rechtfertigt sich, in diesen Verfahren an einer eigentlichen Parteistellung des Kindes festzuhalten.

- 251 Gleichzeitig ist es aber wie bereits oben ausgeführt auch in diesen Verfahren zentral, dass beide Elternteile am Verfahren beteiligt sind.³⁴² Klagt das Kind allein, sollte sich deshalb seine Klage nicht nur gegen den (Putativ-)Vater richten, sondern auch gegen die Mutter. Damit soll wiederum eine Beteiligung beider Elternteile am Verfahren garantiert werden, was notwendig ist, weil Art. 298c ZGB vorschreibt, dass das Gericht bei Gutheissung einer Vaterschaftsklage über die elterliche Sorge zu entscheiden hat. Die Bestimmung zur Vaterschaftsklage ist deshalb entsprechend anzupassen (Art. 261 ZGB-Vorschlag).

ee. Reformvorschläge zur Stellung des Kindes

- 252 Zur Stärkung der Position der Kinder in den Elternverfahren, insbesondere in (hoch-)konfliktträchtigen Angelegenheiten, sollte die ZPO die Stellung der Kinder in Familienverfahren deutlicher als heute in einem für alle Familienverfahren mit Beteiligung von Kindern geltenden allgemeinen Teil regeln (Art. 271d-271k ZPO-Vorschlag).
- 253 Die Rolle der Kinder in trennungsbedingten Verfahren sollte sich grundsätzlich nicht danach unterscheiden, ob die Eltern verheiratet sind (waren) oder nicht. Den Kindern sollten ausgeprägte Mitwirkungs- und Anhörungsrechte (heute bereits zu einem gewissen Teil normiert in Art. 297 ff. ZPO) zukommen. Dies sollte unabhängig vom Zivilstand der Eltern für alle trennungsbedingten Familienverfahren gleich gelten. Unseres Erachtens ist die Bezeichnung der Rolle des Kindes als «Partei», «Partei im formellen Sinn», «Partei im materiellen Sinn», «Stellung sui generis» für den Schutz der Kinder in den familienrechtlichen Verfahren und deren Praktikabilität grundsätzlich nicht entscheidend. Das Kind ist ein von einem Familienverfahren und seinen Auswirkungen betroffenes Kind und darf im Prozess auch als «Kind» behandelt und bezeichnet werden. Ein striktes Festhalten an den Kategorien des kontradiktorischen Zivilprozesses (Hauptpartei, Nebenpartei, Dritter) erweist sich für die Rolle des Kindes im Familienverfahren als nicht angezeigt und auch nicht als zeitgemäss. Entscheidend sind vielmehr die konkrete Ausgestaltung der Stellung des Kindes und der Schutz des Kindeswohls im Verfahren.
- 254 Mit den vorgeschlagenen Allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren mit Kindern (1. Kapitel, 2. Abschnitt; Art. 271d-271k ZPO-Vorschlag) wird die Rolle des Kindes verdeutlicht und gleichzeitig für alle Familienverfahren gestärkt. Die allgemeinen Bestimmungen sollen allen besonderen Regelungen zu Familienverfahren vorangestellt werden, um ihre Anwendbarkeit auch für das summarische Eheschutz- respektive Familienschutzverfahren und das Scheidungsverfahren und die verwandten Auflösungsverfahren sowie die

³⁴² Vgl. oben Rz. 224 ff.

Abänderungsverfahren zu verdeutlichen. Ein Grossteil der vorgeschlagenen Regelungen entspricht den heutigen Art. 296-301 ZPO, mit punktuellen Ergänzungen.

- 255 Geklärt werden soll, dass das rechtliche Gehör des minderjährigen Kindes und das Kindeswohl durch die gesetzliche Vertretung, eine allfällige Kindesvertretung und über die Kindesanhörung gewahrt werden (Art. 271f ZPO-Vorschlag). Das Gericht ist (wie bereits heute) aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und der Officialmaxime dafür verantwortlich, das Kindeswohl umfassend zu wahren (Art. 271d Abs. 1 und 2 ZPO-Vorschlag, entsprechend Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Einigungen der Eltern werden für das Kind erst mit gerichtlicher Genehmigung verbindlich (Art. 271d Abs. 3 ZPO-Vorschlag). Das Gericht sollte sich vor der Durchführung der Kindesanhörung (Art. 271h ZPO-Vorschlag, weitgehend entsprechend Art. 298 ZPO) vergewissern, dass das Kind über den Elternkonflikt informiert ist (vgl. Art. 271h Abs. 4 ZPO-Vorschlag). Die Eröffnung des Entscheides sollte an das Kind in einer für das Kind geeigneten Weise und nur in Bezug auf die das Kind betreffenden Angelegenheiten vorgenommen werden (vgl. Art. 271k lit. b ZPO-Vorschlag als Ergänzung zum heutigen Art. 301 lit. b ZPO).³⁴³ Zu klären ist zudem, dass der Entscheid auch der Kindesvertretung nach Art. 299 f. ZPO zu eröffnen ist (vgl. Art. 271k lit. c ZPO-Vorschlag als Ergänzung zum heutigen Art. 301 lit. c ZPO).³⁴⁴
- 256 Zur Stärkung der Rechte des Kindes sollte geklärt werden, dass die Kindesvertretung (Art. 271i und 271j ZPO-Vorschlag, weitgehend entsprechend Art. 299 f. ZPO) verpflichtet ist, den subjektiven Willen des urteilsfähigen Kindes in den Prozess einzubringen (Art. 271j Abs. 2 ZPO-Vorschlag).³⁴⁵ Damit wird die Stimme des urteilsfähigen Kindes in konfliktreichen Konstellationen gestärkt und es kann besser unterstützt werden. Gleichzeitig sollte die Kindesvertretung insbesondere bei nicht urteilsfähigen Kindern noch nicht verpflichtet sein, nach einem subjektiven Willen der Kinder zu agieren, der mangels Urteilsfähigkeit gar noch nicht zuverlässig gebildet werden kann.³⁴⁶
- 257 Die Rechte des Kindes sollen nicht eingeschränkt werden, um die oben umschriebene prozessuale Problematik der fehlenden Verfahrensbeteiligung des Elternteils zu lösen. Die Klagerechte des Kindes sollten grundsätzlich beibehalten werden. Ein Vorteil der materiellen Rechte des Kindes ist insbesondere auch, dass eine Verfahrensbeistandschaft zur gesetzlichen Vertretung zum Schutz des Kindes und zur Wahrung seiner Rechte im Verfahren errichtet werden kann. Hingegen sollten die Rechte des Kindes während seiner Minderjährigkeit als Grundsatz durch die gesetzliche Vertretung (Inhaber der elterlichen Sorge oder Beistand) wahrgenommen werden (vgl. Art. 279 ZGB-Vorschlag). In Art. 279 ZGB sollte deshalb normiert werden, dass die Unterhaltsansprüche der Kinder während der Minderjährigkeit durch die gesetzliche Vertretung geltend gemacht werden. Nach dem Bundesgericht ist diese Form

³⁴³ SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 301 N 15 f.;

³⁴⁴ SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung (FN 3), Anh. ZPO Art. 301 N 23 ff; MICHEL/STECK, BSK ZPO (FN 133), Art. 301 N 9 f.; BGE 142 III 153 E.3.3.1, wonach die Kindsvertretung vom Gericht über alle wesentlichen Verfahrensschritte auf dem Laufenden zu halten ist.

³⁴⁵ Vgl. Rz. 238.

³⁴⁶ Vgl. Rz. 241.

der Prozessführung durch einen Elternteil in seinem eigenen Namen als sog. Prozessstandschafter bereits heute zulässig.³⁴⁷ Daneben ist es aber auch zulässig, dass das Kind selbst als Partei auftritt, aber durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten wird.³⁴⁸ Diese Parallelität der prozessualen Möglichkeiten erweist sich nur dann als notwendig, wenn der Inhaber der elterlichen Sorge nicht im Interesse des Kindes tätig werden kann (etwa aufgrund eines Interessenkonflikts oder falls das Kind gegen beide Elternteile klagen sollte). In diesen Fällen muss ein Beistand für das Kind handeln können. Es ist deshalb an der parallelen Klagebefugnis des Kindes festzuhalten. Im Grundsatz ist aber der Variante der Prozessführung durch den Inhaber der elterlichen Sorge als Prozessstandschafter der Vorrang zu gewähren.³⁴⁹ Dieser sollte den Unterhaltsprozess des minderjährigen Kindes grundsätzlich als Prozessstandschafter, d.h. als Partei in eigenem Namen, führen. Der Schutz der Kinder ist durch die Führung des Prozesses durch die gesetzliche Vertretung als Prozessstandschafterin nicht beeinträchtigt. Bereits heute erscheint es häufig eher zufällig, ob Unterhaltsverfahren gegen den unterhaltsverpflichteten Elternteil vom anderen Elternteil als gesetzliche Vertretung für das Kind oder als Prozessstandschafter in eigenem Namen geführt werden. Die Festlegung auf die Prozessstandschaft als grundsätzlich vorgesehene Durchsetzungsvariante würde auch der Situation bei der Erfüllung entsprechen, wo Art. 289 Abs. 1 ZGB vorsieht, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes während der Minderjährigkeit durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter erfüllt wird, soweit es das Gericht nicht anders bestimmt.³⁵⁰ Zudem hätte sie eine verfahrensrechtliche Gleichstellung mit den Kindern verheirateter Eltern zur Folge.³⁵¹ Gleichzeitig sollte das Kind selbst keine bestehenden Befugnisse verlieren, um insbesondere auch ein Tätigwerden der Kindesschutzbehörde im Interesse des Kindes nicht zu verunmöglichen.

- 258 In Abstammungsklagen rechtfertigt es sich wie oben dargestellt, an der klassischen Parteistellung des Kindes festzuhalten. Es sollte durch eine entsprechende Anpassung von Art. 261 ZGB geklärt werden, dass sich die Vaterschaftsklage des Kindes gegen den Vater *und* die Mutter zu richten hat, um die Beteiligung beider Elternteile am Vaterschaftsprozess zu garantieren. Nach Art. 298c ZGB ist bei Gutheissung der Vaterschaftsklage auch über die elterliche Sorge zu entscheiden, dies macht die Verfahrensbeteiligung der Mutter notwendig. Bei der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung und Anfechtung der Anerkennung ist eine entsprechende Anpassung nicht notwendig, weil hier bei Gutheissung der Klage das Kindsverhältnis wegfällt und keine weiteren Kinderbelange für die Zukunft zu regeln sind. Mit dem Einklagen der Mutter in der Vaterschaftsklage soll aber nicht eine eigentliche Beklagtenrolle der Mutter verbunden sein, insbesondere sollte die Mutter nicht verpflichtet sein, sich als Beklagte gegen die Vaterschaftsklage zu wehren und bei Gutheissung keine Kostenfolgen des Prozesses tragen müssen.

³⁴⁷ Vgl. BGE 136 III 365 E. 2; BGE 142 III 78 E. 3.2 f.

³⁴⁸ Vgl. etwa SENN, FamPra.ch 2017 (FN 4), 983 f.; LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 55.

³⁴⁹ Vgl. auch BOHNET/PERCASSI, FamPra.ch 2021 (FN 320), 647 f.

³⁵⁰ Vgl. dazu etwa FOUNTOLAKIS, BSK ZGB I (FN 71), Art. 289 N 4.

³⁵¹ Vgl. auch BOHNET/PERCASSI, FamPra.ch 2021 (FN 320), 648.

c. Volljährige Kinder

aa. Problematik und Handlungsbedarf

- 259 Volljährige Kinder müssen ihre Ansprüche auf Unterhalt (Art. 277 ZGB) gegenüber ihren Eltern selbst durchsetzen.³⁵² Damit unterscheidet sich ihre Situation von derjenigen minderjähriger Kinder, bei denen dies eine reine Option darstellt. Verschiedene Möglichkeiten sind vorgesehen, um volljährigen Kindern die Notwendigkeit zum Prozessieren gegen die eigenen Eltern abzunehmen. Insbesondere kann das Gericht im Eheschutz- und Scheidungsverfahren der Eltern Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus verbindlich anordnen, sofern das Kind im Verfahren noch minderjährig ist.³⁵³ Entsprechendes ist auch zulässig, wenn das Kind während des Verfahrens volljährig wird und diesem Vorgehen zustimmt.³⁵⁴
- 260 Ist das Kind bei Einleitung des Scheidungsverfahrens allerdings bereits volljährig, besteht heute keine solche Möglichkeit. Das volljährige Kind muss einen selbstständigen Volljährigenunterhaltsprozess gegen die unterhaltsverpflichteten Eltern führen. Der Gesetzgeber hat zutreffend erkannt, dass das volljährige Kind schutzbedürftig ist, und mit der ZPO-Revision von 2023 geklärt, dass die Volljährigenunterhaltsprozesse grundsätzlich denselben Grundsätzen und derselben Verfahrensart unterstehen sollen wie die Unterhaltsklagen minderjähriger Kinder (vgl. Art. 295 f. ZPO).³⁵⁵ Daran ist festzuhalten (vgl. Art 296 ff. ZPO-Vorschlag). Diese prozessuale Verbesserung der Stellung volljähriger Kinder ist zu begrüßen. Es besteht daneben aber weiterer gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da die Volljährigenunterhaltsprozesse heute noch nicht befriedigend geführt werden können.³⁵⁶
- 261 Es erscheint zunächst zwingend notwendig, dass beide Elternteile am Volljährigenunterhaltsprozess beteiligt sind, was heute nicht gewährleistet ist.³⁵⁷ Zur Festsetzung des Unterhaltsbeitrags für das volljährige Kind müssen die finanziellen Grundlagen im Hinblick auf beide Elternteile bekannt sein.³⁵⁸ Dies ist aber heute nur schwierig zu erreichen, weil regelmässig nur ein Elternteil eingeklagt wird, obwohl beide Elternteile grundsätzlich unterhaltsverpflichtet sind, und die Informationen über den fehlenden Elternteil damit im Prozess nicht vorhanden sind.³⁵⁹ Befriedigende Möglichkeiten zur Beteiligung des nicht eingeklagten Elternteils am Prozess bestehen heute (auch nach Inkrafttreten der revidierten

³⁵² BGE 142 III 78, E. 3.2; BGer 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.1; MEIER PHILIPPE, *Entretien de l'enfant majeur: un état des lieux*, JdT 1/2019 II, 4 ff., 35; LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 55.

³⁵³ BGE 142 III 78, E. 3.2; BGer 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.1; ausführlich LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 57 f.

³⁵⁴ Grundlegend BGE 129 III 55 E. 3; vgl. auch BGE 142 III 78, E. 3.2; BGer 5A_782/2021 vom 29. Juni 2022 E. 3.1.

³⁵⁵ Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2767 f.; vgl. auch BGer 5A_274/2023, 5A_300/2023 vom 15. November 2023 E. 5.3.6. Vor der Revision herrschte diesbezüglich in Lehre und Rechtsprechung Unklarheit, siehe exemplarisch statt vieler LÖTSCHER/YACOUBIAN (FN 175), 351 f.

³⁵⁶ Vgl. zum Ganzen LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 50 ff.

³⁵⁷ Vgl. SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 304 N 11g; LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 56 ff.

³⁵⁸ LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 56 f.; NYFFELER FABIA, *Der Volljährigenunterhalt*, Diss. Zürich 2022, N 983; vgl. auch BGer 5A_179/2015 vom 29. Mai 2015 E. 6.1.

³⁵⁹ LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 56 f.

ZPO) keine.³⁶⁰ Die vorgeschlagenen Lösungen über das Beweisrecht und Auskunft- und Mitwirkungspflichten sind nur behelfsmässig.³⁶¹ Es ist deshalb notwendig, dass auch in Volljährigenunterhaltsprozessen beide Elternteile am Verfahren beteiligt sind. Mit der neuen Regelung von Art. 304 Abs. 2 ZPO, die nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich auf die Annexverfahren bei Kompetenzattraktion ausgerichtet ist, ist dies nicht gesichert.³⁶² Gleichzeitig sollte das volljährige Kind nicht dazu gezwungen werden, gegen beide Elternteile vorgehen zu müssen.

- 262 Durch die grundsätzlich zu begrüßende Angleichung von Volljährigenunterhaltsverfahren an die Unterhaltsprozesse minderjähriger Kinder ist mit der aktuellen ZPO-Revision auch für Volljährigenunterhaltsprozesse das Schlichtungsobligatorium weggefallen (Art. 198 lit. b^{bis} ZPO). Der obligatorische Einigungsversuch vor dem strittigen Hauptverfahren sollte aber (auch) für Volljährigenunterhaltsverfahren wieder eingeführt werden. Der Verweis auf die (freiwillige) Möglichkeit einer Instruktionsverhandlung mit Einigungszweck im vereinfachten Verfahren³⁶³ reicht nicht aus. Die obligatorische Einigungsverhandlung sollte folglich auch für Volljährigenunterhaltsprozesse zur Anwendung gelangen (Art. 297 ZPO-Vorschlag).
- 263 Es wäre sinnvoll, die Unterhaltsansprüche von bei Verfahrenseinleitung bereits volljähriger Kinder im Scheidungsverfahren auch berücksichtigen zu können.³⁶⁴ Es entspricht nicht der Realität, diese Unterhaltsverpflichtungen auszuklammern; es wäre sinnvoll, in einem einzigen Verfahren eine verbindliche Gesamtlösung zur Neuregelung des Familiensystems erzielen zu können. Diese Frage ist aber als materiellrechtliche Unterhaltsthematik nicht im Rahmen einer Revision des Verfahrensrechts zu klären. Entsprechendes gilt auch für die ungeklärte Frage der Solidarität der unterhaltsverpflichteten Eltern und die damit verbundene Frage, ob und gestützt auf welche Rechtsgrundlage der eine Elternteil vom anderen Elternteil einen Rückforderungsanspruch für zu viel bezahlten Volljährigenunterhalt geltend machen kann.³⁶⁵

bb. Reformvorschläge zur Stellung volljähriger Kinder

- 264 Vorgeschlagen wird, dass das volljährige Kind seine Verfahrensrechte weiterhin selbst wahrnimmt. Auch in Volljährigenunterhaltsverfahren sollten aber beide Elternteile beteiligt sein (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag). Zudem sollten auch diese Verfahren zwingend mit einer Einigungsverhandlung zwischen allen Beteiligten inklusive dem volljährigen Kind beginnen (Art 297 ZPO-Vorschlag).

³⁶⁰ LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 57 ff.

³⁶¹ LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 73 ff.

³⁶² LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 57 f.; vgl. auch SCHWEIGHAUSER, ZPO Komm. (FN 13), Art. 304 N 18.

³⁶³ So der Hinweis in der Botschaft ZPO 2020 (FN 194), 2753.

³⁶⁴ So auch LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 87. Dasselbe gilt auch für allfällige selbstständige Unterhaltsprozesse noch minderjähriger Geschwister.

³⁶⁵ Vgl. dazu insb. SPYCHER ANNETTE, «Solange das Kind minderjährig ist» – Oder: Wie gelangt der Betreuungsunterhalt zum wirtschaftlich Berechtigten?, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, 521 ff.; LÖTSCHER/DUMMERMUTH (FN 301), 110 ff.

- 265 In Art. 279 ZGB sollte neu verankert werden, dass die Prozessstandschaft der Eltern mit Zustimmung des volljährigen Kindes über die Volljährigkeit hinaus weiterdauert (Art. 279 Abs. 2 ZGB-Vorschlag). Dies ermöglicht es dem volljährigen Kind abweichend von der heutigen Rechtslage, einen Volljährigenunterhaltsprozess nicht selbst führen zu müssen, sondern die Prozessführung gänzlich den Eltern zu überlassen.³⁶⁶ Dies soll dem Grundsatz bei Prozessstandschaft entsprechend auch für die Vollstreckungsbefugnis gelten.³⁶⁷
- 266 Im Bereich des Volljährigenunterhalts sollte unseres Erachtens ein Dreiparteienverfahren den Normalfall darstellen. Das Gericht sollte die Möglichkeit haben, die Unterhaltspflichten beider Elternteile zu überprüfen und zu regeln, unabhängig davon, ob das Kind gegen beide Klage eingereicht hat. Gleichzeitig sollte aber das Kind nicht dazu gezwungen werden, gegen beide Elternteile Klage einzureichen. Art. 279 ZGB ist deshalb dahingehend zu ergänzen, dass das Gericht die Unterhaltspflicht beider Elternteile beurteilen kann, auch wenn sich die Klage des volljährigen Kindes nur gegen einen Elternteil richtet (Art. 279 Abs. 3 ZGB-Vorschlag). Die Bestimmung, wonach beide Eltern Verfahrenspartei sind und eigene Anträge stellen können, sollte auch für den Volljährigenunterhaltsprozess Anwendung finden (Art. 271e Abs. 1 ZPO-Vorschlag).

d. Stellung von Behörden im Verfahren

- 267 In Bezug auf die Stellung von Behörden in Verfahren besteht unseres Erachtens kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Insbesondere ist die umstrittene Frage der Parteistellung des Gemeinwesens bei der Bevorschussung von Unterhaltszahlungen (Subrogation) durch das Bundesgericht im Sinne der kantonalen Praxis und Lehre geklärt worden. Das bevorschussende Gemeinwesen ist nicht Partei eines Abänderungsverfahrens.³⁶⁸
- 268 Auch für die (Ausnahme-)Fälle, in denen die Behörde klagt (unbefristete Eheungültigkeit, Art. 106 ZGB), besteht unseres Erachtens kein Handlungsbedarf. Das «Klagerecht» der Behörde erweist sich zu Recht mehr als «Anzeigerecht»; das Verfahren wird nach Einleitung durch die Behörde zwischen den Ehegatten geführt.³⁶⁹

e. Stellung von Dritten im Verfahren

- 269 Patchwork-Konstellationen sind in der Gesellschaft immer häufiger. Es stellt sich die Frage, ob das Familienverfahrensrecht auf diese Realität reagieren müsste und ob insbesondere weitere Verfahrensbeteiligte ausserhalb der ursprünglichen Kernfamilie in das Verfahren einzubeziehen sind. Hier besteht nach Einschätzung der Unterzeichnenden derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die familienrechtlichen Verfahren zur Neuordnung des Gesamtsystems einer (zerbrochenen) Kernfamilie unter

³⁶⁶ BOHNET/PERCASSI, FamPra.ch 2021 (FN 320), 653 f.

³⁶⁷ Vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft (FN 8), Rz. 377 ff.

³⁶⁸ BGE 148 III 270, Praxisänderung im Vergleich zu BGE 143 III 177, der in der Lehre auf heftige Kritik gestossen ist, vgl. BGE 148 III 270 E. 3.

³⁶⁹ Vgl. etwa GEISER, BSK ZGB I (FN 71), Art. 106 N 14.

Einbezug der neuen Partner:innen geführt werden sollten. Das materielle Recht stellt für die Neuregelung der Verhältnisse auf die ursprüngliche Kernfamilie ab und macht diese mit Ausnahme von gewissen finanziellen Aspekten nicht abhängig von allfällig neu in das Familiensystem hinzutretenden Dritten. Die ursprünglichen Ehegatten bzw. die Eltern der gemeinsamen Kinder können die mit der neuen Partnerschaft verbundenen Interessen und die allenfalls notwendigen (finanziellen) Informationen in den Prozess einbringen, ohne dass eine Beteiligung dieser neuen Partner notwendig würde. Besteht etwa ein Kind aus einer neuen Beziehung oder können aufgrund einer neuen Beziehung Wohnkosten und weitere Kosten im Bereich des Grundbedarfs gespart werden, kann der betreffende Ehegatte oder Elternteil diese Informationen in das Verfahren einbringen. Nicht auszuschliessen ist die Notwendigkeit der Anpassung des Verfahrensrechts in Zukunft, falls das materielle Recht Anpassungen erfahren würde, welche eine Veränderung im Durchsetzungsmechanismus zur Folge hätten. Entsprechendes ist aber derzeit nicht absehbar.

X. Fazit mit Reformvorschlägen

- 270 Das geltende Familienverfahrensrecht ist in verschiedenen Bereichen revisionsbedürftig. Anhand von fünf Fokus-Themen wurde gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Gewährleistung eines zeitgemässen Familienverfahrens für die Schweiz aufgezeigt. Die mit dem vorgelegten Gutachten begründeten Änderungsvorschläge werden im Anhang in Form von umfassenden Reformvorschlägen zu ZPO und ZGB konkretisiert.
- 271 Als Thema 1 («Zivilstandsunabhängiges Verfahren») wurde die Einführung eines zivilstandsunabhängigen Familienverfahrens untersucht. Die eingangs gestellte Frage, ob die Zuständigkeit und das Verfahren für die Regelung von Kinderbelangen unabhängig vom Zivilstand der Eltern vereinheitlicht werden sollen, ist zu bejahen. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Zusammenhang mit der Gleichstellung von Kindern unverheirateter und verheirateter Eltern auf verfahrensrechtlicher Ebene. Die Vereinheitlichung der Zuständigkeit und ein zivilstandsunabhängiges Verfahren können durch verschiedene Anpassungen im ZGB und in der ZPO erreicht werden. Es ist ein zivilstandsunabhängiges Gerichtsverfahren zur Regelung der kindsbezogenen Folgen einer Trennung nach dem Vorbild des Eheschutzverfahrens einzuführen (summarisches Familienschutzverfahren). Zudem sollte eine umfassende gerichtliche Zuständigkeit zur Regelung von strittigen Kinderbelangen unabhängig vom Zivilstand der Eltern bestehen. Die Gerichte sollten mit anderen Worten umfassend zuständig sein zur Regelung von strittigen Kinderbelangen. Die Kindesschutzbehörde sollte zuständig bleiben für Kindesschutzmassnahmen im engeren Sinn und die Vollstreckung von kindsbezogenen Regelungen.
- 272 Mit Thema 2 («Interdisziplinäres Verfahren») wurde untersucht, wie und in welcher Form Interdisziplinarität für familienrechtliche Verfahren sinnvoll zu gewährleisten ist. Es wurde dargelegt, dass keine Notwendigkeit der bundesrechtlichen Verpflichtung der Kantone zur Schaffung von Familiengerichten besteht. Ein interdisziplinärer Spruchkörper für alle Entscheide in allen Familienverfahren erweist sich als nicht notwendig und wäre sehr ressourcenintensiv. Es bestehen bereits *de lege lata* vielfältige Möglichkeiten, das Verfahren

interdisziplinär auszugestalten. Sinnvoll erschien darüber hinaus *de lege ferenda* eine explizite Normierung von Möglichkeiten zum Beizug von Fachpersonen im Familienverfahren. Aufgrund der fehlenden Notwendigkeit würde die Verpflichtung der Kantone zur Einführung von Familiengerichten gegen die verfassungsrechtlich garantierte kantonale Organisationsautonomie (Art. 122 Abs. 2 BV) und das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) verstossen. Es ist aber auf die verstärkte Involvierung von Fachpersonen und interdisziplinärem Fachwissen im Verfahren hinzuwirken

- 273 In Thema 3 («Lösungsorientiertes Verfahren») wurde untersucht, wie familienrechtliche Konflikte möglichst niederschwellig, eigenverantwortlich und zukunftsorientiert gelöst und Konfliktdeeskalationsverfahren und alternative Streitbeilegungsmethode sinnvoll gestärkt werden können. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Hinblick auf die Förderung von Einigungen und der Eigenverantwortung der Parteien. Einzuführen ist ein obligatorischer Einigungsversuch nach Vorbild der strittigen eherechtlichen Verfahren (Eheschutz und Scheidungsklage) für alle Familienverfahren. Dieser ist zwingend am Gericht anzusiedeln. Die Schaffung einer zusätzlichen aussergerichtlichen Schlichtungsbehörde wäre als Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie mangels Notwendigkeit verfassungswidrig. Darüber hinaus wäre sie nicht zweckmässig und gar kontraproduktiv. Die Rechtsdurchsetzung wäre gefährdet.
- 274 Mit Thema 4 («Effizientes und effektives Verfahren») wurde untersucht, wie erreicht werden kann, dass familienrechtliche Verfahren effizient, d.h. schnell und kostengünstig, und gleichzeitig effektiv erledigt werden könne. Familienrechtliche Verfahren sollten niederschwellig und schnell, effizient und gleichzeitig effektiv sowie im Sinne der Erleichterung der Rechtsdurchsetzung unter sinnvollem Abbau von Kostenschränken durchgeführt werden. Verschiedene gesetzgeberische Massnahmen im Zusammenhang mit der Einleitung und Durchführung des Verfahrens (einfache Einleitung ohne Begründung, vorherrschende Mündlichkeit; Massnahmen bei Dringlichkeit; grundsätzlicher Verzicht auf einen Kostenvorschuss und Halbierung der Kosten bei Vergleich) sind zu ergreifen, um diese Ziele zu erreichen.
- 275 In Thema 5 («Parteien im Verfahren, insbesondere Stellung und Schutz des Kindes») wurde die Frage behandelt, wer Partei eines familienrechtlichen Verfahrens sein soll und wie insbesondere die Stellung des Kindes im Verfahren auszugestalten ist. Es wurde gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Zusammenhang mit der Stellung der einzelnen Familienmitglieder im Familienverfahren aufgezeigt, da heute nicht in allen Verfahren alle Beteiligten (insbesondere nicht beide Elternteile) verfahrensbeteiligt und antragsberechtigt sind, was gravierende Verletzungen des rechtlichen Gehörs der Betroffenen mit sich bringt und sinnvollen einvernehmlichen Lösungen entgegensteht. Zudem ist die Stellung des Kindes im Familienverfahren zu stärken.
- 276 Aus den Untersuchungen resultieren umfassende Reformvorschläge zum geltenden Familienverfahrensrecht, welche diesem Gutachten als Anhang beigelegt sind. Die ZPO ist mit neuen Allgemeinen Bestimmungen zu Familienverfahren und speziell Familienverfahren mit Kindern zu ergänzen. Weitere Anpassungen der ZPO und des ZGB erweisen sich als notwendig.

Vorgeschlagene Änderungen der Zivilprozessordnung

6. Titel: ~~Besondere eherechtliche Verfahren~~

Familienverfahren

1. Kapitel: ~~Angelegenheiten des summarischen Verfahrens~~

Allgemeine Bestimmungen

1. Abschnitt: Einleitung und Einigungsversuch

Art. 271 Einleitung

¹ Eingaben zur Eröffnung von Familienverfahren können in den Formen nach Artikel 130 eingereicht oder mündlich bei Gericht zu Protokoll gegeben werden.

² Eine Begründung der Eingabe ist nicht erforderlich.

³ Die Eingabe enthält:

- a. Namen und Adressen der Familienmitglieder sowie die Bezeichnung allfälliger Vertreterinnen und Vertreter
- b. die Rechtsbegehren
- c. die erforderlichen Belege
- d. Datum und Unterschrift.

Art. 271a Einigungsversuch

¹ Dem strittigen Entscheidverfahren geht ein vertraulicher Einigungsversuch voraus. Der Ablauf richtet sich nach dem jeweiligen Verfahren.

² Das Gericht lädt die Parteien zeitnah zur Verhandlung vor.

³ Sie sind zum persönlichen Erscheinen verpflichtet, sofern das Gericht sie nicht wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen dispensiert.

⁴ Eine vorgängige schriftliche Stellungnahme ist freiwillig.

Art. 271b Fortsetzung des Verfahrens

Kommt keine Einigung zustande, wird das Verfahren kontradiktorisch fortgesetzt. Das Gericht kann die Parteirollen verteilen. Es gibt den Parteien die Gelegenheit, ihre Anträge mündlich oder schriftlich zu begründen oder ihre Begründung zu ergänzen.

Art. 271c Dringlichkeit

Vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen können jederzeit, auch vor der Durchführung des Einigungsversuchs, angeordnet werden, sofern die Dringlichkeit es erfordert.

2. Abschnitt: Familienverfahren mit Kindern

Art. 271d (alt 296)

Untersuchungs- und Officialgrundsatz

¹ Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.

² Das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge.

³ Eine Vereinbarung zwischen den Eltern wird für das Kind erst verbindlich, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Die genehmigte Vereinbarung ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen. Das Gericht genehmigt Vereinbarungen der Eltern über Kinderbelange, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Vereinbarung dem Kindeswohl entspricht.

Art. 271e (alt 297 1. Teil, 304 II) **Stellung der Eltern**

¹ Sind Anordnungen über ihr gemeinsames Kind zu treffen, sind die Eltern von Gesetzes wegen Verfahrensparteien mit allen Parteirechten. Sie haben das Recht, eigene Anträge zu stellen. Das Gericht kann die Parteirollen verteilen.

² Das Gericht hört die Eltern persönlich an.

Art. 271f

Stellung des Kindes

Das rechtliche Gehör des minderjährigen Kindes und das Kindeswohl werden durch die gesetzliche Vertretung, die allfällige Kindesvertretung und durch die Kindesanhörung gewahrt.

Art. 271g (a297 2. Teil)

Massnahmen zum Schutz des Kindes

¹ Das Gericht kann jederzeit geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindeswohls und zur Förderung einer Einigung zwischen den Eltern treffen. Insbesondere kann es die Eltern zur Durchführung einer Familienberatung oder zum Besuch geeigneter Kurse verpflichten.

² Im Rahmen von solchen Massnahmen involvierte Fachpersonen können dazu aufgefordert werden, über den Gang und den Erfolg der getroffenen Massnahme zu berichten.

³ Das Gericht kann die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern.

⁴ Das Gericht kann das Verfahren während der Dauer der getroffenen Massnahmen sistieren.

Art. 271h (alt 298)

Anhörung des Kindes

¹ Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

^{1bis} Der Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung ist unzulässig.

² Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern, die Beiständin oder der Beistand und die Vertretung des Kindes werden über diese Ergebnisse informiert.

³ Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

⁴ Das Gericht hat sich zu vergewissern, dass das Kind vor der Vorladung zur Kinderanhörung über den rechtshängigen Elternkonflikt informiert ist.

Art. 271i (alt 299)

Anordnung einer Vertretung des Kindes

¹ Das Gericht ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.

² Es prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn:

- a. die Eltern unterschiedliche Anträge stellen bezüglich:
 - 1. der Zuteilung der elterlichen Sorge,
 - 2. der Zuteilung der Obhut,
 - 3. wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs,
 - 4. der Aufteilung der Betreuung,
 - 5. des Unterhaltsbeitrages;
- b. die Kindesschutzbehörde oder ein Elternteil eine Vertretung beantragen;
- c. es aufgrund der Anhörung der Eltern oder des Kindes oder aus anderen Gründen:
 - 1. erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern bezüglich der Fragen nach Buchstabe a hat, oder
 - 2. den Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwägt.

³ Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Vertretung, so ist diese anzuordnen. Das Kind kann die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten.

Art. 271j (alt 300)

Kompetenzen der Vertretung

¹ Die Vertretung des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um folgende Angelegenheiten geht:

- a. die Zuteilung der elterlichen Sorge;
- b. die Zuteilung der Obhut;
- c. wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs;
- d. die Aufteilung der Betreuung;
- e. den Unterhaltsbeitrag;
- f. die Kindesschutzmassnahmen.

² Sie ist verpflichtet, den Willen des urteilsfähigen Kindes in den Prozess einzubringen.

Art. 271k (alt 301)

Eröffnung des Entscheides

Ein Entscheid wird eröffnet:

- a. den Eltern;
- b. dem Kind, welches das 14. Altersjahr vollendet hat, **in geeigneter Weise und in Bezug auf die das Kind betreffenden Angelegenheiten;**
- c. gegebenenfalls der Beistandin oder dem Beistand **und der Vertretung des Kindes,** soweit es um eine der folgenden Fragen geht:
 - 1. die Zuteilung der elterlichen Sorge,
 - 2. die Zuteilung der Obhut,
 - 3. wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs,
 - 4. die Aufteilung der Betreuung,
 - 5. den Unterhaltsbeitrag,
 - 6. die Kindesschutzmassnahmen.

2. Kapitel: Familienschutzverfahren

Art. 272 (alt 271, 302, 305) Summarisches Verfahren

¹ Das summarische Verfahren ist ~~unter Vorbehalt der Artikel 272 und 273~~ anwendbar für ~~Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft~~ insbesondere für:

- a. die Massnahmen nach den Artikeln 172–179 ZGB
- b. die Ausdehnung der Vertretungsbefugnis eines Ehegatten für die eheliche Gemeinschaft (Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB);
- c. die Ermächtigung eines Ehegatten zur Verfügung über die Wohnung der Familie (Art. 169 Abs. 2 ZGB);
- d. die Auskunftspflicht der Ehegatten über Einkommen, Vermögen und Schulden (Art. 170 Abs. 2 ZGB);
- e. die Anordnung der Gütertrennung und Wiederherstellung des früheren Güterstands (Art. 185, 187 Abs. 2, 189 und 191 ZGB);
- f. die Verpflichtung eines Ehegatten zur Mitwirkung bei der Aufnahme eines Inventars (Art. 195a ZGB);
- g. die Festsetzung von Zahlungsfristen und Sicherheitsleistungen zwischen Ehegatten ausserhalb eines Prozesses über die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 203 Abs. 2, 218, 235 Abs. 2 und 250 Abs. 2 ZGB);
- h. die Zustimmung eines Ehegatten zur Ausschlagung oder zur Annahme einer Erbschaft (Art. 230 Abs. 2 ZGB);
- i. die Anweisung an die Schuldner und die Sicherstellung nachehelichen Unterhalts ausserhalb eines Prozesses über den nachehelichen Unterhalt (Art. 132 ZGB).
- j. die Familienschutzmassnahmen zur Organisation des Getrenntlebens gemäss Art. 272^{bis} und Art. 272^{ter} ZGB.**
- k. Entscheide nach dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und nach dem Europäischen Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts;**
- l. die Leistung eines besonderen Beitrags bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes (Art. 286 Abs. 3 ZGB);**
- m. die Anweisung an die Schuldner und die Sicherstellung des Kinderunterhalts ausserhalb eines Prozesses über die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 291 und 292 ZGB).**
- n. dringliche Anordnungen zum Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes gemäss Art. 301a ZGB**
- o. die Festsetzung von Geldbeiträgen an den Unterhalt und Anweisung an die Schuldnerin oder den Schuldner (Art. 13 Abs. 2 und 3 des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004, PartG);**
- p. die Ermächtigung einer Partnerin oder eines Partners zur Verfügung über die gemeinsame Wohnung (Art. 14 Abs. 2 PartG);**
- q. die Ausdehnung oder den Entzug der Vertretungsbefugnis einer Partnerin oder eines Partners für die Gemeinschaft (Art. 15 Abs. 2 Bst. a und 4 PartG);**
- e. die Auskunftspflicht der Partnerin oder des Partners über Einkommen, Vermögen und Schulden (Art. 16 Abs. 2 PartG);**
- s. die Festlegung, Anpassung oder Aufhebung der Geldbeiträge und die Regelung der Benützung der Wohnung und des Hausrats (Art. 17 Abs. 2 und 4 PartG);**
- t. die Verpflichtung einer Partnerin oder eines Partners zur Mitwirkung bei der Aufnahme eines Inventars (Art. 20 Abs. 1 PartG);**
- u. die Beschränkung der Verfügungsbefugnis einer Partnerin oder eines Partners über bestimmte Vermögenswerte (Art. 22 Abs. 1 PartG);**
- v. die Einräumung von Fristen zur Begleichung von Schulden zwischen den Partnerinnen oder Partnern (Art. 23 Abs. 1 PartG).**

² Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen sind vorbehalten.

Art. 272a (alt 272) Verfahren

¹ Das Gericht stellt die Eingabe der Gegenpartei zu und lädt zeitnah zur Verhandlung vor.

² Ein vorgängiger Schriftenwechsel findet grundsätzlich nicht statt, die schriftliche Stellungnahme ist freiwillig.

³ Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Art. 273 Verhandlung

¹ Das Gericht führt zeitnah eine mündliche Verhandlung durch. Es kann nur darauf verzichten, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist.

² Das Gericht versucht, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen.

³ Die Parteien müssen persönlich erscheinen, sofern das Gericht sie nicht wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen dispensiert.

Art. 273a Dringlichkeit

Einzelne Massnahmen im Sinne von Art. 272 können bereits vor dem Endentscheid erlassen werden, wenn es die Dringlichkeit erfordert.

3. Kapitel: Scheidungsverfahren

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 274 Einleitung

Das Scheidungsverfahren wird durch Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage eingeleitet.

Art. 275 Aufhebung des gemeinsamen Haushalts

Jeder Ehegatte kann nach Eintritt der Rechtshängigkeit für die Dauer des Scheidungsverfahrens den gemeinsamen Haushalt aufheben.

Art. 276 Vorsorgliche Massnahmen

¹ Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar.

² Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern weiter. Für die Aufhebung oder die Änderung ist das Scheidungsgericht zuständig.

³ Das Gericht kann vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert.

Art. 277 Feststellung des Sachverhalts

¹ Für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nachehelichen Unterhalt gilt der Verhandlungsgrundsatz.

² Stellt das Gericht fest, dass für die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen notwendige Urkunden fehlen, so fordert es die Parteien auf, diese nachzureichen.

³ Im Übrigen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Art. 278 Persönliches Erscheinen

Die Parteien müssen persönlich zu den Verhandlungen erscheinen, sofern das Gericht sie nicht wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen dispensiert.

Art. 279 Genehmigung der Vereinbarung

¹ Das Gericht genehmigt die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die berufliche Vorsorge.

² Die Vereinbarung ist erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Sie ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen.

Art. 280 Vereinbarung über die berufliche Vorsorge

¹ Das Gericht genehmigt eine Vereinbarung über den Ausgleich der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge, wenn:

- a. die Ehegatten sich über den Ausgleich und dessen Durchführung geeinigt haben;
- b. die Ehegatten eine Bestätigung der beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der getroffenen Regelung und die Höhe der Guthaben oder der Renten vorlegen; und
- c. das Gericht sich davon überzeugt hat, dass die Vereinbarung dem Gesetz entspricht.

² Das Gericht teilt den beteiligten Einrichtungen den rechtskräftigen Entscheid bezüglich der sie betreffenden Punkte unter Einschluss der nötigen Angaben für die Überweisung des vereinbarten Betrages mit. Der Entscheid ist für die Einrichtungen verbindlich.

³ Weichen die Ehegatten in einer Vereinbarung von der hälftigen Teilung ab oder verzichten sie darin auf den Vorsorgeausgleich, so prüft das Gericht von Amtes wegen, ob eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt.

Art. 281 Fehlende Einigung über den Vorsorgeausgleich

¹ Kommt keine Vereinbarung zustande, stehen jedoch die massgeblichen Guthaben und Renten fest, so entscheidet das Gericht nach den Vorschriften des ZGB und des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG) über das Teilungsverhältnis (Art. 122–124e ZGB in Verbindung mit den Art. 22–22f FZG), legt den zu überweisenden Betrag fest und holt bei den beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge unter Ansetzung einer Frist die Bestätigung über die Durchführbarkeit der in Aussicht genommenen Regelung ein.

² Artikel 280 Absatz 2 gilt sinngemäss.

³ In den übrigen Fällen, in denen keine Vereinbarung zustande kommt, überweist das Gericht bei Rechtskraft des Entscheides über das Teilungsverhältnis die Streitsache von Amtes wegen dem nach dem FZG zuständigen Gericht und teilt diesem insbesondere mit:

- a. den Entscheid über das Teilungsverhältnis;
- b. das Datum der Eheschliessung und das Datum der Ehescheidung;
- c. die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, bei denen den Ehegatten voraussichtlich Guthaben zustehen, und die Höhe dieser Guthaben;
- d. die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, die den Ehegatten Renten ausrichten, die Höhe dieser Renten und die zugesprochenen Rentenanteile.

Art. 282 Unterhaltsbeiträge

¹ Werden durch Vereinbarung oder Entscheid Unterhaltsbeiträge festgelegt, so ist anzugeben:

- a. von welchem Einkommen und Vermögen jedes Ehegatten ausgegangen wird;
- b. wie viel für den Ehegatten und wie viel für jedes Kind bestimmt ist;
- c. welcher Betrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts des berechtigten Ehegatten fehlt, wenn eine nachträgliche Erhöhung der Rente vorbehalten wird;
- d. ob und in welchem Ausmass die Rente den Veränderungen der Lebenskosten angepasst wird.

² Wird der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten, so kann die Rechtsmittelinstanz auch die nicht angefochtenen Unterhaltsbeiträge für die Kinder neu beurteilen.

Art. 283 Einheit des Entscheids

¹ Das Gericht befindet im Entscheid über die Ehescheidung auch über deren Folgen.

² Die güterrechtliche Auseinandersetzung kann aus wichtigen Gründen in ein separates Verfahren verwiesen werden.

³ Der Ausgleich von Ansprüchen aus der beruflichen Vorsorge kann gesamthaft in ein separates Verfahren verwiesen werden, wenn Vorsorgeansprüche im Ausland betroffen sind und über deren Ausgleich eine Entscheidung im betreffenden Staat erwirkt werden kann. Das Gericht kann das separate Verfahren aussetzen, bis die ausländische Entscheidung vorliegt; es kann bereits das Teilungsverhältnis festlegen.

Art. 284 ~~Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen~~

~~¹ Die Voraussetzungen und die sachliche Zuständigkeit für eine Änderung des Entscheids richten sich nach den Artikeln 124a Absatz 2, 129 und 134 ZGB.~~

~~² Nicht streitige Änderungen können die Parteien in einfacher Schriftlichkeit vereinbaren; vorbehalten bleiben die Bestimmungen des ZGB betreffend Kinderbelange (Art. 134 Abs. 3 ZGB).~~

~~³ Für streitige Änderungsverfahren gelten die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss.~~

2. Abschnitt: Scheidung auf gemeinsames Begehren

Art. 285 Eingabe bei umfassender Einigung

Die gemeinsame Eingabe der Ehegatten enthält:

- a. die Namen und Adressen der Ehegatten sowie die Bezeichnung allfälliger Vertreterinnen und Vertreter;
- b. das gemeinsame Scheidungsbegehren;
- c. die vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen;
- d. die gemeinsamen Anträge hinsichtlich der Kinder;
- e. die erforderlichen Belege;
- f. das Datum und die Unterschriften.

Art. 286 Eingabe bei Teileinigung

¹ In der Eingabe haben die Ehegatten zu beantragen, dass das Gericht die Scheidungsfolgen beurteilt, über die sie sich nicht einig sind.

² Jeder Ehegatte kann begründete Anträge zu den streitigen Scheidungsfolgen stellen.

³ Im Übrigen gilt Artikel 285 sinngemäss.

Art. 287 Anhörung der Parteien

Ist die Eingabe vollständig, so lädt das Gericht die Parteien zur Anhörung vor. Diese richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB.

Art. 288 Fortsetzung des Verfahrens und Entscheid

¹ Sind die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren erfüllt, so spricht das Gericht die Scheidung aus und genehmigt die Vereinbarung.

² Sind Scheidungsfolgen streitig geblieben, so wird das Verfahren in Bezug auf diese kontradiktorisch fortgesetzt. Es gilt das vereinfachte Verfahren. Das Gericht kann die

Parteirollen verteilen. Es gibt der klagenden Partei Gelegenheit, ihre Klage mündlich oder schriftlich zu begründen oder ihre Begründung zu ergänzen.

³ Sind die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt, so weist das Gericht das gemeinsame Scheidungsbegehren ab und setzt gleichzeitig jedem Ehegatten eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage. Das Verfahren bleibt während dieser Frist rechtshängig und allfällige vorsorgliche Massnahmen gelten weiter.

Art. 289 Rechtsmittel

Die Scheidung der Ehe kann nur wegen Willensmängeln mit Berufung angefochten werden.

3. Abschnitt: Scheidungsklage

~~Art. 290- Einreichung der Klage~~

~~Die Scheidungsklage kann ohne schriftliche Begründung eingereicht werden. Sie enthält:~~

- ~~a. Namen und Adressen der Ehegatten sowie die Bezeichnung allfälliger Vertreterinnen und Vertreter;~~
- ~~b. das Rechtsbegehren, die Ehe sei zu scheiden sowie die Bezeichnung des Scheidungsgrunds (Art. 114 oder 115 ZGB);~~
- ~~c. die Rechtsbegehren hinsichtlich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen;~~
- ~~d. die Rechtsbegehren hinsichtlich der Kinder;~~
- ~~e. die erforderlichen Belege;~~
- ~~f. das Datum und die Unterschriften~~

Art. 290 (alt 291) Einigungsverhandlung

¹ Nach Eingang der Scheidungsklage lädt das Gericht die Parteien zur Einigungsverhandlung vor.

~~² Steht der Scheidungsgrund fest, so versucht das Gericht zwischen den Ehegatten eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen.~~

³² Steht der Scheidungsgrund nicht fest oder kommt keine Einigung zustande, so gibt das Gericht der klagenden Partei Gelegenheit zur Klagebegründung oder zur Ergänzung der Begründung. Das Verfahren wird kontradiktorisch fortgesetzt. Es gilt das vereinfachte Verfahren.

Art. 291 (alt 292) Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren

¹ Das Verfahren wird nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt, wenn die Ehegatten:

- a. bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch nicht seit mindestens zwei Jahren getrennt gelebt haben; und
- b. mit der Scheidung einverstanden sind.

² Steht der geltend gemachte Scheidungsgrund fest, so findet kein Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren statt.

Art. 292 (alt 293) Klageänderung

Die Scheidungsklage kann bis zum Beginn der Urteilsberatung in eine Trennungsklage umgewandelt werden.

4. Abschnitt Abänderungsklagen

Art. 293 (alt 284)

Abänderung rechtskräftiger Scheidungsfolgen

¹ Die Voraussetzungen und die sachliche Zuständigkeit für eine Änderung des Entscheids richten sich nach den Artikeln 124e Absatz 2, 129 und 134 ZGB.

² Nicht streitige Änderungen können die Parteien in einfacher Schriftlichkeit vereinbaren; vorbehalten bleiben die Bestimmungen des ZGB betreffend Kinderbelange (Art. 134 Abs. 3 ZGB).

³ Für streitige Abänderungsverfahren gelten die allgemeinen Bestimmungen zum Scheidungsverfahren und die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss.

5. Abschnitt: Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen

Art. 294

¹ Das Verfahren bei Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen richtet sich sinngemäss nach den Vorschriften über die Scheidungsklage.

² Eine Trennungsklage kann bis zum Beginn der Urteilsberatung in eine Scheidungsklage umgewandelt werden.

6. Abschnitt Auflösung und Ungültigkeit der eingetragenen Partnerschaft

Art. 295 (alt. 307)

Für das Verfahren zur Auflösung und zur Ungültigerklärung der eingetragenen Partnerschaft gelten die Bestimmungen über das Scheidungsverfahren sinngemäss.

7. Titel: Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

4. Kapitel: Selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange

Art. 296

Vereinfachtes Verfahren

Für Abstammungsklagen, selbstständige Klagen über den Unterhalt von minder- und volljährigen Kindern und weitere Kinderbelange sowie selbstständige Abänderungsverfahren gilt das vereinfachte Verfahren.

Art. 297

Einigungsverhandlung

¹ Nach Eingang der Klage lädt das Gericht die Parteien zur Einigungsverhandlung vor.

² Die Einigung ist zu Protokoll zu nehmen und bedarf der Genehmigung. Sie ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen.

³ Kommt keine Einigung zustande oder kann die Einigung nicht genehmigt werden, wird das Verfahren kontradiktorisch fortgesetzt. Das Gericht bestimmt die Parteirollen. Es gibt der klagenden Partei Gelegenheit, ihre Klage mündlich oder schriftlich zu begründen oder ihre Begründung zu ergänzen.

Art. 298 (alt Art. 296 Abs. 2 ZPO) Mitwirkungspflicht zur Aufklärung der Abstammung

Zur Aufklärung der Abstammung haben Parteien und Dritte an Untersuchungen mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind nicht anwendbar.

Art. 299 (alt 303 Abs. 2, 304) Vorsorgliche Massnahmen

¹ Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Familienschutz sind sinngemäss anwendbar.

² Massnahmen, die das Familienschutzgericht angeordnet hat, dauern weiter. Für die Aufhebung oder die Änderung ist das mittels Klage angerufene Gericht zuständig.

³ Bei einer Vaterschaftsklage nach Art. 261 ZGB hat der Beklagte auf Gesuch der klagenden Partei:

- a. die Entbindungskosten und angemessene Beiträge an den Unterhalt von Mutter und Kind zu hinterlegen, wenn die Vaterschaft glaubhaft gemacht ist;
- b. angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu zahlen, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist und die Vermutung durch die sofort verfügbaren Beweismittel nicht umgestossen wird.

⁴ Über die Hinterlegung, die vorläufige Zahlung, die Auszahlung hinterlegter Beiträge und die Rückerstattung vorläufiger Zahlungen entscheidet das für die Beurteilung der Klage zuständige Gericht.

Art. 300 (alt 301a) Unterhaltsbeiträge

Werden im Unterhaltsvertrag oder im Entscheid Unterhaltsbeiträge festgelegt, so ist darin anzugeben:

- a. von welchem Einkommen und Vermögen jedes Elternteils und jedes Kindes ausgegangen wird;
- b. welcher Betrag für jedes Kind bestimmt ist;
- c. welcher Betrag zur Deckung des gebührenden Unterhalts jedes Kindes fehlt;
- d. ob und in welchem Ausmass die Unterhaltsbeiträge den Veränderungen der Lebenskosten angepasst werden.

Art. 301 Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren

¹ Ist bereits ein Familienschutzverfahren in der gleichen Sache rechtshängig und gebietet es das Kindeswohl, kann das später angerufene Gericht die bei ihm rechtshängige Klage an das zuständige Gericht am Ort des Familienschutzverfahrens überweisen.

² Die Überweisung ist mit Beschwerde anfechtbar.

Art. 302 Verwandtenunterstützung

Für Verwandtenunterstützungsklagen gelten die Bestimmungen zu selbstständigen Klagen betreffend Kinderbelange sinngemäss.

Art. 303 – 307a gestrichen bzw. verschoben

Weitere Änderungen der ZPO

Art. 23 Eherechtliche Gesuche und Klagen

¹ Für eherechtliche Gesuche und Klagen sowie für Gesuche um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig.

~~^{1bis} Für Gesuche und Klagen bei eingetragener Partnerschaft sowie für Gesuche um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig.~~

² Für Gesuche der Aufsichtsbehörde in Betreuungssachen auf Anordnung der Gütertrennung ist das Gericht am Wohnsitz der Schuldnerin oder des Schuldners zwingend zuständig.

Art. 24 Gesuche um Familienschutzmassnahmen

~~Für Gesuche und Klagen bei eingetragener Partnerschaft sowie für Gesuche um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig.~~

Für Gesuche um Familienschutzmassnahmen bei unverheirateten Eltern ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig.

Art. 26 Selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange

~~Für selbstständige Unterhaltsklagen der Kinder gegen ihre Eltern und für Klagen gegen unterstützungspflichtige Verwandte ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig.~~

¹ Für selbstständige Klagen betreffend Kinderbelange ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig.

² Ist die Klage gegen das Kind gerichtet, ist das Gericht am Wohnsitz des Kindes zwingend zuständig.

Art. 26a Unterstützungsklagen

Für Klagen gegen unterstützungspflichtige Verwandte ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig.

Art. 47 Ausstandsgründe

¹ (unverändert)

² Kein Ausstandsgrund für sich allein ist insbesondere die Mitwirkung:

- a. beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege;
- b. beim Schlichtungsverfahren;
- c. bei der Rechtsöffnung nach den Artikeln 80–84 SchKG;
- d. bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen;
- e. bei Einigungsversuchen in Familienverfahren.

Art. 98 Kostenvorschuss

¹ Das Gericht und die Schlichtungsbehörde können von der klagenden Partei einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.

² Sie können einen Vorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen in:

- a. Verfahren nach Artikel 6 Absatz 4 Buchstabe c und nach Artikel 8;
- b. Schlichtungsverfahren;
- c. summarischen Verfahren mit Ausnahme der vorsorglichen Massnahmen nach Artikel 248 Buchstabe d ~~und der familienrechtlichen Streitigkeiten nach den Artikeln 271, 276, 302 und 305;~~
- d. Rechtsmittelverfahren.

³ Der Vorschuss in allen Familienverfahren beträgt höchstens die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten und kann von den Parteien unabhängig von der Verfahrenseinleitung erhoben werden. Vom Kind kann nur in Ausnahmefällen ein Kostenvorschuss verlangt werden.

Art. 109 ~~Verteilung bei Vergleich~~

¹ Bei einem gerichtlichen Vergleich trägt jede Partei die Prozesskosten nach Massgabe des Vergleichs.

² Die Kosten werden nach den Artikeln 106–108 verteilt, wenn:

- a. der Vergleich keine Regelung enthält; oder
- b. die getroffene Regelung einseitig zulasten einer Partei geht, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist.

³ Die Gerichtskosten betragen in Familienverfahren im Falle einer Einigung vor der kontradiktorischen Fortsetzung des Verfahrens maximal die Hälfte der Kosten.

Art. 198 Ausnahmen

Das Schlichtungsverfahren entfällt:

- a. im summarischen Verfahren;
- abis. bei Klagen wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB oder betreffend eine elektronische Überwachung nach Artikel 28c ZGB;
- b. ~~bei Klagen über den Personenstand~~ im Familienverfahren;
b^{bis}. (entfällt)
- c. *(entfällt)*
- d. *(entfällt)*
- e. bei folgenden Klagen aus dem SchKG:
 1. Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG),
 2. Feststellungsklage (Art. 85a SchKG),
 3. Widerspruchsklage (Art. 106–109 SchKG),
 4. Anschlussklage (Art. 111 SchKG),
 5. Aussonderungs- und Admassierungsklage (Art. 242 SchKG),
 6. Kollokationsklage (Art. 148 und 250 SchKG),
 7. Klage auf Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG),
 8. Klage auf Rückschaffung von Retentionsgegenständen (Art. 284 SchKG);
- f. bei Streitigkeiten, für die nach Artikel 7 dieses Gesetzes eine einzige kantonale Instanz zuständig ist;
- g. bei der Hauptintervention, der Widerklage und der Streitverkündungsklage;
- h. wenn das Gericht eine Frist für eine Klage gesetzt hat sowie bei Klagen, die mit einer solchen Klage vereint werden, sofern die Klagen in einem sachlichen Zusammenhang stehen;
- i. bei Klagen vor dem Bundespatentgericht.

Vorgeschlagene Änderungen des Zivilgesetzbuches

Art. 176

¹ Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss das Gericht auf Begehren eines Ehegatten:

1. ~~die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und~~ den Unterhaltsbeitrag an den Ehegatten festlegen;
2. die Benützung der Wohnung und des Hausrates regeln;
3. die Gütertrennung anordnen, wenn es die Umstände rechtfertigen.

² Diese Begehren kann ein Ehegatte auch stellen, wenn das Zusammenleben unmöglich ist, namentlich weil der andere es grundlos ablehnt.

³ Haben die Ehegatten minderjährige Kinder, so trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen.

Art. 261

¹ Sowohl die Mutter als das Kind können auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater klagen. Klagt das Kind allein, richtet sich die Klage gegen den Vater und die Mutter.

² ~~Die Klage richtet sich gegen den Vater oder, wenn er gestorben ist,~~ Ist der Vater gestorben, richtet sich die Klage nacheinander gegen seine Nachkommen, Eltern oder Geschwister oder, wenn solche fehlen, gegen die zuständige Behörde seines letzten Wohnsitzes.

³ Ist der Vater gestorben, so wird seiner Ehefrau zur Wahrung ihrer Interessen die Einreichung der Klage vom Gericht mitgeteilt.

Art. 272^{bis}

^{C^{bis}} Familienschutz I. Massnahmen zur Organisation des Getrenntlebens

¹ Das angerufene Gericht regelt die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und trifft nach den Bestimmungen über die Wirkung des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen.

² Es beachtet alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände. Es berücksichtigt einen gemeinsamen Antrag der Eltern und, soweit tunlich, die Meinung des Kindes.

³ Es kann den Unterhaltsbeitrag über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus festlegen.

Art. 272^{ter}

II. Änderung der Verhältnisse

¹ Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Elternteils die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist.

² Nehmen die Eltern das Zusammenleben wieder auf, so fallen die für das Getrenntleben angeordneten Massnahmen mit Ausnahme der Kindesschutzmassnahmen dahin.

Art. 275

¹ Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig und, sofern sie Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder trifft, diejenige an seinem Aufenthaltsort.

² ~~Regelt das Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Sorge, die Obhut oder den Unterhaltsbeitrag, so regelt es auch den persönlichen Verkehr.~~

³ Bestehen noch keine Anordnungen über den Anspruch von Vater und Mutter, so kann der persönliche Verkehr nicht gegen den Willen der Person ausgeübt werden, welcher die elterliche Sorge oder Obhut zusteht.

Art. 279

¹ Das Kind kann ~~gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide~~ auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung klagen. Das Gericht kann den Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus regeln.

² Während der Minderjährigkeit des Kindes kann der Unterhaltsanspruch durch den Inhaber der elterlichen Sorge gegen den anderen Elternteil geltend gemacht werden. Diese Befugnis besteht nach Eintritt der Volljährigkeit mit Zustimmung des volljährigen Kindes weiter.

³ Richtet sich die Klage des volljährigen Kindes nur gegen einen Elternteil, kann das Gericht gleichwohl die Unterhaltspflichten beider Elternteile regeln.

Art. 298b

¹ Weigert sich ein Elternteil, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, so kann der andere Elternteil ~~die Kindesschutzbehörde~~ das Gericht am Wohnsitz des Kindes anrufen.

² ~~Die Kindesschutzbehörde~~ Das Gericht verfügt die gemeinsame elterliche Sorge, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen ist.

³ Zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge regelt ~~die Kindesschutzbehörde~~ das Gericht die übrigen strittigen Punkte. ~~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.~~

^{3bis} ~~Die Kindesschutzbehörde~~ Das Gericht berücksichtigt beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile das Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen.

^{3ter} Bei gemeinsamer elterlicher Sorge prüft ~~sie~~ es im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt.

⁴ Ist die Mutter minderjährig oder steht sie unter umfassender Beistandschaft, so weist ~~die Kindesschutzbehörde~~ das Gericht die elterliche Sorge dem Vater zu oder ~~bestellt dem Kind einen Vormund~~ weist die Kindesschutzbehörde an, dem Kind einen Vormund zu bestellen, je nachdem, was zur Wahrung des Kindeswohls besser geeignet ist.

Art. 298d

¹ Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen regelt ~~die Kindesschutzbehörde~~ das Gericht die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.

² ~~Sie~~ Es kann sich auf die Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken.

³ ~~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.~~

Art. 301a

¹ Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.

² Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts ~~oder der Kindesschutzbehörde~~, wenn:

- a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder
- b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat.

³ Übt ein Elternteil die elterliche Sorge allein aus und will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so muss er den anderen Elternteil rechtzeitig darüber informieren.

⁴ Dieselbe Informationspflicht hat ein Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will.

⁵ Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrags. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht ~~oder die Kindesschutzbehörde~~.

Art. 315a

In gerichtlichen Verfahren a. Kompetenzen des Gerichts

¹ Hat das Gericht, ~~das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständig ist~~, die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug.

² Bestehende Kindesschutzmassnahmen können auch vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden.

³ Die Kindesschutzbehörde bleibt jedoch befugt:

1. ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen;
2. die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann.

Art. 315b

¹ Zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über die Kindeszuteilung und den Kindesschutz ist das Gericht zuständig:

1. während des Scheidungsverfahrens;
2. im Verfahren zur Abänderung des Scheidungsurteils gemäss den Vorschriften über die Ehescheidung;
3. im Verfahren zur Änderung von ~~Eheschutzmassnahmen; die Vorschriften über die Ehescheidung sind sinngemäss anwendbar.~~ **Eheschutz- und Familienschutzmassnahmen;**
- 4. im selbstständigen Abänderungsverfahren betreffend Kinderbelange.**

² In den übrigen Fällen ist die Kindesschutzbehörde zuständig.