

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

Vorsorglicher Kindesunterhalt ohne hängige Unterhaltsklage?

Besprechung von BGer, 5A_1025/2020, 30.8.2021

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_1025/2020 vom 30. August 2021, A.A. und B.B. gegen C.A., vorsorgliche Massnahmen (Kindesunterhalt, Obhut, persönlicher Verkehr) vor Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage.



URS PETER CAVELTI*



CYRIL SCHENKER**

Art. 303 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass der Beklagte bei feststehendem Kindesverhältnis dazu verpflichtet werden kann, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen. Bisher ungeklärt war die Frage, ob solche vorsorglichen Massnahmen ohne gleichzeitige oder vorgängige Einleitung der Unterhaltsklage beantragt werden können. Das Bundesgericht bejaht das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

I. Sachverhalt

A., geb. 2019, ist die gemeinsame Tochter der nicht verheirateten Eltern B. (Mutter) und C. (Vater). Kurz nach der Geburt anerkannte der Vater die Tochter und die Eltern erklärten die gemeinsame elterliche Sorge. Im März 2020 trennten sich die Eltern.

Am 27. Februar 2020 stellte A., vertreten durch die Mutter, ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Gegenstand des Gesuchs war die Zuteilung der Obhut, die Feststellung des Wohnsitzes des Kindes und die Verpflichtung des Vaters zur Bezahlung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages.

Mit Entscheid vom 15. Juni 2020 hiess das erstinstanzliche Gericht das vorsorgliche Massnahmebegehren im Wesentlichen gut. Der gesuchstellenden Partei wurde eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Entscheids über die vorsorglichen Massnahmen zur Einreichung der Klage in der Hauptsache angesetzt.

Auf Berufung des Vaters hin hob das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid auf und trat auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht ein. Daraufhin erhoben die Mutter und das Kind Beschwerde beim Bundesgericht ein. Sie beantragten die Aufhebung des Nichteintretensentscheids des Obergerichts und die Abweisung der Berufung des Vaters. Dieser beantragte, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten bzw. dass diese eventualiter abzuweisen sei.¹

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte die Frage zu prüfen, ob vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO beantragt werden können, ohne dass gleichzeitig oder vorgängig eine Unterhaltsklage eingereicht wurde (E. 3).

In formeller Hinsicht bestätigt das Bundesgericht in seinem Urteil zunächst die Praxis, wonach es den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zugunsten eines minderjährigen Kindes bei feststehendem Kindesverhältnis als Endentscheid qualifiziert (Art. 90 BGG). Ferner hält es fest, dass im Massnahmeverfahren sowohl vermögensrechtliche (Kindesunterhalt) als auch nicht vermögensrechtliche Aspekte (Obhut, persönlicher Verkehr) streitig gewesen seien, so dass es sich insgesamt um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handle (E. 1.2 und 1.3).

In der materiellen Begründung stellt das Bundesgericht zunächst fest, dass gemäss dem bis zum Inkrafttreten der ZPO massgeblichen aArt. 281 Abs. 1 und 2 ZGB in Konstellationen wie der vorliegenden, wo das Kindesverhältnis feststehe, vorsorgliche Massnahmen nur unter der Voraussetzung der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage beantragt werden könnten. Die Bestimmung hatte folgenden Wortlaut: «Ist die Klage eingereicht, so trifft das Gericht auf Begehren des Klägers für die Dauer des Prozesses die nötigen vorsorglichen Massregeln (Abs. 1).» Demgegenüber – so das Bundesgericht – sehe der heute geltende Art. 303 Abs. 1 ZPO bloss Folgendes vor: «Steht das Kindesverhältnis fest, so kann der Beklagte verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen.» In der Lehre sei daher umstritten, ob

* URS PETER CAVELTI, Dr. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen.

** CYRIL SCHENKER, M.A. HSG in Rechtswissenschaften, St. Gallen.

¹ BGer, 5A_1025/2020, 30.8.2021, Sachverhalt.

das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage weiterhin gelte oder nicht (E. 3.1).

In der Begründung verweist das Bundesgericht zunächst auf die Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids und fasst diese wie folgt zusammen: Der überwiegende Teil der Lehre gehe davon aus, dass vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO frühestens von der Erhebung der Unterhaltsklage an verfügt werden könnten, denn der Gesetzgeber habe mit der Regelung von Art. 303 ZPO das bisherige Recht übernehmen wollen. In der Botschaft werde ausgeführt, dass die neue Regelung den Bestimmungen des bisherigen Rechts entspreche, weshalb diese ersatzlos aufgehoben werden könnten. Eine Änderung der Rechtslage sei somit nicht beabsichtigt gewesen. Die Kapitelüberschrift von Art. 303 f. ZPO («Unterhalts- und Vaterschaftsklage») sowie der Kontext zur Eingangsformulierung des zweiten Absatzes («Ist die Unterhaltsklage zusammen mit der Vaterschaftsklage eingereicht worden») sprächen ebenfalls dafür, dass das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage (weiterhin) auch für die im ersten Absatz geregelte Unterhaltsklage bei feststehendem Kindesverhältnis gelten solle. Sachliche Gründe für eine insoweit unterschiedliche Behandlung der selbständigen gegenüber der mit einer Vaterschaftsklage verbundenen Unterhaltsklage seien nicht ersichtlich. Nachdem mit der Unterhaltsklage Unterhalt nicht nur für die Zukunft, sondern auch rückwirkend für ein Jahr vor Klageerhebung verlangt werden könne (Art. 279 ZGB), sei auch kein Bedürfnis erkennbar, vor der – mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs bewirkten (vgl. Art. 197 ff. ZPO) – Rechtshängigkeit des Unterhaltsprozesses vorsorglichen Rechtsschutz zu erlangen. Im Allgemeinen könnten vorsorgliche Massnahmen aufgrund von Art. 263 ZPO zwar auch vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache angeordnet werden. Für die vorsorglichen Massnahmen bei Unterhalts- und Vaterschaftsklagen habe der Gesetzgeber in Art. 303 ZPO allerdings Sonderregeln erlassen. Solche seien an sich nur erforderlich, soweit eine Frage in den allgemeinen Bestimmungen nicht geregelt sei oder abweichend von der allgemeinen Bestimmung geregelt werden solle. Aufgrund von Art. 263 ZPO lasse sich daher nicht ohne Weiteres schliessen, dass auch die vorsorgliche Anordnung von Unterhaltszahlungen keine rechtshängige Hauptklage voraussetze. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setze demnach weiterhin eine rechtshängige Hauptklage auf Unterhalt voraus. Fehle es daran, sei das Gericht nicht zuständig zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und es habe bezüglich der weiteren Kinderbelange auch zu keiner Kompetenzattraktion im Sinne von Art. 304 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs und der Beistandschaft kommen können (E. 3.2).

In der darauffolgenden Erwägung (E. 3.3) nimmt das Bundesgericht die Begründung der Beschwerdeführerinnen auf und räumt ein, dass der Bundesrat in der Botschaft zur ZPO nicht ausgeführt habe, der Entwurf enthalte eine Bestimmung, die aArt. 281 ZGB entspreche. Es werde nur erwähnt, dass dieser Artikel angesichts der allgemeinen Bestimmungen zu den Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten nicht mehr notwendig sei und deshalb aufgehoben werden könne. Der heutige Art. 303 Abs. 1 ZPO sei erst auf Antrag der Kommission in den Entwurf eingefügt und diskussionslos angenommen worden. Damit ergebe sich aus den Materialien nicht, ob das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Klage bei feststehendem Kindesverhältnis bewusst weggelassen oder im Gegenteil gesamthaft die Weitergeltung der altrechtlichen Regelung angestrebt worden sei. Ebenso erachtet das Bundesgericht die Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht als verfehlt, wonach es einen bedeutenden Eingriff in die Rechtssphäre eines Mannes darstelle, wenn die Wirkungen eines Kindesverhältnisses einträten, obwohl die Frage nach der Vaterschaft noch nicht geklärt sei und sich daher eine unterschiedliche Behandlung je nachdem, ob die Vaterschaft feststehe oder nicht, durchaus rechtfertigen lasse. Trotz dieser Bedenken verweist das Bundesgericht in der Folge auf sein Urteil 5A_147/2020 vom 24. August 2020, E. 5.4.3. In diesem Entscheid hielt es fest, dass es im Zusammenhang mit der Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht geradezu unhaltbar sei, wenn die Vorinstanz gestützt auf einen Teil der Lehre verlangt habe, dass vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 303 ZPO erst ab Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens verlangt werden könnten. Dies gelte auch hier. Zudem sei es widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerinnen einerseits die Auffassung verträten, es bestehe die Möglichkeit zur Stellung eines Massnahmegesuchs mit gerichtlicher Fristansetzung für die Klageerhebung (Art. 263 ZPO), und sich andererseits auf den Standpunkt stellten, das vorsorgliche Verfahren um Kindesunterhalt sei ein selbständiges Verfahren und die Massnahmen hätten selbst dann Bestand, wenn kein Hauptverfahren eröffnet werde.

III. Anmerkungen

A. Die Begründung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid zunächst weitgehend dadurch, dass es die Argumentation des Obergerichts des Kantons Aargau im Entscheid ZSU.2020.168 vom 22. Oktober 2020 zusammenfassend wiedergibt und insbesondere folgende Punkte hervorhebt:

- a) Hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen im Unterhaltsprozess des Kindes wurde in aArt. 281 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB ausdrücklich festgehalten, dass solche Massnahmen erst mit bzw. nach Einreichung der Hauptklage beantragt werden können;
- b) das Erfordernis der vorgängigen oder gleichzeitigen Einreichung der Unterhaltsklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 303 Abs. 1 ZPO nicht mehr ausdrücklich enthalten;
- c) die Kapitelüberschrift zu Art. 303 ff. («Unterhalts- und Vaterschaftsklage») und der Kontext zur Eingangsformulierung von Art. 303 Abs. 2 ZPO («Ist die Unterhaltsklage zusammen mit der Vaterschaftsklage eingereicht worden») bestätigen das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage auch bei feststehendem Kindesverhältnis;
- d) für abweichende Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 303 Abs. 1 (Unterhaltsklage bei feststehendem Kindesverhältnis) und Art. 303 Abs. 2 ZPO (kombinierte Vaterschafts- und Unterhaltsklage) bestehen keine sachlichen Gründe;
- e) da Unterhalt auch rückwirkend eingeklagt werden kann (Art. 279 ZGB), besteht kein Bedürfnis, vorsorglichen Unterhalt vor der Rechtshängigkeit der Hauptklage geltend machen zu können;
- f) Art. 303 ZPO stellt gegenüber den allgemeinen Bestimmungen über die vorsorgliche Massnahmen eine Sondernorm dar, weshalb Art. 263 ZPO (vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der Hauptklage mit Fristansetzung) bei Unterhaltsklagen nicht anwendbar ist.

Diese Elemente der Begründung des Obergerichts nimmt das Bundesgericht bei seinen weiteren Erwägungen nicht mehr auf und scheint ihnen zuzustimmen. Abweichend argumentiert das Bundesgericht indessen, was die Gesetzesmaterialien betrifft. So hält es fest, dass im Entwurf des Bundesrates zur ZPO einzig die Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit einer kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsklage enthalten gewesen seien. Die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 sei nur bezüglich dieser Bestimmungen davon ausgegangen, dass sie den bestehenden Regelungen von aArt. 280 Abs. 3 und 282–284 ZGB entsprechen würden.² Bezüglich aArt. 281 ZGB werde in der Botschaft hingegen nur festgehalten, dass er angesichts der allgemeinen Bestimmungen zu den Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegen-

heiten nicht mehr notwendig sei.³ Damit distanziert sich das Bundesgericht zumindest hinsichtlich des «historischen» Elements von der Begründung des Obergerichts und scheint damit offenzulassen, auf diese Fragestellung später nochmals zurückzukommen. Dies könnte auch daraus abgeleitet werden, dass das Bundesgericht in der Folge relativ knapp auf sein Urteil 5A_147/2020 vom 24. August 2020 zur Frage eines vorsorglichen Prozesskostenvorschusses verweist. Darin hielt es fest, dass es nicht willkürlich sei, auf jenen Teil der Lehre abzustellen, der auch bezüglich Art. 303 Abs. 1 ZPO davon ausgehe, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen bei feststehendem Kindesverhältnis die Rechtshängigkeit der Hauptklage voraussetze.⁴

In der Lehre werden zur Frage des Erfordernisses der Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen tatsächlich beide Positionen vertreten. Welche Meinung überwiegt, ist kaum auszumachen. Die Autoren, die die Ansicht des Bundesgerichts vertreten, weisen in der Regel darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Regelung von Art. 303 ZPO das bisherige Recht habe beibehalten wollen.⁵ Demgegenüber stützt sich die Gegenposition vor allem auf den Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO, der die Rechtshängigkeit der Hauptklage nicht als Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nennt. SPYCHER argumentiert, dass sich das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO gemäss den Bestimmungen nach Art. 248 ff. ZPO richte. Es sei daher i.S.v. Art. 263 ZPO keine Rechtshängigkeit der Hauptsache vorausgesetzt, sondern die vorsorglichen Massnahmen könnten durch Ansetzung einer Klagefrist prosequiert werden.⁶

³ Botschaft ZPO (FN 2), 7368.

⁴ DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN, Art. 303 N 3, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE ZPO-Verfasser); OFK ZPO-SCHWANDER, Art. 303 N 1, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO Orell Füssli Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-Verfasser); KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, Art. 303 N 3, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-Verfasser).

⁵ DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN (FN 4), Art. 303 N 3; OFK ZPO-SCHWANDER (FN 4), Art. 303 N 1; CHK ZPO-ROELLI, Art. 303 N 7, in: Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2021; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF (FN 4), Art. 303 N 3.

⁶ ANNETTE SPYCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK-SPYCHER), Art. 303 ZPO N 4; Schulthess ZPO-SCHWEIGHAUSER, Art. 303 N 2, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Schulthess ZPO-Verfasser); BSK ZPO-MORET/STECK, Art. 303 N 7, in: Karl Spühler/

² Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

B. Die Elemente der Auslegung

Zu klären ist eine Frage der Rechtsanwendung und damit der Auslegung von Art. 303 Abs. 1 ZPO (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Hierfür muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite einer Bestimmung gesucht werden, wobei – wenn der Wortlaut nicht klar ist – namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt, abzustellen ist.⁷

- a) Was den Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO betrifft, so zitiert das Bundesgericht diesen im Entscheid ausdrücklich und dieser scheint auch klar zu sein: Als einzige Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung bzw. für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im selbständigen Unterhaltsprozess nennt das Gesetz das Feststehen des Kindesverhältnisses. Einen Zusammenhang zwischen dem Erlass vorsorglicher Massnahmen und der Einreichung der Hauptklage stellt erst Abs. 2 von Art. 303 ZPO für die kombinierte Vaterschafts- und Unterhaltsklage her. Diesbezüglich ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, dass die Rechtshängigkeit der Hauptklage Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist. Hinweise darauf, ob dies allenfalls auch für die vorsorglichen Massnahmen bei feststehendem Kindesverhältnis zutrifft, lassen sich auch aus dem französischen und dem italienischen Text nicht herleiten («*Si la filiation est établie, le défendeur peut être tenu de consigner ou d'avancer des contributions d'entretien équitables*» bzw. «*Se il rapporto di filiazione è accertato, il convenuto può essere obbligato a depositare o a pagare provvisoriamente adeguati contributi per il mantenimento del figlio*»).

Dass die im parlamentarischen Prozess durch den Ständerat eingefügte Bestimmung von Art. 303 Abs. 1 ZPO eng formuliert ist, zeigt sich nicht nur an der Frage des Verhältnisses zur Hauptklage, sondern auch daran, dass das Erfordernis eines Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen ebenfalls nicht erwähnt wird und wiederum erst in Abs. 2 ausdrücklich enthalten ist. Dennoch besteht in der Lehre einhellig die Auffassung, dass auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei feststehendem Kindesverhältnis ein Gesuch grundsätzlich er-

forderlich ist.⁸ Für sich betrachtet erscheint der Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO somit klar zu sein und das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage nicht zu verlangen. Bereits der Blick auf Art. 303 Abs. 2 ZPO zeigt indessen, dass der später eingefügte erste Absatz der Bestimmung kurz formuliert wurde und angesichts des deutlicher ausformulierten zweiten Absatzes nicht alle Voraussetzungen für seine Anwendung enthält.

- b) Zum historischen Element ist festzuhalten, dass der Vorentwurf – entsprechend Art. 286 Abs. 3 aZGB – in Art. 256 VE-ZPO festhielt, dass die Vaterschaftsklage mit der Unterhaltsklage verbunden werden kann (objektive Klagehäufung).⁹ In Art. 257 VE-ZPO wurden die vorsorglichen Massnahmen – entsprechend Art. 282–283 aZGB – im Unterhaltsprozess geregelt. Nicht speziell erwähnt wurde der Fall, in welchem das Kindesverhältnis bereits vor oder im Unterhaltsprozess festgestellt wurde (Art. 281 Abs. 2 aZGB).¹⁰ Dabei blieb es auch im Entwurf zur ZPO, wobei die Bestimmungen neu angeordnet wurden: In Art. 299 E-ZPO wurden die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 282 und 283 aZGB abgehandelt. Auf die explizite Erwähnung, dass Unterhalts- und Vaterschaftsklage miteinander verbunden werden können, wurde verzichtet. Art. 300 E-ZPO regelte neu die Zuständigkeit für die Hinterlegung, vorläufige Zahlung etc.¹¹

Im parlamentarischen Prozess hat die Kommission des Ständerates durch einen zusätzlichen Absatz von Art. 299 E-ZPO den in Art. 281 Abs. 2 aZGB geregelten Fall des bereits feststehenden Kindesverhältnisses wiederaufgenommen. Dies wohl deshalb, weil es sonst an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei feststehendem Kindesverhältnis gefehlt hätte. In Art. 300 E-ZPO wurde das «für die Vaterschaftsklage zuständige Gericht» als Folge der Änderung von Art. 299 Abs. 1 E-ZPO in das «für die Beurteilung der Klage zuständige Gericht» abgeändert.¹² Sowohl der Ständerat als auch der Nati-

Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

⁷ BGE 134 V 1 E. 7.2, 133 V 9 E. 3.1; vgl. auch ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 2019, 60 und 143 f.

⁸ Vgl. auch Art. 276 Abs. 1 i. V.m. Art. 176 Abs. 1 ZGB; ausführlich zur Voraussetzung eines Gesuchs DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN (FN 4), Art. 303 N 4 f.; BK-SPYCHER (FN 6), Art. 303 ZPO N 8; OFK ZPO-SCHWANDER (FN 4), Art. 303 N 1; BSK ZPO-MORET/STECK (FN 6), Art. 303 N 16 mit Hinweisen.

⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, 123.

¹⁰ Schulthess ZPO-SCHWEIGHAUSER (FN 6), Art. 303 N 2.

¹¹ Schulthess ZPO-SCHWEIGHAUSER (FN 6), Art. 303 N 3.

¹² Schulthess ZPO-SCHWEIGHAUSER (FN 6), Art. 303 N 4.

onalrat nahmen diese geänderten Bestimmungen ohne weitere Diskussion an.¹³

Zur Frage des Erfordernisses der Hauptklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Unterhaltsprozess zitiert das Bundesgericht die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf zur ZPO zu Art. 299 und 300 ZPO ebenfalls ausdrücklich: «Das vierte Kapitel schliesslich enthält ergänzende Bestimmungen zur Vaterschaftsklage. Die Artikel 299 (vorsorgliche Massnahmen) und Artikel 300 (Zuständigkeit) des Entwurfs entsprechen den Bestimmungen des geltenden Rechts (Art. 280 Abs. 3; Art. 282–284 ZGB); diese können demnach aufgehoben werden. Gleiches gilt von den Artikeln 280 und 281 ZGB über das Verfahren und die vorsorglichen Massnahmen, die ebenfalls nicht mehr notwendig sind (vgl. Art. 290, 291 Abs. 1).» Die Krux dieser Textpassage liegt wohl darin, dass nicht klar erscheint, ob sich der Passus «Gleiches gilt [...]» nur auf die Möglichkeit der Aufhebung der früheren ZGB-Bestimmungen bezieht (wie das Bundesgericht argumentiert) oder auch auf die dazugehörige Begründung – nämlich die Entsprechung der neuen ZPO-Bestimmungen mit dem geltenden Recht –, wie das Obergericht in seinem Entscheid dafürhält. Dazu hält das Bundesgericht aber zutreffend fest, dass die in der Botschaft für die Aufhebung von aArt. 280 und 281 ZGB genannten Art. 290 und 291 Abs. 1 ZPO keine Regelung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens enthalten. Dieser Mangel dürfte denn auch der Hauptgrund dafür gewesen sein, dass der Ständerat die Bestimmung über die vorsorglichen Massnahmen um einen Absatz ergänzte und damit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen für den Fall des feststehenden Kindesverhältnisses wieder eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage schuf. Entscheidend in diesem Zusammenhang erscheint, was auch vom Bundesgericht betont wird, dass es aus den Materialien zwar keinen sicheren Hinweis dafür gibt, dass der Gesetzgeber mit dem später eingeführten Art. 303 Abs. 1 ZPO die Voraussetzung der angehobenen Unterhaltsklage beibehalten wollte. Aus der Gesamtheit der Materialien lässt sich aber auch keinerlei Hinweis entnehmen, dass der Gesetzgeber vom bisherigen System gemäss Art. 281 Abs. 1 aZGB – und damit vom Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage – abrücken wollte.

- c) Bezüglich des systematischen Elements weist das Obergericht in seinem Entscheid ausserdem auf den engen sachlichen Zusammenhang zwischen den beiden

Absätzen von Art. 303 ZPO hin und schliesst aus der Eingangsformulierung des zweiten Absatzes, dass die Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage auch bei feststehendem Kindeverhältnis gemäss dem ersten Absatz erforderlich sein müsse. Dieses Argument hätte wohl noch etwas mehr Gewicht, wenn der vom Ständerat eingefügte Art. 303 Abs. 1 ZPO als zweiter Absatz nach der im Entwurf bereits vorgesehenen Regelung der vorsorglichen Massnahmen bei der kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsklage eingefügt worden wäre. Diesfalls wären die in Art. 303 Abs. 1 ZPO nicht ausdrücklich enthaltenen Voraussetzungen einer Gesuchstellung und der Rechtshängigkeit der Hauptklage im neu eingefügten Absatz wohl leichter «mitlesbar» gewesen. Aus der jetzigen Reihenfolge der beiden Absätze kann aus dem Fehlen der Hängigkeitsvoraussetzung der Hauptklage im ersten Absatz durchaus auch abgeleitet werden, dass dieses Erfordernis bei feststehendem Kindesverhältnis gerade nicht bestehe.

In systematischer Hinsicht weist das Obergericht im Weiteren darauf hin – und das Bundesgericht führt diese Begründung ebenfalls auf –, dass der Gesetzgeber mit Art. 303 ZPO im Bereich der Unterhalts- und Vaterschaftsklage Sonderregeln für die vorsorglichen Massnahmen erlassen habe. Solche seien nur erforderlich, wenn eine Frage in den allgemeinen Bestimmungen nicht geregelt sei oder abweichend von den allgemeinen Bestimmungen geregelt werden soll. Dazu kann festgehalten werden, dass die Art. 261 ff. ZPO mit der Überschrift «1. Abschnitt: Vorsorgliche Massnahmen» wie auch Art. 303 ZPO mit der Marginalie «Vorsorgliche Massnahmen» grundsätzlich den gleichen Sachverhalt regeln. Gesetzessystematisch befinden sich die Bestimmungen von Art. 261 ff. ZPO im 5. Titel, welcher das summarische Verfahren im Allgemeinen regelt, wogegen Art. 303 ZPO unter dem 7. Titel «Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten» eingeordnet ist. Diese Einordnung legt nahe, dass die Art. 303 und 304 ZPO für das vorsorgliche Massnahmeverfahren bei Unterhalts- und Vaterschaftsklagen als «lex specialis» im Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens gemäss Art. 261 ff. ZPO zu betrachten sind – mit der Folge, dass auf die allgemeinen Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen nur zurückzugreifen ist, soweit die Art. 303 und 304 ZPO nicht explizit oder implizit eine eigene Regelung enthalten. Nachdem der frühere aArt. 281 Abs. 1 ZGB die Rechtshängigkeit der Hauptklage ausdrücklich voraussetzte und es aus den Gesetzesmaterialien keinen Hinweis gibt, wonach der diese Bestimmung ersetzende

¹³ Schulthess ZPO-SCHWEIGHAUSER (FN 6), Art. 303 N 5; AB 2007 S 636; AB 2008 N 969.

Art. 303 Abs. 1 ZPO an dieser Voraussetzung etwas ändern wollte, erscheint aus gesetzessystematischer Sicht zumindest Zurückhaltung am Platz, wenn trotz der Sonderregelung von Art. 303 und 304 ZPO auf die allgemeinen Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen zurückgegriffen wird. Dies gilt umso mehr, als Art. 303 Abs. 2 ZPO die Voraussetzung der Rechtshängigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsprozess ausdrücklich enthält und gerade auch angesichts der früheren Rechtslage kaum sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung ersichtlich sind. Das vom Bundesgericht wiedergegebene Argument, wonach es einen bedeutenden Eingriff in die Rechtssphäre des mutmasslichen Vaters des Kindes bedeute, wenn die Wirkungen eines Kindesverhältnisses einträten, obwohl die Frage der Vaterschaft noch nicht geklärt sei, trifft zwar zu. Dies zeigt u.E. aber nur, wie eingreifend die Bestimmung von Art. 303 Abs. 2 ZPO (zum Schutz des Kindes) für den betroffenen Unterhaltspflichtigen unter Umständen ist. Kaum ersichtlich ist jedoch, weshalb es dem Kind bzw. seiner Vertretung bei feststehendem Kindesverhältnis – und damit grundsätzlich feststehender Unterhaltspflicht des Beklagten – nicht oder weniger zumutbar sein soll, vor oder gleichzeitig mit dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen auch die Hauptklage einzuleiten.

- d) Zum gleichen Ergebnis führt ein weiterer, teleologischer Grund: Das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zieht sich gleichsam wie ein roter Faden durch das Familienrecht. So können vorsorgliche Massnahmen auch im Scheidungsverfahren bzw. im Scheidungsabänderungsverfahren sowie auch bei einer Eheungültigkeits- oder einer Ehetrennungsklage unbestrittenermassen erst beantragt bzw. angeordnet werden, wenn die Hauptklage rechtshängig ist (Art. 276 i.V.m. Art. 274 ZPO). Die innere Begründung dafür findet sich bereits im Berner Kommentar zu aArt. 145 aus dem Jahr 1936: *«Die Einreichung der Scheidungsklage ist geeignet, den Konflikt der Ehegatten zu verschärfen. Der erste gerichtliche Schritt ist getan, der Wille zur Auflösung der Ehe in aller Form bekundet. Jetzt entfallen mancherlei Hemmungen. So können die persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen der Ehegatten gefährdet werden. Vor allem kann auch die Ehe selbst, die trotz der eingereichten Klage vielleicht keineswegs scheidungsreif ist, schweren Schaden nehmen. [...] Aber darüber hinaus bedarf es eine Reihe von Massnahmen, die mangels einer Einigung der Ehegatten, der Richter treffen muss. Sie haben*

*die Aufgabe [...] die Beteiligten in ihren berechtigten Interessen zu schützen und sicherzustellen.»*¹⁴ Zweck der vorsorglichen Massnahmen ist somit ein ausreichender und verhältnismässiger Schutz der Parteien im eherechtlichen Verfahren. Dieser setzt aber voraus, dass mit der Einleitung der Hauptklage der «erste Schritt» getan ist. Der gleichen Logik folgten die Bestimmungen von aArt. 281 und 282 ZGB über die vorsorglichen Massnahmen bei Vaterschafts- und Unterhaltsprozessen. Dabei wurden diese Bestimmungen – damit sie unabhängig von den damals noch unterschiedlichen kantonalen Regelungen über die vorsorglichen Massnahmen einheitlich galten – längst vor Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung bundesrechtlich normiert.¹⁵ In gleicher Weise regelt Art. 445 Abs. 1 ZGB den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Bereich des Erwachsenenschutzrechts und kraft Hinweisrechts ebenso im Bereich des Kindesschutzes (Art. 314 ZGB). Auch in diesem Zusammenhang wird für den Erlass vorsorglicher Massnahmen die Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens vorausgesetzt, und zwar ohne dass dieses Erfordernis im Gesetz ausdrücklich erwähnt wäre.¹⁶

Die Rechtshängigkeit der Hauptklage vor Erlass vorsorglicher Massnahmen scheint somit einem seit langem bestehenden und gefestigten Grundsatz im familienrechtlichen sowie kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Kontext zu entsprechen. Auch unter diesem Aspekt spricht wenig dafür, dass dieser Grundsatz mit Art. 303 Abs. 1 ZPO aufgegeben worden wäre.

¹⁴ AUGUST EGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, Art. 90–251 ZGB, 2. A., Zürich 1936, Art. 145 ZGB N 1.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 5. Juni 1974 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis), BBl 1974 II 1 ff., 60 und 122.

¹⁶ HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 445 N 3; DANIEL STECK, Art. 445 N 3, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), Erwachsenenschutz, FamKommentar, Bern 2013; KUKO ZGB-MARANTA, Art. 445 N 2, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2011; ANNA MURPHY/DANIEL STECK, in: Christiana Fountoulakis/Kurt Affolter-Fringeli/Yvo Biderbost/Daniel Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, N 18.69; BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 445 N 5 mit Hinweisen, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), ZGB I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018; damit fällt auf, dass das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Basler Kommentar in Bezug auf Art. 445 Abs. 1 ZGB bejaht und in Bezug auf Art. 303 Abs. 1 ZPO verneint wird, obschon das Erfordernis in beiden Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt wird.

C. Weitere Gründe

1. Gerichtsstand

Art. 304 Abs. 1 ZPO hält zur Zuständigkeit fest, dass über die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 303 ZPO sowie für die entsprechenden Folgeverfahren das für die Beurteilung der Klage zuständige Gericht entscheidet. Mit Klage ist dabei die Unterhalts- bzw. die kombinierte Vaterschafts- und Unterhaltsklage gemeint. Damit weicht die Zuständigkeitsregelung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen als *lex specialis* zumindest teilweise von Art. 13 ZPO ab.¹⁷ Die Zuständigkeit für die Hauptklage bestimmt sich nach Art. 26 ZPO (selbständige Unterhaltsklage) bzw. Art. 25 ZPO (kombinierte Vaterschafts- und Unterhaltsklage). Beide Artikel sehen eine zwingende Zuständigkeit am Wohnort einer Partei vor. Damit hat es die klagende Partei im Unterhalts- bzw. im kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsprozess in der Hand, entweder am eigenen Wohnort oder am Wohnort der bzw. einer beklagten Partei zu klagen. Wenn sich die örtliche Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen jedoch vom Gerichtsstand der Hauptklage ableitet und dieser Gerichtsstand zwar zwingend, aber alternativ am Wohnort einer Partei ausgestaltet ist, dann erscheint es folgerichtig, den Gerichtsstand mit der (gleichzeitig oder früher) eingeleiteten Hauptklage auch für das vorsorgliche Massnahmeverfahren definitiv zu bestimmen.

2. Kompetenzattraktion

Die Festlegung des Unterhalts richtet sich unter anderem nach Obhut bzw. der Betreuung des Kindes. Ohne Kenntnis der konkreten Betreuungsregelung kann der Unterhalt nicht adäquat bestimmt werden (Art. 285 Abs. 2 ZGB).¹⁸ Gemäss Art. 304 Abs. 2 ZPO entscheidet das Gericht «im Fall einer Unterhaltsklage» auch über die elterliche Sorge und die übrigen Kinderbelange (einschliesslich allfälliger Kindesschutzmassnahmen). Das Gleiche gilt bei einer Klage auf Abänderung der Unterhaltsregelung (Art. 298d

Abs. 3 ZGB) sowie bei einer kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsklage (Art. 304 Abs. 2 ZPO).¹⁹ Fehlt es somit an einer Unterhalts- bzw. kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsklage und ist auch kein eherechtliches Verfahren (insbes. Eheschutz-, Scheidungs- oder Scheidungsabänderungsverfahren) anhängig, so ist die Kindesschutzbehörde für die Regelung der elterlichen Sorge sowie der übrigen stritten Kinderbelange und die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zuständig (Art. 275, 298b Abs. 3 ZGB).²⁰ Das Obergericht hat in seinem Entscheid daher mit guten Gründen festgehalten, dass das Massnahmegericht mangels Rechtshängigkeit der Hauptklage auch für eine vorläufige Regelung der nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange nicht zuständig gewesen sei. Ebenso verhält es sich, wenn die Kindesschutzbehörde mit einem Verfahren zur Regelung der Kinderbelange bereits befasst ist. Solange die Unterhaltsklage nicht anhängig gemacht wurde, bleibt die Kindesschutzbehörde für die Regelung der nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange sachlich zuständig und es erfolgt keine Kompetenzattraktion bzw. Übertragung des weiteren Verfahrens von der Kindesschutzbehörde an das Gericht.²¹ Auch dies spricht dafür, dass vorsorgliche Massnahmen im Unterhalts- bzw. im kombinierten Vaterschafts- und Unterhaltsprozess gestützt auf Art. 303 Abs. 1 ZPO nur erlassen werden können, wenn auch die Hauptklage eingereicht wurde.

3. Genehmigung einer Vereinbarung

Art. 124 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass das Gericht jederzeit versuchen kann, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Mit einer Einigung kann ein Verfahren nicht nur beschleunigt sowie Aufwand und Kosten eingespart werden, es können auch Aspekte und Lösungsansätze umgesetzt werden, die im Entscheidfall unter Umständen nicht möglich wären. In diesem Sinne wird gerade in familienrechtlichen Verfahren häufig bereits in einem frühen Verfahrensstadium versucht, eine gütliche Einigung zu erzielen. Dafür eignet sich auch ein vorsorgliches Massnahmenverfahren im Unterhaltsprozess, welches – wegen des

¹⁷ KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF (FN 4), Art. 304 N 1; BSK ZPO-MORET/STECK (FN 6), Art. 304 N 4.

¹⁸ EVA SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindsunterhaltsrechts, FamPra.ch 2017, 971 ff., 974: «Die gespaltene und von Doppelspurigkeiten geprägte Zuständigkeit zur Regelung von Kinderbelangen unverheirateter Eltern wurde vielfach kritisiert. Mit der Änderung von Art. 298b Abs. 3 ZGB, Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO per 1. Januar 2017 wurde dieser Kritik Rechnung getragen. Zwar wurde keine einheitliche Zuständigkeit, immerhin aber eine Kompetenzattraktion betreffend sämtliche Kinderbelange zugunsten des Gerichts eingeführt, anknüpfend an das Vorliegen einer Unterhaltsklage. Das Gesetz bringt damit zum Ausdruck, dass der Unterhaltsanspruch kaum mehr isoliert von Betreuungsfragen im weitesten Sinn betrachtet werden kann und soll.»

¹⁹ Vgl. Art. 133, Art. 176 Abs. 3, Art. 298 und Art. 315a f. ZGB; Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des ZGB (Elterliche Sorge), BBl 2011 9077 ff., 9094; BGer, 5A_393/2018, 21.8.2018, E. 2.2.2.

²⁰ SAMUEL ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, 404 ff., 422.

²¹ Zur Frage der Kompetenzattraktion, wenn die Kindesschutzbehörde über die nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange bereits entschieden hat und darüber ein Rechtsmittelverfahren hängig ist, vgl. BGE 145 III 436 E. 4 mit Hinweisen; OGer ZH, PQ170081, 2.3.2018, E. 2.2, OGer BE, KES 20 852, 17.12.2020, E. 5.2, und OGer BE, KES 19 280, 6.8.2019, E. 13.4.4.

grundsätzlich erforderlichen Schlichtungsverfahren – oft früher als das Hauptverfahren spruchreif ist bzw. zu einer Parteiverhandlung führt. Soweit die Belange von minderjährigen Kindern betroffen sind, führt eine Einigung indessen in der Regel nicht zu einer Erledigung des Verfahrens. Vielmehr bedarf es für die Verbindlichkeit der getroffenen Regelung der gerichtlichen Genehmigung, die voraussetzt, dass mit der getroffenen Vereinbarung das Kindeswohl gewahrt wird.²² Einigen sich die Parteien im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO nicht nur für die Dauer des Verfahrens, sondern vereinbaren über dieses hinaus auf eine dauerhafte Regelung, dann fällt die Genehmigung einer solchen Vereinbarung in die Zuständigkeit des Sach- und nicht des Massnahmegerichts. Fehlt es jedoch an der Hängigkeit der Hauptklage, könnte eine solche Genehmigung nicht erfolgen oder setze das Nachholen der Hauptklage voraus. Dies spricht ebenfalls für eine gleichzeitige Anhängigmachung von Haupt- und Massnahmeverfahren auch bei feststehendem Kindesverhältnis.

4. Kindeswohl

Oberste Maxime in Kinderbelangen ist das Kindeswohl. Diesem ist im Unterhaltsprozess bei feststehendem Kindesverhältnis in erster Linie dann gedient, wenn seine materiellen Bedürfnisse und insbesondere sein Lebensbedarf rasch und mit einem möglichst geringen prozessualen Aufwand abgeklärt und geschützt werden. Zu diesem Zweck besteht die Möglichkeit des Erlasses vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO, verbunden mit den prozessualen Erleichterungen, die sich aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO), der Officialmaxime (Art. 296 ZPO) und generell der auf die Glaubhaftmachung reduzierten Beweisstrenge im vorsorglichen Massnahmeverfahren ergeben.²³ Im Hauptverfahren betreffend Unterhalt gilt überdies das vereinfachte Verfahren (Art. 295) und es sind ebenfalls der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz anwendbar (Art. 296) – Letzteres zumindest bei minderjährigen Kindern.²⁴ Ausserdem kann Unterhalt für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung verlangt werden (Art. 279 ZGB).

LUDIN führt in seiner Besprechung²⁵ des Urteils 5A_1025/2020 des Bundesgerichts vom 30. August 2021 aus, es sei stossend, ein Bedürfnis an vorsorglichem Rechts-

schutz mit der Begründung zu verneinen, man könne Unterhalt für ein Jahr vor Klageerhebung fordern. Wenn Unterhaltsberechtigte am oder unter dem Existenzminimum lebten, seien sie auf sofortige Unterhaltszahlungen angewiesen, ansonsten sie in die Sozialhilfe und damit in eine Schuldenfalle gedrängt würden. Verlange man bei Kindern unverheirateter Eltern für vorsorgliche Massnahmen, über die das Gericht im raschen summarischen Verfahren entscheide, die vorgängige Rechtshängigkeit der selbständigen Unterhaltsklage mittels Schlichtungsgesuch oder Klage im vereinfachten Verfahren, benachteilige man diese ohne sachlichen Grund gegenüber Kindern verheirateter Eltern, denn deren Unterhaltsansprüche könnten im Rahmen eines Eheschutzverfahrens ohne Weiteres im summarischen Verfahren geltend gemacht werden.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Situation von Kindern verheirateter Eltern zumindest dann direkt vergleichbar ist mit jener unverheirateter Eltern, wenn der Unterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren zu regeln ist. Auch diesfalls setzt der Erlass vorsorglicher Massnahmen die Hängigkeit des Scheidungsverfahrens voraus (Art. 276 i.V.m. Art. 274 ZPO). Zutreffend ist, dass es im Falle eines Eheschutzverfahrens nicht erforderlich ist, zusätzlich ein ordentliches Verfahren anhängig zu machen, weil ihm als eigenständiges eherechtliches Summarverfahren die Bezogenheit auf ein Hauptverfahren fehlt.²⁶ Indessen hat das Eheschutzverfahren aus der Sicht des Kindes den Nachteil, dass neben seinen Interessen auch die Interessen der Eltern abgeklärt und geregelt werden müssen, was solche Verfahren häufig aufwändiger macht als selbständige Unterhaltsklagen des Kindes. Zudem ist festzuhalten, dass eine Unterhaltsklage – sei es bei der Schlichtungsbehörde, sei es nach einem vorgängigen Verfahren bei der KESB direkt beim Gericht – infolge des vereinfachten Verfahrens auch ohne Begründung (Art. 244 Abs. 2 ZPO) eingereicht werden kann. Neben einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, welches begründet eingereicht werden muss (Art. 253 ZPO), ist das (blosse) Einleiten der Unterhaltsklage daher mit einem geringen Zusatzaufwand verbunden und stellt keine wirkliche Erschwernis für einen wirksamen vorsorglichen Rechtsschutz dar. Zudem können im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens auch superprovisorische Massnahmen angeordnet werden (Art. 265 Abs. 1 ZPO), so dass der von LUDIN geschilderten Ausgangslage vergleichbar rasch

²² BGE 143 III 361 E. 7.3.1; BGer, 5A_1031/2019, 26.6.2020, E. 2.2 mit Hinweisen.

²³ BSK ZPO-SPRECHER (FN 6), Art. 261 N 50.

²⁴ BSK ZPO-SPRECHER (FN 6), Art. 296 N 4.

²⁵ JEAN-MICHEL LUDIN, 5A_1025/2020: Vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit der selbständigen Kinderunterhaltsklage, swissblawg, 18.10.2021.

²⁶ BGE 127 III 474 E. 2b/bb; das Bundesgericht qualifiziert das Eheschutzverfahren unter dem Gesichtspunkt der Kognition als vorsorgliches Massnahmeverfahren gemäss Art. 98 BGG und überprüft Eheschutzentscheide daher wie vorsorgliche Massnahmeentscheide nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, BGE 133 III 393 E. 5.1.

Rechnung getragen werden kann wie im Rahmen eines Eheschutzverfahrens. Im Gegenzug stellt die gleichzeitige Anhängigmachung der Hauptklage sicher, dass das Gericht auch im Massnahmeverfahren die Zuständigkeit erlangt, um über die nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange und über Kindesschutzmassnahmen zu entscheiden und damit eine doppelte Zuständigkeit von Massnahmegesicht und Kindesschutzbehörde zu vermeiden.

D. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO die Rechtshängigkeit der Hauptklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht ausdrücklich erwähnt. Indessen ist diese Bestimmung erst im parlamentarischen Prozess ins Gesetz aufgenommen worden, um für den Fall der Unterhaltsklage bei feststehendem Kindesverhältnis eine aArt. 281 ZGB nachgebildete, ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu haben. Dass die Bestimmung ohne Diskussion eingefügt wurde, legt nahe, dass der Gesetzgeber trotz des eng gefassten Wortlauts vom bewährten Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht abweichen wollte. Dies bestätigen systematische Überlegungen, wonach dieses Erfordernis bei der kombinierten Unterhalts- und Vaterschaftsklage, bei der Scheidungs- bzw. Scheidungsabänderungsklage, bei einer Eheungültigkeits- oder einer Ehetrennungsklage sowie im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ebenfalls gilt. Kommt hinzu, dass die Kompetenzattraktion gemäss Art. 304 Abs. 2 ZPO nicht zum Tragen kommt, wenn die Hauptklage nicht anhängig gemacht wird. Schliesslich wären umfassende Einigungslösungen bzw. deren Genehmigung erschwert, wenn das Erfordernis der hängigen Unterhaltsklage für das vorsorgliche Massnahmeverfahren bei feststehendem Kindesverhältnis fallen gelassen würde. Der Entscheid des Bundesgerichts ist daher zu begrüssen.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

Strafbewehrte Geheimhaltungspflicht als zivilprozessuale Schutzmassnahme nach Art. 156 ZPO

Besprechung von BGer, 4A_58/2021, 8.12.2021

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_58/2021 vom 8. Dezember 2021 (zur Publikation vorgesehen), Bank A. AG gegen B. Ltd., Art. 156 ZPO; Art. 292 StGB; zivilprozessuale Schutzmassnahmen; strafbewehrte Geheimhaltungspflicht.



PATRICK HONEGGER-MÜNTENER*



NIKOLA NASTOVSKI**

Das Bundesgericht bejaht die Zulässigkeit einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht als Schutzmassnahme nach Art. 156 ZPO nur für die Dauer des konkreten Prozesses. Die Verfasser stimmen dieser Ansicht aus dogmatischen Gründen und mangels gesetzlicher Grundlage zwar zu, zweifeln aber an der Eignung einer solchen beschränkten Schutzmassnahme.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die B. Ltd. (Klägerin und Beschwerdegegnerin) klagte am 30. Januar 2020 beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Schadenersatz gegen die Bank A. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin). In ihrer Eingabe vom 9. Oktober 2020 stellte die Beklagte u.a. folgenden Antrag:

* PATRICK HONEGGER-MÜNTENER, Rechtsanwalt, MLaw, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tanja Domej für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

** NIKOLA NASTOVSKI, MLaw, Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tanja Domej für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

Die Verfasser danken Prof. Dr. Tanja Domej für ihre kritische Durchsicht und die wertvollen Anregungen.