



Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut

Eine entwicklungspsychologische und grundrechtliche Würdigung

HILDEGUND SÜNTERHAUF

MARTIN WIDRIG



885

Foto: Ev. Hochschule Nürnberg

Mit der Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge zum 1.7.2014 als Regelfall nach Trennung und Scheidung wird in der Schweiz ein gravierender Paradigmenwechsel in der Betreuung von Trennungskindern vollzogen. Es ist empirisch erwiesen, dass ein gemeinsames Sorgerecht dem Wohl von Kindern getrennt lebender Eltern dient, Alleinerziehende entlastet und auch zu einer Entlastung der betroffenen Gerichte und Behörden führt. Die bisher geltende Schweizer Rechtslage wurde den Anforderungen der UNO-Kinderrechtskonvention sowie der Rechtsprechung des EGMR nicht gerecht. Mit der neuen Sorgerechtsregelung wird es möglich, das Kindeswohl über den Willen des betreuungsberechtigten Elternteils zu stellen, der kein Vetorecht mehr hat. Neu kann auch die alternierende Obhut gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden, die nach sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen in der Regel als optimales Betreuungsmodell für Kinder getrennt lebender Eltern anzusehen ist.

L'introduction, au 1.7.2014, de l'autorité parentale conjointe comme règle en cas de séparation et de divorce marque en Suisse un changement radical de paradigme dans la prise en charge des enfants de parents séparés. Il est scientifiquement démontré, sur une base empirique, qu'une autorité parentale conjointe est favorable au bien-être des enfants de parents vivant séparés, allège la tâche des personnes élevant seules leurs enfants et décharge également les tribunaux et autorités concernés. L'ordre juridique suisse précédemment en vigueur ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant ni à la jurisprudence de la CourEDH. La nouvelle réglementation de l'autorité parentale permet de placer l'intérêt de l'enfant au-dessus de la volonté du parent qui en a la garde, celui-ci perdant son droit de veto. La garde alternée peut désormais être ordonnée contre la volonté de l'un des parents, lorsqu'elle apparaît, compte tenu des connaissances actuelles en sciences sociales, comme le modèle de garde optimal pour les enfants de parents séparés.

Inhaltsübersicht

- I. «Neue Zeiten» für Trennungskinder
- II. Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts auf die Kinder und Eltern
 - A. Erkenntnisse der internationalen empirischen Sozialforschung
 - B. Schweizer Forschungsergebnisse
 - C. Deutsche Forschungsergebnisse und Erfahrungen
- III. Auswirkungen der alternierenden Obhut auf Kinder und Eltern
 - A. Definition und Begriffe
 - B. Psychologische Forschung zur alternierenden Obhut
 - C. Fazit
- IV. Grundrechtliche Würdigung
 - A. Klassischer Ansatz
 - B. Neuerer Kind-orientierter Ansatz
 - C. Objektivrechtliche Dimension der Grundrechte
 - D. Fazit
- V. Bedeutung für die Praxis
 - A. Sorgerechtseingriffe und -entzug
 - B. Änderung der Verhältnisse
 - C. Rückwirkende Überprüfbarkeit der getroffenen Regelung
 - D. Bestimmung des Aufenthaltsorts
 - E. Alternierende Obhut
 - F. Sorgerecht bei ausserehelichen Kindern
- VI. Gesamtfazit und Ausblick

I. «Neue Zeiten» für Trennungskinder

Am 1. Juli 2014 brachen neue Zeiten für Kinder getrennt lebender Eltern an. Dies ist durchaus im doppelten Wort-sinn zu verstehen: Erstens «neue Zeiten» im Sinne eines *Paradigmenwechsels* im Recht der elterlichen Sorge, so STEPHAN BERNARD und BEDA MEYER LÖHRER, die einen guten Überblick zur historischen Entwicklung geben,¹ und zweitens «neue Zeiten» ganz konkret in Tagen und Stunden die Besuchskontakte zwischen Kindern und beiden Eltern betreffend – auch im Sinne einer alternierenden Obhut.

Ende 2013 hatte ein Aufruf der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) an den Bundesrat dazu geführt, die Sorgerechtsreform um ein halbes Jahr zu verschieben. Grund für diesen Antrag war akute Überlastung der kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESBS).² Der Bundesrat hat darauf entschieden, die elterliche Sorge erst am 1. Juli 2014 in

HILDEGRUND SÜNTERHAUF, Professor Dr. iur., ist Professorin für Familienrecht an der Evangelischen Hochschule Nürnberg (Deutschland) mit dem Forschungsschwerpunkt elterliche Sorge und Umgangsrecht. Im August 2013 veröffentlichte sie die erste deutschsprachige Monografie zum Thema Wechselmodell/paritätische Doppelresidenz [Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, 920 Seiten].

MARTIN WIDRIG, dipl. Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg (Schweiz).

¹ STEPHAN BERNARD/BEDA MEYER LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, in: Jusletter 12. Mai 2014; BEDA MEYER LÖHRER/STEPHAN BERNARD, Ungeklärte Praxisfragen, Gastkommentar zum Sorgerecht, in: NZZ vom 24.6.2014, <<http://www.nzz.ch/meinung/debatte/ungeklaerte-praxisfragen-1.18328799>>, 25.6.2014.

² SCHWEIZER RADIO UND FERNSEHEN (SRF), Neues Sorgerecht: Behörden fordern Verschiebung, <<http://www.srf.ch/news/schweiz/neues-sorgerecht-behoerden-fordern-verschiebung>>, 15.11.2013.

Kraft zu setzen.³ Bereits zu früheren Zeitpunkten wurde die 2004 von Altnationalrat RETO WEHRLI initiierte Sorgerechtsrevision hinausgezögert.⁴ Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat zwar, wie vom Bundesrat beauftragt, die Botschaft zur Sorgerechtsrevision Ende 2010 fertig gestellt, diese aber trotz kurzfristigem Einschreiten des Parlaments um gut ein Jahr verzögert. Begründet wurde dies damit, dass das Sorgerecht den Vätern diene. Darum sollten an die Vorlage neu auch unterhaltsrechtliche Anliegen zu Gunsten der Mütter geknüpft werden.⁵

Doch nun, nach zehn Jahren tritt das neue Sorgerecht in Kraft – Anlass für eine sozialwissenschaftliche Betrachtung zu den Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts getrennt lebender Eltern (Teil II.) und zu den Kontaktbedürfnissen von Kindern zu beiden Elternteilen nach Trennung und Scheidung (Teil II.) sowie zu einer grundrechtlichen Würdigung (Teil IV.).

II. Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts auf die Kinder und Eltern

Nachfolgend werden der aktuelle Forschungsstand zu den Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts umrissen sowie einige empirische Daten aus der Schweiz diskutiert und die Evaluationsergebnisse aus den Erfahrungen mit der Einführung der elterlichen Sorge in Deutschland wiedergegeben.

A. Erkenntnisse der internationalen empirischen Sozialforschung

Eine Metaanalyse⁶ von ROBERT BAUSERMAN⁷ aus dem Jahr 2012 hat 50 wissenschaftliche Forschungsstudien zu den

³ BUNDES RAT, Gemeinsame elterliche Sorge ab 1. Juli 2014, Medienmitteilung vom 29.11.2013, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-11-290.html>>, 23.6.2014.

⁴ Curia Vista, 04.3250, Postulat, eingereicht am 7. Mai 2004 von RETO WEHRLI, Elterliche Sorge. Gleichberechtigung, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20043250>, 14.11.2013.

⁵ EJPD, Vorlage über die gemeinsame elterliche Sorge wird erweitert, Medienmitteilung vom 12.1.2011, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-01-120.html>>, 14.11.2013. Schon an dieser Stelle sei gesagt, dass die gemeinsame elterliche Sorge primär den Kindern dient und nur sekundär den Eltern, dabei jedoch Müttern und Vätern gleichermaßen. Insofern ist die Verknüpfung der Sorgerechtsrevision mit diesen Unterhaltsfragen inhaltlich nicht schlüssig.

⁶ Eine Metaanalyse ist «eine Form der Sekundäranalyse, bei der eine Integration von Untersuchungsbefunden zu gleichen Fragestellungen mit identisch erhobenen Untersuchungsverfahren vor-

Unterschieden zwischen Alleinsorge und gemeinsamer elterlicher Sorge (und zwar sowohl rechtlicher gemeinsamer Sorge als auch gemeinsamer physischer Sorge, der sog. alternierenden Obhut, in Deutschland: Wechselmodell oder paritätische Doppelresidenz) untersucht.⁸ Die Untersuchungen aus dreissig Jahren psychologischer Scheidungsfolgenforschung haben folgende zentrale Ergebnisse generiert:

1. Väter mit gemeinsamer rechtlicher elterlicher Sorge verbringen mehr Zeit mit den Kindern, als Väter die keine elterliche Sorge innehaben, und zwar ca. doppelt so viel⁹

Diese Aussage ist von grundlegender Bedeutung und verdient eine eingehendere Auseinandersetzung über den Zusammenhang von gemeinsamer Zeit und Eltern-Kind-Beziehung:

WILLIAM V. FABRICIUS und LINDA J. LUECKEN hatten im Jahre 2007 in einer Studie mit jungen Erwachsenen, deren Eltern sich vor ihrem 16. Lebensjahr getrennt hatten und geschieden waren, nachgewiesen, dass die mit dem Vater verbrachte Zeit das ausschlaggebende Kriterium für die Qualität der Beziehung zu ihm nach der Trennung/Scheidung ist. Und dies zeigte sich – das ist wichtig – *unabhängig* vom Grad der elterlichen Konflikte. Das bedeutet nicht, dass die Konflikte nicht negative Auswirkungen auf die Kinder gehabt hätten, im Gegenteil: Je mehr die Kinder elterlichen Konflikten ausgesetzt waren, desto schlechter entwickelte sich nicht nur die Beziehung zum Vater, desto mehr litten die jungen Erwachsenen auch allgemein unter der Scheidung und desto schlechter war ihre physische Gesundheit im jungen Erwachsenenalter. Die gemeinsame Zeit hat jedoch einen wertvollen Beitrag zu einer guten Beziehung mit dem Vater geleistet, sowohl in sog. «Hochkonfliktfamilien» als auch in solchen mit einem niedrigen Konfliktniveau.¹⁰ WILLIAM V. FABRICIUS,

genommen wird) (HARTMUT O. HACKER/KURT-H. STAPF, Dorsch Psychologisches Wörterbuch, 15. A., Bern 2009, 636), d.h. eine wissenschaftliche Forschungsarbeit, in der keine eigenen Daten erhoben werden, sondern möglichst alle zu einem bestimmten Thema vorliegenden wissenschaftlichen Studien recherchiert, statistisch ausgewertet und verglichen werden. Das Resultat einer Metaanalyse ist eine Gesamtschau, die den Stand der aktuellen Forschung wiedergibt.

⁷ BAUSERMAN ist Professor für Entwicklungspsychologie an der Stevenson University, Maryland USA.

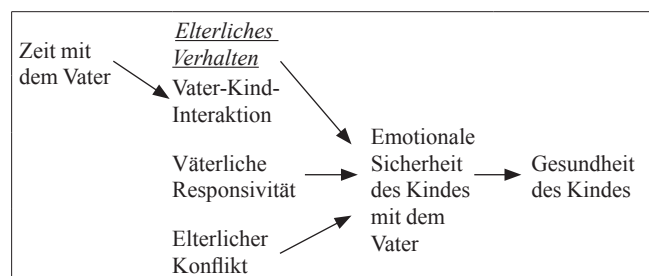
⁸ ROBERT BAUSERMAN, A Meta-analysis of Parental Satisfaction, Adjustment, and Conflict in Joint Custody and Sole Custody following Divorce, in: Journal of Divorce&Remarriage, 2012, Vol. 53, 464 ff. [zit. BAUSERMAN 2012].

⁹ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 473, 479.

¹⁰ WILLIAM V. FABRICIUS/LINDA J. LUECKEN, Postdivorce Living Arrangements, Parent Conflict, and Long-Term Physical Health

KARINA R. SOKOL, PRISCILA DIAZ, SANFORD L. BRAVER und CLORINDA SCHENK VELEZ sehen daher in der «Zeit mit dem Vater» eine von drei wichtigen Grundbedingungen für eine gesunde psychische und physische Entwicklung von Kindern, da gemeinsame Zeit Interaktion ermöglicht, die zum Aufbau emotionaler Bindung notwendig sei (Abb. 1). Die gemeinsame Zeit ist Bedingung für Interaktion, Interaktion ist (neben väterlicher Responsivität und möglichst niedrigem elterlichem Konfliktniveau) Bedingung für eine sichere emotionale Bindung und diese Bindung ist Bedingung für eine gesunde physische Entwicklung des Kindes. Mit anderen Worten: Fehlt es schon an der gemeinsamen Zeit (Abbildung 1), können Interaktion und daraus folgend Bindung gar nicht erst entstehen. Wenn Kinder ihren Lebensmittelpunkt beim Vater haben, ist das Modell umgekehrt auch für die Zeit mit der Mutter, die Mutter-Kind-Interaktion, die mütterliche Responsivität usw. anzuwenden.¹¹

Abb. 1. Modell des Verhältnisses von mit dem Vater verbrachter Zeit, elterlichem Verhalten, kindlicher emotionaler Sicherheit mit dem Vater und Folgen für die kindliche Gesundheit¹²



Die Frage, ob die Interaktion zwischen Vater und Kind, die Responsivität des Vaters oder die gemeinsame Zeit wichtiger sei, halten die Autor(inn)en für unsinnig, da sie in unterschiedlicher Reihenfolge in der Kausalkette stehen. Auch die Frage, ob die *Qualität* der Zeit oder

die *Quantität* der Zeit wichtiger ist, sei irreführend, da die Quantität der gemeinsamen Zeit die Quantität der Interaktionen bestimmt, welche die Qualität der Bindung beeinflusst – man kann Menge und Qualität also nicht trennen.¹³ Die Autor(inn)en fassen die Ergebnisse ihrer Studie und anderer Untersuchungen mit der Feststellung zusammen: «Evidence and theory both suggest that quantity of parenting time affects the child's long-term security in the father-child relationship, which makes it an important tool courts have to strengthen parent-child relationship.»¹⁴

Die Autor(inn)en fordern als Konsequenz aus den Forschungsergebnissen Rechtsprechung und Gesetzgebung dazu auf, *Eltern immer zu ermutigen, die Zeit jedes Elternteils mit den Kindern zu maximieren*, sprich abwechselnde Betreuung zu favorisieren, wenn die individuelle Familiensituation es zulässt.

2. Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge weisen eine bessere Vater-Kind-Beziehung auf, wenn nach der Scheidung die rechtliche elterliche Sorge bei beiden Eltern liegt¹⁵

Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge sind über den rein zeitlichen Aspekt hinaus auch mehr *in das Leben des Kindes involviert*, i.S.v. Nähe zu den Kindern und Wissen über die Kinder, als Väter ohne Sorgerecht.¹⁶ Das rechtlich verbrieft Mitspracherecht bei wesentlichen Grundentscheidungen, die das Leben der Kinder betreffen, verändert die Beziehung zwischen den Nichtresidenzelternteilen und ihren Kindern positiv: So konnte JUDITH A. SELTZER in ihrer Untersuchung den Einfluss der innerfamiliären Beziehungen *vor* der Scheidung als Wirkungsfaktor eliminieren und so etwaigen Selbstselektionseffekten begegnen.¹⁷ Das bedeutet, sie konnte ausschließen, dass Väter mit bereits vorhandenen besseren Beziehungen zu ihren Kindern die gemeinsame elterliche Sorge anstreben, sondern dass die Kausalität in umgekehrter Richtung wirkt, also die gemeinsame rechtliche elterliche Sorge die Beziehungen verbessert.

Correlates for Children of Divorce, in: Journal of Family Psychology, 2007, Vol. 21 (2), 195 ff.

¹¹ WILLIAM V. FABRICIUS/KARINA R. SOKOL/PRISCILA DIAZ/SANFORD L. BRAVER, Parenting time, parent conflict, Parent-Child Relationship and Children's Physical Health, in: Kathryn Kuehne&Leslie Drozd (Hrsg.): Parenting Plan Evaluations: Applied Research for the Family Court, Cambridge/UK, Oxford University Press 2012, 188 ff., 189 [zit. FABRICIUS 2012]; vgl. auch: WILLIAM V. FABRICIUS/SANFORD L. BRAVER/PRISCILA DIAZ/CLORINDA SCHENCK VELEZ, Custody and Parenting Time: Links to Family relationship and Well-Being After Divorce, in: Michael E. Lamb (Hrsg.): Role of the Father in Child Development, 5. A., Hoboken (NJ)/US, John Wiley & Sons Inc. 2010, 201 ff., 224 [zit. FABRICIUS 2010].

¹² FABRICIUS 2012 (FN 11), 189; FABRICIUS 2010 (FN 11), 224.

¹³ FABRICIUS 2012 (FN 11), 194.

¹⁴ FABRICIUS 2012 (FN 11), 207 («Beides, Evidenz und Theorie, legen es nahe, dass die Quantität der Zeit, die ein Kind mit einem Elternteil verbringt, die langfristige Sicherheit des Kindes in die Vater-Kind-Beziehung beeinflusst, was sie [die Zeit mit dem Vater] zu einem wichtigen Werkzeug der Gerichte macht, um die Vater-Kind-Beziehung zu stärken.»).

¹⁵ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 473, 476.

¹⁶ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 480.

¹⁷ JUDITH A. SELTZER, Father by Law: Effects of Joint legal custody on nonresident fathers's involvement with children, in: Demography, 1998, Vol. 35 (2), 135 ff., 144.

3. Bei Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge kommt es seltener zu Kontaktabbrüchen zwischen den Kindern und dem Nichtresidenzelternteil

Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge, bei denen das Kind nicht seinen Lebensmittelpunkt hat, sind motivierter oder eher in der Lage oder beides, den Kontakt zu den Kindern auch über die Zeit nicht zu verlieren. Dies wurde in vier Studien, die den zeitlichen Verlauf des Vater-Kind-Kontakts untersucht haben, nachgewiesen.¹⁸ In den genannten Studien konnten Väter mit elterlicher Sorge den Kontakt aufrechterhalten oder intensivieren, während bei Vätern ohne elterliche Sorge der Kontakt zum Kind eher nachliess oder ganz abbrach.¹⁹ Dies ist auch für Deutschland von ROLAND PROKSCH und für Österreich bei MIRIAM TAZI-PREVE ET AL. nachgewiesen.²⁰ Hier soll die Evaluationsstudie von ROLAND PROKSCH hervorgehoben werden, der im Auftrag des deutschen Bundesjustizministeriums die Auswirkungen der Kindschaftsrechtsreform (1998) untersucht hat; die Ergebnisse werden unter Abschnitt II.C.2. explizit dargestellt.

4. Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge sind zufriedener als Väter ohne Sorgerecht

Dies haben *sechs* von sieben Studien nachgewiesen, die die Zufriedenheit der Väter untersucht haben. In allen fünf Studien, die die Zufriedenheit der Mütter untersuchten, waren hingegen diejenigen mit Alleinsorge zufriedener als die mit gemeinsamer elterlicher Sorge.²¹ BAUSERMAN nimmt an, Grund hierfür sei, dass sie die Kontrolle über

die Kinder erlangt und das Gefühl, dem Vater gegenüber «gewonnen» zu haben.²²

5. Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge haben ein besseres Selbst(wert)gefühl

Dies gilt insbesondere in der alternierenden Obhut, aber auch im Residenzmodell bei gemeinsamem Sorgerecht.²³ Väter scheinen die Inhaberschaft der elterlichen Sorge mit Wertschätzung zu verbinden. In anderen untersuchten Aspekten der emotionalen Anpassung und des Verhaltens zeigten sich hingegen weder für Mütter noch für Väter signifikante Unterschiede in Abhängigkeit vom Modell der elterlichen Sorge.²⁴

6. Gemeinsame elterliche Sorge entlastet die überwiegend betreuenden Mütter

In allen sechs Studien, welche die Belastung und Überlastung durch Elternschaft bzw. Mutterschaft untersuchten, zeigte sich in der Metaanalyse bei Müttern mit Alleinsorge eine deutlich grössere Be- bzw. Überlastung durch elterliche Verantwortung und auf Seiten der Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge mehr Unterstützung durch den Exmann und mehr co-elterliches Teilen der elterlichen Verantwortung.²⁵ Die Aussage «Ich fühle mich häufig überfordert durch die Zeit und Energie, die meine Kinder einfordern» haben in einer Studie von JESSICA PEARSON und NANCY THOENNES mit insgesamt rund 1.000 Teilnehmer(inne)n 40% der Mütter mit Alleinsorge im Residenzmodell (RM) bejaht (Abb. 2). Bei der Untersuchungsgruppe mit Eltern im Residenzmodell mit gemeinsamer rechtlicher elterlicher Sorge waren es 30% und bei den Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge in der alternierenden Obhut sagten dies 13% von sich.²⁶ Auch in einer Studie von MICHAEL J. LAKIN mit jeweils 40 Eltern mit alternierender Obhut und überwiegender faktischer Obhut eines Elternteils gaben im Interview die meisten Eltern mit alleiniger Obhut (überwiegend waren dies Mütter) an, dass sie sich emotional und logistisch überbelastet fühlen, ohne Unterstützung vom Kindsvater zu erhalten – was Eltern mit einer alternierenden Obhut nicht bestätigten.²⁷

¹⁸ WILLIAM S. COYSH/JANET R. JOHNSTON/JEANNE M. TSCHANN/JUDITH S. WALLERSTEIN/MARSHA KLINE, Parental postdivorce adjustment in joint and sole physical custody families, in: Journal of Family Issues, 1989, Vol. 10, 52 ff.; ANN D. D'ANDREA, Joint custody as related to parental involvement and paternal self-esteem, in: Conciliation Courts Review, 1983, Vol. 21 (2), 81 ff.; GARBIS DIMIDJIAN, A comparison of the pre- and post-divorce experience of joint custody and visitation fathers (unveröffentlichte Dissertation), University of Pittsburgh, Pittsburgh, PA 1983; ELEANOR E. MACCOBY/CHARLENE DEPNER/ROBERT H. MNOOKIN, Co-Parenting in the second Year after Divorce, in: The Journal of Marriage and the Family, 1990, Vol. 52 (1), 157 ff. Nachdruck in: Jay Folberg (Hrsg.), Joint Custody & Shared Parenting, 2. A., Guilford Press, New York/London, 1991, 132 ff.

¹⁹ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 480.

²⁰ ROLAND PROKSCH, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, Köln, Bundesanzeiger Verlag 2002; MIRIAM TAZI-PREVE/OLAF KAPPELLA/MARKUS KAINDL/DORIS KLEPP/BENEDIKT KRENN/SETARE SEYYED-HASHEMI/MONICA TITTON, Väter im Abseits, Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung, Springer VS, Wiesbaden, 2007.

²¹ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 476.

²² BAUSERMAN 2012 (FN 8), 481.

²³ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 476.

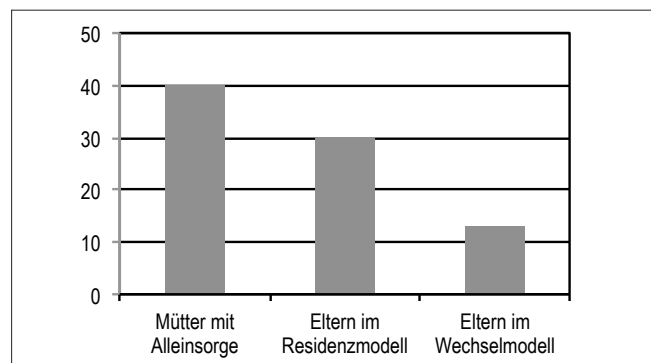
²⁴ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 477.

²⁵ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 477.

²⁶ JESSICA PEARSON/NANCY THOENNES, Custody after Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns, in: American Journal of Orthopsychiatry, 1990, Vol. 60 (2), 233 ff., 239.

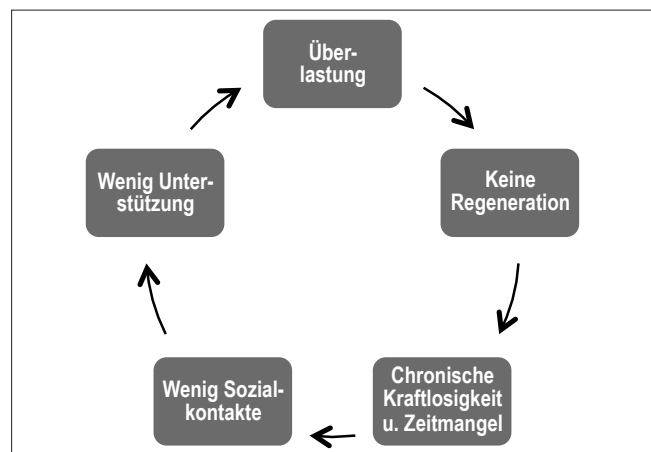
²⁷ MICHAEL J. LAKIN, Domestic migrations: Effects on youngsters of postdivorce joint physical custody circumstances, unveröffentl. Diss./Univ. of Michigan 1995, 136.

Abb. 2. Überlastung von Eltern in unterschiedlichen Betreuungsmodellen²⁸



Diese Überlastung der Eltern im Residenzmodell mit überwiegender Obhut durch nur einen Elternteil steht in engem Zusammenhang mit ihrer psychischen und physischen Gesundheit. Sie ist nicht nur für das Wohlbefinden der Eltern von grosser Bedeutung, sondern mittelbar auch für die von ihnen betreuten Kinder. Was empirisch belegt ist, ist auch völlig plausibel: Abbildung 3 zeigt die Spirale, in der sich viele Alleinerziehende befinden und deren Ausgangspunkt dauerhafte Überlastung sein kann. Sich als Hauptverantwortliche(r) im Alltag um Kinder zu kümmern und gleichzeitig erwerbstätig zu sein, ist häufig «zu viel». Dies gilt insbesondere, wenn kleine Kinder oder mehrere Kinder zu betreuen sind oder wenn Kinder besonderen Förderungsbedarf haben. Wer so überlastet ist, hat keine Kraft und oft auch gar keine Zeit, um soziale Kontakte zu pflegen. Dies reduziert wiederum die eigenen Ressourcen und die Möglichkeit, von aussen Unterstützung zu erhalten. Die Überforderung kann «chronisch» werden und zu dem führen, was umgangssprachlich «Alleinerziehenden-Burn-out» genannt wird.

Abb. 3. Überlastungskreislauf bei alleinerziehenden Eltern



²⁸ PEARSON/THOENES (FN 26), 239.

Kinder in Alleinsorge verlieren also nicht nur häufig den wichtigen engen Kontakt zu dem Elternteil, den sie nur besuchsweise (oder gar nicht) sehen, sondern müssen darüber hinaus mit den verminderten Ressourcen des überlasteten alleinerziehenden Elternteils auskommen. Dies gilt unter anderem als (mit)ursächlich für vielerlei Benachteiligung hinsichtlich der Entwicklungschancen von Kindern geschiedener Eltern.²⁹

An dieser Stelle muss auch auf die volkswirtschaftlichen Folgekosten hingewiesen werden, ohne dass diese konkret beziffert werden könnten. Es ist jedoch unbedingt plausibel, dass – neben dem individuellen Vorteil, den Kinder für ihre Entwicklung und ihr Lebensglück von einem guten Kontakt zu beiden Eltern haben – es sich eine Bildungs- und Dienstleistungsgesellschaft wie die Schweiz nicht leisten kann, auf die Betreuung durch Väter und die Ressourcen, die Väter für ihre Kinder haben, zu verzichten.

7. Gemeinsame elterliche Sorge wirkt sich positiv auf die Beziehung zwischen den Eltern aus

In acht Studien beschreiben Väter die Konfliktbelastung in gemeinsamer elterlicher Sorge niedriger und die Beziehung zur Ex-Frau besser als Väter, die keine elterliche Sorge innehaben.³⁰ In acht Studien beschreiben Mütter, welche die elterliche Sorge mit dem Vater teilen, die Beziehung zum Ex-Mann als besser als Mütter, die Alleinsorge inne haben, und in acht weiteren Studien beschreiben Mütter und Väter, die gemeinsame elterliche Sorge haben, ihre Beziehung zum/zur Ex-Partner/in als besser, verglichen mit Ex-Paaren, bei denen die Mutter Alleinsorge hat. Der Autor der Metaanalyse verweist zwar einerseits auf mögliche Selbstselektionseffekte hin, andererseits jedoch auf mögliche Deeskalation durch gemeinsame elterliche Sorge und Verantwortung für die Kinder.³¹

8. Gemeinsame elterliche Sorge reduziert gerichtliche Folgeauseinandersetzungen

In neun Studien, welche die Wiederaufnahme gerichtlicher Streitigkeiten untersucht haben, war die Rate bei gemeinsamer elterlicher Sorge entweder niedriger oder gleich; zwischen erneutem gerichtlichen Streit um die el-

²⁹ PAUL R. AMATO/BRUCE KEITH, Parental Divorce and the Well-Being of Children: A Meta-Analysis, in: Psychological Bulletin, 1991, Vol. 110 (1), 26 ff.

³⁰ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 477 f.

³¹ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 481 f.

terliche Sorge und Unterhaltsprozessen muss differenziert werden.³² BAUSERMAN vermutet, dass erstens das niedrigere Konfliktlevel, zweitens die höhere Zufriedenheit der Eltern und drittens die bessere Zahlungsmoral beim Kindesunterhalt in einer alternierenden Obhut ursächlich hierfür seien.³³

9. Kinder in gemeinsamer elterlicher Sorge zeigen bessere psychische Anpassungswerte als Kinder in Alleinsorge

BAUSERMAN hatte schon 2002 in seiner ersten Metaanalyse zu «joint custody»,³⁴ in welcher der Vergleich der Kindesentwicklung in den unterschiedlichen Betreuungsmodellen im Vordergrund stand, nachgewiesen, dass Kinder in gemeinsamer elterlicher Sorge eindeutige Vorteile haben. Sie zeigten, verglichen mit Kindern im Residenzmodell und in mütterlicher Alleinsorge, in vielerlei Hinsicht bessere Werte in psychischen Untersuchungen: generelle Anpassung, emotionale Anpassung, Verhaltensanpassung und schulische Leistungen. Die besseren Ergebnisse der «joint custody»-Kinder waren unabhängig vom Konfliktniveau der Eltern anzutreffen und sie waren *ebenso gut wie bei Kindern in sog. «intakten» Familien*. Die wichtigsten Aussagen der Analyse lauten:

Trennungskinder mit intensiverem Vaterkontakt (davon ausgehend, dass die Kinder i.d.R. bei der Mutter leben) haben weniger externalisierte Probleme (Verhaltensauffälligkeiten), weniger internalisierte Probleme (emotionale Störungen) und zeigen bessere Schulleistungen als diejenigen mit wenig Vaterkontakt.

Das *Alter der Kinder* macht hierbei keinen Unterschied. Kinder aller Altersstufen, gleichgültig ob Kleinkinder, Vorschulkinder, Schulkinder oder Teenager, können von gemeinsamer elterlicher Sorge profitieren.

Auch eine Betreuung in der alternierenden Obhut schadet den Kindern *generell nicht*: «Joint custody arrangements (whether legal or physical) do not appear, on average, to be harmful to any aspect of children's well-being, and may in fact be beneficial.»³⁵

Kindern in gemeinsamer elterlicher Sorge mit intensivem Kontakt zu beiden Eltern geht es in vielen Aspekten besser als Kindern in Alleinsorge – und zwar insbesondere auch denjenigen, die in einer alternierenden Obhut betreut werden: «Based on the results, children in joint custody are better adjusted, across multiple types of measures, than children in sole (primarily maternal) custody. This difference is found with both joint legal and joint physical custody and appears robust, remaining significant even when testing various categorical and continuous qualities of the research studies as moderators.(...) This finding is consistent with the hypothesis that joint custody can be beneficial to children in a wide range of family, emotional, behavioral, and academic domains.»³⁶

10. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann man festhalten, dass Eltern und Kinder von gemeinsamer elterlicher Sorge in der Regel stark profitieren. Die Metaanalyse zeigt folgende zentrale Ergebnisse: Bei gemeinsamer elterlicher Sorge nach Trennung/Scheidung

- haben Kinder in gemeinsamer elterlicher Sorge insgesamt bessere psychische Anpassungswerte als Kinder in Alleinsorge;
- bleiben Väter stärker in das Leben der Kinder involviert;
- werden die überwiegend betreuenden Mütter entlastet und
- wird auch das Justizsystem entlastet, da die Wahrscheinlichkeit der Wiederaufnahme von justiziellen Streitigkeiten sinkt.

ROBERT BAUSERMAN fasst den Stand der Forschung so zusammen: «Behavioral science research has documented that father absence is associated with a wide variety of negative outcomes for adolescents and children. Policies that might promote ongoing, positive father involvement following divorce are of concern to parents, policymakers

³² BAUSERMAN 2012 (FN 8), 478.

³³ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 482.

³⁴ ROBERT BAUSERMAN, Child Adjustment in Joint- Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, in: Journal of Family Psychology, 2002, Vol. 16 (1), 91 ff. [zit. BAUSERMAN 2002].

³⁵ BAUSERMAN 2002 (FN 34), 99; «Arrangements gemeinsamer elterlicher Sorge (rechtlich oder physisch), scheinen in der Regel den Kindern nicht in irgendeinem Aspekt des kindlichen Wohlbefindens zu schaden und sind wahrscheinlich tatsächlich vorteilhaft.»

³⁶ BAUSERMAN 2002 (FN 34), 97 f.; «Basierend auf den vorliegenden Ergebnissen, geht es Kindern bei gemeinsamer Elterlicher Sorge besser, im Hinblick auf vielfältigste Fragestellungen, als Kindern in (meistens mütterlicher) Alleinsorge. Dieser Unterschied gilt sowohl für gemeinsame rechtliche Sorge, als auch für abwechselnde physische Sorge [i.S.v. Wechselmodell] und scheint anhaltend und bleibt auch signifikant, wenn man den verschiedenen kategorischen und kontinuierlichen Qualitäten der Studien Rechnung trägt (...). Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der These, dass gemeinsame elterliche Sorge in einer grossen Vielfalt von Fällen unterschiedlichsten familiärer, emotionaler, das Verhalten betreffender und akademischen Gegebenheiten für Kinder von Vorteil sein kann.»

kers, and mental health personnel. The research reviewed here indicates that JC following divorce, whether physical or legal, might work to promote such ongoing father involvement, reduce parenting burdens on women, and reduce the burden of relitigation on the legal system.»³⁷

B. Schweizer Forschungsergebnisse

Eine Studie von ANDREA BÜCHLER, LINUS CANTIENI und HEIDI SIMONI hat unter anderem untersucht, «in welcher Form sich die Regelung der elterlichen Sorge auf die Nachscheidungsfamilie entlastend oder belastend auswirkt».³⁸ Es wurden 2'112 geschiedene Elternteile befragt.

1. Auch die Nachtrennungsfamilie ist zwar in der Regel «traditionell» organisiert, es zeigen sich aber sichtbare Veränderungen

Wenn 2007 noch publiziert wurde, dass es in der Schweiz aufgrund Einigung der Eltern in ca. einem Drittel der Fälle bei der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung blieb,³⁹ waren dies 2010 schon 46%.⁴⁰ Dem steht beispielsweise in Deutschland bei mehr als 95% der Nachscheidungsfamilien die gemeinsame elterliche Sorge gegenüber.⁴¹ Auch von den Nachscheidungsfamilien mit gemeinsamer elterlicher Sorge praktizieren 71% eine «klassische» Aufgabenteilung zwischen überwiegend betreuender, allenfalls Teilzeit erwerbstätiger Mutter und Unterhalt leistendem «Besuchsvater»; es sind 86%, wenn man auch die Familien mit Alleinsorge eines Elternteils

in die Betrachtung einbezieht.⁴² Nur 16% der Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht praktizierten eine alternierende Obhut, das entspricht 5% aller Fälle⁴³.

2. Väter mit gemeinsamer elterlicher Sorge haben mehr Kontakt zu ihren Kindern als Väter ohne Sorgerecht

Die schweizerische Untersuchung zeigt, in Konsistenz mit der internationalen Forschung, dass Väter mit elterlicher Sorge nach der Scheidung häufigeren Kontakt zu ihren Kindern haben als Väter ohne gemeinsames Sorgerecht. Wie zu erwarten war, hängt dies jedoch nicht nur vom sorgerechtlichen Status ab, sondern auch von der Beziehung zwischen den Elternteilen. Bei Vätern ohne Sorgerecht haben mehr als die Hälfte der befragten Väter (58%), die einen «schwierigen Austausch» mit der Mutter ihrer Kinder haben, weniger oder keinen Kontakt mehr zu ihren Kindern, verglichen mit dem Zeitpunkt der Scheidung. Bei den Vätern mit «gutem Austausch» mit der Mutter waren es rund ein Viertel (24%).⁴⁴

3. Die Zufriedenheit hängt vom Sorgerechtsstatus, der Betreuungssituation und dem Kontakt mit dem anderen Elternteil ab

Die Alleinsorge innehabenden Mütter sind damit überwiegend «zufrieden» (90%), während die Väter ohne Sorgerecht überwiegend «unzufrieden» sind und die gemeinsame elterliche Sorge wünschen (75%). Die Zufriedenheit der Eltern, die eine alternierende Obhut praktizieren, ist «überwiegend sehr positiv».⁴⁵

4. Gemeinsame Sorge verringert die Gefahr von Kontaktverlust und Kontaktabbrüchen

Im Residenzmodell haben (unabhängig von der rechtlichen Sorge) zwei bis drei Jahre nach der Scheidung 62% «gleich viel oder mehr» Kontakt zum Vater, «bei 31% hat der Kontakt abgenommen. Bei sieben Prozent der Kinder besteht zum Zeitpunkt der Befragung kein Kontakt zum Vater. (...) Besuchsväter mit gemeinsamer elterlicher Sorge haben in der Tendenz häufiger mehr oder gleich viel Kontakt zu ihren Kindern (67%) als Besuchsväter mit alleiniger Sorge der Mutter (54%).»⁴⁶ Auch wenn die Grösse der Stichprobe keine weiterreichende Schlüsse

³⁷ BAUSERMAN 2012 (FN 8), 483: «Die Verhaltensforschung hat dokumentiert, dass die Abwesenheit von Vätern mit einer grossen Bandbreite von negativen Ergebnissen bei Heranwachsenden und Kindern in Zusammenhang steht. Strategien, die eine fortgesetzte positive Beteiligung von Vätern nach der Scheidung fördern, begegnen bei Eltern, dem Gesetzgeber und Mitarbeitern in Gesundheitsberufen Bedenken. Die hier zusammenfassend betrachteten Forschungsergebnisse zeigen, dass gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, sowohl rechtlich als auch physisch [d.h. Betreuung] die fortgesetzte Beteiligung von Vätern zu fördern vermag, die Überlastung durch Elternschaft bei den Müttern reduziert und die Belastung des Justizsystems durch Wiederaufnahme von Rechtsstreitigkeiten reduziert.»

³⁸ ANDREA BÜCHLER/LINUS CANTIENI/HEIDI SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, in: Fampra 2007, 207 ff. 210.

³⁹ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 207.

⁴⁰ BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Scheidungen: Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder nach Kantonen, 2010, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html>>, 19.6.2014.

⁴¹ Siehe Abschnitt II.C.1.

⁴² BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 210.

⁴³ BÜCHLER/CANTIENI (FN 38), 210.

⁴⁴ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 212.

⁴⁵ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 211.

⁴⁶ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 211.

oder Interpretationen zulässt, zeigt sich doch eine positive Korrelation zwischen gemeinsamer elterlicher Sorge und dem Kontakterhalt zwischen Eltern und Kindern auch in der Schweiz.

5. Väter mit elterlicher Sorge zahlen den geschuldeten Kindesunterhalt regelmässiger

Auch wurde eine höhere «Zahlungsmoral» der Unterhaltspflichtigen in Abhängigkeit von der Mitsorge und der Kontaktintensität zu den Kindern nachgewiesen.⁴⁷ In Anbetracht der Relevanz der ökonomischen Situation von Scheidungskindern und Alleinerziehenden für das Kindeswohl ist dies ein nicht unerheblicher Befund: Viele Studien legen nämlich nahe, dass insbesondere der ökonomische Abstieg nach einer Scheidung zu einer Schlechterstellung der Alleinerziehenden und Belastung für ihre Kinder führt.⁴⁸ In der Metaanalyse von AMATO aus dem Jahr 2001 wurde diesem Faktor grösste Bedeutung zugemessen.⁴⁹ Die Befunde aus den USA wurden für Norwegen bestätigt, ein Ergebnis, das im skandinavischen Sozialstaat nicht erwartet worden war.⁵⁰ KYRRE BREIVIK und DAN OLWEUS sehen als Ursache zum einen die tatsächlich relativ schlechtere ökonomische Situation von Alleinerziehenden, zum anderen auch die Zeit, die Alleinerziehenden fehlt, die der Doppelbelastung als voll Berufstätige(r) und für die Belange der Kinder mehr oder weniger allein Verantwortliche(r) ausgesetzt sind. Dies führt als mittelbare Folge des ökonomischen Abstiegs u.a. auch zu schlechteren schulischen Leistungen bei den Kindern.

C. Deutsche Forschungsergebnisse und Erfahrungen

Im Jahre 1998 wurde durch die sog. Kindschaftsrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland die gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung der Eltern eingeführt. Das heisst, dass normalerweise beide Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, wenn nicht auf Antrag eines Elternteils (oder beider Eltern) im famili-

liengerichtlichen Verfahren die elterliche Sorge oder Teile derselben auf einen Elternteil alleine übertragen wird.

1. Seit Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Scheidung als «Normalfall» ist die Zahl der Kinder in Alleinsorge stark gesunken

Nach den aktuellen Zahlen des STATISTISCHEN BUNDESAMTES bezogen auf das Jahr 2011 wurden anlässlich von Ehescheidungen in 94,3 % aller Fälle keine Sorgerechtsentscheidung getroffen (71'103 Fälle), da kein Antrag gestellt wurde. Nur in 5,7 % wurde eine Entscheidung getroffen (4'294 Fälle). Dabei wurde in 19,4 % der Fälle trotz des Antrags die Fortsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge angeordnet, in 71,8 % das Sorgerecht auf die Mutter übertragen und in 7,3 % auf den Vater.⁵¹ Das zeigt, dass die Alleinsorge eines Elternteils seit der Kindschaftsrechtsreform die absolute Ausnahme geworden ist.

2. Evaluation der Kindschaftsrechtsreform (1998) mit Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Eine vom Justizministerium der Bundesrepublik Deutschland in Auftrag gegebene Evaluationsstudie von ROLAND PROKSCH zu den Auswirkungen der Kindschaftsrechtsreform hatte in den Folgejahren nachgewiesen, dass das gemeinsame Sorgerecht dazu geeignet ist, den Eltern-Kind-Kontakt und -Austausch zwischen dem Elternteil, bei dem das Kind nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zu unterstützen.⁵² Im Einzelnen sind folgende Aussagen für die aktuelle Fragestellung in der Schweiz von grossem Interesse:

Bei der Erhebung wurde gefragt, ob die Nichtresidenzelternteile *ein Jahr nach der Scheidung* «täglich bis mehrmals die Woche» oder «1-mal die Woche» Kontakt mit ihrem Kind hatten, ob sie «nur selten Kontakt» oder «gar keinen Kontakt» hatten, nur alle 14 Tage, 1 x im Mo-

⁴⁷ BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI (FN 38), 212.

⁴⁸ Vgl. z.B.: AMATO/KEITH (FN 29); SARAH McLANAHAN/GARRY SANDEFUR, *Growing up with a single parent: What hurts, what helps?* Cambridge (MA), London, Harvard University Press 1994; PAUL R. AMATO, *Children of Divorce in the 1990s: An Update of the Amato and Keith (1991) Meta-Analysis*, in: *Journal of Family Psychology*, 2001, Vol. 15 (3), 355 ff.

⁴⁹ AMATO (FN 48), 365 f.

⁵⁰ KYRRE BREIVIK/DAN OLWEUS, *Children of divorce in a Scandinavian welfare state: Are they less affected than US children?*, in: *Scandinavian Journal of Psychology*, 2006, Vol. 47, 61 ff.

⁵¹ STATISTISCHES BUNDESAMT, 2012, Fachserie 10, Reihe 2.2, S. 50/ Deutschland, <<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Familiengerichte.html>>, 19.6.2014; In den übrigen Fällen wurde es auf einen Dritten übertragen (0,6 %) oder eine geteilte Entscheidung für mehrere Kinder getroffen (0,9 %).

⁵² PROKSCH (FN 20). Andere Studien kommen für Österreich zu ähnlichen Ergebnissen: BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT, GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ (BMSG), *Scheidungsfolgen für Männer, Juristische, psychische und wirtschaftliche Implikationen*, Wien/Österreich 2003; CHRISTA PELIKAN, *Erwartungen zur Implementierung der gemeinsamen Obsorge in Österreich*, Studie im Auftrag der MA 57, Wien, Eigenverlag 2002; TAZI-PREVE ET AL. (FN 20).

nat bis mehrmals im Quartal, nur nach Absprache oder nur in den Ferien. Das Ergebnis zeigte eindeutig, «dass die getrennt von ihren Kindern lebenden Eltern mit geS [gemeinsamer elterlicher Sorge] erheblich häufigere und regelmässige Kontakte zu ihren Kindern haben als die Eltern ohne elterliche Sorge. Fast ein Drittel der umgangsberechtigten bzw. umgangspflichtigen Väter und Mütter mit geS (ohne Kinder) [d.h. Nichtresidenzelternteil] (...) gaben dazu an, dass sie ihr Kind mindestens einmal pro Woche sehen würden. Bei den umgangsberechtigten bzw. umgangspflichtigen Vätern und Müttern ohne eS (ohne Kinder) gaben nur 13,1% der Väter und 4,5% der Mütter an, dass sie ihr Kinde mindestens einmal pro Woche sehen würden. Selten bzw. gar keinen Kontakt hatten bei den umgangsberechtigten bzw. umgangspflichtigen Vätern und Müttern mit geS (ohne Kinder) 6,4% der Väter und 9,7% der Mütter. Bei Müttern und Vätern ohne eS/ohne Kinder waren dies 31,2% der Väter, 28,3% der Mütter. Dies bedeutet, dass bereits nach ca. einem Jahr seit Scheidung fast ein Drittel der Eltern ohne eS/ohne Kinder keinen Kontakt mehr zu ihren Kindern hatten.»⁵³

Die Befragung wurde zwei Jahre nach der Scheidung wiederholt, mit eindeutigen und erschreckenden Ergebnissen: «Bedrückend bleibt vor allem die Situation der Kinder von Eltern mit aeS. (...) Die Zahl der seltenen Kontakte bzw. Kontaktabbrüche hat sich für sie (...) noch einmal erheblich erhöht: von 31,2% auf 43,1% bei den Vätern und 28,3% auf 44,8% bei den Müttern. Dem gegenüber ist diese Situation für Kinder von Eltern mit geS relativ «stabil» geblieben. (...) Die Zahl der seltenen Kontakte bzw. Kontaktabbrüche bleibt bei ihnen (...) unter 10%.»⁵⁴

Die Vorteile der gemeinsamen elterlichen Sorge zeigten sich auch bei Eltern, die diese unfreiwillig praktizieren mussten: Interessante Effekte zeigt die Betrachtung der Untergruppe von Eltern, denen die gemeinsame elterliche Sorge vom Gericht «verordnet» worden war, die ursprünglich aber das Ziel der Alleinsorge durch gerichtlichen Antrag verfolgt hatten:⁵⁵ «Auffallend ist, dass die Eltern mit «verordneter» geS deutlich bessere Ergebnisse haben, als die Eltern der Gruppe aeS; ihre Ergebnisse «näher» sich den Ergebnissen aller Eltern mit geS an.»⁵⁶

PROKSCH kommt zu dem Schluss, der für die aktuelle Debatte in der Schweiz von zentraler Relevanz ist, «dass möglicherweise auch die verordnete geS strukturell positive Wirkungen zur Förderung des Kindeswohls hat.»⁵⁷

III. Auswirkungen der alternierenden Obhut auf Kinder und Eltern

Einer der wesentlichsten zentralen Neuerungen durch die Sorgerechtsrevision ist, dass auch bei Entscheidungen bezüglich Betreuungsfragen der widersprechende Wille eines Elternteils (Vetorecht) gegenüber dem Kindeswohl zurückzustehen hat. Fehlt es an einem elterlichen Konsens bezüglich der Betreuungslösung, kann nach dem Willen des Bundesrats und übereinstimmender Lehrmeinung eine alternierende Obhut auch bei fehlendem Elternkonsens angeordnet werden. Massgebend für die Entscheidung ist allein das Kindeswohl.⁵⁸ Damit erfüllt die neue Sorgerechtsregelung die geforderten kindes- und menschenrechtlichen Minimalanforderungen.⁵⁹

A. Definition und Begriffe

1. Definition

Die alternierende Obhut ist eine Betreuungs- und Lebensform für Kinder getrennt lebender Eltern,

- in welcher die Kinder abwechselnd (alternierend) zu einem substantiellen Zeitanteil (mindestens ein Drittel)⁶⁰ bei jedem Elternteil leben,
- mit Mutter und Vater Alltag und Freizeit teilen und in beiden Elternhäusern zu Hause sind, d.h. nicht nur zu Besuch,
- beide Eltern gemeinsam die rechtliche elterliche Verantwortung ausüben.⁶¹

In der alternierenden Obhut gibt es folglich kein Besuchsrecht mehr und keine alleinerziehenden Elternteile.

2. Begriffe

In Deutschland und Österreich sind für die alternierende Obhut die Begriffe «Wechselmodell» oder «paritätische Doppelresidenz» gebräuchlich, im englischen Sprachraum

⁵⁸ Ausführlich dazu: BERNARD/MEYER LÖHRER (FN 1), Nr. 17 ff.; MARTIN WIDRIG, Alternierende Obhut, Leitprinzip des Unterhaltsrecht aus grundrechtlicher Sicht, in: AJP/PJA 6/2013, 903 ff., 906 m.w.H. [zit. WIDRIG Alternierende Obhut]; URS GLOOR/JONAS SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra 2014, 1 ff., 10; Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 529, 565.

⁵⁹ WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 906.

⁶⁰ Über den Zeitaspekt besteht in der Fachliteratur bisher kein definitorischer Konsens. Eine Mehrheit der Forschenden geht heute von einem Mindestbetreuungsanteil von ca. 1/3 aus (vgl. HILDEGUND SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, 66, Abb. 13 [zit. SÜNDERHAUF Wechselmodell]).

⁶¹ Weiterführend: SÜNDERHAUF Wechselmodell (FN 60), 61 ff.

⁵³ PROKSCH (FN 20), 140 f.; Hervorhebungen: SÜNDERHAUF.

⁵⁴ PROKSCH (FN 20), 142.

⁵⁵ PROKSCH (FN 20), 143.

⁵⁶ PROKSCH (FN 20), 142.

⁵⁷ PROKSCH (FN 20), 142.

die Begriffe «Shared Care» bzw. «Joint Physical Custody» oder «shared parenting» oder «dual residence». Das Bundesgericht verwendete in französischer Sprache bereits die Begriffe «garde alternée» oder «garde conjointe»⁶².

3. Abgrenzung zu ausgedehnten Besuchskontakten

Im Idealfall betreut bei alternierender Obhut jeder Elternteil zu je 50%, weil die paritätische Zeitverteilung

- dazu führt, dass es den betroffenen Kindern noch besser geht⁶³;
- die Egalität der Eltern unterstreicht und ihnen ermöglicht, sich «auf Augenhöhe zu begegnen»⁶⁴;
- bei konfliktbelasteten Eltern zur Deeskalation beiträgt («win-win-Situation»);
- auch den Kindern signalisiert, dass Mutter und Vater gleichbedeutend in ihrem Leben sind;
- eine gendergerechte Lastenverteilung ermöglicht, in der Männer und Frauen Erwerbsarbeit und Familienleben miteinander verbinden können.

Abweichungen von der paritätischen Zeitaufteilung sollten jeweils begründet sein, z.B. aus Kindesbelangen oder beruflichen Gründen der Eltern heraus. In der sozialwissenschaftlichen Forschung besteht jedoch Einigkeit, dass auch bei asymmetrischer Zeitverteilung von einer alternierenden Obhut gesprochen werden kann, wenn die anderen Bedingungen erfüllt sind.⁶⁵ Die bisher übliche «alleinige Obhut»⁶⁶ mit erweitertem Besuchsrecht» (1.) ist daher von «alternierender Obhut mit asymmetrischen Betreuungszeiten» (2.) abzugrenzen. Zum Vergleich:

- (1.) Bei einem 14-tägigen Wochenendbesuchsrecht von zwei Tagen und drei Wochen Ferien im Jahr liegt der Betreuungsanteil bei ca. 20%.⁶⁷ Umfasst der 14-tägige Besuch

ein langes Wochenende (Freitag bis Montag) und zusätzlich einen halben Nachmittag pro Woche sowie die Hälfte der Schulferien, so liegt der Betreuungsanteil bei knapp einem Drittel.⁶⁸

- (2.) Lebt das Kind jeden Monat für 1 Woche beim weniger betreuenden Elternteil und verbringt mit diesem die Hälfte der Ferien, beträgt dessen Betreuungsanteil ebenfalls rund ein Drittel. Im Gegensatz zum ersten Beispiel ist dies aber eine alternierende Obhut mit asymmetrischer Zeitverteilung, weil das Kind bei beiden Eltern zuhause ist und auch mit dem weniger betreuenden Elternteil Alltag (und Freizeit) teilt.

4. Wechselfrequenzen

Eine verbreitete Wechselfrequenz ist ab Eintritt in die Primarschule der wöchentliche Wechsel, bei älteren Teenagern auch 14-tägig, bei Kleinkindern und Kindern im Vorschulalter werden kürzere Wechselfrequenzen empfohlen.⁶⁹ Die Empfehlungen gehen auf JOAN B. KELLY⁷⁰ und MICHEAL E. LAMB⁷¹ zurück, die als erste Autoren entwicklungspsychologische Forschungsergebnisse in konkrete Betreuungsplanempfehlungen umgesetzt haben.⁷² In den USA werden offiziell auch gerichtsseits Empfehlungen zu Wechselfrequenzen bei alternierender Obhut ausgesprochen, z.B. durch die *Association of Family and Conciliation Courts* (AFCC).⁷³

B. Psychologische Forschung zur alternierenden Obhut

1. Scheidung als «belastendes Lebensereignis»

Die Trennung ihrer Eltern und die damit verbundenen Folgen sind für viele Kinder ein belastendes Lebensereig-

⁶² Vgl. BGer, Urteil 5A_497/2011 vom 5.12.2011, E. 2.1.3.

⁶³ Vgl. Z.B.: MALIN BERGSTRÖM ET AL., Living in two homes – a Swedish national survey of well-being in 12 and 15 year olds with joint physical custody, in: BMC Public Health 2013, 13:868 ff., Table 2; LINDA NIELSEN, Shared Residential Custody: Review of the Research (Part II of II), in: American Journal of Family Law, Jg. 27 (2013), 123 ff., 128.

⁶⁴ So der Titel von ANTON POTOTSCHNIG, Auf Augenhöhe Eltern bleiben, Abschied vom Mythos der Täter-Väter und Opfer-Mütter, Wien 2012.

⁶⁵ PATRICK PARKINSON, Family Law and the Indissolubility of Parenthood, New York, Cambridge University Press 2011, 91; Überblick über Zeitquoten in der Literatur bei: SÜNDERHAUF Wechselmodell (FN 60), 64 ff.

⁶⁶ Vgl. z.B. BGE 136 III 353 E. 3.4. f.

⁶⁷ Anzahl zu betreuende Tage = $365/14 \cdot 2$ (2 Tage alle zwei Wochen im Jahr) + 21 (3 Wochen Ferien im Jahr) = $52,14 + 21 = 73,14$ Betreuungstage/Jahr. Dies entspricht einem Betreuungsanteil von rund 20% ($73,14 \cdot 100/365 = 20,04\%$).

⁶⁸ Anzahl Betreuungstage pro Jahr = $365/14 \cdot 2$ (2 Tage alle zwei Wochen) + $365/(7 \cdot 2)$ (ein halber Tag pro Woche) + $13 \cdot 7/2$ (die Hälfte von 13 Wochen Schulferien) = $52,14 + 26,07 + 45,5 = 123,71$. Dies entspricht einem Betreuungsanteil von mehr als 33% ($123,71 \cdot 100/365 = 33,89\%$).

⁶⁹ Ausführlich dazu: SÜNDERHAUF, Wechselmodell (FN 60), 604 ff. m.w.H.

⁷⁰ Professorin für klinische Psychologie und eine der renommiertesten US-amerikanischen Scheidungsfolgenforscherinnen, frühere Direktorin des Northern California Mediation Center.

⁷¹ Professor für Psychologie, Leiter der Fakultät für Sozial- und Entwicklungspsychologie an der Universität in Cambridge/UK.

⁷² JOAN B. KELLY/MICHAEL E. LAMB, Using Child Development research to make Appropriate Custody and Access Decision for Young Children, in: Family and Conciliation Courts Review, 2000, Vol. 38(3), 297 ff.; vgl. auch KELLYS Betreuungsplan-Empfehlungen 2003, <<http://www.coloradodivorcemediation.com/family-child-Custody-Parenting-Plans-Options.pdf>>, 26.6.2014.

⁷³ Online-Zugriff unter: <

nis. Für Entwicklungsprobleme betroffener Kinder gibt es keine monokausalen Erklärungen. Vielmehr hat die Scheidungsfolgenforschung verschiedene «Stressoren» heraus kristallisiert, welche zusammen für das verminderte Wohlbefinden betroffener Kinder verantwortlich sind. Hervorzuheben sind dabei: der Verlust eines Elternteils, die Überbelastung alleinerziehender Eltern, ökonomische Probleme sowie elterliche Konflikte.⁷⁴ Insbesondere ist empirisch nachgewiesen, dass die häufige Abwesenheit von Vätern bei Kindern alleinerziehender Mütter negative Kausalfolgen zeigt, namentlich Ursache für schlechtere Schulabschlüsse ist, für eine negative soziale und emotionale Entwicklung der Kinder sowie für psychische Gesundheitsprobleme im Erwachsenenalter.⁷⁵

Umgekehrt erleichtern verschiedene «Ressourcen» betroffenen Kindern, die Trennung der Eltern zu bewältigen. Dies sind namentlich: ausreichend Zeit mit beiden Eltern, geteilte elterliche Verantwortung, ökonomische Unterstützung und Konfliktdeeskalation.⁷⁶

2. Stand der sozialwissenschaftlichen Forschung

JOAN KELLY betont, was Grundlage jeder Obhutsregelung sein sollte, dass Kinder beide Eltern lieben und beide Eltern möglichst häufig sehen wollen:

«The vast majority of children want more contact with their nonresidential parent than is typically decided between parents or by courts, and many favor the concept of shared physical custody.»⁷⁷

Es ist aber nicht nur Wunsch der Kinder, sondern auch empirisch nachgewiesen, dass es Kindern in alternierender Obhut besser geht. Es liegen ausreichend Forschungsergebnisse zu den Auswirkungen der alternierenden Obhut auf Kinder und Eltern vor, viele aus den USA und Kanada, neuere Studien liegen auch aus Europa und Australien vor. SÜNDERHAUF hat 45 internationale psychologi-

sche Forschungsstudien aus den Jahren 1977 bis 2012 zu den Folgen der alternierenden Obhut ausgewertet. In der Gesamtschau liegt eine eindeutige Befundlage «pro alternierende Obhut» vor. Die zentralen Ergebnisse fassen die nachfolgenden Stichpunkte zusammen⁷⁸:

- Kinder in alternierender Obhut zeigen bessere psychische Anpassungswerte. Sie entwickeln sich psychisch sehr gut, häufig besser als Kinder in alleiniger Obhut eines Elternteils und in vieler Hinsicht ebenso gut wie Kinder in intakten zusammenlebenden Familien.
- Kinder, die sich nicht zwischen Mutter und Vater entscheiden müssen, leiden weniger unter Loyalitätskonflikten, Verlustängsten, Gefühlen des Verlassenseins und der Zurückweisung.
- Mehr gemeinsame Zeit mit beiden Eltern in der alternierende Betreuung führt zu einer engeren emotionalen Eltern-Kind-Bindung und zu einer besseren Beziehung des Kindes zu *beiden* Eltern, vergleichbar mit der Bindung und Beziehung in intakten Familien.
- Die bessere Beziehung bzw. engere Bindung zum Vater geht *nicht* zulasten der Beziehung mit der Mutter.
- Kinder in alternierender Obhut zeigen eine deutlich höhere Zufriedenheit mit der Familiensituation und dem Kontakt zu beiden Eltern. Sie zeigen auch eine grössere Zufriedenheit mit ihrer schulischen Situation und sind seltener Opfer von Mobbing.
- Es ist wissenschaftlich nicht belegt, dass mit dem Wechseln zwischen den Elternhäusern für Kinder «Belastungen» verbunden wären. In qualitativen Studien berichten Kinder zwar von «Anstrengungen», die sie aber gerne in Kauf nehmen.
- Emotionale Stabilität ist keine geografische, sondern eine psychologische Grösse, die durch Beziehungskontinuität gefördert wird, auch und gerade in der abwechselnden Betreuung. Es gibt keine Befunde, welche die Notwendigkeit eines geografischen Lebensmittelpunktes untermauern würden. Es gibt hingegen viele Befunde, welche die Schädlichkeit der Beziehungsstörung oder des Verlusts eines Elternteils nach Trennung und Scheidung belegen bzw. die Notwendigkeit der Kontinuität der Beziehung zu beiden Eltern als nahen Bindungspersonen fordern.
- Kinder in alternierender Obhut haben weniger Probleme mit der Akzeptanz der Trennung als Kinder in alleiniger Obhut.

⁷⁴ Zum Ganzen: SÜNDERHAUF, Wechselmodell (FN 60), 217 ff. und 259 m.w.H.; AMATO/KEITH (FN 29); AMATO (FN 48); BAUSERMAN (FN 36); BAUSERMAN (FN 8).

⁷⁵ SARA MAC LANAHAN/LAURA TACH/DANIEL SCHNEIDER, The Causal Effects of Father Absence, in: Annual Reviews of Sociology 2013/39, 399 ff.

⁷⁶ SÜNDERHAUF, Wechselmodell (FN 60), 225 ff. und 259 m.w.H.

⁷⁷ JOAN B. KELLY, Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research, in: Family Process, 2007, Vol. 46(1), 35 ff., 46: «Die überwiegende Mehrheit der Kinder wünscht sich mehr Kontakt mit dem Nichtresidenzelternteil, als üblicher Weise zwischen den Eltern vereinbart oder vom Gericht festgelegt wird, und viele favorisieren das Konzept des Wechselmodells.»

⁷⁸ SÜNDERHAUF, Wechselmodell (FN 60), 261 ff. m.w.H.

- Kinder in alternierender Obhut sind auch physisch gesünder als Kinder im Residenzmodell, so zeigen sie beispielsweise seltener ADHS.
- Auch Babies und Kleinkinder können unter bestimmten Bedingungen in alternierender Obhut mit gleichen Betreuungszeitanteilen gut betreut werden. Die Forschungslage zu den Auswirkungen auf Kleinkindern ist noch unergiebig, weshalb auf allgemeine Erkenntnisse der Bindungsentwicklung zurückgegriffen werden muss. Danach muss *gerade* bei Kleinkindern die Bedeutung des regelmässigen Kontaktes zu beiden Eltern zur Förderung des Bindungsaufbaus beachtet werden.
- Geschlecht des Kindes: Unterschiede zwischen Mädchen und Jungen sind nicht ersichtlich. Die Annahme, wonach Mädchen die Mutter mehr brauchen und Jungen den Vater, ist empirisch nicht belegt.
- Sozialkontakte zu anderen Kindern leiden in der Regel nicht unter der alternierenden Obhut.

3. Auswirkungen des Wechselmodells auf die Eltern

Eltern, die ihre Kinder abwechselnd betreuen, sind zufriedener, weniger überlastet und folglich auch gesünder als alleinerziehende Elternteile. Der Kontakt zu den Kindern ist in der Gesamtsumme höher und für beide Eltern bei alternierender Obhut intensiver. Nicht nur aus Sicht der Kinder, sondern auch aus Elternsicht ist die alternierende Obhut also zu empfehlen und vorzuziehen.

Da bei alternierender Betreuung häufig beide Eltern (voll) erwerbstätig sein können, verfügen die Familien ausserdem über ein höheres Gesamteinkommen als Familien, in denen nur ein Elternteil erwerbstätig ist. Da das Armutsrisiko Alleinerziehender besonders hoch ist, erwächst aus der alternierenden Obhut somit insgesamt ein gesamtwirtschaftlicher Vorteil für die Familie, aber auch für die Volkswirtschaft.

Eltern, die alternierende Obhut praktizieren, sind weder «Über-Mütter» noch «Super-Väter», sondern ganz durchschnittliche Eltern. Mit anderen Worten: Es bedarf keines aussergewöhnlichen Merkmals oder Fähigkeitsprofils, um alternierende Obhut erfolgreich zu praktizieren.

Hoher Konflikt zwischen den Eltern wirkt sich immer negativ auf die Entwicklung der Kinder aus – unabhängig von der Summe der gemeinsam verbrachten Zeit. Oder umgekehrt: Die Summe der mit jedem Elternteil verbrachten Zeit wirkt sich positiv auf die Entwicklung der Kinder aus, und zwar *unabhängig* vom Konfliktniveau der Eltern.

C. Fazit

Die US-amerikanische Entwicklungspsychologin LINDA NIELSEN fasst die Ergebnisse aus drei Jahrzehnten Scheidungsfolgenforschung so zusammen:

«Overall then, across three decades of research, the children in shared residential custody generally have had equal or better outcomes on measures of emotional, behavioral, physical, and academic well-being.»⁷⁹

Es empfiehlt sich, die alternierende Obhut so viel wie möglich zu fordern und zu fördern und gegebenenfalls auch gegen den Willen eines Elternteils anzuordnen, wenn sie im konkreten Fall dem Kindeswohl am ehesten entspricht. Die Grundannahme jeder Obhutsregelung sollte sein, dass Kinder für eine gesunde psychische Entwicklung möglichst beide Eltern brauchen und möglichst gleichmässigen Kontakt zu beiden Eltern haben sollten. Hiervon profitieren auch Mütter und Väter.

Dem müssen künftig alle Entscheide von Gerichten und Behörden Rechnung tragen.

IV. Grundrechtliche Würdigung

A. Klassischer Ansatz

1. Schutz familiärer Bindungen im nationalen und internationalen Recht

Die familiäre Beziehung und das Verhältnis zwischen Eltern und Kinder bilden Gegenstand des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens. Aus diesem Anspruch ergibt sich ein *Recht auf Kontakt und Zusammenleben* der Familienmitglieder.⁸⁰ Vorausgesetzt ist, dass ein Familienleben besteht, wie dies zwischen Eltern und Kindern in der Regel auch der Fall ist. Dies gilt auch dann, wenn die Eltern getrennt leben oder geschieden sind bzw. wenn deren Kontakt und Beziehung durch äussere Einflüsse über längere Zeit erschwert oder unterbunden wurde. Eltern und Kinder sind Träger dieses Grundrechts.⁸¹ In Fällen,

⁷⁹ LINDA NIELSEN, Shared Parenting after Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research, in: Journal of Divorce & Remarriage, 2011, Vol. 52, 586 ff., 601: «Alles zusammen genommen, aus drei Jahrzehnten wissenschaftlicher Forschung, haben Kinder in abwechselnder Betreuung generell gleich gute oder bessere Ergebnisse bei Untersuchungen ihres emotionalen, das Verhalten betreffenden, physischen und akademischen Wohlbefindens.»

⁸⁰ BGE 138 I 225 E. 3.8.1.

⁸¹ EGMR, Urteil i.S. *Gül gegen Schweiz* vom 19.2.1996 (23218/94), § 32; STEPHAN BREITENMOSER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. A., Zürich 2008, Art. 13 BV, Rz. 24; MARTIN WIDRIG, Elterliche Sorge – Ein Grundrecht, Jusletter 23.7.2012, Nr. 22 [zit. WIDRIG, Sorgerecht].

in welchen der Vater eines unehelichen Kindes nicht mit dem Kind zusammenlebt und der Vertragsstaat deren Verwandtschaft nicht anderweitig rechtlich schützt, besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ebenfalls ein Familienleben, wenn der Vater ein grosses Interesse an der Beziehung zu seinem Kind manifestiert.⁸² Auf nationaler Ebene ist dieser Anspruch in zahlreichen Kantonsverfassungen⁸³ sowie in Art. 13 Abs. 1 BV explizit verankert. Auf internationaler Ebene schützen Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 17 (i.V.m. Art. 23 f.) UNO-Pakt II sowie Art. 16 (i.V.m. Art. 5, 7–9, 18) KRK denselben Anspruch. In Deutschland ist Art. 6 Grundgesetz (GG) die einschlägige Verfassungsbestimmung.

Sowohl internationale als auch nationale Regelungen geben grundsätzlich den Eltern das Privileg, die *elterliche Verantwortung* für ihre Kinder zu übernehmen.⁸⁴ Nach dem deutschen Grundgesetz ist dies sogar das «*natürliche Recht der Eltern*».⁸⁵ Die Wahrnehmung dieser elterlichen Verantwortung steht grundsätzlich beiden Eltern sowohl vor als auch nach einer Trennung oder Scheidung gemeinsam zu.⁸⁶ Auch die UNO-KRK verlangt in Art. 18, dass nationale Rechtsordnungen dies anerkennen. Die Handlungen des Gemeinwesens sollten darauf ausgelegt sein, die gemeinsame Elternschaft zu unterstützen und zu fördern. Das Gesetz soll dabei flexibel ausgestaltet sein und keinen Elternteil mittels pauschalen Annahmen bevorzugen oder aufgrund seines Geschlechts mittelbar diskriminieren. Diese *gemeinsame elterliche Verantwortung* soll insbesondere auch dann weitergelten, wenn die Eltern getrennt leben. Dabei soll vom Grundsatz ausgegangen wer-

den, dass die gemeinsame elterliche Verantwortung im Interesse des Kindes liegt, bis das Gegenteil erwiesen ist.⁸⁷ Die Wahrnehmung dieser elterlichen Verantwortung erfolgt sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland über das Sorgerecht.⁸⁸ Die schweizerischen Obhutsrechte, welche für die Wahrnehmung der elterlichen Rechte ebenfalls eine wichtige Rolle gespielt hatten, waren Teil des Sorgerechts.⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass INGEBORG SCHWENZER in ihrem Gutachten zum Postulat Jacqueline Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht» sogar vorschlägt, den Begriff Sorgerecht durch diesen sich international immer mehr durchsetzenden Begriff «*parental responsibility*» (elterliche Verantwortung) zu ersetzen.⁹⁰

2. Sorgerecht als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens

Im Jahre 2009 erkannte der EGMR eine Diskriminierung von Vätern unehelicher Kinder gegenüber Vätern, die einmal mit der Kindsmutter verheiratet oder sonst Inhaber des Sorgerechts waren.⁹¹ In der Lehre setzte sich schnell die Überzeugung durch, dass (u.a.) auch der weitgehend analoge aArt. 298a ZGB gegen diese Rechtsprechung verstossen hatte.⁹² Von noch grösserer Bedeutung ist allerdings, dass der EGMR für diese Verurteilung voraus-

⁸² EGMR, Urteil i.S. *Schneider gegen Deutschland* vom 15.9.2011 (17080/07), § 79 ff.; vgl. auch: EGMR, Urteil i.S. *Keegan gegen Irland* vom 26.5.1994 (16969/90), § 45, wonach ein Familienleben zwischen dem ausserhehlichen Kind und seinem Vater besteht, wenn die Eltern zusammengelebt haben, gemeinsam ein Kind zeugen und heiraten wollten, bei der Geburt des Kindes jedoch nicht mehr zusammenlebten.

⁸³ Statt vieler: Art. 12 KV-FR, § 11 Abs. 1 lit. g KV-BS, Art. 13 Abs. 1 KV-BE.

⁸⁴ Statt vieler: RACHEL HODGKIN/PETER NEWELL, in: UNICEF (Hrsg.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. A., Genf 2007, Art. 18 Abs. 1 KRK, 231, <http://www.unicef.org/publications/index_43110.html>, 19.6.2014.

⁸⁵ Art. 6 Abs. 2 Grundgesetz: Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

⁸⁶ Statt vieler: Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 23 Abs. 4 UNO-Pakt II; UNO-MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS, General Comment No. 19 (1990), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), 199, Nr. 8 f.; JORGE GUERRA GONZÁLEZ, *Sorgefall Familienrecht, Ursachen und Folgen grundgesetzwidriger Praxis auf der Basis regelmässigen Missbrauchs des Kindeswohlbegriffs*, Berlin 2012, 14 f.

⁸⁷ Zum Ganzen: HODGKIN/NEWELL (FN 84), Art. 5 KRK, 76 und Art. 18 Abs. 1 KRK, 236 f.; HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), General Comment Nr. 17 zu Art. 24, N 6 und General Comment Nr. 19 zu Art. 23, N 6 ff.

⁸⁸ Vgl. dazu: § 1626 Abs. 1 BGB: «Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes und das Vermögen des Kindes». Nach BGE 136 III 353 E. 3.1 ist die elterliche Sorge «ein Pflichtrecht, das die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeit und Befugnisse gegenüber dem Kind umfasst, insbesondere mit Bezug auf die Erziehung, die gesetzliche Vertretung und die Vermögensverwaltung». Zum Ganzen: INGEBORG SCHWENZER, *Besprechung des Urteils des Bundesgerichts II. Zivilabteilung, Nr. 5 C.18/1991 vom 12.1991*, in: AJP/PJA 1992, 906 ff.

⁸⁹ BGE 136 III 353, E. 3.2.

⁹⁰ INGEBORG SCHWENZER, *Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht»*, August 2013, 42, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/dokumentation/familienrecht/gutachten-schwenzer-d.pdf>>, 23.6.2014 [zit. SCHWENZER Familienrecht].

⁹¹ EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gegen Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 64.

⁹² PHILIPPE MEIER, *L'autorité parentale conjointe – L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse?*, in: RMA 2010, 246 ff., 256 m.w.H.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern*, in: Jusletter 15.2.2010, Nr. 15; WIDRIG, *Sorgerecht* (FN 81), Nr. 12 ff.; Abschnitt IV.A.3.

setzen musste, dass auch das Sorgerecht an sich durch den Anspruch auf Achtung des Familienlebens geschützt ist: Wenn das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK akzessorisch ist, kann eine Diskriminierung in Bezug auf das Sorgerecht, wie es im Urteil der Fall war, nur dann vorliegen, wenn das Sorgerecht in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt.⁹³ Das Sorgerecht ist folglich grundrechtlich geschützt. Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung inzwischen mehrfach bestätigt.⁹⁴ Im Entscheid *Döring gegen Deutschland* wies er sogar explizit darauf hin, dass der Anspruch auf Achtung des Familienlebens auch das Sorgerecht umfasst.⁹⁵

Für die alternierende Obhut ist von besonderer Bedeutung, dass das Sorgerecht i.S. der Rechtsprechung des EGMR auch ein *Mitentscheidungsrecht über die Bestimmung des Aufenthaltsorts und der Betreuungsmodalitäten* umfasst.⁹⁶ Auch das Bundesgericht hat festgestellt, dass die Obhutszuteilung der Kinder im Falle einer Trennung oder Scheidung einen schwerwiegenden Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens des anderen Elternteils darstellt.⁹⁷

Diese Rechtsprechung überzeugt und deckt sich mit den vorgängig erläuterten Erwägungen der UNICEF zur Wahrnehmung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach der UNO-KRK:⁹⁸ Wer bestimmen darf, wo das Kind lebt und durch wen bzw. wie es betreut wird, bestimmt auch, mit wem das Kind Kontakt hat und zusammenlebt. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens impliziert somit, dass grundsätzlich beide Eltern über diese Fragen mitentscheiden dürfen.

3. Rechtfertigungspflicht bei Sorgerechtsentzug

Wird das Sorgerecht durch den Anspruch auf Achtung des Familienlebens geschützt, so ist ein Sorgerechtsentzug und jede andere Einschränkung des Sorgerechts ein

Grundrechtseingriff. Dieser ist nur gerechtfertigt, wenn er den Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 36 BV gerecht wird.⁹⁹ Streng genommen bedeutet dies seit der 2009 erfolgten Rechtsprechung des EGMR Folgendes: Nach altem Recht musste bei fehlendem Konsens der Eltern einem Elternteil das Sorgerecht entzogen werden. Dafür bestand nach aArt. 133 ZGB eine genügende gesetzliche Grundlage und mit der Wahrung des Kindeswohls ein (hinreichendes) öffentliches Interesse.¹⁰⁰ Lagen allerdings im konkreten Einzelfall keine konkreten Gründe vor, die auf eine Kindeswohlgefährdung bei fehlendem Sorgerechtsentzug hindeuteten (die Rechtfertigungslast liegt bei den rechtsanwendenden Behörden), war der Sorgerechtsentzug jeweils ein ungeeignetes Mittel, um das Kindeswohl zu wahren – die Massnahme war dem Kindeswohl womöglich sogar abträglich. Der Sorgerechtsentzug verletzte somit das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 36 Abs. 3 BV und zugleich den Anspruch auf Achtung des Familienlebens des betroffenen Elternteils und des Kindes.¹⁰¹ Das Verhältnismässigkeitsprinzip hätte ausserdem jeweils verlangt, von der Extremmassnahme Sorgerechtsentzug abzusehen, wenn das Kindeswohl auch mit einer milderen Massnahme gewahrt worden wäre.

Aus grundrechtlicher Sicht ist im Lichte der bereits präsentierten Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Forschung die gesetzlich verankerte Annahme, dass ein gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen eines Elternteils nie mit dem Kindeswohl vereinbar sei, abwegig. Zwar ist trotz aller bestehenden Forschungsergebnisse vorerst kaum zu erwarten, dass der EGMR einem Vertragsstaat ein gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung als Regelfall aufzwingen würde (zu denken ist jedoch an die dynamische Entwicklung des Rechts). In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der EGMR allerdings mehrfach betont, dass Entscheide, die auf nicht anfechtbaren generellen gesetzlichen Annahmen beruhen, EMRK-widrig sind. Hervorzuheben ist namentlich die pauschale gesetzliche Annahme, dass ein gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen eines Elternteils *a priori* dem Kindeswohl abträglich sei.¹⁰² Demzufolge müsste eine na-

⁹³ Weiterführend: WIDRIG, Sorgerecht (FN 81), Nr. 22 ff.; WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 904.

⁹⁴ EGMR, Urteil i.S. *Sporer gegen Österreich* vom 3.2.2011 (35637), § 72 und 90; EGMR, Entscheid i.S. *Sude gegen Deutschland* vom 7.10.2010 (38102/04).

⁹⁵ EGMR, Entscheid i.S. *Döring gegen Deutschland* vom 21.2.2012 (50216/09), Abschnitt «THE LAW», § 2.

⁹⁶ EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gegen Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 40; für eine deutschsprachige Übersetzung siehe: EuGRZ 2010, 46. Weiterführend: WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 904 f.

⁹⁷ BGE 136 I 178 E. 5.2 («L'attribution des enfants à l'un des parents en cas de divorce ou de séparation constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de l'autre parent.»).

⁹⁸ Abschnitt IV.A.1.

⁹⁹ So auch zu Art. 6 Abs. 2 GG: GEORG RIXE, Wechselmodell und Verfassung, in: ISUV (Hrsg.), Vom starren Residenzmodell zum individuellen Wechselmodell, Nürnberg 2013, 73.

¹⁰⁰ Art. 36 Abs. 1 und 2 BV.

¹⁰¹ Siehe auch: Abschnitt IV.B.

¹⁰² EGMR, Urteil i.S. *Sporer gegen Österreich* vom 3.2.11 (35637/03), § 87 ff.; EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gegen Deutschland* vom 21.12.2010 (22028/04), § 44 ff.; Vgl. ferner: EGMR, Urteil i.S. *Schneider gegen Deutschland* vom 15.9.2011 (17080/07), § 100; EGMR, Urteil i.S. *Anayo gegen Deutschland* vom 21.12.2010

tionale Rechtsordnung demjenigen Elternteil, dem das Sorgerecht entzogen wird, wenigstens die Möglichkeit gewähren, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob das Kindeswohl diesen Sorgerechtsentzug erfordert. Aus diesem Grund hat PHILIPPE MEIER die Ansicht geäußert, dass neben aArt. 298a ZGB auch aArt. 133 Abs. 3 ZGB mit der Rechtsprechung des EGMR unvereinbar sei und somit gegen die Menschenrechte verstösst.¹⁰³ Der Bundesrat hat dieser Ansicht zu Recht zugestimmt. Auch der UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes hatte Liechtenstein bereits im Jahre 2006 aufgefordert, Vätern ausserehelicher Kinder, denen damals kein Sorgerecht zustand, wenigstens die Möglichkeit einzuräumen, das Sorgerecht zu beantragen.¹⁰⁴ Das Völkerrecht geht Bundesgesetzen vor und ist für die Schweiz verbindlich.¹⁰⁵

Nach altem Recht konnte auch eine alternierende Obhut nicht gegen den Willen des obhutsberechtigten Elternteils angeordnet werden – selbst dann nicht, wenn sie die beste Lösung für das Kind gewesen wäre. Auch das hätte einen Grundrechtsverstoss bedeuten müssen.¹⁰⁶

4. Exkurs: Problematik des «Veto-Rechts» insbesondere

Mit der Forderung nach Zustimmung beider Eltern zur gemeinsamen elterlichen Sorge wird, so JOAN KELLY, renommierte US-amerikanische Entwicklungspsychologin und eine der führenden Scheidungsfolgenforschenden, die alleinige Entscheidung letztlich den Müttern gegeben, von deren Veto eine abwechselnde Betreuung abhängig gemacht wird. KELLY konstatierte, dass Männer in Sorgerechtsverfahren «Bittsteller» bleiben werden, solange die gemeinsame elterliche Sorge und/oder abwechselnde Betreuung von der Zustimmung der Mütter abhängig gemacht werden. In einer Gesellschaft, in der es nach wie vor als «normal» angesehen würde, dass die Kinder bei den Müttern leben, müssten die Väter für das legale Recht und die physische tatsächliche Zeit, die sie mit ihren Kindern verbringen, entweder betteln, klagen oder verhan-

deln. Solange dies so bleibe, könnten Mütter über die Zukunft ihrer Kinder alleine entscheiden, ohne ausreichende Beachtung der väterlichen Ressourcen und der Bedeutung beider Elternteile für die kindliche Entwicklung.¹⁰⁷ Was KELLY vor 25 Jahren formulierte, hat bis heute seine Gültigkeit behalten.

Zudem ist mittlerweile anerkannt, dass das Zustimmungserfordernis beider Eltern für ein gemeinsames Sorgerecht, wie es aArt. 133 ZGB vorgesehen hatte, von demjenigen Elternteil, der mit der Zusprache der Obhut rechnen durfte, in der Praxis nicht selten zur Durchsetzung persönlicher Interessen missbraucht wurde.¹⁰⁸ Ein solcher «Missbrauch» ist mit der auf dem Grundsatz von Treu und Glauben aufbauenden gegenseitigen elterlichen Beistandspflicht nach Art. 272 ZGB unvereinbar und somit widerrechtlich.¹⁰⁹ Der Gesetzgeber und die zuständigen Behörden haben solchen Verstössen gegen die Rechtsordnung einerseits zumindest Rechnung zu tragen, andererseits das Gesetz so auszugestalten, dass es Eltern nicht Hand dazu bietet, das Recht für andere als die vorgesehenen Zwecke zu benutzen. Darüber hinaus ist das Sorgerecht sowohl nach Ansicht des Bundesgerichts als auch des Bundesrats ein «Pflicht-Recht».¹¹⁰ Darum kann ein gemeinsames Sorgerecht nicht allein vom Willen eines Elternteils abhängen und ist gegen dessen Willen durchsetzbar.¹¹¹

Es darf aus grundrechtlicher wie aus entwicklungspsychologischer Sicht weder von der Zustimmung eines Elternteils abhängen, *ob* und *wie* der andere Elternteil seine Beziehung zum Kind und das Kind seine Beziehung zu diesem Elternteil fortsetzen kann, noch darf die Wahrnehmung der Grundrechte von Elternteilen und Kindern vom Placet des anderen Elternteils abhängig gemacht werden.

B. Neuerer Kind-orientierter Ansatz

Kinder werden grundsätzlich nur durch die Inhaber des Sorgerechts oder – wenn diese ihren Pflichten gegenüber

(20578/07), § 67 ff.; vgl. WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 906.

¹⁰³ Ausführlich dazu: MEIER (FN 92), 254 ff.; WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 906.

¹⁰⁴ Botschaft Sorgerecht BBl 2012 9077, 9100; CRC/C/LIE/CO/2, Nr. 18 f.; a.M. (ohne Begründung) THOMAS GEISER in: Aleksandra Mladenovic, Sorgerecht sorgt erneut für Ärger, in: Neue Luzerner Zeitung vom 27.11.2013, 4.

¹⁰⁵ BGE 139 I 16 E. 5.1 ff.; WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 907 m.w.H.

¹⁰⁶ Weiterführend: WIDRIG, Alternierende Obhut (FN 58), 906. Auch die Rechtsprechung zu den alten Obhutsrechten ermöglichte keine Kindeswohlprüfung (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2 f.).

¹⁰⁷ JOAN B. KELLY, Examining Resistance to Joint Custody, in: Jay Folberg (Hrsg.), Joint Custody & Shared Parenting, 2. A., New York, London 1991, 55.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfG 1 BvR 420/09 vom 21. Juli 2010, Absatz-Nr. 59 ff.; EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (EKF), Vernehmlassungs-Stellungnahme zur Sorgerechtsrevision, 2, <<http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00441/index.html?lang=de>, 19.6.2014>; DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 16/10047, 12 ff., <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/100/1610047.pdf>>, 19.6.2014; HODGKIN/NEWELL (FN 84), Art. 9 KRK, 130.

¹⁰⁹ Art. 272 ZGB.

¹¹⁰ BGE 136 III 353 E. 3.1; Botschaft Sorgerecht, BBl 2012 9077, 9087.

¹¹¹ So auch: RIXE (FN 99), 77.

den Kindern nicht nachkommen – das Gemeinwesen vertreten.¹¹² Eine eigene (kinder-) anwaltliche Vertretung haben sie eher selten. Es muss darum wenig erstaunen, dass sich die Rechtsprechung zum Anspruch auf Achtung des Familienlebens primär auf elterliche Rechte bezieht und Kinder nur indirekt schützt. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens steht allerdings auch Kindern zu und die Wichtigkeit der Wahrung des Kindeswohls ist heute allgemein anerkannt.¹¹³ Aus Art. 7 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 KRK ergibt sich ein *Recht der Kinder, von beiden Eltern betreut zu werden*. Nach Ansicht der UNICEF impliziert dieses Recht eine aktivere Teilhabe am Leben des Kindes als die Unterhaltsleistungen eines «Zahlvaters» für das Kind.¹¹⁴ Zudem leitete das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht nur dem Wortlaut der Bestimmung folgend ein Recht und eine Pflicht der Eltern zur Betreuung ihrer Kinder, sondern auch ein Recht der Kinder auf Pflege und Erziehung durch ihre Eltern ab.¹¹⁵ Auch eine Einschränkung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens des Kindes muss gerechtfertigt werden (Art. 36 BV).

Im Lichte des Umstandes, dass ein gemeinsames Sorgerecht und selbst eine alternierende Obhut gegen den Willen eines Elternteils den Kindern im Durchschnitt eher dient als schadet, muss es Fälle geben, in welchen eine gemeinsame elterliche Sorge bzw. eine alternierende Obhut gegen den Willen eines Elternteils im Interesse des Kindes ist. Macht der Gesetzgeber die gemeinsame elterliche Sorge ausschliesslich vom Willen «beider» Eltern abhängig, schliesst er in diesen Fällen die dem Kindeswohl am besten entsprechende Regelung von Gesetzes wegen aus. Darin liegt ein direkter Verstoß gegen die Rechte des Kindes.¹¹⁶

C. Objektivrechtliche Dimension der Grundrechte

Die objektiv-rechtliche Dimension des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens i.V.m. Art. 11 BV verpflichtet den Gesetzgeber, die Rechtslage so auszugestalten, dass die kindgerechteste Sorgerechts- und Betreuungslösung möglich ist. Weiter ist bei der Ausgestaltung der elterlichen Rechte und Pflichten den Grundrechten aller

Beteiligten Rechnung zu tragen und im Lichte der staatlichen Schutzpflichten gegenüber dem Kind darauf zu achten, dass Elternrechte eingeschränkt werden, wenn das Kindeswohl dies erfordert. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Wahrung der Grundrechte die Regel und ihre Einschränkung die Ausnahme bildet.¹¹⁷ Dies entspricht dem Verständnis von Art. 18 UNO-KRK, nach welchem grundsätzlich im Trennungs- oder Scheidungsfall der Eltern von der *Vermutung* ausgegangen werden soll, dass die gemeinsame elterliche Verantwortung im Interesse des Kindes liegt, bis der *Gegenbeweis* erbracht ist. Diesen zu erbringen, ist im konkreten Einzelfall Aufgabe der entscheidenden Behörde.¹¹⁸

D. Fazit

Die elterliche Verantwortung steht sowohl nach nationalem als auch internationalem Grundrechtsschutz beiden Eltern gleichermassen zu. Zugleich hat das Kind einen Anspruch darauf, dass seine Betreuung und die rechtliche Verantwortung grundsätzlich von beiden Eltern wahrgenommen werden können. aArt. 298a sowie aArt. 133 Abs. 3 ZGB haben u.E. im Lichte der Rechtsprechung des EGMR sowohl aus der Perspektive des Kindes, als auch aus derjenigen des nicht sorgeberechtigten Elternteils in zweierlei Hinsicht gegen den Anspruch auf Achtung des Familienlebens verstossen: Einerseits war die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge gegen den Willen eines Elternteils auch dann nicht möglich, wenn sie dem Kindeswohl förderlich war, andererseits war die Möglichkeit der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung des nicht sorgeberechtigten Elternteils faktisch vom Willen des anderen Elternteils abhängig.¹¹⁹

V. Bedeutung für die Praxis

Mit der Sorgerechtsrevision wurden die erwähnten grundrechtlichen Mängel behoben. Das ZGB verankert neu sogar die gesetzliche Vermutung, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl dient.¹²⁰ Ein Sorgerechtsentzug soll nur noch dann möglich sein, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist.¹²¹ Väter

¹¹² Sehr schön formuliert wird dies in Art. 6 Abs. 2 GG, vgl. FN 24, als sog. «Wächteramt» des Staates über die Ausübung der elterlichen Sorge durch die primär zuständigen Eltern.

¹¹³ FN 81; Art. 11 BV; Art. 3 Abs. 1 UNO-KRK.

¹¹⁴ HODGKIN/NEWELL (FN 84), Art. 7 KRK, 108 f.

¹¹⁵ BVerfG, 1 BvR 1620/04, Urteil vom 1.4.2008, Absatz-Nr. 72, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080401_1bvr162004.html>, 6.10.2013.

¹¹⁶ So auch: RIXE (FN 99), 76 ff.

¹¹⁷ So auch: GUERRA GONZÁLEZ (FN 86), 17.

¹¹⁸ Zum Ganzen: HODGKIN/NEWELL (FN 84), Art. 5 KRK, 76 und Art. 18 Abs. 1 KRK, 236 f.

¹¹⁹ So auch: RIXE (FN 99), 76 ff.

¹²⁰ Art. 296 Abs. 1 ZGB; Botschaft Sorgerecht, BBl 2012 9077, 9102;

¹²¹ Art. 298 Abs. 1 ZGB; HEINZ HAUSHEER, Länderbericht Schweiz, Gemeinsame elterliche Sorge als Regeltatbestand, wird erscheinen in: FamRZ 2014, Abschnitt 2.bb.

ausserehelicher Kinder können das Sorgerecht neu auch gegen den Willen der Mutter beantragen. Die Übertragung kann ihnen nur verweigert werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist. Möglich ist auch die Übertragung der alleinigen Sorge auf den Vater.¹²² Diese Regelung entspricht – wie es auch sein sollte – den grundrechtlichen Vorgaben. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens behält seine Bedeutung darum namentlich für die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung der neuen Gesetzesbestimmungen und als Orientierungspunkt für die Entscheidungsfindung in der Praxis.

A. Sorgerechtseingriffe und -entzug

Sorgerechtseingriffe oder ein Sorgerechtsentzug müssen sich aufgrund der gegebenen Umstände im Einzelfall rechtfertigen. Dabei ist einerseits dem Verhältnismässigkeitsprinzip, andererseits den staatlichen Schutzpflichten gegenüber dem Kind (allenfalls auch gegenüber den Eltern) Rechnung zu tragen. Die Kindesschutzbestimmungen nach Art. 307 ff. ZGB tragen diesen Anforderungen Rechnung: Ausgegangen wird vom Grundsatz, dass die Eltern die umfassende Verantwortung für ihre Kinder übernehmen. Dem *Subsidiaritätsprinzip* entsprechend haben Behörden dann einzugreifen, wenn eine objektive Schutzbedürftigkeit des Kindes besteht, welcher die Eltern nicht von sich aus Abhilfe schaffen können.¹²³ Zudem gibt es eine «*Stufenfolge*» der Kindesschutzmassnahmen, welche mit dem Sorgerechtsentzug als *ultima ratio* endet.¹²⁴ Diese Bestimmungen und die dazu existierende Praxis dürften vielversprechende Ansätze für das Vorgehen bei einem Sorgerechtsentzug/einer -einschränkung im Falle einer Trennung/Scheidung liefern.

Obwohl nicht explizit erwähnt, ist z.B. auch denkbar, dass Art. 307 ff. ZGB herbeigezogen werden, um den Kontakt und die Beziehung zwischen einem Kind und beiden Eltern zu schützen. Trotz Verzicht auf eine Änderung von Art. 220 StGB im Rahmen der Sorgerechtsrevision sind der Bundesrat und «eine deutliche Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer» der Ansicht, dass eine Besuchsrechtsverweigerung sogar strafrechtliche Konse-

quenzen haben muss.¹²⁵ Wird ein Besuchsrecht verweigert, liegen mit der Androhung eines Obhutsentzugs oder der tatsächlichen Neuregelung der Betreuungsanteile relativ milde, aber dennoch effiziente Mittel vor, um einem Kontaktverlust oder einer elterlich induzierten Eltern-Kind-Entfremdung rechtzeitig entgegenzuwirken.¹²⁶

B. Änderung der Verhältnisse

Auch wenn das Sorgerecht eingeschränkt oder entzogen worden ist, ist es möglich, dass sich die Verhältnisse verändern und dass die getroffene Massnahme zur Wahrung des Kindeswohls nicht mehr notwendig ist. Aus Kindes- und grundrechtlicher Sicht ist in solchen Fällen eine Überprüfung der getroffenen Massnahmen zuzulassen. Gegebenenfalls sind diese aufzuheben. Denkbar ist z.B., dass – entsprechend Art. 313 ZGB – ein einst entzogenes Sorgerecht wieder übertragen wird.¹²⁷

C. Rückwirkende Überprüfbarkeit der getroffenen Regelung

Nicht sorgeberechtigte Eltern ausserehelicher Kinder können binnen Jahresfrist ab Inkrafttreten der revidierten Sorgerechtsbestimmungen rückwirkend einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge stellen. Dasselbe gilt für nicht sorgeberechtigte Eltern, deren Scheidung nicht mehr als fünf Jahre zurückliegt.¹²⁸ Die rückwirkende Überprüfbarkeit des getroffenen Sorgerechtsentscheids ist aus grundrechtlicher Sicht zu begrüssen: In den betroffenen Fällen durften Gerichte und Behörden gar nie abklären, ob das Kindeswohl die Verweigerung der gemeinsamen elterlichen Sorge bzw. den Sorgerechtsentzug tatsächlich erforderte: Das alte Recht verlangte bei fehlendem Elternkonsens immer die Alleinsorge.

Die Hinauszögerung des Inkrafttretens der neuen Sorgerechtsbestimmungen auf Antrag der KOKES wegen akuter Überlastung hat dazu geführt, dass zahlreiche Kinder und Eltern nicht überprüfen lassen können, ob ein gemeinsames Sorgerecht im ihrem Interesse liegt. Im

¹²² Art. 298b Abs. 2 ZGB.

¹²³ PETER BREITSCHMID in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, 4. A., Basel 2012, Art. 307 N 1; Botschaft Kindesverhältnis, BBl 1974 II 1, 80.

¹²⁴ BREITSCHMID, Art. 307 N 2; Botschaft Kindesverhältnis, BBl 1974 II 1, 79 ff.

¹²⁵ Curia Vista, 11.5037, Frage, eingereicht am 7. März 2011 von HUGUES HILTPOLD, Rückweisung der Änderung von Artikel 220 StGB: Unterstützt der Bundesrat die Behinderung oder gar die Verletzung des Anspruchs auf persönlichen Verkehr zwischen Kind und nichtsorgeberechtigtem Elternteil?, <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20115037>, 8.7.2014.

¹²⁶ Vgl. Urteil des BGer 5A_905/2011 vom 28.3.2012, E. 2 m.w.H.

¹²⁷ So auch: MEIER (FN 92), 256.

¹²⁸ Art. 12 Abs. 4 und 5 SchlTZGB.

Lichte des Umstandes, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl dient, sind die Leidtragenden auch die Kinder. Es ist bewährte Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR, dass selbst wenn die Gewährleistung grundrechtlicher Ansprüche vermehrten Aufwand erfordert oder in der praktischen Handhabung gewisse Probleme mit sich bringen mag, dies keine Grundrechtseinschränkung rechtfertigt.¹²⁹ Das muss umso mehr gelten, wenn das Inkrafttreten der Revision sowie der damit verbundene höhere Arbeitsaufwand seit längerer Zeit absehbar waren und es somit möglich gewesen wäre, den KESB die notwendigen Ressourcen zu Verfügung zu stellen.

Die für die grundrechtlichen Aspekte zum Sorgerecht massgebliche Rechtsprechung des EGMR stammt vom 3.12.2009 (dies war vor 5.5 Jahren).¹³⁰ Es scheint darum aus grundrechtlicher Sicht richtig, all den betroffenen Kindern und Eltern die Möglichkeit einzuräumen, die existierende Sorgerechtsregelung auf ihre Kindeswohlvereinbarkeit überprüfen zu lassen, wenn die Scheidung nach diesem Urteil rechtskräftig geworden ist. Damit werden die dem Kindeswohl eher abträglichen Konsequenzen organisatorischer Schwierigkeiten nicht unnötig auf die Kinder und Eltern abgewälzt.

D. Bestimmung des Aufenthaltsorts

Mit der Revision wurden die sog. Obhutsrechte aufgehoben. Der neu definierte rechtliche Obhutsbegriff beschreibt nur noch die faktische Obhut: den tatsächlichen Umstand, bei wem ein Kind lebt und durch wen es betreut wird.¹³¹ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist, im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, neu explizit ein Teilgehalt des elterlichen Sorgerechts.¹³² Lebt ein Kind in der alleinigen Obhut eines Elternteils, so bedarf dieser neu des Einverständnisses des anderen Elternteils, einer KESB oder eines Gerichts, wenn er den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland verlegen will oder wenn der Wechsel des Aufenthaltsorts im Inland erhebliche

Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr zwischen dem Kind und dem «zurückbleibenden» Elternteil hat.¹³³ Erfolgt der Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes ohne ein solches Einverständnis, ist er widerrechtlich. Bei gegebenen Umständen kann ein Rückführungsverfahren wegen internationaler Kindesentführung eingeleitet werden. Überdies findet Art. 220 StGB Anwendung. Damit soll verhindert werden, dass ein Elternteil vor ein *fait accompli* gestellt wird.¹³⁴

Trotz (oder vielleicht gerade wegen) ausführlicher Debatten in den Räten¹³⁵ bestehen bezüglich Art. 301a ZGB noch erhebliche ungeklärte Fragen. Ersichtlich wird, dass von der bisherigen, als problematisch erachteten Rechtslage abgewichen werden, aber ein Elternteil (alleine) weiterhin ohne Einverständnis des anderen Elternteils umziehen können soll.¹³⁶ Bezüglich der Wohnsitzverlegung des Kindes wurde am qualifizierten Wortlaut des Nationalrats festgehalten, der darauf abzielt zu verhindern, dass das Besuchsrecht durch einen Wegzug vereitelt wird.¹³⁷ Die Ausgangslage ist damit weitgehend mit derjenigen des Haager Kindesentführungsübereinkommens vergleichbar: Dieses schützt primär das Interesse des Kindes, in seinem gewohnten sozialen Umfeld zu bleiben und den Kontakt zum zurückbleibenden (ebenfalls wichtigen) Elternteil zu erhalten. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind möglich.¹³⁸ Die Niederlassungsfreiheit der Eltern bleibt dabei unangetastet. Das Abkommen könnte somit wertvolle Anhaltspunkte für die Auslegung der neuen ZGB-Norm liefern.

Können sich die Eltern nicht selber einigen, eröffnet diese neue (zumindest provisorische) Fixierung des Wohnortes des Kindes neue Perspektiven: Im Gegensatz

¹²⁹ BGE 126 I 133 E. 4d; EGMR, Urteil i.S. *Verein gegen Tierfabriken gegen Schweiz (GK)* vom 30.6.2009 (32772/02), § 97; EGMR, Urteil i.S. *Bottazzi gegen Italien* vom 28.7.1999 (34884/97), § 22.

¹³⁰ EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gegen Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04).

¹³¹ Bundesamt für Justiz (BJ), 11.070 nZGB. Elterliche Sorge, Die Begriffe «Obhut», «Betreuung», und «Aufenthaltsort» gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 16.11.2011, 6, <<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Documents/bericht-bj-11-070-2012-06-11-d.pdf>>, 25.6.2014.

¹³² Art. 301a Abs. 1 ZGB.

¹³³ Art. 301a Abs. 2 ZGB.

¹³⁴ Botschaft Sorgerecht, BBl 2012 9077, 9108.

¹³⁵ Aus den parlamentarischen Beratungen ergab sich u.a. Folgendes: Es sollte von den «Problemen» mit der bisherigen Rechtslage abgekehrt, die Eltern zum Dialog und der gemeinsamen Lösungsfindung animiert, gegebenenfalls die Neuregelung der Kinderbelange sichergestellt und der zum Trennungstress hinzukommenden Belastung für das Kind wegen des Umzugs und der damit verbundenen Herauslösung aus seinem gewohnten sozialen Umfeld Rechnung getragen werden (Amtl. Bull. 2013, SR 13 f.). Zudem sollte die Vereitelung des Besuchsrechts durch einen Wegzug verhindert, und das Recht des Kindes auf Betreuung durch beide Eltern gefördert werden (Amtl. Bull. 2012, NR 1655 i.f. [Votum von Graffenried für die Kommission] und 1653 [Votum Schwander]).

¹³⁶ Art. 301a Abs. 4 ZGB.

¹³⁷ Vgl. Amtl. Bull. 2012 NR 1655 i.f. (Votum von Graffenried für die Kommission).

¹³⁸ ELISA PEREZ-VERA, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, Den Haag 1982, Nr. 11 und 26 i.f.

zur bisherigen Rechtslage ermöglicht Art. 301a ZGB, neben den Interessen des obhutsberechtigten Elternteils auch diejenigen des Kindes und der anderen Betroffenen zu berücksichtigen.¹³⁹ Genau dies verlangt auch der EGMR.¹⁴⁰ Die Bestimmung bietet damit eine gute Grundlage dafür, für die zahlreichen verschiedenen Fallkonstellationen jeweils eine individuelle, massgeschneiderte Lösung zu finden.

E. Alternierende Obhut

Neu wird eine alternierende Obhut auch gegen den Willen eines Elternteils möglich sein.¹⁴¹ Der Gesetzgeber hat mit der neuen Sorgerechtsregelung darauf verzichtet, ein bestimmtes Betreuungsmodell zu privilegieren bzw. die Eltern zu diesem zu verpflichten, und steht den möglichen Betreuungsformen offen gegenüber. Massgebend für das anzuordnende Betreuungsmodell soll neu «einzig das vorrangig zu beachtende Wohl des Kindes» sein.¹⁴² Die neue Regelung entspricht weitestgehend den grundrechtlichen Anforderungen, die verlangen, das Kindeswohl vorrangig zu behandeln. Dennoch sind nach geltender Rechtslage die grundrechtlich geschützten Anliegen aller Beteiligten zu berücksichtigen.¹⁴³

Konkret bedeutet dies Folgendes: Bisher musste nur geprüft werden, ob die alternierende Obhut mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Neu muss eine solche Prüfung grundsätzlich gleichermassen für die Anordnung der alleinigen Sorge erfolgen. Anstatt bei fehlendem Elternkonsens, wie bisher, von der alleinigen Obhut auszugehen, ist die alternierende Obhut im Lichte einer kindes- und grundrechtskonformen Auslegung der neuen Gesetzesbestimmungen tendenziell sogar zu favorisieren.¹⁴⁴

F. Sorgerecht bei ausserehelichen Kindern

Nach einer Mehrheit der Entwicklungsforscher(innen) können selbst Kleinstkinder gerade so gut von Vätern (oder Dritten) betreut werden wie von ihren Müttern.¹⁴⁵ Mit der neuen Sorgerechtsregelung muss der Vater eines ausserehelichen Kindes das Sorgerecht beantragen. Dies hat eine Prüfung zur Folge. Bis das Sorgerecht auch auf den Vater übertragen wird, steht es alleine der Mutter zu. Findet die Sorgerechtsübertragung nicht innert kürzester Zeit nach der Geburt statt, werden über den Faktor Zeit, auf Kosten des Kindes und des Vaters neue Tatsachen zu Gunsten der Mutter geschaffen, die zur Folge haben können, dass eine ursprünglich günstigere Betreuungsalternative für das Kind nicht mehr angeordnet werden kann. Aussereheliche Kinder haben demzufolge in Bezug auf ihre Betreuungslösung eine potentiell schlechtere Ausgangslage als eheliche. Im Lichte des Umstandes, wie stark der Bundesrat die Revision des Unterhaltsrechts mit einer «besseren» Gleichbehandlung nicht ehelicher Kinder bewirbt,¹⁴⁶ mag die hier beibehaltene Ungleichbehandlung erstaunen. In zahlreichen anderen Staaten wird dieser Umstand dadurch verhindert, dass die rechtliche Elternschaft automatisch mit dem Sorgerecht verknüpft wird.¹⁴⁷

VI. Gesamtfazit und Ausblick

Ein gemeinsames Sorgerecht wirkt sich nachweislich positiver auf das Kindeswohl aus als eine alleinige Sorge. Die Vorteile sind namentlich eine bessere Vater-Kind-

Aufgabenteilung bei der Festlegung neuer Betreuungsanteile ohne Bedeutung. Es ist denkbar, dass die Anordnung einer alternierenden Obhut zum Schutze des Kindes dazu führt, dass ein zuvor allein betreuender Elternteil keinen Anspruch auf Unterhalt mehr hat und darum in finanzielle Engpässe gerät. Dies ist namentlich darauf zurückzuführen, dass unser Unterhaltsrecht primär an die Obhut des Kindes anknüpft und damit den Fehlanreiz für Eltern schafft, sich u.U. zu Lasten des Kindes gegen eine paritätische Aufgabenteilung zu entscheiden.

¹³⁹ Zu denken ist namentlich an das Kindeswohl (z.B. im Hinblick auf das Risiko eines Kontaktabbruchs und den Verlust des gewohnten Umfelds), das Interesse des Kindes und des potentiell zurückbleibenden Elternteils an der Aufrechterhaltung ihres Familienlebens, die Interessen des Elternteils, der den Aufenthaltsort des Kindes verändern möchte, wie auch das gut- oder bösgläubige Verhalten der Betroffenen (Art. 5 Abs. 3 BV); siehe auch den Kriterienkatalog in: JEFF ATKINSON, *The Law of Relocation of Children*, in: *Behavioral Sciences and the Law*, 2010, 28, 563 ff. Zur bisherigen Rechtslage vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2.

¹⁴⁰ EGMR, Urteil i.S. *Blaga gegen Rumänien* vom 1.7.2014 (54443/10), § 65.

¹⁴¹ Siehe FN 57.

¹⁴² Botschaft Sorgerecht, BBl 2012 9077, 9094.

¹⁴³ EGMR, Urteil i.S. *Görgülü gegen Deutschland* vom 26.2.2004 (74969/01), § 43.

¹⁴⁴ Weiterführend: WIDRIG, *Alternierende Obhut* (FN 58), 904 ff. Der strikten Wortwahl des Bundesrats zu Folge ist eine einst gelebte

¹⁴⁵ Statt vieler: REMO H. LARGO, *Baby Jahre, Entwicklung und Erziehung in den ersten vier Jahren*, 5. A., München/Zürich 2011, 86 f.; ENQUETEKOMMISSION «CHANCEN FÜR KINDER» LANDTAG NORDRHEIN-WESTFALEN, *Bildungsbedeutung von Eltern, Familien und anderen Bezugspersonen für Kinder*, Expertise von Prof. Dr. Manfred Holodynski unter Mitarbeit von Freia Stallmann (M. A.) und Dipl. Psych. Dorothee Seeger, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Psychologie in Bildung und schulischer Erziehung, Düsseldorf 2007, 29.

¹⁴⁶ Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 529, 540.

¹⁴⁷ SCHWENZER *Familienrecht* (FN 90), Nr. 129 m.w.H.; siehe auch: WIDRIG, *Sorgerecht* (FN 81), Nr. 30 ff. m.w.H.

Beziehung und weniger Kontaktabbrüche zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elternteil, eine bessere Beziehung der Eltern untereinander sowie bessere psychische Anpassungswerte der Kinder. Auch für Eltern ist das gemeinsame Sorgerecht zufriedenstellender als ein alleiniges Sorgerecht: Väter sind zufriedener und selbstbewusster, Mütter werden entlastet. Ausserdem werden gerichtliche Folgeauseinandersetzungen seltener: Dies birgt das Potential, die Gerichte und damit auch die Allgemeinheit zu entlasten.

Die alternierende Obhut ist dort, wo sie praktikabel ist, die beste Betreuungsform für Kinder getrennt lebender Eltern. Aus den vielen Vorteilen, die sie für Kinder mit sich bringt, ist insbesondere die engere Bindung an beide Eltern und die bessere Beziehung zu Vätern und Müttern hervorzuheben. Kinder können an den Ressourcen beider Eltern teilhaben und die individuellen und volkswirtschaftlichen Probleme Alleinerziehender können reduziert werden.

Das Verfassungs- und das internationale Recht verlangen mindestens die Möglichkeit, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob eine Massnahme, welche den Anspruch auf Achtung des Familienlebens einschränkt, zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist. Sowohl das gemeinsame Sorgerecht als auch die alternierende Obhut sind aus verfassungsrechtlicher Sicht für eine grundrechtskonforme Auslegung familienrechtlicher Bestimmungen und Entscheide als Leitprinzipien herbeizuziehen.

Im Lichte dieser Erkenntnisse und aufgrund des Ausgangspunktes, dass Kinder zwei gleichwertige und gleichberechtigte Eltern haben, ist davon auszugehen, dass mit der neuen Sorgerechtsregelung eine den Grundrechten der Verfassung und des internationalen Rechts standhaltende Regelung gefunden wurde. Sie steht auch einem allfälligen familienrechtlichen Paradigmenwechsel offen gegenüber.¹⁴⁸ Alles Weitere muss die Praxis, auf die viel Verantwortung übertragen worden ist, nun in ihren Entscheidungen umsetzen. PATRICK FASSBIND, Präsident der KESB Bern dazu im aktuellen ZEIT-Interview vom 2.6.2014:

«Wenn das Ziel sein soll, dass die Kinder eine gute Beziehung zu Vater und Mutter haben, dann braucht es das Engagement von beiden. (...) Wir müssen an den Punkt kommen, zu sagen: Ein Kind gehört zu beiden Eltern. Und wenn ich «wir» sage, dann meine ich Väter und Mütter, aber auch die KESB, Gerichte, Anwälte.»¹⁴⁹

Dies muss der Leitgedanke aller künftig zu treffenden Sorgerechtsentscheide, Obutszuteilungen und Kontaktregelungen sein. Dies ist das Credo des Paradigmenwechsels vom 1. Juli 2014.

¹⁴⁸ Vgl. BERNARD/MEYER LÖHRER (FN 1), 18 ff.; MEYER LÖHRER/BERNARD (FN 1).

¹⁴⁹ PATRICK FASSBIND im Interview mit Sarah Jäggi, Sorgerecht, Gestritten wird nicht weniger, in: Zeit Online vom 2.6.14, <<http://www.zeit.de/2014/23/sorgerecht-vaeter-schweiz-patrick-fassbind>> 27.6.2014.