



## Alternierende Obhut

### Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht

MARTIN WIDRIG

*Die jüngere Rechtsprechung des EGMR hat beachtliche Auswirkungen auf das schweizerische Unterhaltsrecht: Die Obhut ist grundrechtlich geschützt. Folglich ist im Trennungs- oder Scheidungsfall von einer alternierenden Obhut auszugehen. Grundrechtseinschränkungen sind zu rechtfertigen. Der Beitrag analysiert, welchen Anforderungen eine rechtmässige Einschränkung der Obhut zu genügen hat und prüft, ob das geltende Unterhaltsrecht sowie der Vorentwurf zur laufenden Revision des ZGB diesen Anforderungen gerecht werden.*

*La récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a des conséquences considérables sur le droit de l'entretien suisse : le droit de garde est garanti par les droits fondamentaux. Il convient donc de se baser sur la garde alternée en cas de séparation ou de divorce. La restriction des droits fondamentaux doit être justifiée. L'article analyse les exigences auxquelles doit satisfaire une limitation du droit de garde pour être licite et examine si l'actuel droit de l'entretien ainsi que l'avant-projet relatif à la révision du CC qui est en cours sont conformes à ces exigences.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Begriffe und Grundlagen
  - A. Sorgerecht, Obhut und alternierende Obhut
  - B. Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens
  - C. Sorgerecht als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens
- III. Obhut als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens
  - A. Formeller Ansatz
  - B. Materiell-rechtlicher Ansatz
  - C. Teleologischer Ansatz
  - D. Folgerung: Grundrechtlicher Schutz der Obhut
- IV. Rechtfertigung einer Obhutseinschränkung
  - A. Allgemeine Anforderungen
  - B. Rechtliche Ausgangslage
  - C. Abhängigkeit der alternierenden Obhut vom Einverständnis beider Eltern
  - D. Anforderungen an den Obhutsentzug als Regelfall
- V. Weiterführende Betrachtungen
  - A. Massgeblichkeit für das schweizerische Recht
  - B. Neudefinition der Obhut im Rahmen der Sorgerechtsrevision
  - C. Revision des Unterhaltsrechts
    - 1. Auftrag und Vorentwurf
    - 2. Starre alternierende Obhut und liberales Residenzmodell?
    - 3. Grundrechte und Kindeswohl
    - 4. Soziale Steuerungsfunktion des Rechts
- VI. Schlusswort

#### I. Einleitung

Der EGMR zeigte sich in seiner Rechtsprechung zum Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK bisher sehr zurückhaltend. Er belässt den Vertragsstaaten grundsätzlich einen grossen Ermessensspielraum und greift

nur ein, wenn grundrechtliche Minimalstandards verletzt werden<sup>1</sup>. Dennoch hat er in seiner jüngeren Rechtsprechung diesen Anspruch weiterentwickelt und an moderne gesellschaftliche Verhältnisse angepasst. Die sich daraus ergebenden grundrechtlichen Schranken haben beachtliche Auswirkungen auf das schweizerische Unterhalts- und Betreuungsrecht de lege lata und de lege ferenda.

#### II. Begriffe und Grundlagen

##### A. Sorgerecht, Obhut und alternierende Obhut

Das *Sorgerecht* umfasst das Recht und die Pflicht, die für das Kind notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen sowie rechtlich in seinem Namen und Interesse zu vertreten<sup>2</sup>.

Die *Obhut* – gesprochen wird oft auch vom Obhutsrecht – umfasst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Recht zu bestimmen, wo das Kind wohnt und wie bzw. durch wen es betreut wird. Die Obhut ist ein Bestandteil des Sorgerechts<sup>3</sup>.

Die *alternierende Obhut* ist ein Betreuungsmodell, bei welchem die Kinder alternierend zu etwa gleichen Teilen von beiden Eltern betreut werden. In Deutschland sind für die alternierende Obhut die Begriffe *Wechselmodell* oder *paritätische Doppelresidenz* gebräuchlich. Lebt das

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler: EGMR, Urteil i.S. *S.H. u.a. gg. Österreich* vom 3.11.2011 (57813/00), § 94.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 301 ff. ZGB; PETER METZGER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Basel/Genf/München 2005, 253.

<sup>3</sup> BGer, Urteil 5P.140/2001 vom 10.7.2001 E. 2a; BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.

Kind nur bei einem Elternteil, wird vom *Residenzmodell* gesprochen.

## B. Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens

Der grund- und menschenrechtliche Anspruch auf Achtung des Familienlebens ist in Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankert<sup>4</sup>. Aus ihm fliessen Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe und Schutzansprüche gegenüber dem Staat<sup>5</sup>. Er garantiert insbesondere ein «Recht auf das Zusammenleben und auf persönliche Kontakte unter Familienmitgliedern»<sup>6</sup>. Damit ein Familienleben auch tatsächlich gelebt werden kann, ist räumliche Nähe vorausgesetzt. Darum lässt sich z.B. im Ausländerrecht aus Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Aufenthalt oder ein Schutz vor Ausweisung ableiten<sup>7</sup>.

## C. Sorgerecht als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens

Die Ansicht, dass das Sorgerecht ein Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens ist, wird in der schweizerischen Lehre seit geraumer Zeit vertreten. So kritisierte z.B. INGEBORG SCHWENZER bereits 1991 mit Verweis auf Art. 18 Abs. 1 UNO-KRK, den Entscheid der EKMR i.S. *J.K. gg. Schweiz* vom 30. November 1994 und die niederländische Rechtsprechung die damals gegenläufige Ansicht des Bundesgerichts<sup>8</sup>.

Mit dem Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 erkannte der EGMR in der Ungleichbehandlung von Vätern ehelicher und unehelicher Kinder einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK in Bezug auf das Sorgerecht<sup>9</sup>. Rasch erkannten Lehre und Behörden, dass auch das schweizerische Recht diskrimi-

niert<sup>10</sup>. Dennoch scheint die tatsächliche Tragweite dieses Urteils unterschätzt worden zu sein: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK ist akzessorisch. Das bedeutet, es kann nur dann angerufen werden, wenn zugleich in den Schutzbereich eines anderen durch die EMRK geschützten Grundrechts eingegriffen wird<sup>11</sup>. Eine Diskriminierung in Bezug auf das Sorgerecht setzt also voraus, dass das Sorgerecht in den Schutzbereich eines durch die EMRK geschützten Grundrechts fällt<sup>12</sup>. Es fällt in denjenigen des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens<sup>13</sup>. Der EGMR hat diese Rechtsprechung mit seinem Urteil i.S. *Sporer gg. Österreich* vom 3.2.2011 und zwei Entscheiden bestätigt<sup>14</sup>.

Dies bedeutet, dass ein Sorgerechtsentzug oder jede andere Einschränkung des Sorgerechts einen Grundrechtseingriff darstellt, der im konkreten Einzelfall den Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügen muss, damit er gerechtfertigt ist. Zahlreiche Studien haben gezeigt, dass die geltende Sorgerechtsregelung diesen Anforderungen nicht genügt. Die laufende Sorgerechtsrevision ist somit zwingend erforderlich<sup>15</sup>.

## III. Obhut als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens

### A. Formeller Ansatz

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Obhut ein Bestandteil des Sorgerechts<sup>16</sup>. Wenn der

<sup>4</sup> Vgl. auch: Art. 17 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

<sup>5</sup> JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte, 4. A., Bern 2008, 236 ff.

<sup>6</sup> BGE 138 I 225 E. 3.8.1.

<sup>7</sup> Art. 10 KRK; BGE 137 I 284 E. 1.3; EGMR, Urteil i.S. *Moustaqim gg. Belgien* vom 18.2.1991 (12313/86), § 35 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 150 ff.

<sup>8</sup> INGEBORG SCHWENZER, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts II. Zivilabteilung, Nr. 5 C.18/1991 vom 12. Dezember 1991, in: AJP/PJA 1992, 906 ff., 909; vgl. auch: Art. 18 Abs. 1 KRK, nach welchem für die Erziehung und Entwicklung des Kindes in erster Linie die Eltern gemeinsam verantwortlich sind; EKMR, Entscheid i.S. *J.K. gg. Schweiz* vom 30.11.1994 (20550/92); MÜLLER/SCHNEIDER (FN 5), 236; WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. A., Basel 2008, 446.

<sup>9</sup> EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 62 ff.

<sup>10</sup> Vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, in: Jusletter 15.2.2010, Nr. 15; PHILIPPE MEIER, L'autorité parentale conjointe – L'arrêt de la Cour EDH *Zaunegger c. Allemagne* – quels effets sur le droit suisse?, in: RMA 2010, 246 ff., 256.

<sup>11</sup> Art. 14 EMRK; BGE 123 II 472 E. 4c; EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 35 f.; KIENER/KÄLIN (FN 7), 368 f.

<sup>12</sup> LUZIUS WILDHABER, Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights – a second class guarantee?, RGSL Working papers nr. 1, S. 8 f., <<http://www.rgsl.edu.lv/images/stories/publications/RWP1Wildhaber.pdf>>, besucht am: 25.1.2013.

<sup>13</sup> EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 40 und 64.

<sup>14</sup> EGMR, Urteil i.S. *Sporer gg. Österreich* vom 3.2.2011 (35637), § 72 und 90; Der EGMR bestätigte diese Rechtsprechung auch in: EGMR, Entscheid i.S. *Doring gg. Deutschland* vom 21.2.2012 (50216/09). Im letztgenannten Entscheid hielt der EGMR sogar explizit fest, dass die zur Frage stehenden Sorgerechtsentscheide in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK eingreifen (Abschnitt «THE LAW», § 2); EGMR, Entscheid i.S. *Sude gg. Deutschland* vom 7.10.2010 (38102/04).

<sup>15</sup> Weiterführend: MARTIN WIDRIG, Elterliche Sorge – ein Grundrecht? in: Jusletter 23.7.2012, Nr. 22 ff. und 34 ff.; Vgl. auch: MEIER (FN 10), 255 f.

<sup>16</sup> BGer, Urteil 5P.140/2001 vom 10.7.2001 E. 2a; BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.

Geltungsbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens das Sorgerecht umfasst, schliesst er auch die Obhut mit ein.

## B. Materiell-rechtlicher Ansatz

Der EGMR subsumiert im Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* unter den Sorgerechtsbegriff<sup>17</sup> namentlich das Recht *Entscheidungen bezüglich der Ausbildung, der Betreuung und der Bestimmung des Aufenthaltsorts zu treffen*<sup>18</sup>. Art. 8 EMRK schützt demzufolge genau diejenigen Rechte, die in der Schweiz unter die Obhut fallen<sup>19</sup>.

## C. Teleologischer Ansatz

Das Kernanliegen von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist das Familienleben an sich. Damit dieses tatsächlich gelebt werden kann, anerkennt auch das Bundesgericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR «ein Recht auf Zusammenleben und persönliche Kontakte»<sup>20</sup>. Wer über Betreuung und Aufenthalt seines Kindes bestimmen kann, bestimmt auch, mit wem das Kind zusammenlebt. Entsprechend impliziert ein Recht auf Zusammenleben, dass die Eltern über die Obhutsrechte bestimmen können und schliesst diese Rechte mit ein.

## D. Folgerung: Grundrechtlicher Schutz der Obhut

Wie die vorgängigen Ausführungen zeigen, sind die durch die Obhut gewährleisteten Rechte vom Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens erfasst und somit grundrechtlich geschützt. Ein Entzug oder eine Einschränkung dieser Rechte, namentlich des Rechts über

den Aufenthaltsort und die Betreuung seines Kindes mitbestimmen zu können, sind Grundrechtseingriffe, die im konkreten Einzelfall den Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerecht werden müssen.

Im Lichte von Art. 8 Abs. 3 BV bedeutet dies in Bezug auf die Kinderbetreuung, dass grundsätzlich von einer alternierenden Obhut auszugehen ist und sich das Betreuungsrecht an der alternierenden Obhut als Leitprinzip orientieren muss.

## IV. Rechtfertigung einer Obhuts-einschränkung

### A. Allgemeine Anforderungen

Grundrechtseingriffe müssen die Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK erfüllen. Genügt ein Eingriff diesen Anforderungen nicht, liegt eine Grundrechtsverletzung vor<sup>21</sup>.

In Familienfragen ist heute die *Wahrung des Kindeswohls* von massgebender Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des EGMR haben die zuständigen Gerichte oder Behörden jeweils eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei welcher sie sowohl die Interessen des Kindes, als auch diejenigen der Eltern angemessen berücksichtigen. Dem Wohl des Kindes ist dabei besonderes Gewicht beizumessen: Je nach Natur und Wichtigkeit der Angelegenheit können die Interessen des Kindes denjenigen seiner Eltern vorgehen. Insbesondere können keine Massnahmen zu Gunsten der Interessen eines Elternteils

<sup>17</sup> Für den deutschen Sorgerechtsbegriff vgl. § 1626 Abs. 1 BGB (D): «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». Für den schweizerischen Sorgerechtsbegriff vgl. BGE 136 III 353 E. 3.1: «Die elterliche Sorge ist (...) 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». Die beiden Sorgerechtsbegriffe stimmen somit im Wesentlichen überein.

<sup>18</sup> EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 40.

<sup>19</sup> Vgl. Abschnitt II.A. sowie EGMR, Entscheid i.S. *Doring gg. Deutschland* vom 21.2.2012 (50216/04), Abschnitt «THE LAW», § 2.

<sup>20</sup> BGE 138 I 225 E. 3.8.1; EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3.12.2009 (22028/04), § 38; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, Les droits fondamentaux, 2. A., Bern 2006, Nr. 395.

<sup>21</sup> Während Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage, den Schutz öffentlicher Interessen oder von Grundrechten Dritter, ein verhältnismässiges Vorgehen (ein Massnahme muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein) sowie die Respektierung des Kerngehalts des Grundrechts verlangt, setzt Art. 8 Ziff. 2 EMRK eine gesetzliche Grundlage, einen legitimen Zweck («legitimate aim») sowie die Notwendigkeit der Massnahme in einer demokratischen Gesellschaft voraus. Eine Massnahme ist notwendig, wenn sie ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis schützt und verhältnismässig ist (KIENER/KÄLIN [FN 7], 75 ff.; URSULA KILKELLY, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Art. 8 of the European Convention on Human Rights*, in: *Human rights handbooks*, No. 1, Generaldirektorat für Menschenrechte des Europarats (Hrsg.), Strassburg 2003, 23 ff., <<http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CFF-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHAND012003.pdf>>, besucht am: 20.1.2012). Im Ergebnis dürften sich die Anforderungen der beiden Bestimmungen im Wesentlichen decken. Entsprechend werden die Bestimmungen in Lehre und Rechtsprechung oft gleichgesetzt (vgl. statt vieler: BGE 135 I 143 E. 2.1; BGE 137 II 431 E. 2.1.2; JOHANNES REICH, «Homeschooling» zwischen elterlichem Erziehungsrecht, staatlicher Schulpflicht und Kindeswohl, in: ZBI 113/2012, 567 ff., 601).

abgeleitet werden, welche die Gesundheit oder die Entwicklung des Kindes gefährden<sup>22</sup>.

## B. Rechtliche Ausgangslage

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die alternierende Obhut nur dann gebilligt, wenn diese einerseits mit dem Kindeswohl vereinbar ist und andererseits beide Eltern damit einverstanden sind. Das Gericht stützt sich dabei auf Art. 133 ZGB, der eine analoge Lösung für die Sorgerechtserteilung vorsieht<sup>23</sup>.

## C. Abhängigkeit der alternierenden Obhut vom Einverständnis beider Eltern

Es mag zutreffen, dass ein fehlendes Einverständnis beider Eltern eine alternierende Obhut erschwert. Trotzdem kann sich die Anordnung der alternierenden Obhut gegen den Willen eines Elternteils positiv auf das Kindeswohl auswirken. Dies zeigt sich z.B. an einem Fall aus Berlin: Das Wechselmodell war von den Eltern ursprünglich nur vorübergehend vereinbart worden. Das Kind fand grossen Gefallen an diesem Betreuungsmodell und äusserte selbst gegen den Willen seiner Mutter entschieden den Wunsch, weiterhin in diesem Modell zu leben. Die Richterinnen und involvierten Fachkräfte gewannen den Eindruck, dass es dem Kind seit der Ausübung des Wechselmodells merklich besser ging als zuvor. Entsprechend entschied das Gericht, das Wechselmodell trotz fehlendem Elternkonsens anzuordnen<sup>24</sup>.

Anhand des Urteils des EGMR i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* zeigte bereits PHILIPPE MEIER auf, dass die generelle Annahme, dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen eines Elternteils mit dem Kindeswohl *prima facie* nicht vereinbar sei, gegen die EMRK verstösst<sup>25</sup>. Der EGMR hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Entscheide, die auf generellen gesetzlichen Vermutungen beruhen, wiederholt als EMRK-widrig betrachtet. Die Feststellung, was dem Kindeswohl entspricht und eine Abwägung sämtlicher sich gegenüberstehenden Inter-

essen sind in jedem konkreten Einzelfall erforderlich<sup>26</sup>. Dasselbe muss auch für den generellen Obhutsentzug bei fehlendem Einverständnis beider Eltern gelten.

Auch unabhängig von diesen grundrechtlichen Betrachtungen ist eine Überprüfung der geltenden Rechtsprechung zur alternierenden Obhut wahrscheinlich. Im Rahmen der Sorgerechtsrevision soll Art. 133 ZGB, auf dem die bundesgerichtliche Rechtsprechung beruht<sup>27</sup>, abgeändert werden: Neu soll die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Einverständnis beider Elternteile zur Regel werden.

## D. Anforderungen an den Obhutsentzug als Regelfall

Aus grundrechtlicher Sicht ist im Falle einer Trennung oder Scheidung der Eltern grundsätzlich von einer alternierenden Obhut auszugehen<sup>28</sup>. Dass eine alternierende Obhut im Einzelfall dem Wohl des Kindes abträglich sein kann und in solchen Fällen eine andere Betreuungsform möglich sein muss, scheint unbestritten. In diesen Fällen dürften genügend Gründe vorliegen, die eine Einschränkung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens nach den Vorgaben von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK rechtfertigen.

Das geltende Recht sieht den Obhutsentzug allerdings als Regelfall vor<sup>29</sup>. Eine solche Regelung kann sich rechtfertigen, wenn grundsätzlich davon ausgegangen werden muss, dass die alternierende Obhut dem Kindeswohl abträglich ist und im Einzelfall die Möglichkeit besteht, von dieser Regelung abzuweichen<sup>30</sup>. Weiter setzt sie voraus, dass die gebotene Alternative den Anliegen der Kinder besser gerecht wird als die alternierende Obhut. Die Klärung dieser Fragen obliegt letzten Endes dem Staat, also dem Gesetzgeber bzw. den rechtsanwendenden Behörden. Solange ungewiss bleibt, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann damit keine Einschränkung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens gerechtfertigt werden.

Das bisher überwiegend praktizierte Residenzmodell ist keine Erfolgsgeschichte: Gegen 50% aller Kinder verlieren den Kontakt zu einem Elternteil. Entgegen ei-

<sup>22</sup> EGMR, Urteil i.S. *Görgülü gg. Deutschland* vom 26.2.2004 (74969/01), § 43.

<sup>23</sup> BGer, Urteile 5A\_497/2011 vom 5.12.2011 E. 2.1.3 und 5C.42/2001 vom 18.5.2001 E. 3.

<sup>24</sup> Kammergericht (KG) Berlin, Beschluss 18 UF 184/09 vom 28.2.2012, Absatz-Nr. 11 f.; I.c. konnte das Gericht sogar auf weitere Massnahmen (einen Sorgerechtsentzug) verzichten, da sich die bestehenden Probleme auch durch die Anordnung des Wechselmodells lösen liessen. Das Kammergericht Berlin ist die letzte Instanz ordentlicher Gerichtsbarkeit des Landes Berlin.

<sup>25</sup> MEIER (FN 10), 255 f.

<sup>26</sup> Vgl. EGMR, Urteil i.S. *Schneider gg. Deutschland* vom 15.9.2011 (17080/07), § 100; EGMR, Urteil i.S. *Sporer gg. Österreich* vom 3.2.2011 (35637/03), § 87 ff.; EGMR, Urteil i.S. *Anayo gg. Deutschland* vom 21.12.2010 (20578/07), § 67 ff.; EGMR, Urteil i.S. *Zaunegger gg. Deutschland* vom 21.12.2010 (22028/04), § 44 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Abschnitt IV.B.

<sup>28</sup> Vgl. Abschnitt III.D.

<sup>29</sup> Vgl. Abschnitt IV.B.

<sup>30</sup> Vgl. Abschnitt IV.C.

ner häufigen Annahme ist dies nur in seltenen Fällen auf egozentrisches Verhalten des Besuchselternteils zurückzuführen. Hingegen trägt die Rechtslage selbst massgeblich zu diesem Ergebnis bei<sup>31</sup>. Eine im August 2013 zu erscheinende Auswertung sämtlicher weltweit bisher ergangener Studien zur alternierenden Obhut deutet sogar darauf hin, dass das geltende Unterhaltsrecht die Grundrechte verletzt. Die Urheberin der Auswertung, HILDEGUND SÜNDERHAUF-KRAVETS, legt in überzeugender Weise dar, wieso die alternierende Obhut global betrachtet i.d.R. die für Kinder günstigere Betreuungsmethode ist als das Residenzmodell<sup>32</sup>.

## V. Weiterführende Betrachtungen

### A. Massgeblichkeit für das schweizerische Recht

Das Völkerrecht ist für die schweizerische Rechtsordnung massgebend<sup>33</sup>. Auch das Parlament will eine neue grundrechtskonforme Sorgerechtsregelung<sup>34</sup>. Somit liegt kein Fall der sog. Schubertpraxis vor. Letzterer versagen das Bundesgericht und der EGMR im Konfliktfall mit der EMRK ohnehin die Anwendung<sup>35</sup>. Die vorherigen Feststellungen und die daraus fließenden Rechte gelten darum vorbehaltlos auch für die Schweiz<sup>36</sup>.

### B. Neudefinition der Obhut im Rahmen der Sorgerechtsrevision

In der laufenden Sorgerechtsrevision ist eine Neudefinition des Obhutsbegriff vorgesehen. Neu soll die Obhut keine Rechte mehr umfassen, sondern nur noch den faktischen Zustand beschreiben, dass ein Elternteil mit einem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zusam-

menlebt<sup>37</sup>. Diese gelungene Änderung wird es neu ermöglichen, bei der Anordnung der Betreuungs- und Aufenthaltsregelung das Kindeswohl und die Grundrechte mit zu berücksichtigen. So können z.B. der Wohnsitzverlegung des Kindes bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit das Kindeswohl oder das Recht auf Zusammenleben des Kindes und des anderen Elternteils – als gleichwertiger und gleichermassen zu beachtender grundrechtlicher Anspruch –<sup>38</sup> entgegenstehen. Dies wurde mit der bisherigen Regelung umgangen, was zuweilen zu stossenden Ergebnissen geführt hat<sup>39</sup>.

Die Neuregelung könnte auch Türen für weitere interessante Lösungen öffnen: beispielsweise einen Sorgerechtsentzug unter Anordnung einer alternierenden Obhut<sup>40</sup>. Das OLG Brandenburg ging sogar so weit, beiden Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen und dieses auf das Jugendamt mit dem Auftrag zu übertragen, eine alternierende Betreuung durch beide Eltern umzusetzen und damit dem Wunsch des achtjährigen Jungen zu entsprechen<sup>41</sup>.

### C. Revision des Unterhaltsrechts

#### 1. Auftrag und Vorentwurf

Das Parlament hat den Bundesrat beauftragt, eine Neuregelung des Unterhalts- und Betreuungsrechts zu erarbei-

<sup>31</sup> MIRIAM IRENE TAZI-PREVE ET AL., Väter im Abseits, Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung, Wiesbaden 2007, 120 f., 157 ff. und 257 ff.

<sup>32</sup> HILDEGUND SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie, Recht, Praxis, Wiesbaden 2013 (zu erscheinen am 30.8.2013, <<http://www.springer.com/springer+vs/psychologie/book/978-3-531-18340-4>>, besucht am: 10.5.2013).

<sup>33</sup> Art. 26 f. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (VRK, SR 0.111); BGE 125 II 417 E. 4d; vgl. auch: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A., Bern 2011, § 9, Nr. 10 ff.

<sup>34</sup> AB 2012 NR, S. 1625 ff. und S. 1661 ff.

<sup>35</sup> BGer, Urteil 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5.1 ff.; EGMR, Urteil i.S. *Losonci Rose und Rose gg. Schweiz* vom 9.11.2010, (664/06), § 50; TSCHANNEN (FN 33), § 9, Nr. 33.

<sup>36</sup> Vgl. auch: MEIER (FN 10), 251 f.

<sup>37</sup> Weiterführend: BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), 11.070 nZGB. Elterliche Sorge, Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltsort» gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2001, S. 6, <<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Documents/bericht-bj-11-070-2012-06-11-d.pdf>>, besucht am: 12.12.2012.

<sup>38</sup> BGer, Urteil 2C\_828/2011 vom 12.10.2012 E. 4.2.1.

<sup>39</sup> Z.B. wenn ein Kind ohne Anspruch auf Anhörung und entgegen der Empfehlung des Beistandes in einem Heim, statt bei seinem anderen Elternteil leben muss (BGer, Urteil 5P.140/2001 vom 10.7.2001 E. 2a), sein Wohnsitz gegen seinen Willen ins Ausland verlegt wird (BGE 136 III 353 E. 3.3) oder ein Kind, das stets paritätisch betreut worden war, plötzlich bei ständig wechselnden Drittpersonen untergebracht wird und nicht mehr von seiner zweiten Bezugsperson betreut werden darf (vgl. CONNY SCHMID, Gemeinsames Sorgerecht wird zum Normalfall, in: Beobachter 2/2012), da der obhutsberechtigter Elternteil allein darüber entscheiden kann.

<sup>40</sup> BVerfG, 1 BvR 1868/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 16; vorliegend stellte sich die Frage, ob es sich rechtfertige, dem Vater das Sorgerecht zu entziehen, um der Mutter bei gemeinsam zu treffenden Entscheidungen mehr Durchsetzungskraft zu verschaffen (i.c. verneint). Nicht strittig war die Beibehaltung der alternierenden Obhut.

<sup>41</sup> OLG Brandenburg, Beschluss 13 UF 41/09 vom 31.3.2010. Das Oberlandesgericht Brandenburg ist die höchste Instanz ordentlicher Gerichtsbarkeit des Landes Brandenburg.

ten, wobei die «Gestaltung des familiären Systems, das Kindeswohl und ein kooperationsorientiertes Vorgehen der Eltern im Zentrum stehen und bestehende Disparitäten beseitigt werden» sollen<sup>42</sup>.

Der Vorentwurf des EJPD sieht bezüglich der Betreuungsregelung einen Unterhaltsanspruch für den betreuenden Elternteil nach deutschem Vorbild vor. Im Gegensatz zum deutschen Recht soll er in den Kindesunterhalt integriert und in Bezug auf die Dauer nicht per Gesetz grundsätzlich auf drei Jahre begrenzt werden<sup>43</sup>. Eine Orientierung an der alternierenden Obhut lehnt das Departement mit der Begründung ab, dass damit ein Betreuungsunterhalt grundsätzlich ausgeschlossen würde. Der Grundsatz der alternierenden Obhut sei zudem nicht mit der liberalen Grundhaltung des schweizerischen Unterhaltsrechts vereinbar, das «es Eltern überlässt, Aufgaben und Pflichten nach ihrem Gutdünken unter sich zu organisieren». Ferner bestehe kein Anspruch der Eltern auf eine alternierende Obhut<sup>44</sup>.

## 2. Starre alternierende Obhut und liberales Residenzmodell?

Damit ein Betreuungsunterhalt mit der alternierenden Obhut unvereinbar ist, muss er grundsätzlich ein (ebenso starres) Residenzmodell voraussetzen. Diese Ansicht wird z.Z. zumindest auch in Deutschland vertreten. In der Rechtspraxis hat dies dazu geführt, dass der besuchsberechtigte dem betreuungsberechtigten Elternteil den vollen Kindesunterhalt bezahlen muss, wenn er das Kind zwar fast, aber eben nicht ganz hälftig betreut<sup>45</sup>. Dieser

Widerspruch zum Sinn und Zweck der Unterhaltszahlungen dürfte sich jedoch bereits mit einer geltungszeitlichen, grund- und völkerrechtskonformen Auslegung des Obhutsbegriffs entschärfen lassen: Wenn der Begriff Obhut nur beschreibt, bei wem das Kind lebt und durch wen es betreut wird – anstatt wie bisher durch wen es *vorrangig* betreut wird –<sup>46</sup> könnte ein Kind z.B. zu 35 % in der Obhut seiner Mutter und zu 65 % in der Obhut seines Vaters leben<sup>47</sup>. So ist auch ein Betreuungsunterhalt mit dem Grundsatz einer alternierenden Obhut vereinbar. Auch für die Schweiz besteht die Gefahr, dass es zu einer Rechtslage wie heute in Deutschland kommt, wenn wie bisher nur ein Elternteil bestimmen darf, wie und durch wen das Kind betreut wird<sup>48</sup>.

Von der Aussage, dass die geltende Rechtsordnung den Eltern erlaube, die unterhaltsrechtlichen Aufgaben und Pflichten nach ihrem Gutdünken selber zu organisieren und darum liberal sei, wird an dieser Stelle Abstand genommen. Das geltende Recht schafft gerade ungleiche Verhandlungspositionen, welche es demjenigen Elternteil, der mit der Zusprache der Obhut rechnen darf, erlauben, sich in sämtlichen Betreuungsfragen über den anderen hinwegzusetzen<sup>49</sup>. Ein Unterhaltsrecht, bei welchem die Eltern ihre Betreuungsaufgaben «liberal» miteinander vereinbaren, setzt aber gerade voraus, dass die Interessen aller Beteiligten geschützt werden<sup>50</sup>. Dies wäre z.B. beim vom EPJD angesprochenen Vorschlag, nach welchem unter Vorbehalt des Kindeswohls und einer abweichenden Vereinbarung grundsätzlich von einer hälftigen Aufgabenteilung der Eltern ausgegangen wird, der Fall. Zugleich hätte diese Lösung den Vorteil, dass für die Zahlungspflicht auf bewährte privatrechtliche Prinzipien zurückgegriffen werden könnte, um nachlässige Eltern in die Pflicht zu nehmen: Wer zu Lasten des anderen EL-

<sup>42</sup> KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES NATIONALRATS (RKN), 11.3316 – Motion, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall und Neufassung der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern vom 8.4.2011.

<sup>43</sup> § 1570 und § 1615I BGB (D); EJPD, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7) vom Juli 2012, 16 ff.

<sup>44</sup> EJPD (FN 43), 19.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 28.2.2007 – XII ZR 161/04, Nr. 16 ff.; BGH, Urteil vom 21.12.2005 – XII ZR 126/03, Nr. 14 ff. In beiden Urteilen musste der volle Unterhalt bezahlt werden, obwohl die Kinder zu 36 % bzw. zu 33,3 % durch den besuchsberechtigten Elternteil betreut wurden. ANGELA HOFFMEYER, Mitglied des Bundesvorstands des Väteraufbruch für Kinder e. V. in Deutschland, sind auch Fälle bekannt, in welchen besuchsberechtigte Eltern ihre Kinder nahezu hälftig betreuen und dennoch den vollen Kindesunterhalt bezahlen. Dies sei darauf zurückzuführen, dass diejenige Elternperson, die mit dem Zuspruch für die Kinder rechnen darf (i.d.R. die Mutter), aufgrund der Rechtslage «am längeren Hebel sitzt» und bestimmen kann, wie ausgiebig der andere Elternteil seine Kinder betreuen darf. Es komme häufig vor, dass besuchsberechtigte Eltern diese

Doppelbelastung auf sich nehmen, um ihre Kinder gleichwertig betreuen zu können und eine Entfremdung zu verhindern. Dieses Privileg könnten sich jedoch i.d.R. nur wohlhabende Besuchseltern leisten. Der Bundesgerichtshof (BGH) ist die höchste Instanz ordentlicher Gerichtsbarkeit Deutschlands.

<sup>46</sup> So umschreibt der Bundesgerichtshof (BGH) den Obhutsbegriff. Entsprechend hat nach § 1629 Abs. 2 BGB der obhutsberechtigte Elternteil Anspruch auf Unterhalt für das Kind vom anderen Elternteil (BGH, Urteil vom 21.12.2005 – XII ZR 126/03, Nr. 8 ff.).

<sup>47</sup> So auch: SÜNDERHAUF (FN 32), Kapitel 3.4; Vgl. auch: BJ (FN 37), 6.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2; FN 39 und 45.

<sup>49</sup> Ständerat und Rechtsanwalt CLAUDE JANIAK spricht gar von einem Erpressungspotential (AB 2013 SR, Sitzung vom 4. März, Geschäft 11.070 – Elterliche Sorge); So auch statt vieler: TAZI-PREVE (FN 31), 157 ff. und 257 ff.; FN 39 und FN 45.

<sup>50</sup> LISELOTTE STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, in: ZVW 2006, 121 ff., 123.

ternteils auf die Wahrnehmung seiner Betreuungspflicht verzichtet, muss diesen für die durch die Betreuung entstandenen wirtschaftlichen Konsequenzen entschädigen. Ein solcher Ansatz ist wesentlich überzeugender als die Annahme, nach welcher mit seiner Familie zu leben, diese zu betreuen und von Dritten ernährt zu werden dasselbe sei, wie unter Strafandrohung diejenige Arbeit ausüben zu müssen, die es ermöglicht, den bisherigen Lebensstandard beider Teilfamilien zu gewährleisten<sup>51</sup>.

### 3. Grundrechte und Kindeswohl

Im Lichte der vorgängigen Erwägungen ist die Aussage, dass kein Recht auf alternierende Obhut existiert, falsch. Es besteht sogar ein grundrechtlicher Anspruch darauf<sup>52</sup>. Eine Abweichung vom Grundsatz der alternierenden Obhut kann sich rechtfertigen, wenn grundsätzlich davon ausgegangen werden muss, dass sie dem Kindeswohl widerspricht und das gebotene Alternativmodell den Interessen des Kindes besser gerecht wird<sup>53</sup>. Das EJPD geht auf diese Fragen jedoch gar nicht ein. Es erklärt zwar, dass die Revision die Interessen des Kindes ins Zentrum stelle<sup>54</sup>, schlägt aber nur vor, einen Betreuungsunterhalt einzuführen, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie eine Betreuungsregelung ausgestaltet werden müsste, um den kindlichen Bedürfnissen am besten gerecht zu werden. Es kritisiert am geltenden Recht, dass uneheliche Kinder gegenüber ehelichen benachteiligt seien, weil unverheiratete Mütter im Gegensatz zu verheirateten oder geschiedenen Eltern ihren Beschäftigungsgrad nicht reduzieren könnten<sup>55</sup>. Einen Anspruch auf tatsächliche Betreuung erhält das Kind aber keinen. Möchte der betreuungsberechtigte Elternteil nicht betreuen und sollte seine bisherige Entscheidungsvormacht in Betreuungsfragen aufrecht erhalten werden, so darf das Kind nur dann vom anderen Elternteil betreut werden, wenn der betreuungsberechtigte Elternteil einverstanden ist<sup>56</sup>. Ob es den Interessen der Kinder entsprechen würde, durch beide Eltern betreut zu werden und zu beiden eine tragfähige Bindung aufzubauen, wird offen gelassen. Zugleich werden andere gleichartige Ungleichbehandlungen unehelicher Kinder beibehalten: Ein uneheliches Kind muss sich z.B. aufgrund der seiner Mutter zugestandenen Privilegien im Gegensatz zum ehelichen i.d.R. auch dann von ihr betreu-

en lassen, wenn die Betreuung durch seinen Vater seinem Wohl besser entspricht<sup>57</sup>. Im Gegensatz zur Witwe oder zum Witwer hat der überlebende ledige Elternteil keinen Anspruch auf eine Rente, welche es Letzterem ermöglichen würde, das Arbeitspensum zu reduzieren<sup>58</sup>. Das uneheliche wird gegenüber dem ehelichen Waisenkind genauso ungleich behandelt, wie das uneheliche gegenüber dem ehelichen Trennungs- oder Scheidungskind. Weitgehend analog ist die Situation derjenigen Kinder, deren Eltern zwar zusammen leben, aber aus wirtschaftlichen Gründen beide arbeiten müssen. Dass ein Betreuungsunterhalt auch mit grundrechtskonformen Betreuungsregelungen möglich wäre, scheint wenig zu interessieren.

Die entscheidenden Fragen, die eine Einschränkung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens rechtfertigen könnten, wurden vom EJPD nur ungenügend behandelt.

### 4. Soziale Steuerungsfunktion des Rechts

Eine Langzeitstudie im Rahmen des NFP 52 unter der Leitung von MARGRET BÜRGISSER kam zum Schluss, dass sich die egalitäre Rollenteilung nicht nur auf die Eltern, sondern vor allem auch auf die Kinder positiv auswirkt. Vor allem Mädchen und Frauen schienen besonders zu profitieren<sup>59</sup>. Dieses Modell scheint auch den Bedürfnissen der Väter zu entsprechen: 90% aller männlichen Arbeitnehmer wünschen reduzierte und flexiblere Arbeitszeiten, auch um sich vermehrt um ihre Kinder zu kümmern<sup>60</sup>. Nach Angaben des Bundesamtes für Statistik übernehmen Väter heute durchschnittlich trotz voller Erwerbstätigkeit mehr als einen Drittel der gesamten Haus- und Familienarbeit – Tendenz steigend. Dabei leisten sie dreimal so viel Familien- wie Hausarbeit<sup>61</sup>. Dennoch bleibt die alternierende Obhut in der Schweiz die Ausnahme. Das EJPD

<sup>51</sup> Vgl. Art. 276 Abs. 2 ZGB und VE-ZGB.

<sup>52</sup> Vgl. Abschnitt III.D. Art. 8 Abs. 3 BV.

<sup>53</sup> Abschnitt IV.D.

<sup>54</sup> EJPD (FN 43), 2.

<sup>55</sup> EJPD (FN 43), 9.

<sup>56</sup> BGer, Urteil 5P.140/2001 vom 10.7.2001 E. 2a.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 298 f. ZGB; BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

<sup>58</sup> Art. 23 ff. AHVG.

<sup>59</sup> MARGRET BÜRGISSER, Projekt «Egalitäre Rollenteilung: Die Langzeitperspektive und die Sicht der Kinder» im Rahmen des NFP 52, Zusammenfassung der Resultate, <[http://www.nfp52.ch/d\\_dieprojekte.cfm?Projects.Command=details&get=12](http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=details&get=12)>, besucht am: 9.3.2013.

<sup>60</sup> PRO FAMILIA, Was Männer wollen!, Studie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, Bern 2011, 2 und 8 ff., <[http://www.profamilia.ch/tl\\_files/Dokumente/Studie%20Was%20Maenner%20wollen%20-%20Publikation.pdf](http://www.profamilia.ch/tl_files/Dokumente/Studie%20Was%20Maenner%20wollen%20-%20Publikation.pdf)>, besucht am 23.1.2013.

<sup>61</sup> BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Durchschnittlicher Aufwand für Erwerbsarbeit und Haus-/Familienarbeit 2010; bis zum 6. Altersjahr der Kinder sind es 35%, vom 7. bis zum 14. Altersjahr der Kinder sind es 33,3%, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/04.html>>, besucht am: 23.1.2013; PRO FAMILIA (FN 60), 2 und 11 f.

führt dies hauptsächlich auf die fehlenden Möglichkeiten, das Erwerbsspensum zu erhöhen bzw. zu reduzieren und Kinder durch Dritte betreuen zu lassen, zurück<sup>62</sup>. Diese Umstände mögen einen Teil der Ursachen erklären. Es fragt sich jedoch, wie viel die Rechtslage selbst zu diesem Umstand beiträgt. Das Recht ist nicht nur ein Abbild der gesellschaftlichen Realität, es schafft auch soziale Wirklichkeit. In der Lehre wird z.B. hervorgehoben, dass der Gleichstellungsartikel bereits 1981, lange bevor sich die Gleichstellung in der Schweiz tatsächlich durchgesetzt hatte, in die Verfassung aufgenommen wurde und massgeblich zu dessen Verwirklichung beigetragen hat<sup>63</sup>.

Das geltende Recht geht vom Grundsatz aus, dass das Kind im Falle einer Trennung durch einen Elternteil betreut und durch den anderen ernährt wird. Eine andere Betreuungslösung gibt es nur, wenn beide Eltern zustimmen<sup>64</sup>. Die Folge ist, dass derjenige Elternteil, der mit der Erteilung der Obhut rechnen kann, nahezu sämtliche Unterhaltsfragen alleine entscheiden darf<sup>65</sup>. Diese Regelung trifft gerade diejenigen Personen besonders hart, die ihre Kinder stets hälftig betreut hatten und dies nach einer Trennung oder Scheidung nicht mehr dürfen. Sie leiden einerseits unter genau denjenigen betreuungsbedingten Karrierenachteilen, mit welchen heute der nacheheliche Unterhalt gerechtfertigt wird<sup>66</sup>, andererseits sind sie trotzdem zu vollen Geldleistungen verpflichtet, die gerade wenn von einem Mindestunterhaltsbetrag ausgegangen wird, wirtschaftlich weniger Privilegierte besonders hart treffen. Wer vom traditionellen Rollenmodell abweichend lebt, wird im Trennungs- oder Scheidungsfall benachteiligt. Die geltende Rechtslage schafft somit Anreize, traditionelle Rollenmuster weiter zu leben<sup>67</sup>. Anstatt die gesellschaftliche Entwicklung in Richtung einer paritätischen Aufteilung familiärer Aufgaben zu fördern, wird diese sogar gebremst. Wenn die herkömmlichen Familienstrukturen tatsächlich überwunden werden sollen, muss ein zeitgerechter Gesetzesentwurf wenigstens

ermöglichen, i.d.R. die gesellschaftlich gelebte Realität auch nach einer Trennung oder Scheidung fortzuführen und vermeiden, das bereits 1981 abgeschaffte Ernährermodell wieder zu beleben und damit verbundene Disparitäten zu verstärken<sup>68</sup>.

Zuletzt ist auf Inkohärenzen hinzuweisen, die den verschiedenen rechtlichen Denkmodellen implizit zu Grunde liegen: Im Familienrecht wird – wie beschrieben – unterschiedlich Traditionalisierungen Vorschub geleistet. Damit steht es im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 3 BV und zum Gleichstellungsgesetz. Auch die politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Diskussion geht verstärkt von einer grundsätzlichen lebenslänglichen Eigenständigkeit des Individuums aus<sup>69</sup>. Bildung und Erwerbstätigkeit sind gerade auch für jüngere Frauen eine gelebte Selbstverständlichkeit. Vor diesem Hintergrund ist umso weniger einzusehen, wieso sich das Familienrecht auf das überholte Modell einer arbeitsteiligen Versorgungsgemeinschaft stützt.

## VI. Schlusswort

Zusammenfassend ergibt sich bei einer konsequenten Haltung aus der Rechtsprechung des EGMR Folgendes: Behörden und Gerichte müssen bei gegebenen Umständen eine alternierende Obhut auch gegen den Willen eines Elternteils anordnen. Sollte der Gesetzgeber bei der Betreuungsregelung vom Grundsatz der alternierenden Obhut abweichen, muss er nachweisen, wieso sich dies rechtfertigt und dass die vorgeschlagene Alternative dem Kindeswohl besser entspricht als die alternierende Obhut. Aufgrund seiner staatlichen Schutzpflichten muss er das Recht so ausgestalten, dass eine alternierende Obhut möglichst häufig angestrebt wird und verwirklicht werden kann<sup>70</sup>.

Auf den ersten Blick mögen die Konsequenzen dieser Rechtsprechung einschneidend wirken. Wird aber

<sup>62</sup> EJPD (FN 43), 19.

<sup>63</sup> PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, § 11, Nr. 21 ff.

<sup>64</sup> BGer, Urteil 5A\_497/2011 vom 5.12.2011 E. 2.1.3.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2; FN 39 und 45.

<sup>66</sup> Vgl. INGEBORG SCHWENZER, Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts, in: AJP/PJA 1999, 167 ff., 168 f.

<sup>67</sup> Vgl. TAZI-PREVE (FN 31), 120 f.; MARGARET F. BRING/F. H. BUCKLEY, Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, in: Indiana Law Journal, Vol. 73, Iss. 2, Article 1, S. 423, <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol73/iss2/1>>, besucht am: 15.3.2013. Beide kommen zum Schluss, dass die Rechtslage das Verhalten der Eltern nachweislich beeinflusst.

<sup>68</sup> In diesem Sinne auch: SOCIALSTYRELSEN/CENTRE FOR HEALTH EQUITY STUDIES, Skolans betydelse för barns och ungas psykiska hälsa – en studie baserad på den nationella totalundersökningen i årskurs 6 och 9 hösten 2009, Schweden 2012, 72, <<http://www.socialstyrelsen.se/publikationer2012/2012-5-15>>, besucht am: 9.2.2013.

<sup>69</sup> Exemplarisch kommt dieser Wille im neuen Namensrecht zum Ausdruck, das seit 1. Januar 2013 in Kraft ist. Hier zeigt sich die Leitvorstellung einer grundsätzlich lebenslangen individuellen Autonomie in allen Fragen der Existenzsicherung und Lebensgestaltung, insbesondere auch hinsichtlich der Sicherung der materiellen Lebensgrundlagen.

<sup>70</sup> Art. 35 BV.



vor Augen geführt, wie rasch und massiv sich die Gesellschaft in den vergangenen Jahren entwickelt hat und auch zu welch unbefriedigenden Ergebnissen die auf die Zeit vor diesem Wandel abgestimmte Rechtslage nur allzu oft führt, scheint sich eine Orientierung an der alternierenden Obhut als Leitprinzip des Unterhaltsrechts nicht nur aus Sicht der Grundrechte, sondern auch im Lichte des Kindeswohls sowie der gesellschaftlichen Entwicklung und Bedürfnisse zunehmend aufzudrängen. Entsprechend hat sich eine solche Lösung bereits in zahlreichen Ländern weltweit durchgesetzt<sup>71</sup>. Ein so ausgerichtetes Betreuungsmodell wird zwar kaum alle bestehenden familienrechtlichen Probleme lösen, kann aber massgeblich zur Linderung gravierender Probleme beitragen. So gesehen hat der EGMR mittels einer sorgfältigen rechtsvergleichenden Analyse die bestehenden gesellschaftlichen Bedürfnisse erkannt und seine Rechtsprechung, seiner zurückhaltenden Linie treu bleibend, entsprechend weiterentwickelt. Damit hat er seine Rolle als wichtigste menschenrechtliche Instanz Europas in untadeliger Weise wahrgenommen.

<sup>71</sup> So z.B. in Frankreich (Art. 373–2–9 des französischen Code Civil vom 20.3.1804), Italien (Art. 155 des italienischen Codice Civile vom 16.3.1942), Belgien (Art. 374 § 2 des belgischen Code Civil vom 13.9.1807), Tschechien (§ 26 Abs. 2 des tschechischen Familienakts Nr. 94/1963 Sb) oder Australien (8. Section 60B Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, No. 46, 2006).