

AUFSÄTZE – ARTICLES – ARTICOLI

Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag¹

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Zürich

Linus Cantieni, Dr. iur., Auditor am Bezirksgericht Zürich und Lehrbeauftragter für Familienrecht an der Universität Zürich

Heidi Simoni, Dr. phil., designierte Leiterin des Marie Meierhofer-Instituts für das Kind, Zürich

Stichwörter: *Elterliche Sorge, Aufgabenteilung, Scheidung, Studie «Kinder und Scheidung», Reformvorschlag.*

Mots clefs: *Autorité parentale, partage des tâches, divorce, étude «Les enfants et le divorce», proposition de réforme.*

Zusammenfassung: *Die Regelung der gesetzlichen Voraussetzungen der im Jahre 2000 eingeführten gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung steht in der Kritik. Aktuell sind Bestrebungen im Gange, welche auf die Einführung dieses Rechtsinstituts als Regelfall abzielen. Der vorliegende Beitrag enthält einen Vergleich zur Rechtslage in anderen europäischen Rechtsordnungen und präsentiert die wichtigsten Erkenntnisse aus einer empirischen Untersuchung zum Verhältnis von rechtlicher Sorge, Kinderbetreuung und Kindeswohl. Gestützt darauf wird ein Reformvorschlag zur Regelung der elterlichen Sorge präsentiert und i.S. einer knappen Kommentierung erörtert und zur Diskussion gestellt.*

Resumé: *La réglementation de l'autorité parentale conjointe après le divorce, introduite en 2000, fait l'objet de critiques. A ce jour, des efforts sont entrepris afin d'introduire l'autorité parentale conjointe comme norme. Le présent article compare la situation juridique existant dans les autres ordres juridiques européens et présente les connaissances les plus importantes résultant d'une recherche empirique sur les relations entre l'autorité parentale, la prise en charge des enfants et le bien de l'enfant. En se fondant sur cette étude, une proposition de réforme pour régler l'autorité parentale est présentée. Elle est brièvement commentée et débattue.*

I. Einleitung

Die im Jahr 2000 mit der Scheidungsrechtsrevision eingeführte gemeinsame elterliche Sorge hat sich schon gut in die hiesige Rechtslandschaft integriert und ist im gesellschaftlichen Bewusstsein verankert. Derzeit wird in beinahe jeder dritten Scheidung mit unmündigen Kindern

die elterliche Sorge beiden Elternteilen belassen. Gleichwohl sind die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Sorgerechtsform in die Kritik geraten. Bereits wenige Jahre nach ihrer Einführung sind Bestrebungen im Gange, die auf eine Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung als sogenannter Regelfall abzielen.²

An der geltenden Regelung wird zum einen kritisiert, dass die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung nur auf gemeinsamen Antrag der Eltern zustande kommt, weshalb ein Elternteil durch die Verweigerung der Zustimmung die Alleinzuteilung herbeiführen kann. Mit den Kindern nach der Scheidung eine intakte Beziehung unterhalten zu können, bleibe dem anderen Elternteil dadurch oftmals verwehrt. Zum anderen wird vertreten, die gemeinsame elterliche Sorge sei für das

FamPra.ch-2007-208

Kindeswohl von besonderer Bedeutung. Unter Berufung auf Ergebnisse empirischer Untersuchungen soll sie etwa das Konfliktniveau zwischen den Eltern reduzieren, den Kontakt zwischen dem nicht hauptbetreuenden Elternteil und dem Kind fördern oder die Zahlungsmoral dieses Elternteils verbessern. Folglich gälte es, beiden Elternteilen die elterliche Sorge nach der Scheidung regelmässig zu belassen.

Solche Reformvorhaben stossen allerdings auch auf Skepsis. Mehr als die Hälfte der im Rahmen einer Umfrage des Bundesamtes für Justiz schweizweit angegangenen Expertinnen und Experten lehnt die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall ab. Zur aktuell bestehenden Regelung dagegen äussert sich die grosse Mehrheit der Befragten positiv oder eher positiv.³

II. Rechtsvergleich

Richtet man den Blick auf andere Rechtsordnungen in Europa, so finden sich eine Fülle von Ansätzen und Ausgestaltungsvarianten elterlicher Sorge, denen je eigene Leitgedanken zugrunde liegen. Es lohnt sich, die verschiedenen Konzeptionen der elterlichen Sorge differenziert wahrzunehmen.

In der Schweiz ist nach geltendem Recht im Rahmen einer Scheidung von Eltern mit unmündigen Kindern eine Zuteilung der elterlichen Sorge zwingend vorzunehmen. Wie erläutert, kann ein Elternteil wegen der Voraussetzung des gemeinsamen Antrags die Weiterführung der gemeinsamen elterlichen Sorge ohne weitere Begründung verhindern. Im europäischen Vergleich ist diese Lösung die Ausnahme. Die überwiegende Mehrheit der Rechtsordnungen ist dazu übergegangen, die elterliche Sorge auch nach Scheidung beiden Eltern *von Gesetzes wegen* zu belassen.⁴ Trotz dieser Gemeinsamkeit bestehen allerdings auch relevante Unterschiede:

Den *deutschen Gerichten* beispielsweise fehlt die Möglichkeit, im Interesse des Kindes zu intervenieren, das Kind einzubeziehen und direkt anzuhören, wenn die Eltern keinen Antrag

auf Alleinzuteilung der elterlichen Sorge stellen und keine offenkundige Kindeswohlgefährdung vorliegt. Die durch die UN-Kinderrechtskonvention garantierten Rechte finden so keine adäquate Berücksichtigung. Weiter werden die Eltern als alleinige Garanten kindlicher Interessen betrachtet, obschon

FamPra.ch-2007-209

es vielfach notwendig wäre, nach den Beweggründen hinter ihren Vereinbarungen zu fragen und mögliche Konflikte zwischen Kinder- und Erwachseneninteressen zu thematisieren. ⁵

In den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen findet dagegen trotz gemeinsamer elterlicher Sorge regelmässig eine gerichtliche Überprüfung der Situation im Lichte des Kindeswohls statt. So wird zum Beispiel in *England* auf die Regelung der Kinderbelange im Scheidungsverfahren nicht gänzlich verzichtet, obschon die sogenannte parental responsibility bei der Scheidung ebenfalls keiner Zuteilung bedarf. Das Gericht kann auf Antrag oder aus eigener Initiative zur Wahrung des Kindeswohls verschiedene Anordnungen treffen. Die Besonderheit solcher Verfügungen liegt darin, dass sie die parental responsibility des einen oder beider Elternteile lediglich einschränken, im Grundsatz aber fortbestehen lassen. Sie stellen zudem sicher, dass eine Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen und Interessen des Kindes tatsächlich stattfindet. ⁶

Auch hinsichtlich der *Ausübung* der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung, das heisst der Entscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten der Kinder bestehen zwischen den europäischen Rechtsordnungen Unterschiede. Es können namentlich zwei Grundmodelle beschrieben werden: ⁷

Im ersten Modell sind die Entscheidungskompetenzen in die Teilbereiche *alltägliche* Angelegenheiten und Angelegenheiten von *erheblicher Bedeutung* unterteilt, wobei der hauptbetreuende Elternteil nur erstere alleine entscheiden kann. Zwar sollen dem Elternteil, bei welchem sich das Kind gewöhnlich aufhält, ständige Auseinandersetzungen mit dem anderen Elternteil über Detailfragen möglichst erspart bleiben. Gleichwohl beabsichtigt dieses Modell, mit einer Mitentscheidungsbefugnis bei Fragen einer gewissen Tragweite den nicht hauptbetreuenden Elternteil auch nach der Scheidung in die Lebensgestaltung des Kindes einzubinden und ihn daran teilhaben zu lassen. ⁸

FamPra.ch-2007-210

Das zweite Modell hingegen ist in Bezug auf die gemeinsamen Entscheidungsbefugnisse zurückhaltender ausgestaltet, indem diese ausdrücklich an die Obhut des Kindes anknüpfen. Findet keine gemeinsame Betreuung durch die Eltern statt, übt der hauptbetreuende Elternteil die elterliche Sorge weitgehend alleine aus. Die Mitentscheidungsbefugnisse des nicht

hauptbetreuenden Elternteils sind beschränkt. Seine Interventionen erfordern aktives Handeln aufgrund einer konkreten Situation. Ständige Auseinandersetzungen zwischen den beiden Elternteilen infolge zwingend gemeinsamer Entscheidungsfindungen sollen durch eine klare Regelung der Entscheidungsbefugnisse möglichst gering gehalten werden, ohne im Konkreten die Übernahme von Verantwortung für das Kind durch den nicht hauptbetreuenden Elternteil zu behindern.⁹

III. Die Studie «Kinder und Scheidung – der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge»

Mit der Studie «Kinder und Scheidung – der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge» ist eine interdisziplinäre empirische Untersuchung unter anderem mit dem Ziel durchgeführt worden, Erkenntnisse zur praktischen Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung für die Schweiz vorlegen zu können (vgl. Kasten zur Studie). Im Fokus der in den Kantonen Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft mittels Aktenanalysen sowie schriftlicher und mündlicher Befragungen durchgeführten Untersuchung standen die praktische Anwendung der geltenden Gesetzesbestimmung durch die Gerichte sowie der gelebte Alltag von Eltern und Kindern nach der Scheidung. Dabei wurde insbesondere der Frage nachgegangen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen die Beziehungsgestaltung von Kindern zu ihren Eltern im Alltag erleichtern beziehungsweise ob und in welcher Form sich die Regelung der elterlichen Sorge auf die Nachscheidungsfamilie entlastend oder belastend auswirkt.

Die Ergebnisse des Forschungsprojekts deuten auf komplexe Zusammenhänge zwischen der Form elterlicher Sorge, familialem Alltag und Kindeswohl hin. In der schriftlichen Befragung von 2 112 Elternteilen (58% Mütter und 42% Väter) geben 86 Prozent an, ein traditionelles Familienmodell zu leben: Die Mutter ist im Alltag für die Kinder zuständig und allenfalls Teilzeit erwerbstätig. Der Vater ist voll erwerbstätig und pflegt Besuchskontakte zu den Kindern. Auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge wird in 71 Prozent der Fälle diese Aufgabenteilung praktiziert. Lediglich bei 16 Prozent der Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge

FamPra.ch-2007-211

(= insgesamt 5% aller Fälle) wird auch die Kinderbetreuung partnerschaftlich geteilt. Diese Minderheit von Müttern und Vätern äussert sich zur rechtlichen Lösung und zum gelebten Alltag überwiegend sehr positiv.

Insgesamt fast ein Drittel (31%) der befragten Elternteile gibt an, dass es heute eine andere Form elterlicher Sorge als im Scheidungsurteil wählen würde. Ist die Mutter Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge und hauptsächlich für die Betreuung der Kinder zuständig, so klafft der Wunsch, die rechtliche Sorgeform zu wechseln beziehungsweise zu behalten, stark auseinander. Nur zehn Prozent dieser «Wohnmütter» gegenüber drei Vierteln (75%) dieser «Besuchsväter» möchten die gemeinsame elterliche Sorge.¹⁰ Wird bei gemeinsamer elterlicher Sorge ein traditionelles Modell elterlicher Aufgabenteilung gelebt, so ist umgekehrt die Zufriedenheit mit

der aktuellen Rechtsform nur bei den nicht für die Betreuung Zuständigen hoch. Während fast ein Drittel dieser «Wohnmütter» (29%) zur alleinigen Sorge wechseln möchte, wünschen sich 91 Prozent dieser «Besuchsväter» keine Änderung. Von denjenigen Müttern mit gemeinsamer elterlicher Sorge, welche mit der Arbeitsteilung des Haushalts und mit der Betreuung der Kinder eher beziehungsweise sehr unzufrieden sind, geben gar rund 60 Prozent an, sich die alleinige elterliche Sorge zu wünschen. Überdies wünschen 83 Prozent der Mütter einen Wechsel von der gemeinsamen hin zur alleinigen elterlichen Sorge, wenn zum Vater der Kinder ein schwieriger oder gar kein Kontakt besteht.

Von den Kindern, die hauptsächlich bei der Mutter wohnen und den Vater besuchen, haben 62 Prozent zwei bis drei Jahre nach der Scheidung im Vergleich zum Trennungszeitpunkt gleich viel oder mehr Kontakt zum Vater. Bei 31 Prozent 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%). Wird der Kontakt zwischen den Expartnern in die Analysen einbezogen, zeigt sich indes folgendes Bild: Bei gutem Kontakt zwischen den Elternteilen ergeben sich bezüglich der Kontaktentwicklung zwischen Vater und Kind keine Unterschiede in Abhängigkeit von der Form elterlicher Sorge. Ist der Kontakt zwischen den geschiedenen Elternteilen jedoch schlecht, so hat sich bei alleiniger elterlicher Sorge der Mutter bei einem grösseren Anteil der Familien der Vater-Kind-Kontakt verringert als bei Familien mit gemeinsamer elterlicher Sorge. In Anbetracht der selektiven Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist der Unterschied mit weniger als zehn Prozentpunkten allerdings erstaunlich gering (vgl. Tabelle).

FamPra.ch-2007-212

Tabelle: Kind-Vater-Kontakte und Kontakt-Expaar aus Sicht von Eltern mit traditioneller Aufgabenteilung (Wohnmütter und Besuchsväter)

	Entwicklung Kontakt zwischen Vater und Kind	Alleinige elterliche Sorge der Mutter	Gemeinsame elterliche Sorge
Expaar mit <i>gutem</i> Austausch	mehr oder gleich viel weniger oder kein Total	76% 24% 100%	77% 23% 100%

Expaar mit <i>schwierigem</i> Austausch	mehr oder gleich viel weniger oder kein Total	42%	50%
		58%	50%
		100%	100%

Ein ähnliches Muster zeigt sich beim Kindesunterhalt: 21 Prozent der «Wohnmütter» monieren, dass die Unterhaltszahlungen für die Kinder unregelmässig oder unvollständig erfolgen. Bei Berücksichtigung der Form elterlicher Sorge zeigt sich, dass nur drei von vier Frauen mit alleiniger elterlicher Sorge angeben, dass die Zahlungen für den Kinderunterhalt regelmässig und vollständig erfolgen (75%), während dies für fast neun von zehn Frauen mit gemeinsamer elterlicher Sorge der Fall ist (89%). Indes zeigt auch hier die trivariate Analyse, dass weniger die Form elterlicher Sorge, als vielmehr die Qualität der Kommunikation zwischen den Eltern mit der Zahlungsmoral verbunden zu sein scheint. Bei akzeptablem Kontakt zwischen den Geschiedenen erfolgen die Zahlungen bei alleiniger elterlicher Sorge der Mutter in elf Prozent, bei gemeinsamer elterlicher Sorge in fünf Prozent der Fälle nicht wie vereinbart. Bei schlechtem oder fehlendem Kontakt zwischen den Geschiedenen geben 33 Prozent der Mütter mit alleiniger elterlicher Sorge und immerhin 20 Prozent der Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge Schwierigkeiten beim Erhalt des Kinderunterhalts an.

Bei den im Rahmen der Untersuchung befragten Richterinnen und Richtern zeigt sich, obwohl bezüglich des Ziels – nämlich einer möglichst partnerschaftlichen Verantwortlichkeit der Eltern für das Wohl ihrer Kinder – Einigkeit besteht, sowohl in der aktuellen Praxis als auch in der Favorisierung eines Modells elterlicher Sorge nach Scheidung wenig Kohärenz. Ein Teil der Befragten erachtet das geltende Recht generell und individuell als tauglichen Rahmen für sinnvolle Regelungen. Ein anderer Teil plädiert für einen – gesetzlich verankerten – Paradigmenwechsel zur gemeinsamen elterlichen Sorge, um partnerschaftliches Elternsein zum Wohl des Kindes auf der rechtlichen Ebene nachzuvollziehen beziehungsweise zu fördern. Allerdings besteht auch in letzterer Gruppe Skepsis gegenüber dem deutschen Modell, da die Befürchtung besteht, es könne die Interessen der Kinder eben nicht genügend wahren. Gemäss der Erfahrung der meisten Richterinnen und Richter sind denn auch einvernehmlich getroffene Regelungen bezüglich der Kinderbelange nicht immer zum Vorteil des Kindes. Im Umgang mit diesen

FamPra.ch-2007-213

Situationen scheint sich die Praxis der befragten Richterinnen und Richter am deutlichsten zu unterscheiden. Einige erledigen einvernehmliche Scheidungen bewusst im Sinne einer Formsache, oder sehen auch «bei einem unguuten Gefühl» keine sinnvollen Möglichkeiten zu intervenieren. Andere schildern anschaulich, wie sie mit den Eltern in jedem Fall differenziert über

die alltägliche Situation der Kinder vor und nach der Trennung sowie über die Hintergründe und Konsequenzen der vorgelegten Vereinbarung sprechen.

Die skizzierten Ergebnisse legen folgende Fazits nahe:

Erstens bestehen bei Eltern und Gerichtspersonen grundsätzliche Unsicherheiten darüber, was das «gemeinsam» der gemeinsamen elterlichen Sorge beinhalten soll. *Zweitens* ist die realisierte Aufgabenteilung zwischen den Eltern nach wie vor anhand der Geschlechterlinie definiert. *Drittens* steht die Zufriedenheit mit der Form elterlicher Sorge in einem ausgeprägten Spannungsverhältnis zur sozialen Realität der Rollen- und Aufgabenverteilung. Dies zeigt sich einerseits bei Müttern und Vätern mit alleiniger elterlicher Sorge der Mutter und bei Müttern mit gemeinsamer elterlicher Sorge im Falle einer traditionellen Rollenteilung. Obwohl die monierte Benachteiligung der Väter bei der Zuteilung der elterlichen Sorge offenbar wesentlich in der realisierten Aufteilung der Familienarbeit wurzelt, scheint *viertens* das Innehaben der elterlichen Sorge für «Besuchsväter» unabhängig vom gelebten Alltag mit Wertschätzung verbunden zu sein. *Fünftens* erweist sich bezüglich verschiedener wichtiger Aspekte des Nachscheidungsalltags weniger die Zuteilung der elterlichen Sorge als vielmehr ein akzeptabler Kontakt zwischen ehemaligem Partner und ehemaliger Partnerin innerhalb geklärter Rahmenbedingungen als entscheidender Faktor.

IV. Reformvorschlag

Das Scheidungsrecht soll zu einem Interessensausgleich zwischen den beteiligten Erwachsenen führen. Das zentrale Anliegen bei der Regelung der Kinderbelange muss allerdings das Wohl der Kinder und nicht eine gleichmässige Verteilung von Elternrechten sein. Funktionale Lösungen zur Regelung der elterlichen Sorge sollten statt Elternrechte das Kindeswohl und Kinderrechte als Orientierung stiftende Perspektiven nutzen.

Es gilt, für die Zukunft ein Sorgerechtsmodell zu erwägen, das der emotionalen Verbundenheit zwischen Kindern und Eltern gerecht wird, zugleich aber die gelebte Betreuungs- und Beziehungsrealität berücksichtigt. Insbesondere ist dabei dem Spannungsverhältnis zwischen der sorgerechtlichen Entscheidungsbefugnis und der Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen.

Auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse aus der eigenen Untersuchung und in Reflexion ausländischer Lösungsansätze wird folgendes Modell elterlicher Sorge nach Scheidung zur Diskussion gestellt:

FamPra.ch-2007-214

nArt. 133 ZGB:

1 Die elterliche Sorge wird durch die Scheidung der Eltern nicht berührt und kann einem Elternteil nur aus wichtigen Gründen von Amtes wegen entzogen werden.

² Die Eltern haben sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten zu verständigen. Bei der Prüfung der Vereinbarung sind alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend, wobei insbesondere auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen ist.

³ Können sich die Eltern nicht einigen, so entscheidet das Gericht über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten nach Massgabe des Kindeswohls.

nArt. 133a ZGB:

¹ Hat das Kind gewöhnlich seinen Aufenthalt bei einem Elternteil, so übt dieser die elterliche Sorge aus. Vorbehalten bleiben die Befugnisse des anderen Elternteils, welche im Zusammenhang mit seiner Betreuung des Kindes stehen.

² Folgende Entscheidungen können auf Antrag durch die Vormundschaftsbehörde auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl überprüft werden:

1. Schul- und Berufswahl
2. Wechsel des Wohnsitzes
3. Unterbringung bei Dritten
4. Ausübung gefährlicher Sportarten
5. Beitritt zu oder Austritt aus einer Religionsgemeinschaft
6. wichtige rechtliche Vorkehrungen

³ Für folgende Entscheidungen ist zwingend die Zustimmung beider Elternteile notwendig. Können sich die Eltern in diesen Fällen nicht einigen, so entscheidet die Vormundschaftsbehörde nach Massgabe des Kindeswohls:

1. Änderung des Namens
2. längerfristige Verbringung des Kindes im Ausland
3. medizinische Eingriffe von besonderer Tragweite

V. Erläuterungen

Im Folgenden geht es darum, die Beweggründe für das präsentierte Modell elterlicher Sorge im Sinne einer knappen Kommentierung zu erörtern.

Der Reformvorschlag berücksichtigt sowohl die besondere familiäre Dynamik bei der Scheidung von Eltern, als auch den Umstand, dass ein Familienleben mit Kindern nicht statisch verharrt, sondern sich in stetiger Veränderung befindet. So befasst sich die erste Bestimmung des Gesetzesvorschlags mit der *Reorganisation der Familie* aufgrund der Scheidung der Eltern. Die

zweite Bestimmung hingegen regelt die *elterlichen Entscheidungsbefugnisse* bezüglich gemeinsamer unmündiger

FamPra.ch-2007-215

Kinder im weiteren familialen Lebenslauf. Der Reformvorschlag unterscheidet zwischen der *Inhaberschaft* und der *Ausübung* elterlicher Sorge.

1. Die elterliche Sorge bleibt von der Scheidung unberührt (nArt. 133 Abs. 1 ZGB)

Die elterliche Sorge sollte künftig grundsätzlich beiden Elternteilen nach der Scheidung belassen werden (nArt. 133 Abs. 1 ZGB).

Es ist nicht einsichtig, weshalb die Änderung des Zivilstandes allein zu einem Verlust der elterlichen Sorge führen soll. Dieser Verlust führt denn auch oftmals zu einer beträchtlichen Unzufriedenheit, wie die Untersuchung zeigt. Eine Regelung, die von der einen Partei regelmässig als Abwertung empfunden wird, kann nicht im Interesse der betroffenen Kinder liegen. Obschon die gemeinsame elterliche Sorge allein weder zu einer ausgewogeneren Aufteilung der Kinderbetreuung zu führen noch die *gemeinsam gelebte Elternschaft* nach Scheidung substanziell zu fördern scheint, widerspricht die Ausgrenzung eines Elternteils der Zielsetzung *partnerschaftlicher Elternschaft*.¹¹ Das Innehaben der elterlichen Sorge ist ein Appell an Rechte und Pflichten gegenüber dem betreffenden Kind. Ein der Situation entsprechendes Verantwortungsgefühl des nicht hauptbetreuenden Elternteils ist eine Ressource. Wenn es überdies die Klärung seiner neuen Rolle unterstützt und seine elterliche Identität stärkt, kann dies den Kindern helfen, mental und emotional die sich verändernde familiäre Situation zu bewältigen und zu verstehen.

Wenngleich die elterliche Sorge grundsätzlich von der Scheidung unberührt bleiben soll, gibt es dennoch Gründe, die den Entzug der elterlichen Sorge eines Elternteils rechtfertigen können (nArt. 133 Abs. 1 ZGB).¹² Der Vorschlag geht davon aus, dass das Gericht künftig (nur) dann, wenn Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen, im Einzelfall abklärt, ob die elterliche Sorge nach der Scheidung beiden Elternteilen belassen werden kann. Kommt es zum Schluss, dass ein Elternteil durch sein Verhalten das Kindeswohl gefährdet, muss es die elterliche Sorge – im Sinne einer *ultima ratio* – dem betreffenden Elternteil entziehen.¹³ Ein solcher Entzug soll jedoch nur aus *wichtigen Gründen* zum Schutz des Kindes vorgenommen werden können. Hier in Betracht zu ziehen sind beispielsweise Fälle, in welchen ein Elternteil durch sein Verhalten die physische oder psychische Integrität des Kindes oder des

FamPra.ch-2007-216

anderen Elternteils nachweislich gefährdet¹⁴ oder offensichtlich nicht im Stande ist, die mit der elterlichen Sorge verbundenen Rechte und Pflichten auszuüben.¹⁵

2. Die genehmigungsfähige Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung und die Verteilung der Unterhaltskosten für das Kind (nArt. 133 Abs. 2 und 3 ZGB)

Das geltende Recht verlangt mit dem Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge eine genehmigungsbedürftige Vereinbarung der Eltern über die Betreuungsanteile und die Verteilung der Unterhaltsbeiträge für das Kind (vgl. Art. 133 Abs. 3 ZGB).

Gute Gründe sprechen dafür, diese Anforderung künftig zum Regelfall zu machen. Eine verbindliche Vereinbarung über die Beiträge zur Betreuung und zum Unterhalt gemeinsamer Kinder dürfte zur Bewältigung des Reorganisationsprozesses beitragen, indem sie die Kooperation der Eltern fordert, aber nicht überfordert. Zum einen wird vorgesehen, dass sich die Eltern im Rahmen des Scheidungsverfahrens vertieft und bewusst mit der aktuellen und der künftigen Betreuung des Kindes und den finanziellen Belangen auseinandersetzen und die getroffenen Vereinbarungen mit Blick auf das Wohl der betroffenen Kinder von der Richterin beziehungsweise vom Richter thematisiert werden. Dies dürfte in einer oft noch mit vielen Unsicherheiten und Spannungen behafteten Phase stabilisierend wirken und damit zum Gelingen des Reorganisationsprozesses beitragen. Zum andern sind im Falle zukünftiger elterlicher Konflikte klare Regelungen, auf die zurückgegriffen werden kann, eine sinnvolle Orientierungshilfe. Es entspricht ferner einem modernen Verständnis von Elternschaft, grundsätzlich von Betreuungsregelung statt von Besuchsregelung zu sprechen. Die Bedeutung des nicht hauptbetreuenden Elternteils für das Kind würde damit stärker betont. Ausserdem würden Bedürfnisse und Rechte der Kinder gegenüber den Elternrechten in den Vordergrund gerückt. Dies entspricht unseres Erachtens durchaus der Intention des Rechts auf persönlichen Verkehr, das bekanntlich für den betreffenden Elternteil und das betroffene Kind gilt,¹⁶ oft aber nur einseitig als Recht des Elternteils verstanden wird.

Die Forderung einer Vereinbarung über die Beiträge zur Betreuung und zum Unterhalt gemeinsamer Kinder macht aber nur dann Sinn, wenn die Gerichte ihre Chance zur Unterstützung der Eltern bei der Bewältigung des Reorganisationsprozesses wahrnehmen wollen und können. Die elterliche Vereinbarung soll deswegen

FamPra.ch-2007-217

durch das Gericht *von Amtes* wegen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl eingehend überprüft und unter Vorbehalt entgegenstehender Umstände genehmigt werden. Wie aktuelle Erkenntnisse der Scheidungs- und Scheidungsfolgenforschung^{17, 18} zeigen, gehen Trennung und Scheidung der Eltern nach wie vor mit einer potenziellen Gefährdung der Kinder einher. Die Tatsache, dass heute in fast allen Fällen zum Urteilszeitpunkt eine Einigung über die Belange der Kinder vorliegt,^{19, 20} darf über diese Problematik nicht hinwegtäuschen. In einigen Fällen wird es

daher notwendig – und in den meisten Fällen zumindest hilfreich – sein, wenn das Gericht in dieser regelmässig belastenden Situation eine unterstützende und kontrollierende Funktion beibehält und die Eltern bei der Reorganisation der Familie begleitet. ²¹ Im Rahmen der Kindeswohlprüfung böte sich den Eltern während des Verfahrens die Gelegenheit, ihre Vereinbarungen zu erörtern und dabei noch einmal zu überprüfen und zu bestätigen. Zugleich könnte sich das Gericht über die Beweggründe für die

FamPra.ch-2007-218

vorgeschlagene Regelung der Kinderbelange und darüber vergewissern, ob die Vereinbarungen von den Eltern auch richtig und gleichsinnig verstanden werden. ²²

Von besonderer Bedeutung ist ferner der Einbezug des Kindes in das Scheidungsverfahren der Eltern. Die persönliche Anhörung des Kindes im Rahmen einer Trennung und Scheidung ist zu seinem Wohl und Schutz in zweifacher Hinsicht geboten. Zum einen kann sich das Gericht durch die persönliche Anhörung des Kindes ein unmittelbares Bild seiner Wünsche und Bedürfnisse verschaffen. ²³ Zum anderen tut es damit dem Recht und dem Bedürfnis des Kindes nach Partizipation Genüge, indem dessen Persönlichkeit angemessen respektiert wird. Dies ist für die Bewältigung der familialen Veränderungen auch dann wichtig, wenn die geäusserten Wünsche des Kindes nicht vollständig umgesetzt werden können. ²⁴ Psychologisch fördert die Möglichkeit, sich an einem erforderlichen Veränderungsprozess beteiligen zu können, das Erleben von Selbstwirksamkeit, was sich wiederum günstig auf die psychische Bewältigung von belastenden oder verunsichernden Lebensereignissen auswirkt. Empirische Untersuchungen verweisen denn auch auf ein Bedürfnis der Kinder nach Einbezug und Informationen über die Scheidung. ²⁵, ²⁶ Dass bei der Kindeswohlprüfung die Meinung des Kindes adäquat berücksichtigt werden muss, wäre mithin das programmatische Ziel und deshalb im Gesetz ausdrücklich festzuhalten (nArt. 133 Abs. 2 ZGB).

FamPra.ch-2007-219

Zu genehmigen wäre die Vereinbarung der Eltern immer dann, wenn sie dem Kindeswohl entspricht und ausserdem klar, vollständig sowie alltagstauglich ist. In Bezug auf den Konkretisierungsgrad der Abmachungen sollte aufgrund der damit verbundenen Entscheidungsbefugnisse der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes wenn möglich festgelegt werden. Freilich besteht Wahlfreiheit der Familienform beziehungsweise der Aufgabenteilung zwischen den Eltern. An einen gewöhnlichen Aufenthalt an zwei Orten wären allerdings klare Anforderungen zu stellen. Ein solcher wäre bei einer partnerschaftlichen Betreuung jeweils in Betracht zu ziehen, sofern er den Interessen und Bedürfnissen des Kindes entspricht und dieses in seiner alltäglichen Lebensgestaltung nicht überfordert.

Wie die eigene Untersuchung bestätigt, kommt der Qualität des Kontakts zwischen den geschiedenen Eltern eine grosse Bedeutung für die Bewältigung des Alltags zu. Deshalb ist auf eine möglichst einvernehmliche Betreuungsvereinbarung hinzuwirken, mitunter durch die Unterstützung einer auf die Kinderbelange fokussierenden Mediation oder Elternberatung. Dafür sprechen hinreichende positive Erfahrungen.²⁷ Können sich die Eltern über die festzusetzenden Anteile an der Betreuung des Kindes sowie die Verteilung der Unterhaltsbeiträge nicht einigen, so wäre es allerdings Sache des Gerichts, über diese nach Massgabe des Kindeswohls zu entscheiden (nArt. 133 Abs. 3 ZGB).

Wenn sich die Eltern über die Regelung der Kinderbelange nicht einigen können, wäre auch eine konsequentere Nutzung der bestehenden Möglichkeit, eine Kindesvertretung gemäss Art. 146 ZGB durch das Gericht anzuordnen, sinnvoll. Eine Regelung, die sich auf Anträge dieses Beistands stützt, rückt die Perspektive des Kindes ins Zentrum und kann damit deren Akzeptanz bei den Eltern erhöhen. Schliesslich gilt es unter dem Aspekt des Kindeswohls zu prüfen, ob unterstützend Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind.²⁸

Wie bis anhin soll eine einvernehmliche, von der gültigen Vereinbarung abweichende Umsetzung der Betreuungsregelung grundsätzlich ohne Folgen bleiben.²⁹ Bei Uneinigkeit beziehungsweise Nichteinhaltung der Vereinbarung wäre diese jedoch als Minimalbeziehungsweise Konfliktregelung massgeblich. Bei anhaltender Uneinigkeit müsste die Situation allerdings entsprechend dem gegenwärtig geltenden Art. 134 Abs. 4 ZGB neu beurteilt werden können. Ein vereinbarter Betreuungsanteil ist jedenfalls nicht nur als gegenseitiges Recht, sondern auch als Pflicht gegenüber dem Kind zu verstehen.

FamPra.ch-2007-220

Die Untersuchung zahlreicher europäischer Rechtsordnungen zeigt, dass die vorgeschlagene Überprüfung der elterlichen Abmachungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl in keiner Weise im Widerspruch stehen muss zur fortdauernden elterlichen Sorge beider Elternteile nach Scheidung.³⁰ Eine gesetzliche Regelung, wonach die gerichtliche Genehmigung der elterlichen Vereinbarung im Scheidungsverfahren regelmässig ohne Überprüfung der Kindesinteressen zu erfolgen hätte, würde – unbesehen der jeweiligen Ausgestaltung des Systems elterlicher Sorge – ohnehin gegen völkerrechtliche Verbindlichkeiten³¹ verstossen.

3. Ausübung der elterlichen Sorge: Anknüpfung der Entscheidungskompetenzen an die tatsächliche Betreuungs- und Beziehungsrealität (nArt. 133a ZGB)

Die aktuell geltende schweizerische Regelung, welche im Falle einer gemeinsamen elterlichen Sorge eine Alleinentscheidungsbefugnis des hauptbetreuenden Elternteils lediglich in Angelegenheiten des täglichen Lebens vorsieht, räumt dem nicht hauptbetreuenden Elternteil umfangreiche Mitentscheidungskompetenzen ein.

Aufgrund der in der eigenen Untersuchung vorgefundenen Realität der Rollenverteilung bei den Eltern – insgesamt haben 86 Prozent, beim gemeinsamen Sorgerechtsmodell nahezu drei Viertel (71%) der Kinder, ihren Lebensmittelpunkt bei der Mutter – drängt sich die Frage auf, inwiefern es dem Alltag von Kindern mit einem hauptbetreuenden Elternteil entspricht, wenn beide Elternteile weitgehende Entscheidungsbefugnisse besitzen und sogar die Pflicht zur gemeinsamen Entscheidung besteht.

Diese Frage rechtfertigt sich erst recht, wenn in Betracht gezogen wird, dass wie berichtet ein Drittel der hauptbetreuenden Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge aus heutiger Sicht zur alleinigen elterlichen Sorge wechseln möchte, und vertiefte Analysen überdies zeigen, dass dieser Wunsch bei bestehender Unzufriedenheit mit der Aufgabenteilung im Alltag oder bei einem schwierigen Kontakt mit dem Expartner noch viel deutlicher ausfällt. Die Erklärung für die geschilderte Dynamik

FamPra.ch-2007-221

zwischen den rechtlichen Vorgaben und dem Familienalltag ist vermutlich unter anderem in der aktuellen inhaltlichen Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu suchen. Bekanntlich wird in Bezug auf die Entscheidungsbefugnisse gemäss geltendem Recht eine Unterteilung in zwei Bereiche vorgenommen: einerseits in Angelegenheiten des täglichen Lebens, welche durch den hauptbetreuenden Elternteil jeweils alleine entschieden werden können, sowie andererseits in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung, welche eine *gemeinsame* Entscheidung beider Elternteile *verlangen*. Der Einigungszwang in einem weiten Bereich von Angelegenheiten betreffend die Kinder dürfte Konflikte zwischen den Eltern eher schüren, statt sie zu entschärfen. Jedenfalls scheint sie deren vorhandene Kooperationsfähigkeit in einer ohnehin heiklen Familienphase erheblich zu strapazieren. Ist die Rollenteilung traditionell und der Kontakt zwischen den Geschiedenen schwierig, so ist die Position des hauptbetreuenden Elternteils geschwächt und seine Entscheidungskompetenz realitätsfern eingeschränkt. Wird ausserdem in Betracht gezogen, dass die beiden beschriebenen Entscheidungskategorien von Lehre und Rechtsprechung lediglich exemplarisch umrissen werden, also gesetzlich nicht definiert sind, so ist das darin enthaltene Konfliktpotenzial nicht zu unterschätzen. ³²
.....

Zum anderen verweisen aber auch die Väter ohne elterliche Sorge, welche sich in der eigenen Untersuchung hinsichtlich ihres Verlustes der elterlichen Sorge mehrheitlich unzufrieden äussern und die gemeinsame elterliche Sorge möchten, auf eine Unzulänglichkeit bei der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen. Viele Väter werden bei der Scheidung tatsächlich im rechtlichen Sinne weitgehend von der Verantwortung gegenüber ihren Kindern ausgeschlossen beziehungsweise auf die durch Art. 275a ZGB gewährten Anhörungs- und Informationsrechte verwiesen. Dies wird offenbar auch von denjenigen Vätern als Abwertung und Entmutigung erlebt, die mit der Reorganisation des Familienlebens und mit dem Kontakt zu den Kindern und zur Expartnerin weitgehend zufrieden sind. ³³
.....

a) Weitgehend autonome Entscheidungsbefugnis des hauptbetreuenden Elternteils mit Interventionsmöglichkeit des nicht hauptbetreuenden Elternteils

Zwischen der sorgerechtlichen Entscheidungskompetenz und der Lebenswirklichkeit besteht folglich ein ausgeprägtes Spannungsverhältnis. Soll die rechtliche Situation den tatsächlichen Betreuungs- und Beziehungsrealitäten entsprechen, so gilt es, die gegenwärtig weitreichenden Entscheidungsbefugnisse des nicht

FamPra.ch-2007-222

hauptbetreuenden Elternteils zugunsten von Interventionsmöglichkeiten in konkreten Fällen gesetzlich einzuschränken. Trotz der postulierten *Inhaberschaft* beider Elternteile sollte die *Ausübung* der elterlichen Sorge nach Scheidung künftig sinnvollerweise an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes, also grundsätzlich an seine Betreuung und seinen Alltag gebunden werden (nArt. 133a Abs. 1 ZGB).

Praktisch würde dies bedeuten, dass, falls das Kind gewöhnlich seinen Aufenthalt ³⁴ bei einem Elternteil hat, dieser die elterliche Sorge weitgehend autonom ausüben könnte. Eine partnerschaftlich geteilte Betreuung des Kindes ist damit freilich (auch) künftig möglich und – ausgehend von der Erkenntnis, dass diese Familienform in der Regel eben gerade kein überforderndes Konfliktpotenzial birgt und durch eine hohe Zufriedenheit aller Beteiligten gekennzeichnet ist – ganz im Sinne der Programmatik der Regelung. Die im Alltag geteilte Verantwortung für die Kinder wäre folgerichtig mit Entscheidungskompetenzen beider Elternteile verbunden.

Die grundsätzlich autonome Ausübung der elterlichen Sorge im Falle eines gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes bei nur einem Elternteil würde die Entscheidung in allen nicht schwerwiegenden Angelegenheiten betreffend der Kinder umfassen. In Bezug auf die über diese Angelegenheiten hinausgehenden Entscheidungen hingegen wären die Kompetenzen in zwei Gruppen zu unterteilen.

b) System abgestufter Entscheidungsbefugnisse

Im Sinne eines Systems abgestufter Entscheidungsbefugnisse wird vorgeschlagen, einen *ersten* Bereich mit Angelegenheiten *von einer gewissen Tragweite* zu beschreiben. Diese soll der hauptbetreuende Elternteil zwar grundsätzlich alleine entscheiden können, doch sollen sie, ist der nicht hauptbetreuende Elternteil mit einem konkreten Entscheid nicht einverstanden, einer Überprüfung im Lichte des Kindeswohls zugänglich sein.

Vor dem Hintergrund des geschilderten Spannungsverhältnisses zwischen der gegenwärtigen sorgerechtlichen Entscheidungskompetenz und der Lebenswirklichkeit gilt es, die Interventionsmöglichkeit des anderen Elternteils inhaltlich sinnvoll zu bestimmen und zu positionieren. Mögliche Themenbereiche wären etwa die folgenden (nArt. 133a Abs. 2 ZGB):

Schul- und Berufswahl des Kindes, Wechsel des Wohnsitzes, Unterbringung bei Dritten, Ausübung gefährlicher Sportarten, Beitritt oder Austritt aus einer Religionsgemeinschaft sowie wichtige rechtliche Vorkehrungen betreffend das Kind. Unter einem Wechsel des Wohnsitzes ist der Umzug des hauptbetreuenden Elternteils mit dem Kind im Inland zu verstehen. Bei der Unterbringung des Kindes bei Dritten ist an einen nicht vorübergehenden Wechsel der Obhut,

FamPra.ch-2007-223

mithin an die (freiwillige) Fremdplatzierung in eine Pflegefamilie oder die Unterbringung in einem Internat, zu denken. Mit wichtigen rechtlichen Vorkehrungen sind schliesslich etwa belastende Grundbuchgeschäfte oder eine Prozessführung gemeint. ³⁵
.....

Die Ausübung des Überprüfungsrechts setzt voraus, dass dessen Inhaber mit der Lebenslage und den Bedürfnissen des Kindes hinreichend vertraut ist. Wichtige Voraussetzungen dafür sind die Anteilnahme am Leben des Kindes und an seinen Bedürfnissen, aber auch der Zugang zu entsprechenden Informationen. Deshalb müsste das Überprüfungsrecht einen angemessenen Informationsfluss garantieren, falls ein Interesse daran geltend gemacht wird. Eine Verweigerung des hauptbetreuenden Elternteils müsste – ebenso wie eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Überprüfungsrechts durch den andern – entsprechende Sanktionen nach sich ziehen. Zu denken ist an Weisungen an den säumigen Elternteil oder gar an eine Einschränkung gewisser Entscheidungskompetenzen. ³⁶ Ferner müsste der Antrag, eine Entscheidung nachträglich überprüfen zu lassen, innert nützlicher Frist erfolgen und bearbeitet werden können. Das Recht, konkrete Entscheidungen in definierten Belangen überprüfen lassen zu können, soll nicht zuletzt eine Signalwirkung an beide Elternteile haben, sich in diesen Bereichen frühzeitig abzusprechen, gegebenenfalls auch unter Beizug fachlicher Unterstützung.

Abgesehen vom Inhalt der Streitfragen sprechen verschiedene Umstände dafür, die sachliche Zuständigkeit zur Überprüfung von Entscheidungen des hauptbetreuenden Elternteils in Angelegenheiten *von einer gewissen Tragweite* bei der Vormundschaftsbehörde anzusiedeln, wenngleich die Zuständigkeit des Gerichts ebenfalls denkbar und aufgrund der damit verbundenen Autorität vielleicht sogar wünschbar wäre. Das Potenzial der Vormundschaftsbehörden läge denn auch in ihrer Möglichkeit, den Eltern für den Konfliktfall ein eher niederschwelliges, vermittelndes Unterstützungsangebot zur Verfügung zu stellen. Ferner scheint im einfacheren sowie zeitlich rascheren Überprüfungsverfahren dieser Behörde ein Vorteil zu liegen. Schliesslich spricht unseres Erachtens auch die vorgeschlagene Institutionalisierung von interdisziplinär zusammengesetzten Fachgerichten im Hinblick auf die anstehende Revision des Vormundschaftsrechts eher für eine Favorisierung der Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde.

Aufgabe der überprüfenden Instanz wäre in erster Linie, zwischen den unterschiedlichen Perspektiven der Eltern zu vermitteln und auf einen Entscheid im gemeinsamen Einvernehmen oder einen Kompromiss hinzuwirken. Vor allem bei jenen Eltern, die nur spärlichen und/oder schlechten Kontakt untereinander pflegen, kann bereits die Möglichkeit, Beweggründe und Einzelheiten der Entscheidung des

hauptbetreuenden Elternteils in Anwesenheit einer dritten Person in Ruhe zu diskutieren und damit auch allfällige Missverständnisse aus der Welt zu schaffen, konfliktentschärfend wirken. Damit ist gleichwohl zu betonen, dass die Eltern grundsätzlich auch in Konfliktfällen gehalten sind, sich auseinanderzusetzen und ihre Erziehungsaufgaben auf beiden Seiten verantwortungsbewusst wahrzunehmen. Die Behörde soll in einem ersten Stadium (lediglich) eine unterstützende Funktion übernehmen. Mit Blick auf die betroffenen Kinder sollte sie gleichzeitig sicherstellen, dass diese angemessen über die Vorgänge informiert und in die Entscheidungsfindung der Eltern miteinbezogen werden. Diese Herangehensweise drängt sich schon deshalb auf, weil die Eltern letztlich mit der im Verfahren getroffenen Entscheidung leben müssen und ihnen die Akzeptanz derselben bedeutend leichter fallen wird, wenn sie selbst darauf haben Einfluss nehmen können. Erst wenn alle Vermittlungsversuche gescheitert und die Positionen beider Elternteile derart verhärtet sind, dass eine Konfliktlösung auf diesem Wege ausgeschlossen erscheint, soll die Behörde im Sinne einer *ultima ratio* einen Entscheid in der Sache treffen.

Beim Überprüfungsrecht geht es darum, dem nicht hauptbetreuenden Elternteil die Möglichkeit zu geben, eine Überprüfung bestimmter Entscheide zu veranlassen. Dem System abgestufter Entscheidungsbefugnisse ist es immanent, dass die Entscheidung des hauptbetreuenden Elternteils geschützt werden soll, solange sie dem Kindeswohl nicht widerspricht. Mithin hätte sich die überprüfende Instanz unter mehreren vertretbaren Lösungen grundsätzlich zugunsten derjenigen zu entscheiden, die das Kind favorisiert und/oder die am ehesten durch die vorliegende Situation als gewachsen bezeichnet werden kann.

Mit Blick auf die Befugnisse des Elternteils, bei welchem das Kind nicht gewöhnlich seinen Aufenthalt hat, ist festzuhalten, dass ihm all diejenigen Entscheidungsrechte vorzubehalten wären, welche üblicherweise im Zusammenhang mit seiner Betreuung des Kindes stehen (nArt. 133a Abs. 1 ZGB). Sodann wäre auch auf die bereits bestehenden Rechte des Art. 275a ZGB hinzuweisen: Die dort festgehaltenen Auskunftsrechte muss dieser Elternteil als Inhaber der elterlichen Sorge erst recht besitzen. ^{37, 38}

Im Weiteren wird vorgeschlagen, einen *zweiten* Bereich mit Entscheidungen betreffend *Angelegenheiten von besonderer Tragweite* zu benennen (nArt. 133a Abs. 3 ZGB). Solche Entscheidungen sollen nur mit Zustimmung beider Elternteile

getroffen werden können. Für den Fall, dass sich die Eltern nicht einigen können, wäre auch hier nach Massgabe des Kindeswohls eine Entscheidung zu fällen. Die sachliche Zuständigkeit wäre in diesen Fällen aus den erläuterten Gründen wiederum mit Vorteil bei der Vormundschaftsbehörde anzusiedeln. Die Statuierung einer beidseitigen Zustimmung wäre beispielsweise in den für das Kind bedeutsamen Fragen der *Änderung des Namens, seiner*

längerfristigen Verbringung ins Ausland sowie in Fällen von besonders schwerwiegenden medizinischen Eingriffen denkbar, welche nicht ohnehin zwingend vorgenommen werden müssen, weil sie dringlich sind.^{39, 40}
....

Der vorgeschlagene Katalog beschränkt sich in Anlehnung an die englische Regelung der sogenannten *parental responsibility*⁴¹ auf diejenigen Fälle, welche (insbesondere) für das Kind schwere Folgen nach sich ziehen. Freilich haftet der Auswahl etwas Arbiträres an und es gilt, sie im Einzelnen zu diskutieren. Eine besondere Brisanz dürfte hierbei wohl der längerfristigen Verbringung des Kindes ins Ausland zukommen, wird doch darum im Zusammenhang mit Kindesentführungsfällen in den letzten Jahren oft erbittert gekämpft.

VI. Schluss

Die Einschränkung der Entscheidungsbefugnisse einerseits und der gemeinsamen Entscheidungspflicht andererseits gekoppelt mit der Möglichkeit, Entscheidungen in konkreten Fällen überprüfen zu lassen, findet unseres Erachtens ihre Rechtfertigung in der Absicht, dem hauptbetreuenden Elternteil im gelebten Alltag den Handlungsspielraum für eine möglichst konfliktfreie Gestaltung der Nachscheidungsituation zu ermöglichen. Zugleich soll der Raum für diesbezügliche Zuordnungsstreitigkeiten so weit als möglich eingeengt werden. Demgegenüber ist nicht einzusehen, weshalb die Scheidung den Verlust der elterlichen Sorge bewirken soll, bedeutet diese doch Verbundenheit und Verantwortung. Entsprechend ist (auch)

FamPra.ch-2007-226

dem nicht hauptbetreuenden Elternteil die Möglichkeit einzuräumen, auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für die weitere Entwicklung des Kindes Einfluss zu nehmen. Dieser Vorschlag soll freilich lediglich als Konfliktregelung dienen; bekanntlich bedarf ein zwischen den Eltern konfliktfrei gelebter Alltag nach der Scheidung grundsätzlich keiner Regelungen. In diesem Sinne beabsichtigt der Gesetzesvorschlag, bei Streitigkeiten zu schlichten und präventiv fruchtbare Auseinandersetzungen zu ermöglichen sowie zermürbende Streitereien zu verhindern. Zu betonen ist schliesslich, dass mit dem vorgeschlagenen System abgestufter Entscheidungsbefugnisse nicht beabsichtigt wird, die elterliche Sorge des nicht hauptbetreuenden Elternteils inhaltlich auszuhöhlen. Vielmehr sollen hauptbetreuende und nicht hauptbetreuende Elternteile in der Ausübung ihrer spezifischen Verantwortung gestärkt sowie systematische Blockierungen des Familiensystems im Interesse des Kindeswohls verhindert werden.

Im Falle einer traditionellen Aufgabenteilung zwischen den Eltern soll der nicht hauptbetreuende Elternteil in die Kinderangelegenheiten stärker eingebunden werden als bisher, sofern die Motivation und das Engagement einem tatsächlichen Interesse an der Lebenslage der Kinder entsprechen. Im Bereich der Angelegenheiten von *besonderer Tragweite* soll sein Einbezug insofern gesichert werden, als solche Entscheidungen seiner Zustimmung bedürfen. Im Bereich der Angelegenheiten von einer *gewissen Tragweite* soll ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, solche Entscheidungen durch eine Behörde überprüfen zu lassen. Damit würde dem

überwiegenden Anteil getrennter Eltern, die eine stimmige Reorganisation ihres Familienlebens möchten, von rechtlicher Seite eine starke Orientierungshilfe in potenziell belastenden und verunsichernden Situationen angeboten. Hierin ist unseres Erachtens denn auch ein Vorteil dieses Vorschlags zu sehen: Vom nicht hauptbetreuenden Elternteil könnte so aktives Handeln und mithin die Übernahme von elterlicher Verantwortung eingefordert werden. Im Ergebnis sollen dem nicht hauptbetreuenden Elternteil so viele Kompetenzen als möglich eingeräumt, dabei die Handlungsfähigkeit des hauptbetreuenden Elternteils jedoch so wenig als nötig eingeschränkt werden. ⁴²
.....

In der Programmatik des erörterten Reformvorschlags liegt es allerdings auch, eine im Alltag geteilte, partnerschaftliche Kinderbetreuung unabhängig vom Zivilstand zu stärken. Wie die gesellschaftliche Realität zeigt, ist aber das Modell der zwischen Vater und Mutter rechtlich und tatsächlich geteilten Verantwortung für gemeinsame Kinder nach wie vor eine – vielversprechende – Ausnahme.

FamPra.ch-2007-227

Das Forschungsprojekt «Kinder und Scheidung – Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge» wurde im Nationalen Forschungsprogramm 52 unter der Leitung von Prof. Dr. Andrea Bächler und Dr. phil. Heidi Simoni durchgeführt. Andrea Bächler ist Privatrechtsprofessorin an der Universität Zürich, die Psychologin Heidi Simoni ist designierte Leiterin des Marie Meierhofer-Instituts für das Kind. Zum Forschungsteam gehörten Dr. iur. Linus Cantieni (operative Leitung), dipl. päd. Diana Baumgarten, lic. phil. Gabriela Häfliger, lic. iur. Tanja Melchert, lic. iur. Martina Rusch. Mit der Vorbereitung und Auswertung der schriftlichen Befragung waren lic. phil. Daniela Gloor und lic. phil. Hanna Meier (Social Insight) beauftragt.

Ziel der Studie war es, die Realität und Lebenslage von Eltern und Kindern im Scheidungsverfahren und nach der Scheidung aus juristischer, soziologischer und psychologischer Perspektive zu beleuchten und mit sozialwissenschaftlichen Methoden zu erforschen. Im Zentrum der Untersuchung standen dabei die scheidungsrechtliche Praxis, die Erarbeitung und Umsetzung von Regelungen im Alltag von Familien, die Neuerungen des revidierten Scheidungsrechts mit Blick auf Interessen und Rechte betroffener Kinder, Zufriedenheit und Befinden von Kindern, Müttern und Vätern.

Den präsentierten Ergebnissen liegen folgende Daten aus den Kantonen ZH, BS und BL zugrunde:

- 567 Scheidungsakten von 18 erstinstanzlichen Gerichten (= jede 6. Scheidung mit Kindern in den Jahren 2002 und 2003); 465 Abänderungsklagen des Jahres 2003 (= Vollerhebung an 17 der 18 Gerichte)
- 2112 Fragebögen geschiedener Mütter (58%) und Väter (42%) mit 3562 un-mündigen Kindern (= Nettorücklauf von 42,5% aller geschiedener Eltern in den Jahren 2002 und 2003)

– ausführliche Befragung von 14 Richterinnen und Richtern erstinstanzlicher Gerichte

ausführliche Interviews mit 42 Kindern, 21 Müttern und 13 Vätern von 23 Familien; plus Nachbefragung.

- 1 Wir danken Frau lic. iur. Tanja Melchert, wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, für die grosse Unterstützung.
- 2 Siehe zur gesamten Thematik ausführlich Cantieni, *Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung. Eine empirische Untersuchung*, Bern 2007.
- 3 Bericht zur Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwäl/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen, Bundesamt für Justiz, Mai 2005, 15.
- 4 Davon ausgenommen sind lediglich die Rechtsordnungen von Österreich und Portugal, vgl. Cantieni (Fn. 2), 124 f. m.w.H. in FN 537–546. Zum Ganzen siehe Cantieni (Fn. 2), 116 ff.
- 5 Siehe die Kritik an der deutschen Regelung beispielsweise bei Jaeger, § 1671 BGB, in: Johannsen/Henrich, *Eherecht, Scheidung, Trennung, Folgen, Kommentar*, 3. Aufl., München 1998, N 7; Coester, § 1671 BGB, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht, §§ 1684–1717, Anhang zu § 1717: Artikel 223 EGBGB*, 13. Aufl., Berlin 2000, N 6 ff. Vgl. ferner die ausführliche Darlegung der verschiedenen Ansichten bei Kostka, *Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA*, Frankfurt a.M. 2004, 307 ff.
- 6 Siehe zur englischen Regelung beispielsweise Büttner, *Kindschaftsrechtsreform in England – Ein Vergleich mit den deutschen Reformplänen*, FamRZ 1997, 464, 470, welche vor einer Überschätzung des Children Act warnt und darauf hinweist, dass in England die Wohnsitzentscheidung häufig den Platz der früheren Sorgerechtsentscheidung einnimmt. Zum Ganzen siehe auch Bainham, *Children – The Modern Law*, 3. Aufl., Bristol 2005, 151 ff.
- 7 Siehe dazu Cantieni (Fn. 2), 126 ff.
- 8 Dieses Modell gilt etwa in Deutschland, Frankreich, Dänemark, Italien, den Niederlanden, Portugal, Russland, Schweden sowie Belgien, vgl. dazu Cantieni (Fn. 2), 127 f. m.w.H. in FN 553–561.
- 9 An diesem Modell orientieren sich etwa die Rechtsordnungen in England, Österreich, Norwegen und Spanien, vgl. dazu Cantieni (Fn. 2), 129 ff. m.w.H. in FN 562–574.
- 10 Während 62 Prozent dieser Väter zur gemeinsamen elterlichen Sorge wechseln möchten, hätten 13,4 Prozent lieber die alleinige elterliche Sorge. Insgesamt möchten also 75,4 Prozent der Väter ohne elterliche Sorge die Form elterlicher Sorge wechseln.
- 11 So auch Kaiser, *Elternwille und Kindeswohl – für das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern*, FPR 2003, 573, 578.

- 12 Vgl. demgegenüber das Modell in England, bei welchem die elterliche Sorge «für immer» besteht und eine Zuteilung an einen Elternteil rechtlich gar nicht möglich ist. Die elterliche Sorge kann allerdings durch entsprechende Massnahmen partiell eingeschränkt werden (vgl. Sec. 8 Children Act).
- 13 Gleicher Meinung auch Stettler, Elterliche Sorge und Kindesschutzmassnahmen, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Symposium zum Familienrecht 2005, Zürich 2006, 47, 68 f.
- 14 Insbesondere ist hier an Fälle von häuslicher Gewalt – sei dies gegen das Kind oder gegen den anderen Elternteil – zu denken.
- 15 Zur Entziehung der elterlichen Sorge als Kindesschutzmassnahme siehe beispielsweise Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 27.45 ff.; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 311/312 ZGB, N 1, 6 f.
- 16 FamKomm Scheidung/Liatowitsch, Anh. Konvention, N 64 ff.
- 17 Für nähere Ausführungen zu den Auswirkungen von Trennung und Scheidung auf Kinder siehe beispielsweise Walper, Familien nach Trennung/Scheidung als Gegenstand familienpsychologischer Forschung, FPR 2005, 86, 87; Staub/Hausheer/Felder, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, ZBJV 2006, 537, 538; Amato, Children of Divorced Parents as Young Adults, in: Hetherington (Hrsg.), Coping with Divorce, Single Parenting and Remarriage. A Risk and Resiliency Perspective, Mahwah 1999, 147, 159 ff.; Kostka (Fn. 5), 174 ff. m.w.N.
- 18 In der eigenen Untersuchung beschreiben Mütter und Väter das familiäre Klima während der Trennung und Scheidung unterschiedlich konfliktiv. 45 Prozent der befragten Mütter und immerhin 29 Prozent der Väter berichten von erheblichen Konflikten in dieser Phase. Ein hoher Anteil der befragten Eltern ist der Meinung, dass sich das Befinden ihrer Kinder im Zeitraum seit der Trennung nachhaltig verbessert hat. Trotzdem nehmen 38 Prozent zwei bis drei Jahre nach der Scheidung immer noch gewisse Belastungen, 21 Prozent sogar deutliche Belastungen bei ihren Kindern wahr. Zur Erfassung der Belastung von Kindern wurde auf der Basis der Antworten ein Gesamtindikator «Kindeswohl» konstruiert, der sich aus zehn Einzelindikatoren zusammensetzt: soziale Kontakte zur Mutter (1), zum Vater (2), zu weiteren Erwachsenen (3), Ressourcen (4) und Belastungen (5) des Kindes im Alltag, körperliches (6) und seelisches (7) Wohlbefinden des Kindes, Wechsel zwischen den elterlichen Wohnungen (8), Äusserung/Haltung zu Trennung/Scheidung (9), Nutzung institutioneller Angebote (10).
- 19 Laut der eigenen Aktenanalyse haben sich im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens bereits 88 Prozent der Eltern über die elterliche Sorge geeinigt. Betrachtet man in der Folge den Urteilszeitpunkt, so zeigt sich, dass 98 Prozent der Fälle gemäss Art. 111 ZGB abgeschlossen werden, mithin mit einer vollständigen Einigung hinsichtlich der Scheidungsfolgen. Ähnliche Ergebnisse zeigt auch die gesamtschweizerische Statistik.
- 20 In nahezu 70 Prozent der Scheidungen besteht in der durchgeführten Untersuchung bereits bei Einleitung des Scheidungsverfahrens eine vollständige Scheidungskonvention, in weiteren 9 Prozent immerhin eine Teilkonvention.

- 21 Siehe hierzu Kostka (Fn. 5), 3 ff., 96 f., welche vor dem Hintergrund der Kindschaftsrechtsreform in Deutschland vor einer sogenannten «Privatisierung gesellschaftlicher Probleme» warnt und kritisch darauf hinweist, dass wo früher der Staat zuständig und verantwortlich war, eine dem Kindeswohl entsprechende Regelung der elterlichen Sorge zu finden, es nun die von der Trennung selbst belasteten Eltern sind.
- 22 Siehe beispielsweise Vetterli, Die Anhörung der Eltern, FamPra.ch 2001, 59, 66, welcher vorschlägt, dass die Eltern im Rahmen der gemeinsamen Anhörung (einvernehmliche Scheidung) ihre Scheidungskonvention selber vorstellen sollen. So erweise sich rasch, ob ihre Abmachungen auch richtig verstanden worden seien. Siehe auch (noch unter altem Recht) Schweighauser, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Basel 1998, 59 f.
- 23 Ob ein solcher Einbezug des Kindes indessen ausschliesslich vor den Schranken des Gerichts zu erfolgen hat, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Siehe zu dieser Streitfrage die Ausführungen bei FamKomm Scheidung/Schweighauser, Art. 144 ZGB, N 8.
- 24 Weder ist die Reflektion einer funktionalen Positionierung der Kindesanhörung im Ablauf des Trennungs- und Scheidungsverfahrens Gegenstand dieses Aufsatzes, noch können Form, Inhalt und Konsequenzen derselben hier diskutiert werden. Beides scheint allerdings aufgrund der sehr uneinheitlichen Praxis und offensichtlicher Unsicherheiten dringend erforderlich. Ferner kann auch die Frage, in welchem Verhältnis die Anhörung des Kindes vor Gericht oder durch Fachpersonen gegenüber ihrer Beteiligung in der Familie selbst stehen soll, an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.
- 25 Siehe dazu die Ergebnisse bei O'Quigley, Listening to Children's Views, The Findings and Recommendations of Recent Research, York 2000, 39.
- 26 Die eigene empirische Studie zeigt, dass Kinder manche Aspekte der elterlichen Trennung und Scheidung offensichtlich anders erleben und gewichten, als Eltern, Richterinnen und Richter bzw. als die Erwachsenen dies einschätzen. Ganz besonders betrifft dies das Gewahrwerden der elterlichen Probleme, das Bedürfnis, über die Trennung und den Verlauf der Scheidung informiert zu werden sowie das Erleben eines echten bzw. mangelnden Interesses an den kindlichen Bedürfnissen und Erlebensweisen. Diejenigen Kinder und Jugendlichen, welche über Möglichkeiten und Grenzen ihrer Partizipation informiert sind, äusserten sich dem rechtlichen Institut der Anhörung gegenüber positiv.
- 27 Siehe dazu die Ausführungen bei Staub, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, ZVW 2006, 121, 128 ff.; Staub/Hausheer/Felder (Fn. 17), 537, 552; Peter, Kindesinteressen in Zeiten familiärer Veränderungen, FamPra.ch 2005, 25, 33 f.; ders., Hochstrittige Eltern im Besuchsrechtskonflikt, ZVW 2005, 193, 196 ff.
- 28 Beispielsweise eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB.
- 29 Dies muss, praktisch betrachtet, schon alleine aufgrund der fehlenden Überprüfungsmöglichkeit gelten.

- 30 Für einen Überblick über die einzelnen Rechtsordnungen, welche trotz der Belassung der elterlichen Sorge bei beiden Elternteilen unter dem Aspekt des Kindeswohls ins Verfahren eingreifen, siehe Cantieni (Fn. 2), 116 ff.
- 31 Vgl. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK: «Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist [Hervorhebung beigefügt].» Betreffend die Anhörung gilt dies zumindest in Bezug auf urteilsfähige Kinder. Vgl. dazu Art. 12 Abs. 1 UN-KRK: «Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife [Hervorhebung beigefügt].»
- 32 Für die Veranschaulichung dieser Problematik im Alltag beachte die illustrativen Beispiele bei Cantieni (Fn. 2), 108 ff.
- 33 Mit der allgemeinen Lebenssituation – in Abgrenzung zur Zufriedenheit mit der Sorgeregelung – sind gemäss der schriftlichen Untersuchung zwei bis drei Jahre nach der Scheidung 77 Prozent der Väter und 88 Prozent der Mütter zufrieden bis sehr zufrieden.
- 34 Mit «gewöhnlich seinen Aufenthalt» kann der gewöhnliche Aufenthalt i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG verstanden werden, also der Ort, an dem eine Person während längerer Zeit lebt bzw. sich eine Person nach allen Umständen für längere Zeit aufhalten wird. Siehe dazu Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 138 f., 492 f.; BaslerKomm/Staehelin, Art. 24 ZGB, N 10 ff.
- 35 Hierunter sind Angelegenheiten gemäss Art. 421 Ziff. 1 und 8 ZGB (analog) zu verstehen.
- 36 Abzuwägen wäre hier beispielsweise, ob die Angelegenheiten von einer gewissen Tragweite künftig nur noch nach gemeinsamer Absprache getroffen werden dürften.
- 37 Die Überprüfung gewisser Entscheidungen würde ja häufig ohnehin das Recht zur Einholung von Auskünften über den Zustand und die Entwicklung des Kindes bei Drittpersonen bedingen. Mit Drittpersonen sind dabei Personen gemeint, welche an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, namentlich also Lehrkräfte oder Ärztinnen bzw. Ärzte.
- 38 Mit «besondere Ereignisse» wären hier insbesondere diejenigen Ereignisse gemeint, welche eben gerade nicht als überprüfbare (beschränkt allein entscheidungsbefugte) Angelegenheiten gälten; beispielsweise also geplante Ferien, besondere Leistungen in Schule und Freizeit usw.
- 39 Eine weitere Angelegenheit von besonderer Tragweite wäre schliesslich die Zustimmung des nicht hauptbetreuenden Elternteils zur Adoptionsfreigabe. Eine diesbezügliche beidseitige Zustimmung der Eltern ist bereits im Art. 265a Abs. 1 ZGB geregelt, weshalb sich eine erneute Aufnahme in den vorliegenden Katalog erübrigt.
- 40 Immerhin wäre hier, wenn die Entscheidung keinen Aufschub erlaubt, der andere Elternteil im Nachhinein so bald als möglich darüber zu informieren.
- 41 Eine zwingend gemeinsame Entscheidung verlangt das englische Gesetz nur bei der Freigabe zur Adoption des Kindes (Sec. 2 [7] Children Act i.V.m. Sec. 16 [1b] Adoption Act 1976) oder, solange

eine residence order in Kraft ist, bei einer Namensänderung des Kindes und seiner längeren Verbringung ins Ausland (Sec. 2 [7] i.V.m. Sec. 13 Children Act). Für weitere Ausführungen zur Rechtslage in England siehe Büttner, Kindschaftsrechtsreform in England – Ein Vergleich mit den deutschen Reformplänen, FamRZ 1997, 464 ff., sowie Gründler, Die Obsorge nach Scheidung und Trennung der Eltern im europäischen Rechtsvergleich, Frankfurt a.M. 2002, 204 ff.

42 Zu beachten ist, dass die Belassung der elterlichen Sorge bei beiden Elternteilen trotz Scheidung sowohl inhaltlich als auch terminologisch Auswirkungen auf weitere Artikel des Zivilgesetzbuches hätte. So wären namentlich die Art. 134, 273, 275, 275a, 297 sowie 301 ff. ZGB betroffen. Ausserdem sollte im Rahmen einer allfälligen Reform überlegt werden, ob der Begriff der (gemeinsamen) elterlichen Sorge nicht erneut zu überdenken wäre. Der Begriff der elterlichen Verantwortung bringt das Anliegen und den Inhalt besser zum Ausdruck.