

Andrea Büchler / Luca Maranta

Das neue Recht der elterlichen Sorge

Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

Am 1. Juli 2014 ist das neue Recht der elterlichen Sorge in Kraft getreten. Zum heutigen Zeitpunkt sind viele Einzelfragen ungeklärt, darunter auch Fragen grundsätzlicher Natur. In ihrem Beitrag stellen die Autorin und der Autor zunächst die Gesetzesnovelle überblicksartig vor. In einem zweiten Teil werden einige ausgewählte Fragestellungen näher beleuchtet, die insbesondere die Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden betreffen.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Familienrecht. Eherecht; Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Andrea Büchler / Luca Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Übersicht über die Revision
 - I. Inhaber der elterlichen Sorge
 - II. Inhalt der elterlichen Sorge
 - III. Sachliche Zuständigkeit
 - IV. Begriffliche Klärung
 - V. Übergangsrecht
- C. Ausgewählte Einzelfragen
 - I. Abgabe der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge
 - 1. Formalien und Zuständigkeiten
 - 2. Pflichten bei der Entgegennahme der Erklärung
 - 3. Vereinbarungen zwischen den Eltern über den Unterhalt und die Betreuung des Kindes
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Vereinbarungen über den Kindesunterhalt
 - 3.3. Vereinbarungen über die Obhut, den persönlichen Verkehr und die Betreuungsanteile
 - 4. Verweigerungsgründe?
 - II. Elterliche Sorge und Scheidung der Eltern oder Uneinigkeit unverheirateter Eltern
 - 1. Allgemeines
 - 2. Gründe für die Alleinzuteilung
 - 2.1. Entziehung der elterlichen Sorge
 - 2.2. Andere Gründe?
 - 2.3. Dauerkonflikt zwischen den Eltern
 - 2.4. Kooperationsfähigkeit und Kooperationswille
 - 2.5. Unzumutbarkeit?
 - 2.6. Offenbarer Rechtsmissbrauch
 - 3. Regelung der übrigen strittigen Punkte
 - 3.1. Anwendungsbereich
 - 3.2. Betreuung des Kindes
 - 3.3. Anordnung von Kinderschutzmassnahmen
 - 3.4. Regelung des strittigen Kindesunterhalts
 - III. Ausübung der elterlichen Sorge im Allgemeinen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Entscheidung und Betreuung
 - 3. Inhaber des Alleinentscheidungsrechts
 - 4. Alltägliche und nicht alltägliche Angelegenheiten
 - 4.1. Definition der alltäglichen Angelegenheiten
 - 4.2. Fallgruppen und deren Problematik
 - 4.3. Die Bedeutung von Elternvereinbarungen über die Entscheidungsergebnisse
 - 5. Rechtslage bei Uneinigkeit der Eltern
 - IV. Die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes
 - 1. Allgemeines
 - 2. Das Zustimmungserfordernis
 - 3. Einvernehmen zwischen den Eltern ist nicht erforderlich
 - 4. Behördlicher Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes
 - 5. Anpassung der Kinderbelange
 - 6. Sanktionen bei einem Verstoss gegen Art. 301a Abs. 2 ZGB
 - V. Die verfahrensrechtliche Stellung der Kinder
- D. Schluss

A. Einleitung

[Rz 1] Am 1. Juli 2014 ist die Gesetzesnovelle zur elterlichen Sorge in Kraft getreten. Sie sollte zwei zentrale Grundsätze verwirklichen: Erstens die rechtliche Diskriminierung nichtverheirateter Väter beseitigen¹ und zweitens die gemeinsame elterliche Sorge als Regel etablieren².

[Rz 2] Dass Eltern, die nicht miteinander verheiratet oder voneinander geschieden sind³, überhaupt die elterliche Sorge gemeinsam ausüben können, ist im Schweizerischen Zivilgesetzbuch erst seit dem Jahr 2000 vorgesehen. Bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts war die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener sowie unverheirateter Eltern rechtlich⁴ als Ausnahmefall ausgestaltet. Damit sie beibehalten beziehungsweise errichtet werden konnte, mussten nämlich verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Namentlich bedurfte es eines gemeinsamen Antrages der Eltern. Im europäischen Vergleich erwies sich diese Regelung rasch als überholt. In den meisten Rechtsordnungen ändert die Scheidung nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern⁵. In Bezug auf unverheiratete Eltern hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten, das Erfordernis eines gemeinsamen Antrages der Eltern für die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge widerspreche unter Umständen Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) i.V.m. Art. 8 EMRK⁶.

[Rz 3] Im vorliegenden Beitrag wird zunächst das neue Recht der elterlichen Sorge im Überblick dargestellt. Danach werden einige ausgewählte Fragestellungen näher beleuchtet, die insbesondere die Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) betreffen. Auf eine generelle Würdigung der Revision wird hingegen verzichtet.

B. Übersicht über die Revision

I. Inhaber der elterlichen Sorge

[Rz 4] Auch nach revidiertem Recht kommt verheirateten Eltern die elterliche Sorge für ihre minderjährigen Kinder gemeinsam zu. Neu überdauert indessen die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich sowohl ein Eheschutzverfahren als auch die Scheidung der Eltern. Nur wenn «dies

¹ Botschaft zu einer Änderung des Zivilgesetzbuches vom 16. November 2011 (Elterliche Sorge), BBl 2011 9077, S. 9087 f.

² Botschaft (Fn. 1), 9092 f.

³ Im Folgenden wird einfachheitshalber von unverheirateten beziehungsweise geschiedenen Eltern gesprochen. Bezug genommen wird dabei immer auf nicht *miteinander*verheiratete beziehungsweise *voneinander*geschiedene Eltern.

⁴ Bereits im Jahr 2010 war in fünf Kantonen (AR, GE, JU, NE, VD) die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern im Rechtsalltag die Regel, vgl. Botschaft (Fn. 1), 9084. Seit 2010 erhebt das Bundesamt für Statistik die Zuteilung der elterlichen Sorge anlässlich einer Scheidung nicht mehr. Auch der Anteil unverheirateter Eltern, die die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, ist in den letzten Jahren markant gestiegen, so die Botschaft (Fn. 1), 9085.

⁵ Vgl. hierzu LINUSCANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Bern 2007, 113 ff.; Botschaft (Fn. 1), 9096 ff. Allerdings bestehen Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob trotz gemeinsamer elterlicher Sorge eine gerichtliche Überprüfung der Situation im Lichte des Kindeswohls erfolgen soll, vgl. hierzu ANDREA BÜCHLER/LINUS CANTIENI/HEIDI SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch 2007, 207 ff., 209.

⁶ Vgl. insbesondere die Fälle Buchs gegen die Schweiz (Nr. 9929/12 vom 27. Mai 2014), Zaunegger gegen Deutschland (Nr. 22028/04 vom 3. Dezember 2009) sowie Sporer gegen Österreich (Nr. 35637/03 vom 2. Februar 2011). Die elterliche Sorge ist gemäss Rechtsprechung des EGMR dann Teilgehalt von Art. 8 EMRK, wenn zwischen diesem Elternteil und dem Kind ein «Familienleben» vorliegt. Vgl. hierzu JUDITH WYTTENBACH/IRENE GROHSMANN, Welche Väter für das Kind?, AJP 2014, 149 ff., 151.

zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist», überträgt das Gericht⁷ die Alleinsorge einem Elternteil (vgl. Art. 298 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches [ZGB]). An Stelle einer solchen Übertragung kann das Gericht die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam belassen und sich auf die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs beziehungsweise der Betreuungsanteile beschränken (Art. 298 Abs. 2 ZGB). Das Gericht kann und muss diese Punkte aber nur dann regeln, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern hierüber einigen⁸. Sind sich die Eltern hingegen einig, hat das Gericht lediglich festzustellen, dass die Eltern die elterliche Sorge für ihr Kind weiterhin gemeinsam ausüben.

[Rz 5] Während die gemeinsame elterliche Sorge bei geschiedenen Eltern tatsächlich als rechtlicher Regelfall ausgestaltet worden ist, ist der Gesetzgeber bei unverheirateten Eltern auf halber Strecke stehen geblieben. Denn dort steht die elterliche Sorge zunächst der (volljährigen, nicht unter umfassender Beistandschaft stehenden) Mutter alleine zu (vgl. Art. 298a Abs. 5 ZGB). Zudem können die Eltern auf Zusehen hin übereinkommen, an dieser Rechtslage nichts ändern zu wollen⁹. Das Recht der elterlichen Sorge ist damit weiterhin zivilstandsabhängig ausgestaltet¹⁰. Das Vorgehen zur Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterscheidet sich je nachdem, ob sich die Eltern hierüber einig sind oder nicht¹¹. Bei Einigkeit der Eltern können diese eine Erklärung abgeben, wonach sie bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und sie sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr beziehungsweise die Betreuungsanteile sowie über den Kindesunterhalt verständigt haben (vgl. Art. 298a ZGB). Durch die Abgabe¹² dieser Erklärung kommt die gemeinsame elterliche Sorge von Gesetzes wegen zu Stande. Weigert sich demgegenüber ein Elternteil, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, so kann der andere Elternteil die KESB anrufen. Diese hat die gemeinsame elterliche Sorge zu verfügen, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist (vgl. Art.

⁷ Teilweise sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden als Gerichtsbehörden ausgestaltet. Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes umfasst der Begriff «KESB» auch diese Behörden.

⁸ Art. 133 Abs. 1 ZGB stellt eine reine Verweismorm dar. Verwiesen wird unter anderem auf Art. 298 Abs. 2 ZGB. Letztere Norm ist nicht so zu interpretieren, dass sich das Gericht *auch dann* auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken kann, wenn sich die Eltern hierüber uneinig sind. Wie ein Vergleich mit der «Parallelnorm», welche auf unverheiratete Eltern anwendbar ist (Art. 298b Abs. 3 ZGB), zeigt, brauchen diese Aspekte nicht geregelt zu werden, wenn sich die Inhaber der elterlichen Sorge einig sind. Es besteht kein Grund, sich scheidende und unverheiratete Eltern in diesem Punkt unterschiedlich zu behandeln. So im Ergebnis auch ANDREAS BUCHER, *Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext*, in: ALEXANDRA RUMOJUNGO/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS (Hrsg.), *Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen*, Zürich/Basel/Genève 2013, 1 ff., N 17; a.A. URS GLOOR/JONAS SCHWEIGHAUSER, *Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht*, FamPra.ch 2014, 1 ff., 4, die von einer zwingenden Regelung der Obhut ausgehen, weil in Art. 133 Abs. 1 ZGB die Obhut aufgeführt sei.

⁹ Zwar unterliegen Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Grundsatz der *Offzialmaxime* (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 3 ZGB). Aus Art. 298b Abs. 1 ZGB geht indessen hervor, dass der Antrag eines Elternteils vorausgesetzt wird, damit die KESB die gemeinsame elterliche Sorge verfügen kann. Im Ergebnis so auch DAVID RÜETSCHI, zit. in: MARGRET BÜRGISSER, *Gemeinsam Eltern bleiben*, Bern 2014, 246.

¹⁰ Vgl. auch GLOOR/SCHWEIGHAUSER (Fn. 8), 10, wonach eine «effektiv zivilstandsunabhängige Sorgerechtsregelung» die elterliche Sorge des Vaters wohl mit der Begründung des Kindesverhältnisses entstehen lassen würde.

¹¹ Eine Ausnahme gilt für den Fall der Heirat der unverheirateten Eltern. Durch die Heirat erlangen sie *ex lege* die gemeinsame elterliche Sorge (Art. 259 Abs. 1 ZGB).

¹² Missverständlich diesbezüglich der deutsche Gesetzestext von Art. 298a Abs. 5 ZGB, aus welchem hervorzugehen scheint, dass der massgebende Zeitpunkt für die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge das Vorliegen der Erklärung sei. Aus dem französischen sowie dem italienischen Gesetzestext zu Art. 298a Abs. 5 ZGB («jusqu» au dépôt»; «fintanto che non sia stata presentata») geht aber hervor, dass der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung massgebend ist. Hierfür spricht auch, dass sich die Eltern bis zu diesem Zeitpunkt von der KESB beraten lassen können (vgl. Art. 298a Abs. 3 ZGB).

298b Abs. 2 ZGB). Zusammen mit der elterlichen Sorge regelt die KESB die «übrigen strittigen Punkte» zwischen den Eltern, mit Ausnahme des Kindesunterhalts (vgl. Art. 298b Abs. 3).

[Rz 6] Eine Sonderregelung enthält das Gesetz für den Fall, dass das Kindesverhältnis mittels Vaterschaftsklage hergestellt werden muss¹³. In einer solchen Konstellation verfügt das Gericht an Stelle der KESB die gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist (vgl. Art. 298c ZGB).

[Rz 7] Bedauerlicherweise wurde im Rahmen der Gesetzesrevision keine Rechtsgrundlage für eine bundesweite Datensammlung geschaffen, welche bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses Behörden und Privaten darüber Auskunft geben würde, wer Inhaber der elterlichen Sorge für ein bestimmtes Kind ist¹⁴. Weiterhin muss also eine zeitaufwendige Erkundigung bei allen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden an sämtlichen Wohnorten des Kindes seit dessen Geburt und bei allen Gerichten an sämtlichen Wohnorten der Eltern seit Anhebung eines Eheschutzverfahrens erfolgen, damit zuverlässig festgestellt werden kann, wer Inhaber der elterlichen Sorge ist¹⁵.

II. Inhalt der elterlichen Sorge

[Rz 8] Die Frage, welchen Inhalt die elterliche Sorge hat und haben soll, stand bedauerlicherweise bis anhin nicht im Fokus der rechtspolitischen Diskussion¹⁶. Unbefangen betrachtet meint der Begriff der elterlichen Sorge einerseits Besorgnis und andererseits Fürsorge. Er suggeriert damit Nähe, Alltag und Bezogenheit. Elterliche Sorge hat aber im Recht wenig mit diesen Begriffen zu tun, sondern vielmehr mit Entscheidungsbefugnis¹⁷. Entsprechend hält die Botschaft fest, gemeinsame elterliche Sorge bedeute, «... dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, im Prinzip gemeinsam regeln»¹⁸. Selbstredend wäre im Alltag aber ein Modell impraktikabel, das von gemeinsam sorgeberechtigten Eltern verlangt, jeden Entscheid, welcher das Kind berührt, zusammen zu treffen. Daher sieht Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB vor, dass der Elternteil, der das Kind betreut, im Innenverhältnis (Verhältnis zwischen den Eltern) alleine entscheiden kann, wenn es um Angelegenheiten geht, die «alltäglich» oder «dringlich» sind. Um welche Angelegenheiten es sich dabei handelt, liess der Gesetzgeber bewusst offen. In den übrigen Fällen müssen die Eltern gemeinsam entscheiden, es sei denn, ein Elternteil ist nicht «mit vernünftigen Aufwand» zu erreichen, was

¹³ Dabei kann es sich nur um Konstellationen handeln, bei welchen die Mutter mit dem biologischen Vater nicht verheiratet ist, ansonsten bestünde bereits von Gesetzes wegen ein Kindesverhältnis zu ihrem Ehemann (vgl. Art. 255 Abs. 1 ZGB).

¹⁴ Denkbar wäre namentlich die Eintragung der entsprechenden Information in das Zivilstandsregister oder – wie im deutschen Recht – in einem separaten «Sorgeregister» gewesen.

¹⁵ Vgl. PATRICK FASSBIND, *Belassung, Erhalt und Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge*, ZKE 2014, 95 ff., 103, mit dem zutreffenden Hinweis, dass kantonale Register in einer «mobilen Gesellschaft unbehilflich und unvollständig» sind.

¹⁶ Siehe hierzu immerhin PATRICK FASSBIND, *Gegenüberstellung sowie kritische Würdigung der derzeit in der Schweiz propagierten Sorgerechtskonzepte*, ZVW 2008, 14 ff.

¹⁷ Vgl. ANDREA BÜCHLER, *Von Irrungen und Wirrungen um die elterliche Sorge*, in: *Kantonsgericht St. Gallen (Hrsg.), Mitteilungen zum Familienrecht: Jubiläumsausgabe*, St. Gallen 2009, 7 ff., 7.

¹⁸ Botschaft (Fn. 1), 9106; das Bundesgericht definiert die elterliche Sorge als ein Pflichtrecht, «... das die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse gegenüber dem Kind umfasst, insbesondere mit Bezug auf die Erziehung, die gesetzliche Vertretung und die Vermögensverwaltung», Urteil des Bundesgerichts 5A_198/2013 vom 14. November 2013, E. 4.1.

selten der Fall sein dürfte. Eine Sonderbestimmung besteht in Bezug auf Entscheidungsbefugnisse über den Aufenthaltsort des Kindes (vgl. Art. 301a ZGB). Für das «Aussenverhältnis» (Verhältnis zwischen den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern einerseits und Dritten andererseits) gilt weiterhin, dass gutgläubige Dritte davon ausgehen können, ein allein handelnder Elternteil handle im Einvernehmen mit dem anderen Elternteil (vgl. Art. 304 ZGB).

[Rz 9] Festzuhalten ist schliesslich, dass aus der gemeinsamen elterlichen Sorge weder eine Pflicht noch ein Recht fliesst, das Kind hälftig zu betreuen¹⁹.

III. Sachliche Zuständigkeit

[Rz 10] Weiterhin sind für die Frage, wem die elterliche Sorge zusteht, sowie für Konflikte rund um die gemeinsame elterliche Sorge sowohl das Gericht als auch die KESB zuständig. Neu wirken auch die Zivilstandsämter mit, nämlich bei der Erteilung der einvernehmlich erklärten gemeinsamen elterlichen Sorge. Teilweise fehlen explizite Regelungen der sachlichen Zuständigkeit²⁰. In solchen Fällen drängt sich eine analoge Anwendung von Art. 315a ZGB auf, wonach im Rahmen von eherechtlichen Verfahren grundsätzlich das Gericht sachlich zuständig ist, Kindesschutzmassnahmen zu erlassen²¹.

IV. Begriffliche Klärung

[Rz 11] Wie bereits erwähnt, verwendet der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen die Begriffe «Obhut», «persönlicher Verkehr» und «Betreuungsanteile».

[Rz 12] Unter dem alten Recht bestand die Obhut im Wesentlichen aus zwei Elementen: Einerseits aus der rechtlichen Obhut, nämlich der Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes sowie die Art und Weise seiner Unterbringung zu bestimmen; andererseits aus der faktischen Obhut, worunter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft und die Verantwortung für die tägliche Betreuung, Pflege und Erzie-

¹⁹ Botschaft (Fn. 1), S. 9094; vgl. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGULA AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, N 17.111. Im Rahmen der Vernehmlassung zur derzeit laufenden Revision des Kindesunterhaltsrechts wurde vorgeschlagen, eine ungefähr hälftige Aufteilung der Kindesbetreuung zwischen den Eltern gesetzlich zu normieren. Nach Dafürhalten des Bundesrates ist es aber nicht angezeigt, «... alle getrennt lebenden Eltern zu einer alternierenden Obhut zu verpflichten.», vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, 529 ff., 564 ff. Eine solche Regelung würde nicht die derzeitige Betreuungsrealität widerspiegeln. So kam ein 2008 abgeschlossenes Forschungsprojekt im Rahmen des Schweizerischen Nationalfonds Programms 52 («Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge») zum Schluss, dass in den Kantonen ZH, BS und BL 71 Prozent der (gemeinsam sorgeberechtigten, geschiedenen) Studienteilnehmenden ein traditionelles Familienmodell leben (die Mutter ist im Alltag für die Kinder zuständig und ist allenfalls Teilzeit erwerbstätig, der Vater ist voll erwerbstätig und pflegt Besuchskontakte zu den Kindern). Nur 16 Prozent der (gemeinsam sorgeberechtigten, geschiedenen) Eltern teilen sich die Kinderbetreuung partnerschaftlich. Vgl. ANDREA BÜCHLER/HEIDI SIMONI (Hrsg.), Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009, 142.

²⁰ So zum Beispiel bei Art. 301a Abs. 5 ZGB.

²¹ In diese Richtung wohl auch BUCHER (Fn. 8), N 166. So auch der Bericht des Bundesamtes für Justiz «Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge», Mai 2014, 16; Ziel dieses Berichts ist es, «... den Willen des Gesetzgebers so wiederzugeben, wie er in der Botschaft sowie während der Annahme der Bestimmungen durch das Parlament formuliert wurde...» (vgl. Bericht BJ, 4). Beim Bericht handelt es sich mithin «nur» um ein Hilfsmittel bei der historischen Auslegung der Normen; A.A. offenbar GLOOR/SCHWEIGHAUSER (Fn. 8), 4, welche ohne nähere Begründung von der Genehmigungsfähigkeit einer Elternvereinbarung ausgehen.

hung des Kindes zu verstehen war²². Wie der Begriff der Obhut unter revidiertem Recht zu verstehen ist, ist unklar. Die Botschaft hält diesbezüglich dafür, der Begriff der Obhut sei nur noch im Sinne der faktischen Obhut zu verstehen²³. Demgegenüber vertreten HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER²⁴ im Ergebnis die Auffassung, die Bedeutung des Begriffs der Obhut habe sich nicht geändert²⁵. Folgt man dieser Auffassung, so könnte die zuständige Behörde das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge einem Elternteil allein zuweisen. Allerdings geht aus Art. 301a ZGB hervor, dass das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, neu Bestandteil der elterlichen Sorge ist und nicht wie bis anhin²⁶ Ausfluss der elterlichen Obhut. Entsprechend wurde die Marginalie von Art. 310 ZGB von «Aufhebung der elterlichen Obhut» in «Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts» geändert. Nach neuem Recht ist daher mit dem Begriff der Obhut «nur» noch die faktische Obhut gemeint²⁷. Inhaber der Obhut ist nur noch derjenige Elternteil, der mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt²⁸. Die Obhut kann nach dem Willen des Gesetzgebers auch beiden Elternteilen zukommen. Sie umschreibt primär einen faktischen Zustand, nämlich das Wohnen eines Elternteils in häuslicher Gemeinschaft mit dem Kind. Daneben hat der Begriff der Obhut aber auch einen hoheitlichen Charakter: Die Obhut muss in gewissen Situationen trotz gemeinsamer elterlicher Sorge behördlich zugeteilt werden; so der klare Gesetzeswortlaut (vgl. z.B. Art. 298 Abs. 2 ZGB; Art. 298b Abs. 3 ZGB)²⁹. Der faktische Zustand und die hoheitliche Zuteilung können auseinanderfallen: So kann einem Elternteil die Obhut anlässlich einer Scheidung zugewiesen worden sein, das Kind aber zu einem späteren Zeitpunkt im Einverständnis beider Eltern ausschliesslich mit dem anderen Elternteil in häuslicher Gemeinschaft leben. In solchen Fällen ist wohl vom faktischen Zustand auszugehen, wenn die Obhut Anknüpfungspunkt für gewisse Rechtswirkungen ist, wie

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_198/2013 vom 14. November 2013, E. 4.1; BGE 136 III 353; 356 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 19), N 17.100. In der Rechtslehre wurde die faktische Obhut nicht einheitlich definiert. Namentlich verzichteten gewisse Autoren auf das Erfordernis der häuslichen Gemeinschaft, vgl. zum Beispiel MARIANNE ROOS, Rechtsstellung der Lehrperson, in: MARCO DONATSCH/THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Zürcher Lehrpersonalrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 168, wonach auch Lehrpersonen Inhaber der (faktischen) Obhut seien. Zur geschichtlichen Entwicklung der Begriffe der rechtlichen und faktischen Obhut vgl. Bundesamt für Justiz, Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltsort» gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011, Schreiben zu Händen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 11. Juni 2012, publiziert auf <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Documents/bericht-bj-11-070-2012-06-11-d.pdf> (zuletzt besucht am 31. März 2014), 1.

²³ Vgl. Botschaft (Fn. 1), 9101.

²⁴ (Fn. 19), N 17.105.

²⁵ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 19), N 17.105.

²⁶ Vgl. BGE 136 III 353.

²⁷ BUCHER (Fn. 8), N 80; Empfehlungen der KOKES vom 13. Juni 2014 «Umsetzung gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall», abrufbar unter www.kokes.ch, Rubrik «Dokumentation», 2 (zuletzt besucht am 7. Juli 2014).

²⁸ A.A. offenbar PATRICK FASSBIND, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014, 692 ff., 694 f., der davon ausgeht, neu sei bei gemeinsamer Sorge getrennt lebender Eltern zwischen hauptsächlicher Obhut und nicht hauptsächlicher Obhut («Obhut light») zu unterscheiden. Dem Inhaber der elterlichen Sorge, welcher nicht mit dem Kind zusammenlebt, kommt gemäss FASSBIND die «nicht hauptsächliche Obhut» zu, welche aus den Rechten und Pflichten bestehe, die aus dem persönlichen Verkehr oder aus den Betreuungsanteilen sowie dem Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 301a Abs. 2 ZGB fließen.

²⁹ Zu berücksichtigen ist, dass die elterliche Obhut als Teilgehalt der elterlichen Sorge durch Art. 8 EMRK geschützt ist. Mithin muss eine Einschränkung der elterlichen Obhut den Anforderungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügen. Eine generelle Unzulässigkeit, bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Obhut einem Elternteil alleine zuzuweisen, ergibt sich aber aus der EMRK nicht, vgl. MARTIN WIDRIG, Alternierende Obhut – Leitprinzipien des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, AJP 2013, 903 ff., 906. Teilweise wird in der Rechtslehre postuliert, aufgrund der «staatlichen Schutzpflicht» müsse der Gesetzgeber das Recht so ausgestalten, dass eine alternierende Obhut möglichst häufig angestrebt und verwirklicht wird, WIDRIG (Fn. 29), 910.

zum Beispiel für die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes des Kindes³⁰. Im Ergebnis befindet sich dieser am Ort, zu welchem das Kind die engsten Beziehungen aufweist³¹.

[Rz 13] Weiter stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Begriffe «Obhut», «persönlicher Verkehr» und «Betreuungsanteile» zueinander stehen.

[Rz 14] Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB hat ein Elternteil dann Anspruch auf persönlichen Verkehr, wenn ihm die Obhut *nicht* zusteht. Die Bestimmung wurde im Rahmen der Reform unverändert belassen, womit davon auszugehen ist, dass das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Obhut und dem persönlichen Verkehr auch unter neuem Recht fortbesteht. Für die Abgrenzung der Begriffe «persönlicher Verkehr» und «Betreuungsanteile» war nach bisherigem Recht massgebend, ob die gemeinsame elterliche Sorge besteht oder nicht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes³² war bei gemeinsamer elterlicher Sorge nicht der persönliche Verkehr (und die Obhut) zu regeln, sondern es waren Betreuungsanteile festzulegen. Mit der Reform wurde diese Abgrenzung neu gezogen. Zunächst war vorgesehen, auf den Begriff der «Betreuungsanteile» ganz zu verzichten. Er wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingeführt und soll dann zur Anwendung gelangen, wenn beiden Elternteilen nicht nur die elterliche Sorge, sondern auch die elterliche Obhut zusteht (sogenannte alternierende Obhut oder geteilte Obhut)³³. Massgebend für die Abgrenzung zwischen den Begriffen «Betreuungsanteile» und «persönlicher Verkehr» ist mithin nach neuem Recht, ob die faktische Obhut beiden Eltern zusteht oder nicht³⁴: Bei einem Betreuungsanteil handelt es sich um denjenigen Zeitraum, welcher ein Kind, das mit beiden Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebt, bei einem Elternteil verbringt. Beim persönlichen Verkehr handelt es sich demgegenüber um den Zeitraum, der ein Kind bei demjenigen Elternteil verbringt, mit welchem es nicht in häuslicher Gemeinschaft lebt.

[Rz 15] Damit ist auch gesagt, dass entweder die Betreuungsanteile oder die Obhut und der persönliche Verkehr in Frage stehen³⁵. Ersteres, wenn das Kind in häuslicher Gemeinschaft mit beiden Eltern, letzteres, wenn das Kind mit einem Elternteil alleine in häuslicher Gemeinschaft lebt. Unter welchen Voraussetzungen von einer häuslichen Gemeinschaft zwischen dem Kind und dem Elternteil ausgegangen werden kann, ist ungeklärt. Unproblematisch sind diesbezüglich diejenigen Fälle, in welchen sich ein Kind jeweils hälftig bei beiden Eltern aufhält. Solche Vereinbarungen kommen allerdings in der Praxis selten vor. In aller Regel hält sich ein Kind schwergewichtig bei einem Elternteil auf. Offen ist, wann in solchen Konstellationen nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass auch zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil eine häusliche

³⁰ A.A. die Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 2, 10, in welchen der hoheitliche Charakter der Obhut hervorgehoben wird.

³¹ Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz des Kindes am Wohnsitz des (gemeinsam sorgeberechtigten) Elternteils, unter dessen faktischer Obhut das Kind steht. Damit wird auf die Intensität der Beziehung eines Kindes zu einem Ort abgestellt. Lebt das Kind mit beiden Eltern in häuslicher Gemeinschaft (alternierende Obhut) und haben diese einen unterschiedlichen Wohnsitz, muss ebenfalls darauf abgestellt werden, zu welchem Ort das Kind die engsten Beziehungen aufweist, so auch Schreiben BJ (Fn. 22), 7; a.A. die Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 10, wonach der Wohnsitz bei «gleich grossen Betreuungsanteilen» frei wählbar sei und von den Eltern oder derjenigen Instanz, welche das Betreuungsmodell anordnet, festgelegt werden sollte.

³² Vgl. Art. 133 Abs. 3 aZGB und Art. 298a Abs. 1 aZGB. Gleichwohl wurde in der Praxis auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge teilweise explizit die Obhut zugewiesen und der persönliche Verkehr geregelt, vgl. Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (Hrsg.), *Mustersammlung zum Adoptions- und Kindesrecht*, 4. Aufl., Bern 2005, 103.

³³ Vgl. Votum Anne Seydoux-Christe, AB 2013 S 7.

³⁴ So auch die Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 2.

³⁵ A.A. FASSBIND (Fn. 28), der davon ausgeht, unter Umständen betreue der Inhaber der nicht hauptsächlichen Obhut das Kind im Rahmen der Ausübung des persönlichen Verkehrs (vgl. Fn. 28 dieses Aufsatzes).

Gemeinschaft besteht. Unter dem früheren Recht hat das Bundesgericht lediglich in allgemeiner Form festgehalten, eine alternierende Obhut liege dann vor, wenn die Eltern die Verantwortung für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes mehr oder weniger gleichmässig aufteilen, unabhängig davon, ob sich die Betreuungsperioden über Tage, Monate oder Wochen erstrecken³⁶. Damit hat das Bundesgericht implizit die Auffassung verneint, wonach die häusliche Gemeinschaft des Kindes mit beiden Elternteilen nur dann zu bejahen ist, wenn sich kein Betreuungsschwerpunkt nachweisen lässt³⁷.

[Rz 16] Zusammenfassend ist festzustellen, dass die verschiedenen Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit der Betreuung des Kindes wenig geklärt sind. Dies ist zu bedauern. Es wäre zu überlegen, diese unbestimmte begriffliche Vielfalt aufzugeben und alle Kontakte zwischen Kindern und ihren Eltern unter den Begriff der Betreuung zusammenzufassen.

V. Übergangsrecht

[Rz 17] Die dargelegten Bestimmungen sind grundsätzlich auch auf Kinder anwendbar, welche vor dem 1. Juli 2014 geboren wurden.

[Rz 18] Gesetzlich nicht explizit geregelt wurde der Fall, dass beide (unverheiratete oder geschiedene) Eltern nach dem 1. Juli 2014 mit der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge für ihre vor dem 1. Juli 2014 geborenen Kinder einverstanden sind. In diesem Fall können sich die Eltern jederzeit mit einer entsprechenden Erklärung an die KESB³⁸ wenden³⁹.

[Rz 19] Sind sich die Eltern demgegenüber über die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge uneinig, kann sich der nicht sorgeberechtigte Elternteil innerhalb eines Jahres ab dem 1. Juli 2014 an die zuständige Behörde⁴⁰ wenden und die gemeinsame elterliche Sorge beantragen (vgl. Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB). Diese hat sodann – in Anwendung von Art. 298b ZGB – die gemeinsame elterliche Sorge zu verfügen, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist. Geschiedene Eltern haben neben der in die Zukunft gerichteten Jahresfrist noch eine weitere Befristung zu berücksichtigen: Die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge gegen den Willen eines vormaligen Ehegatten ist nur dann möglich, wenn sich die Eltern weniger als fünf Jahre vor dem 1. Juli 2014 haben scheiden lassen (vgl. Art. 12 Abs. 5 SchlT ZGB)⁴¹. Auch in Bezug auf das intertemporale Recht werden mithin unverheiratete und geschiedene Eltern unterschiedlich behandelt. Nach Ablauf der Jahresfrist kann die altrechtliche Zuteilung der elterlichen Sorge nur geändert werden, wenn dies wegen einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zum Wohl des

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A_69/2011 vom 27. Februar 2012, E. 2.1 m.w.Nw. So auch WIDRIG(Fn. 29.), 904.

³⁷ So der deutsche Bundesgerichtshof, vgl. BGH, Beschluss vom 14. Februar 2007 – XII ZB 190/0414; BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – XII ZR 126/03; BGH Urteil vom 12. März 2014 – XII ZB 234/13.

³⁸ Dies unabhängig davon, ob die Eltern geschieden oder nicht verheiratet sind; die sachliche Zuständigkeit der KESB in Bezug auf geschiedene Eltern ergibt sich aus Art. 134 Abs. 3 ZGB.

³⁹ GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 23.

⁴⁰ Geschiedene Eltern: Gericht (vgl. Art. 134 Abs. 3 ZGB); unverheiratete Eltern: KESB.

⁴¹ Der Gesetzgeber hat es unterlassen, zu präzisieren, ob das Datum des Scheidungsurteils, der Rechtskraft des Scheidungsurteils oder ein allenfalls hiervon abweichendes Datum (beispielsweise das Datum der Rechtskraft eines allfälligen Teilurteils betreffend die Zuteilung der elterlichen Sorge) massgebend sein soll. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 24, gehen davon aus, dass das Datum der Rechtskraft des Scheidungsurteils massgebend sei.

Kindes notwendig ist (vgl. Art. 134 Abs. 1 ZGB; Art. 298d Abs. 1 ZGB)⁴².

C. Ausgewählte Einzelfragen

I. Abgabe der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge

1. Formalien und Zuständigkeiten

[Rz 20] Die Formalien, welche von den Eltern zu beachten sind, wenn sie die Erklärung vor dem Zivilstandsamt abgeben, sind in der Zivilstandsverordnung geregelt. Nach Art. 11b der Zivilstandsverordnung (ZStV) müssen die Eltern gemeinsam vor dem Zivilstandsamt erscheinen und die Erklärung schriftlich vor der Zivilstandsbeamtin abgeben.

[Rz 21] Die in der Zivilstandsverordnung festgelegten Formalien sind analog auf die Abgabe der Erklärung bei der KESB anwendbar⁴³. Fraglich ist, ob die Erklärung bei der KESB im engeren Sinn abgegeben werden muss, mithin beim Spruchkörper der Behörde, oder auch gegenüber Mitarbeitenden der KESB im weiteren Sinn⁴⁴ sowie gegenüber Mitarbeitenden eines von der KESB mit Abklärungen beauftragten externen Dienstes erfolgen kann. Für die Beantwortung dieser Frage ist massgebend, ob die KESB im Zusammenhang mit der Abgabe der Erklärung einen Entscheid zu treffen hat. Entscheidungsbefugnisse kommen nämlich nur der KESB im engeren Sinn zu⁴⁵. Mit der Abgabe der Erklärung tritt die gemeinsame elterliche Sorge von Gesetzes wegen ein. Ein Entscheid der KESB ist im Grundsatz nicht erforderlich, weshalb die Erklärung auch gegenüber Mitarbeitenden der KESB im weiteren Sinne erfolgen kann. Von diesem Grundsatz bestehen allerdings Ausnahmen: Zunächst kann das kantonale Recht strengere Vorschriften vorsehen. Weiter muss ein Entscheid durch die KESB im engeren Sinn ergehen, wenn ein Mitarbeitender der KESB im weiteren Sinn die Entgegennahme der Erklärung verweigern möchte. Schliesslich reichen zuweilen Eltern zusammen mit der Erklärung genehmigungsbedürftige Vereinbarungen betreffend die Kinderbelange ein. Für diese Genehmigung ist die KESB im engeren Sinn zuständig.

[Rz 22] Der Wortlaut des Gesetzes (Art. 298a Abs. 3 ZGB) stellt klar, dass die Erklärung bei der KESB abgegeben werden muss. Daher können zwar externe Abklärungsdienste beauftragt werden, Erklärungen entgegenzunehmen. Die Abgabe der Erklärung erfolgt dann aber erst im Zeitpunkt, in welchem diese von Mitarbeitenden der KESB zur Kenntnis genommen wird⁴⁶. Die Mitarbeitenden der externen Dienste haben also entgegengenommene Erklärungen der KESB ein-

⁴² Bericht BJ (Fn. 21), 10.

⁴³ Fraglich ist, ob die Eltern in jedem Fall persönlich die Erklärung bei der KESB abgeben müssen oder ob auch ein rein schriftliches Verfahren denkbar ist (für letztere Variante Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 3). Für die Möglichkeit eines schriftlichen Verfahrens spricht, dass die Errichtung der elterlichen Sorge mit weniger Aufwand verbunden wäre. Nicht verheiratete Eltern würden eher wie verheiratete Eltern behandelt, erhalten diese doch ohne jeglichen Aufwand die gemeinsame elterliche Sorge zugewiesen. Gegen ein rein schriftliches Verfahren spricht der Umstand, dass nicht verifiziert werden könnte, ob die Erklärung tatsächlich durch die Eltern unterzeichnet worden ist beziehungsweise ob die Unterzeichnung aus freiem Willen erfolgte.

⁴⁴ Darunter sind die Hilfs- und Unterstützungsdienste der KESB im engeren Sinn zu verstehen: zum Beispiel Mitarbeitende der Administration oder eines internen Abklärungsdienstes der Behörde. Vgl. zur Unterscheidung zwischen KESB i.e.S., KESB i.w.S. und externen Hilfsdiensten PATRICK FASSBIND, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 2011, 553 ff., 559 ff., 556 f.

⁴⁵ Vgl. URS VOGEL/DIANA WIDER, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde – Personelle Ressourcen, Ausstattung und Trägerschaftsformen, ZKE 2010, 1 ff., 8; FASSBIND (Fn. 44), 561; BSK ESR-VOGEL, Art. 440/441 N 6.

⁴⁶ So wohl auch FASSBIND (Fn. 15), Fn. 29.

zureichen.

2. Pflichten bei der Entgegennahme der Erklärung

[Rz 23] Bei der Entgegennahme der Erklärung ist zunächst zu prüfen, ob die Erklärenden die rechtlichen Eltern des Kindes sind. Weiter ist zu prüfen, ob eine der erklärenden Personen minderjährig ist. Schliesslich ist eine Bestätigung der Eltern einzuholen, wonach sie weder unter umfassender Beistandschaft stehen, noch ihnen die elterliche Sorge für allfällige weitere Kinder entzogen worden ist⁴⁷.

[Rz 24] Weiter ist zu prüfen, ob die Erklärung inhaltlich den Vorgaben von Art. 298a Abs. 2 ZGB entspricht. Die Eltern müssen in der Erklärung bestätigen, bereit zu sein, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt zu haben.

[Rz 25] Der Abgabe der Erklärung muss kein Beratungsgespräch vorausgehen. Die Eltern sind aber durch das Zivilstandsamt und durch die KESB auf die Möglichkeit einer Beratung (vgl. Art. 298a Abs. 3 ZGB) hinzuweisen⁴⁸. Aufgrund der Bedeutung eines Unterhaltsvertrages sind die Eltern – auch wenn sie kein Beratungsgespräch wünschen – vor Abgabe der Erklärung auf die Folgen des Fehlens eines solchen aufmerksam zu machen⁴⁹.

3. Vereinbarungen zwischen den Eltern über den Unterhalt und die Betreuung des Kindes

3.1. Allgemeines

[Rz 26] Nach neuem Recht muss die Erklärung keine Vereinbarung über die Obhut, den persönlichen Verkehr, die Betreuungsanteile oder den Unterhalt umfassen⁵⁰. Die Eltern können sich auch ohne weiteres darauf verständigen, diese Eckpunkte nicht verbindlich regeln zu wollen⁵¹. Es wird aber wohl immer wieder vorkommen, dass Eltern dem Zivilstandsamt oder der KESB gleichwohl inhaltliche Vereinbarungen über die Obhut und den persönlichen Verkehr, über die Betreuungsanteile und über den Kindesunterhalt vorlegen.

⁴⁷ Vgl. Art. 296 Abs. 3 ZGB, wonach Eltern unter umfassender Beistandschaft die elterliche Sorge nicht zusteht und Art. 311 Abs. 3 ZGB, wonach die Entziehung der elterlichen Sorge ohne gegenteilige behördliche Anordnung auch gegenüber allen später geborenen Kindern wirksam ist.

⁴⁸ So auch FASSBIND(Fn. 15), 101, in Bezug auf das Zivilstandsamt. Um auf das Beratungsangebot aufmerksam zu machen, kann die KESB zum Beispiel eine Broschüre erstellen und diese in der Geburtsabteilung von Krankenhäusern auflegen.

⁴⁹ Soweit ersichtlich, verlangen alle Kantone für die Bevorschussung des Kindesunterhalts einen entsprechenden Rechtstitel (gerichtlicher Entscheid oder Entscheid der KESB nach Art. 287 Abs. 1 ZGB).

⁵⁰ Ab dem 1. Januar 2015 müssen die Eltern allerdings spätestens drei Monate nach Abgabe der Erklärung eine Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschrift bei der KESB einreichen, ansonsten von Amtes wegen über die Anrechnung befunden wird (vgl. Art. 52fbis Abs. 3 AHVV).

⁵¹ Botschaft (Fn. 1), 9104.

3.2. Vereinbarungen über den Kindesunterhalt

[Rz 27] Rechtsverbindliche Vereinbarungen über den Kindesunterhalt sind unbestrittenermassen zulässig⁵². Fraglich ist aber, ob sie der Genehmigung bedürfen, wenn sie mit der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge einhergehen. In der Rechtslehre wird die Genehmigungsbedürftigkeit teilweise mit dem Argument verneint, eine genehmigungsfähige Vereinbarung sei unter neuem Recht (Art. 298a ZGB) gerade nicht mehr erforderlich, um die gemeinsame elterliche Sorge zu erlangen⁵³. Indessen wurde wohl nur deshalb auf das Genehmigungserfordernis verzichtet, weil die Eltern gar keine Vereinbarung über den Kindesunterhalt vorlegen müssen und es in Fällen, in welchen eine solche Vereinbarung nicht vorliegt, gar nichts zu genehmigen gäbe. Art. 287 Abs. 1 ZGB hält demgegenüber fest, dass Kindesunterhaltsverträge durch die KESB genehmigt werden müssen, damit sie für das minderjährige Kind Verbindlichkeit erlangen. Zwar mag fraglich sein, ob eine Vereinbarung zwischen den Eltern über den Kindesunterhalt als Unterhaltsvertrag im Sinne von Art. 287 ZGB zu qualifizieren ist, denn die Parteien eines Unterhaltsvertrages nach Art. 287 Abs. 1 ZGB sind das Kind, handelnd durch seinen gesetzlichen Vertreter, und der unterhaltspflichtige Elternteil⁵⁴, währenddem im Zusammenhang mit der Erklärung über die elterliche Sorge die Vereinbarung zwischen den Eltern zustande kommt. Allerdings will Art. 287 ZGB sicherstellen, dass die Vollstreckbarkeit solcher Vereinbarungen gewährleistet ist, und dass ihre Zulässigkeit und Angemessenheit überprüft wird⁵⁵, was auch bei einer Vereinbarung über den Kindesunterhalt zwischen den Eltern sinnvoll und notwendig ist. Art. 287 Abs. 1 ZGB ist daher, jedenfalls analog, auf Kindesunterhaltsvereinbarungen zwischen den Eltern anzuwenden. Eine solche Genehmigung kann nur die KESB, nicht aber das Zivilstandsamt vornehmen. Das Zivilstandsamt hat mithin die Eltern für die Genehmigung ihrer Vereinbarung an die KESB zu verweisen⁵⁶.

[Rz 28] Der Abschluss einer von der KESB genehmigten Unterhaltsvereinbarung ist zu empfehlen. Damit besteht nämlich ein für die Alimentenbevorschussung und für die Schuldneranweisung notwendiger Rechtstitel. Der genehmigte Unterhaltsvertrag stellt zudem einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar, womit eine Schuldbetreibung unter erleichterten Voraussetzungen möglich ist.

3.3. Vereinbarungen über die Obhut, den persönlichen Verkehr und die Betreuungsanteile

[Rz 29] Auch unter dem neuen Recht ist es möglich, dass Eltern eine Vereinbarung über die Betreuung ihres Kindes abschliessen. Schriftliche Vereinbarungen sind insbesondere – aber nicht nur – zu empfehlen, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Haushalt führen. Beim Abschluss

⁵² Vgl. Art. 287 ZGB.

⁵³ Vgl. FASSBIND(Fn. 15), 105, der aber zutreffenderweise auch festhält, eine Genehmigung der Vereinbarung über den Kindesunterhalt erscheine in Bezug auf dessen Bevorschussung und Vollstreckbarkeit unentbehrlich.

⁵⁴ Vgl. HEINZ HAUSHEER/ANNETTE SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 06.206.

⁵⁵ Vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 287 N 14.

⁵⁶ Sofern ein Elternteil seine Zustimmung zur gemeinsamen elterlichen Sorge von der Genehmigung des Unterhaltsvertrages abhängig macht, hat das Zivilstandsamt entweder die Annahme der Erklärung so lange auszustellen, bis die KESB den Unterhaltsvertrag genehmigt hat, oder die Eltern auch für die Abgabe der Erklärung an die KESB zu verweisen. Ansonsten besteht nämlich die Gefahr, dass Eltern die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge beim Zivilstandsamt im Vertrauen darauf abgeben, dass die KESB die Unterhaltsregelung genehmigen wird, eine solche Genehmigung aber in der Folge ausbleibt.

einer Vereinbarung über die künftige Betreuung des Kindes müssen sich Eltern zu ihren Vorstellungen und Wünschen, zur Lebensplanung, zu Werthaltungen und Interessen äussern. Dieser Klärungsprozess ist geeignet, Konflikten vorzubeugen.

[Rz 30] Schliessen die Eltern eine solche Vereinbarung ab, kann diese unter dem neuen Recht allerdings nicht durch die KESB geprüft und genehmigt werden⁵⁷. Hält sich ein Elternteil nicht mehr an die Vereinbarung, so muss der andere Elternteil die KESB anrufen. Diese ist dann aufgefordert, über die Betreuung des Kindes zu befinden⁵⁸. Bei ihrer Entscheidungsfindung hat die KESB insbesondere auch die Betreuungsvereinbarung mit zu berücksichtigen. Denn eine einst im elterlichen Konsens getroffene Entscheidung lässt vermuten, dass sie dem Kindeswohl entspricht⁵⁹.

4. Verweigerungsgründe?

[Rz 31] Art. 298a ZGB sieht die Möglichkeit, die Entgegennahme der Erklärung zu verweigern, nicht explizit vor. Ein solches Vorgehen muss dennoch zulässig sein, sofern ohne weiteres ersichtlich ist, dass zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge (der Mutter oder des Vaters) festzuhalten ist⁶⁰. Denn ansonsten wäre die KESB gezwungen, einem Elternteil die elterliche Sorge im Sinne einer Kindesschutzmassnahme umgehend wieder zu entziehen. Die Entgegennahme einer Erklärung darf aber nur ganz ausnahmsweise verweigert werden, nämlich dann, wenn Art. 311 ZGB offensichtlich erfüllt ist.

II. Elterliche Sorge und Scheidung der Eltern oder Uneinigkeit unverheirateter Eltern

1. Allgemeines

[Rz 32] Vom rechtlichen Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge können das Scheidungsgericht sowie die KESB⁶¹ dann abweichen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (vgl. Art. 298 Abs. 1 ZGB; Art. 298b Abs. 2 ZGB). Zu prüfen ist nicht, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht (sogenannte positive Kindeswohlprüfung). Vielmehr ist abzuklären, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht (sogenannte negative Kindeswohlprüfung)⁶².

[Rz 33] Kommt das Gericht zum Schluss, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl

⁵⁷ So auch Bericht BJ (Fn. 21), 6; a.A. offenbar GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 4.

⁵⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_198/2013 vom 14. November 2013.

⁵⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 16. März 2011 - XII ZB 407/10 m.w.Nw.

⁶⁰ Weitergehend FASSBIND(Fn. 15), 101, der davon ausgeht, der Zivilstandsbeamte könne bereits bei Vorliegen eines Zweifelfalles die Entgegennahme der Erklärung verweigern und der KESB eine Gefährdungsmeldung zur Abklärung der näheren Verhältnisse erstatten.

⁶¹ Zuständig hierfür ist die KESB i.e.S. (Spruchkammer), deren Besetzung sich unter Vorbehalt von Art. 440 ZGB aus dem kantonalen Recht ergibt. Unzulässig wäre es, die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Art. 298b ZGB gestützt auf Art. 440 Abs. 2 ZGB einem Mitglied der KESB i.e.S. alleine zu übertragen, handelt es sich hierbei doch um ein Geschäft, welches einer interdisziplinären Beurteilung bedarf (vgl. FamKomm ESR-WIDER, Art. 440 N 32).

⁶² Die objektive Beweislast trägt jener Elternteil, der sich gegen die gemeinsame elterliche Sorge wendet, so Botschaft (Fn. 1), 9102; vgl. auch Art. 296 ZGB. Bei den Termini «positive Kindeswohlprüfung» und «negative Kindeswohlprüfung» handelt es sich um Begriffe, welche dem deutschen Recht entliehen sind; vgl. PALANDT/GÖTZ, § 1626a N 9.

nicht entspricht, so hat es die elterliche Sorge einem Elternteil zuzuweisen. Für die Frage, wem die elterliche Sorge zugewiesen werden soll, sind nach wie vor die derzeit geltenden Kriterien massgebend: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zunächst die Erziehungsfähigkeit zu klären. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Sofern beide Eltern diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise erfüllen, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein, wobei unter Umständen die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten kann. Schliesslich ist dem Wunsch des Kindes Rechnung zu tragen, soweit dies tunlich ist. Weitere Gesichtspunkte, welche sich den vorgenannten Kriterien zuordnen lassen, sind namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen und zu unterstützen (sogenannte Bindungstoleranz) und die Qualität der persönlichen Beziehungen der Eltern zum Kind⁶³.

[Rz 34] Kommt die KESB zum Schluss, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht, so hat sie die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu belassen oder sie dem Vater zu übertragen. Sie soll also nicht nur dann die alleinige elterliche Sorge dem Vater zuweisen, wenn sie der Mutter gestützt auf Art. 311 f. ZGB entzogen werden müsste. Die Zuteilungskriterien sind dieselben, die auch von den Scheidungsgerichten zur Anwendung gebracht werden.

[Rz 35] Regelt das Gericht oder die KESB die gemeinsame elterliche Sorge oder die Betreuung des Kindes, so hat es ab dem 1. Januar 2015 auch über die Anrechnung der AHV-Erziehungsgutschriften zu befinden (vgl. Art. 52f^{bis} Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV]).

[Rz 36] Zu klären bleibt die Frage, welche Gründe zur Alleinzuteilung der elterlichen Sorge berechtigen würden, bzw. in welchen Situationen die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Nach dem Willen des Gesetzgebers haben das Scheidungsgericht und die KESB dabei den gleichen Massstab anzuwenden⁶⁴. Gemäss Art. 133 Abs. 2 ZGB hat das Scheidungsgericht einen gemeinsamen Antrag der Eltern auf Errichtung der alleinigen elterlichen Sorge zu berücksichtigen. Die Gerichte werden wohl regelmässig dem gemeinsamen Antrag der Eltern auf Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge entsprechen, ohne genau zu prüfen, ob die Zuweisung der Alleinsorge tatsächlich notwendig ist. Auch unverheiratete Eltern können sich darüber verständigen, die gemeinsame elterliche Sorge nicht zu errichten. Eine Koordination der Rechtsprechung zwischen den Scheidungsgerichten und den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ist darüber hinaus unerlässlich.

2. Gründe für die Alleinzuteilung

2.1. Entziehung der elterlichen Sorge

[Rz 37] Es wäre nicht sinnvoll, bei Eltern in Scheidung an der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Art. 298 ZGB festzuhalten, nur damit diese einem Elternteil gegenüber gestützt auf Art.

⁶³ So die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Zuteilung der rechtlichen Obhut unter altem Recht (vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 5A_157/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.1 m.w.Nw.). Vgl. auch ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2011, 226.

⁶⁴ Vgl. Botschaft (Fn. 1), 9103.

311 ZGB umgehend entzogen werden müsste. Dasselbe gilt für unverheiratete Eltern im Zusammenhang mit Art. 298b ZGB⁶⁵. Die gemeinsame elterliche Sorge entspricht daher dann nicht dem Kindeswohl, wenn ein Grund für die Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 Abs. 1 ZGB vorliegt und dieser Grund eine Gefährdung des Kindeswohls zur Folge hat, welcher mit weniger einschneidenden Massnahmen nicht begegnet werden kann⁶⁶. Das revidierte Recht führt explizit die Gewalttätigkeit als Grund für die Entziehung der elterlichen Sorge auf, wobei insbesondere häusliche Gewalt erfasst werden soll. Der Gesetzgeber differenziert bewusst und zu Recht nicht danach, ob das Kind direkt Opfer von Gewalt oder lediglich Zeuge häuslicher Gewalt wird. In vielen Fällen häuslicher Gewalt dürften der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrecht (vgl. Art. 310 ZGB) und, so lange die Gefahr einer erneuten Gewaltausübung gegen den anderen Elternteil oder dem Kind besteht, die Verweigerung des Besuchskontakts (Art. 274 Abs. 2 ZGB) geeignete und erforderliche kindesschutzrechtliche Massnahmen darstellen⁶⁷. Darüber hinaus dürfte eine Entziehung der elterlichen Sorge wegen Gewaltausübung nur in schwerwiegenden Fällen anzuordnen sein⁶⁸. Liegt häusliche Gewalt vor, werden aber häufig andere Gründe gegeben sein, namentlich fehlende Kooperationsfähigkeit oder Kooperationsbereitschaft oder eine Situation offenbaren Rechtsmissbrauchs, die es rechtfertigen, auf die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu verzichten.

2.2. Andere Gründe?

[Rz 38] Eine Entziehung der elterlichen Sorge gestützt auf Art. 311 ZGB kommt in der Praxis nur sehr selten vor⁶⁹. Es stellt sich daher die Frage, ob auch andere Gründe zur Alleinzuteilung der elterlichen Sorge berechtigen. Die Botschaft verneint diese Frage⁷⁰. Demgegenüber wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen sowohl durch den Bundesrat als auch von Seiten verschiedener Parlamentarier und Parlamentarierinnen betont, von der gemeinsamen elterlichen Sorge könne auch in anderen Fällen als in denjenigen abgesehen werden, die eine Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB rechtfertigen⁷¹. Art. 311 ZGB regelt, wann der Staat mittels der Entziehung der elterlichen Sorge seiner Verpflichtung nachkommen muss, eine Kindeswohlgefährdung abzuwenden oder zu beseitigen. Diese Fragestellung weist zwar Berührungspunkte mit der Frage auf, ob beide Eltern gemeinsam Inhaber der elterlichen Sorge sein sollen oder nicht. Die beiden Fragen sind aber nicht identisch⁷², weshalb es notwendig ist, darüber nachzudenken,

⁶⁵ Vgl. Botschaft (Fn. 1), 9105.

⁶⁶ Vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 6.

⁶⁷ Vgl. zur Ausübung des Besuchskontakts bei häuslicher Gewalt ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, *Besuchsrecht und häusliche Gewalt*, FamPra.ch 2011, 525 ff., insbesondere 539 ff.

⁶⁸ So zum Beispiel bei der Tötung des die Kinder vormals betreuenden Elternteils durch den sorgeberechtigten Elternteil, vgl. OGER Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, *Entscheid vom 27.05.2013 XBE.2013.1, E. 3.3*, auszugsweise publiziert in CAN 2014, 13 ff. Weiter kann eine längerfristige fehlende Kommunikation zwischen dem Kind und dem Gewalt ausübenden Elternteil die Entziehung der elterlichen Sorge gebieten, vgl. GUILLAUME CHOFAT, *Du retrait du droit de garde au retrait de l'autorité parentale: le choix de la mesure la plus adaptée*, ZKE 2014, 31 ff., 49 f., mit Nachweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁶⁹ So wurde gemäss der Schweizerischen Statistik der Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz 2012 (publiziert in ZKE 2014, 83 ff.) in der ganzen Schweiz Eltern nur 54 Mal die elterliche Sorge entzogen, wobei in dieser Zahl auch Entziehungen der elterlichen Sorge im Einverständnis mit den Eltern (Art. 312 ZGB) enthalten sind.

⁷⁰ Botschaft (Fn. 1), 9105.

⁷¹ Vgl. *Votum Gabi Huber AB 2012 N 1644*; vgl. *Votum Simonetta Sommaruga AB 2012 N 1646*.

⁷² So auch GLOOR/SCHWEIGHAUSER (Fn. 8), 6 sowie die Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 4. Aus dem gleichen Grund bildet auch die Eingriffsschwelle für eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) nicht einen

in welchen weiteren Konstellationen die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge gerechtfertigt ist.

2.3. Dauerkonflikt zwischen den Eltern

[Rz 39] Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Gesetzesnovelle wurde vertreten, insbesondere ein Dauerkonflikt zwischen den Eltern um das Kind könne für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge sprechen⁷³. Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit Stimmen aus der Psychologie, wonach die gemeinsame elterliche Sorge dort ihre Grenze finden solle, wo «aufgrund eindeutiger und objektiver Kriterien von einem unauflösbaren Nachscheidungskonflikt» auszugehen sei⁷⁴.

[Rz 40] Dauerkonflikte zwischen den Eltern um das Kind können dessen Entwicklung beeinträchtigen. Sie können unter anderem zu Loyalitätskonflikten des Kindes führen, bei ihm Gefühle der Unsicherheit und der Ohnmacht hervorrufen, und mitunter gar für die Vernachlässigung des Kindes verantwortlich sein, weil Eltern stark mit sich selbst beschäftigt sind⁷⁵. Dauerkonflikte zwischen den Eltern um das Kind können folglich die Alleinzuteilung rechtfertigen, allerdings keineswegs regelmässig, sondern nur unter den folgenden Vorbehalten: Die KESB muss bei der Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge die Obhut und den persönlichen Verkehr beziehungsweise die Betreuungsanteile zwischen den Eltern regeln, sofern sich diese darüber uneinig sind (vgl. Art. 298b Abs. 3 ZGB). Auch das Gericht kann an der gemeinsamen elterlichen Sorge festhalten und die umstrittene Betreuung regeln (vgl. Art. 298 Abs. 2 ZGB). Die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge erfährt damit eine differenzierte Ausgestaltung, indem gewisse konfliktbehaftete Punkte behördlich entschieden werden können. Wird die Obhut zuteilt, verbleibt beim anderen Elternteil (nur) eine «Restsorge», die darin besteht, gemeinsam mit dem obhutsberechtigten Elternteil diejenigen Entscheidungen zu treffen, die nicht von Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB erfasst sind. Können sich die Eltern bei solchen Entscheidungen nicht einigen, vermögen allenfalls Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB rasch eine Lösung herbeizuführen. Selbstredend kann ein Dauerkonflikt zwischen den Eltern auch über behördlich geregelte Punkte bestehen oder hinsichtlich Aspekte, welche in die Alleinentscheidungsbefugnis eines Elternteils fallen. Die Alleinsorge stellt aber in solchen Situationen kaum ein taugliches Mittel dar, um den elterlichen Konflikt zu beenden oder erheblich zu mildern. Es ist im Übrigen zu vermuten, dass kaum ein Zusammenhang besteht zwischen Konfliktverhalten und Modell der elterlichen Sorge⁷⁶. Die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge wegen eines Dauerkonflikts zwischen den Eltern ist also nur gerechtfertigt, wenn die Regelung der Betreuung nicht ausreicht, um dem Konflikt zu begegnen, und sie tatsächlich den Dauerkonflikt aufzuheben oder zu mildern vermag.

geeigneten Massstab, um abschliessend zu bestimmen, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

⁷³ Votum Simonetta Sommaruga AB 2012 N 1646.

⁷⁴ Vgl. WILHELM FELDER/HEINZ HAUSHEER/LISELOTTE STAUB, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, ZBJV 2006, 537 ff., 550 ff.

⁷⁵ FELDER/HAUSHEER/STAUB(Fn. 74), 539 in Bezug auf scheidungsbedingte Konflikte. Weiterführend zur Situation von Kindern in sog. «Hochkonfliktfamilien» JÖRG FICHTNER, Hilfen bei Hochkonflikthaftigkeit?, ZKJ 2012, 46 ff., 49 f.

⁷⁶ Vgl. FELDER/HAUSHEER/STAUB(Fn. 74), 540.

2.4. Kooperationsfähigkeit und Kooperationswille

[Rz 41] Unter bisherigem Recht waren die Kooperationsfähigkeit und der Kooperationswille der Eltern grundlegende Aspekte bei der Prüfung, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht. Beim Erfordernis der Kooperationsfähigkeit und des Kooperationswillens geht es insbesondere darum, dass Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge gewisse Entscheidungen gemeinsam treffen müssen (vgl. Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB). Dies setzt – unabhängig davon, ob ein Dauerkonflikt zwischen den Eltern besteht oder nicht⁷⁷ – voraus, dass sie miteinander sprechen können und sprechen wollen. Ist bereits erstellt, dass sich die Eltern dereinst mangels Kooperationsbereitschaft oder Kooperationsfähigkeit über den grössten Teil der in ihrer beider Verantwortung liegender Fragen nicht einigen können, entspricht die gemeinsame elterliche Sorge nicht dem Kindeswohl. Freilich ist Zurückhaltung geboten bei der Annahme, dass die Eltern künftig mangels Kooperationsfähigkeit oder Kooperationswillen notwendige Entscheidungen nicht treffen können. Solche Fähigkeit und Bereitschaft wird insbesondere bei von Gewalt geprägten Beziehungen häufig fehlen.

2.5. Unzumutbarkeit?

[Rz 42] Weiter stellt sich die Frage, ob die Behörden von der gemeinsamen elterlichen Sorge auch dann absehen können, wenn eine solche für einen Elternteil persönlich unzumutbar ist. Der Gesetzestext liefert für eine solche Auslegung keine Anhaltspunkte, ist doch einzig das Kindeswohl Massstab für die Entscheidung der Behörden (vgl. auch Art. 296 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen, im Nationalrat wurde ein Vorschlag abgelehnt, die alleinige elterliche Sorge auch dann zu ermöglichen, wenn eine solche «... aus anderen Gründen [Anmerkung: als dem Kindeswohl] nicht als zumutbar» erscheint⁷⁸. Eine allfällige persönliche Unzumutbarkeit stellt mithin für sich alleine keinen Grund dar, um von der gemeinsamen elterlichen Sorge abzusehen. Immerhin können Aspekte, die (auch) zur persönlichen Unzumutbarkeit führen, in einem anderen Kontext von Bedeutung sein.

2.6. Offenbarer Rechtsmissbrauch

[Rz 43] Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB hat das Gericht die alleinige elterliche Sorge anzuordnen beziehungsweise muss die KESB von der Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge absehen, wenn ein offenerer Rechtsmissbrauch vorliegt. Ein solcher liegt insbesondere dann vor, wenn ein Recht ohne schutzwürdiges Interesse ausgeübt wird, um Dritten Unbill zu bereiten oder sie zu belästigen⁷⁹. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein unverheirateter Elternteil die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge ausschliesslich deshalb beantragt, um den anderen Elternteil überwachen und über ihn Macht ausüben zu können, was im Kontext häuslicher Gewalt häufig zutreffen dürfte.

⁷⁷ Wenn Dauerkonflikte ausbleiben, können daraus keine definitiven Rückschlüsse bezüglich der Art und Weise gezogen werden, wie die Eltern miteinander kooperieren. Im Gegenteil, kann das Ausbleiben solcher Konflikte ein Hinweis dafür sein, dass die Eltern kaum mehr oder gar nicht miteinander kommunizieren (vgl. VALERIE KING/HOLLY HEARD, Nonresident father visitation, parental conflict, and mother's satisfaction: what's the best for the child's well-being? *Journal of Marriage and Family*, 1996, 385 ff., 386), mithin eine «parallele Elternschaft» vorliegt.

⁷⁸ AB 2012 N 1643.

⁷⁹ Vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 39.

3. Regelung der übrigen strittigen Punkte

3.1. Anwendungsbereich

[Rz 44] Art. 298b Abs. 3 ZGB legt fest, dass die KESB zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge die «übrigen strittigen Punkte» zwischen den Eltern regelt, mit Ausnahme des Kindesunterhalts. Aus der systematischen Stellung dieser Norm geht hervor, dass für die Regelung der strittigen Punkte ein Antrag eines Elternteils auf Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Art. 298b Abs. 1 ZGB vorliegen muss⁸⁰. Ein solcher Antrag ist aber nur dann notwendig, wenn sich die Eltern bezüglich der elterlichen Sorge uneinig sind. Ist dies nicht der Fall, kann die KESB zwar gemäss Art. 273 Abs. 3 ZGB den persönlichen Verkehr regeln. Demgegenüber kann sie nicht gestützt auf Art. 298b Abs. 3 ZGB über die Obhut beziehungsweise über die Betreuungsanteile entscheiden. Diese Regelung erfährt Kritik⁸¹.

[Rz 45] Schlichtwegs unverständlich ist, weshalb das Gericht anlässlich einer Vaterschaftsklage zwar darüber zu entscheiden hat, ob die gemeinsame elterliche Sorge zu errichten ist (vgl. Art. 298c ZGB), dem Gericht aber nicht die Befugnis erteilt wurde, die übrigen strittigen Punkte zwischen den Eltern zu regeln. Diesbezüglich ist von einer Gesetzeslücke auszugehen, und Art. 298b Abs. 3 ZGB ist analog anzuwenden⁸².

3.2. Betreuung des Kindes

[Rz 46] Bei den übrigen strittigen Punkten geht es vornehmlich um die Betreuung des Kindes, das heisst um die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs beziehungsweise der Betreuungsanteile. Aus der gemeinsamen elterlichen Sorge fliesst weder eine Pflicht noch ein Recht, das Kind hälftig zu betreuen. Vielmehr hat die KESB den Entscheid über die Betreuung des Kindes am Massstab des Kindeswohls zu treffen (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZGB)⁸³. Aus soziologisch-psychologischer Sicht werden Betreuungsmodelle in symmetrische und asymmetrische Modelle unterteilt. Während bei symmetrischen Modellen die Betreuung des Kindes ungefähr gleichmässig zwischen beiden Eltern aufgeteilt ist (die Eltern teilen sich die Obhut), ist dies bei asymmetrischen Modellen nicht der Fall (ein Elternteil hat die Obhut inne, während der andere Elternteil das Kind im Rahmen des persönlichen Verkehrs betreut)⁸⁴. Es ist neu nicht per se unzulässig, ein symmetrisches Betreuungsmodell gegen den Willen eines Elternteils anzuordnen⁸⁵. Ob behördlich, gegen den Willen eines Elternteils angeordnete Modelle mit hälftiger Betreuung dem Kindeswohl entsprechen, ist allerdings umstritten.

[Rz 47] In der Praxis erweisen sich von den Eltern erarbeitete Lösungen in Bezug auf die Kinder-

⁸⁰ Nicht vorausgesetzt wird demgegenüber, dass die KESB im Folgenden dem Antrag entspricht, das heisst die gemeinsame elterliche Sorge errichtet.

⁸¹ BUCHER(Fn. 8), N 60. Möglich ist immerhin, dass zwischen der Abgabe der Erklärung und dem Zeitpunkt, in welchem eine Regelung der strittigen Punkte verlangt wird, eine Veränderung der Verhältnisse eintritt. Diesfalls können sich die Eltern nach Art. 298d Abs. 1 ZGB an die KESB wenden.

⁸² So auch Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 5.

⁸³ Vgl. für Vorschläge bezüglich der behördlichen Regelung der Betreuung STEPHAN BERNARD/BEDA MEYER LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, in: Jusletter 12. Mai 2014, N 46 ff.

⁸⁴ JOSEPH SALZGEBER/JOACHIM SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66 ff., 67.

⁸⁵ Näher hierzu STEPHAN BERNARD/BEDA MEYER LÖHRER (Fn. 83), N 16 ff.

belange vielfach tragfähiger als behördliche Regelungen. Entsprechend sind die Ressourcen der Eltern zu stärken, Konflikte einvernehmlich und im besten Interesse des Kindes zu lösen. Sind sich die Eltern über die Betreuung des Kindes uneinig, sollten sie daher grundsätzlich gestützt auf Art. 307 ZGB verpflichtet werden, eine Beratung bei einer Drittperson über die strittigen Punkte in Anspruch zu nehmen⁸⁶. Eine behördliche Regelung sollte nur ultima ratio sein. Nicht immer allerdings ist eine solche Beratung zweckdienlich, zum Beispiel dann nicht, wenn bereits in der Vergangenheit mehrere Anläufe zu einer Vermittlung zwischen den Eltern gescheitert sind oder häusliche Gewalt die Beziehung prägt⁸⁷.

3.3. Anordnung von Kindesschutzmassnahmen

[Rz 48] Im Rahmen von Entscheiden betreffend die elterliche Sorge können die KESB und das Gericht Kindesschutzmassnahmen anordnen⁸⁸.

3.4. Regelung des strittigen Kindesunterhalts

[Rz 49] Eltern sind unabhängig davon, ob sie die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, ihren Kindern gegenüber grundsätzlich zu Unterhalt verpflichtet (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB). Der Kindesunterhalt setzt sich aus Naturalleistungen (der unmittelbaren Pflege und Erziehung des Kindes) und aus Geldleistungen zusammen. Zum Verhältnis zwischen Naturalleistungen und Geldleistungen hält Art. 276 Abs. 2 ZGB fest, der Unterhalt sei dann durch Geldleistungen zu erbringen, wenn das Kind nicht unter der (faktischen) Obhut seiner Eltern oder eines Elternteils steht. Der Wortlaut der Bestimmung ist zwar zu eng⁸⁹, klar ist dennoch, dass zwischen dem finanziellen Anteil und dem Umfang an Betreuung des Kindes ein Zusammenhang besteht: Je weniger ein Elternteil das Kind unmittelbar betreut, desto höhere Geldleistungen hat er an den Kindesunterhalt beizutragen. Bei der Bemessung der finanziellen Unterhaltspflicht eines Elternteils ist also unter anderem dessen Anteil an der Betreuung des Kindes zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen der Betreuung des Kindes und dessen finanziellem Unterhalt wäre es nur konsequent, könnte die KESB – wenn sie über die elterliche Sorge zu befinden hat – in einem Fall von Uneinigkeit zwischen den Eltern neben der Obhut und dem persönlichen Verkehr beziehungsweise der Betreuungsanteile auch den finanziellen Unterhalt für das Kind regeln. Dies ist aber nicht der Fall, wie aus Art. 298b Abs. 3 ZGB ausdrücklich hervorgeht. Vielmehr ist für die Regelung des Kindesunterhalts das Gericht sachlich zuständig.

[Rz 50] Derjenige Elternteil, der den anderen verpflichten möchte, Kindesunterhalt zu leisten,

⁸⁶ Hierfür bietet sich das Instrument der «angeordneten Beratung» an, vgl. hierzu KARIN BANHOLZER/REGULA DIEHL/ANDREAS HEIERLI/ANNE KLEIN/JONAS SCHWEIGHAUSER, «Angeordnete Beratung» – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, 111 ff.

⁸⁷ Vgl. BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (Fn. 86), 116.

⁸⁸ Die sachliche Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen leitet sich regelmässig aus Art. 307 Abs. 1 ZGB beziehungsweise Art. 315a f. ZGB ab. Ausnahmsweise ergibt sich die sachliche Zuständigkeit der KESB aber aus ihrer in Art. 298b Abs. 3 ZGB normierten Kompetenz, die übrigen strittigen Punkte zu regeln. Vorausgesetzt ist hierfür, dass vor der KESB ein Verfahren auf Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge anhängig ist und sich die Eltern über eine Angelegenheit uneinig sind, über welche sie als Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge zusammen befinden müssen. In jedem Fall muss eine konkrete und erhebliche Kindeswohlgefährdung vorliegen.

⁸⁹ Richtiger Ansicht nach hat ein Elternteil unter Umständen auch dann Geldbeiträge an den Kindesunterhalt zu leisten, wenn er die Obhut ausübt und kann auch der Elternteil, welcher nicht Inhaber der faktischen Obhut ist, Unterhalt in natura leisten, vgl. FamKomm Scheidung-WULLSCHLEGER, Art. 276 N 5 f. Vgl. auch Art. 285 Abs. 2 ZGB.

muss also – allenfalls nach Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens⁹⁰ – eine Unterhaltsklage anheben. Dies kann aber nur der Inhaber der elterlichen Sorge tun⁹¹, mithin nur – so lange der Entscheid der KESB über die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht vollstreckbar ist – die (unverheiratete) Mutter. Möchte der Vater bereits zuvor die Mutter zu Kindesunterhaltsleistungen verpflichten, muss er bei der KESB die Errichtung einer Beistandschaft zwecks Regelung des Unterhaltsanspruches des Kindes nach Art. 308 Abs. 2 ZGB beantragen.

[Rz 51] Die Aufteilung des Kindesunterhalts zwischen den Eltern wird oft strittig sein, wenn ein Elternteil die gemeinsame elterliche Sorge gegen den Willen des anderen Elternteils erlangen möchte. In solchen Konstellationen wird die Mutter regelmässig eine Unterhaltsklage beim Gericht anheben, sobald der Vater bei der KESB die gemeinsame elterliche Sorge beziehungsweise die alleinige elterliche Sorge für sich beantragt⁹². Damit finden zwei parallele Verfahren vor unterschiedlichen Instanzen über zwei Fragen statt, welche eng miteinander verknüpft sind. Es ist absehbar, dass die Eltern in beiden Verfahren eine Auseinandersetzung sowohl über die Betreuung als auch über den Unterhalt führen werden, dies ungeachtet der Beschränkung des Verfahrensgegenstandes. Dass der KESB nicht die Kompetenz eingeräumt wurde, anlässlich von Entscheiden nach Art. 298b ZGB auch den Kindesunterhalt zu regeln, ist folglich sehr zu bedauern. Zu hoffen bleibt, dass dieses Manko im Rahmen der laufenden Revision des Unterhaltsrechts korrigiert werden wird⁹³.

[Rz 52] FASSBIND postuliert, die KESB solle in analoger Anwendung von Art. 298a Abs. 1 i.V.m. Art. 298c ZGB sowie Art. 134 Abs. 3 und 4 ZGB die Regelung sämtlicher Kindesbelange an das Gericht delegieren, das für die Regelung des Kindesunterhalts zuständig ist⁹⁴. Ein solcher Analogieschluss kann mit guten Gründen vertreten werden. Der Gesetzgeber hat sich nicht näher mit den Folgen befasst, welche aus dem Umstand resultieren, dass die KESB über den strittigen Kindesunterhalt nicht befinden kann⁹⁵. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass er diese Folgen billigend in Kauf genommen hat. Im Gegenteil hat er die Zuständigkeit des Gerichts für eine strittige Neuzuteilung der elterlichen Sorge im Nachgang an eine Scheidung (Art. 134 Abs. 3 ZGB) gerade damit begründet, dass bei einer Zuständigkeit der KESB die Gefahr eines zusätzlichen Verfahrens vor Gericht (über die Kindesunterhaltsbeiträge) bestünde, was wenig verfahrensökonomisch sei⁹⁶. Weiter darf im Rahmen der Ehescheidung die Regelung des Kindesunterhalts nicht

⁹⁰ Ein solches Verfahren muss nicht durchlaufen werden, wenn die Leistung von Kindesunterhalt im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verlangt wird, vgl. Art. 198 lit. a ZPO.

⁹¹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Inhaber der elterlichen Sorge persönlich als Partei die Rechte des Kindes auf Unterhalt geltend machen, sofern ihm nicht die Befugnis entzogen worden ist, das Kindesvermögen zu verwalten (vgl. BGE 136 III 365). Alternativ kann er auch als gesetzlicher Vertreter des Kindes in dessen Namen vom anderen Elternteil Kindesunterhalt verlangen (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZGB zur Aktivlegitimation des Kindes).

⁹² Geht die Mutter nicht so vor, müsste sie – sofern sie das Kind hauptsächlich betreut – nach dem abgeschlossenen Verfahren vor der KESB noch an das Zivilgericht gelangen, wenn sich die Eltern bis dahin nicht über den Kindesunterhalt einigen konnten. Zwei aufeinanderfolgende Verfahren sind aber für die Eltern und das Kind unzumutbar. Zudem könnte ein solches Vorgehen auch aus rechtlicher Sicht problematisch sein, weil das Gericht einen Elternteil nur rückwirkend auf ein Jahr, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Klageanhebung, zur Leistung von Kindesunterhalt verpflichten kann (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZGB).

⁹³ Im Entwurf zur Revision des Unterhaltsrechts ist eine Abänderung von Art. 298b Abs. 3 ZGB nicht vorgesehen, BBl 2014 597ff. In der zurzeit laufenden parlamentarischen Beratung hat aber der Nationalrat einer Änderung von Art. 298b Abs. 3 ZGB zugestimmt, wonach das Gericht über die elterliche Sorge und die übrigen strittigen Punkte entscheiden soll, wenn sich die Eltern über den Kindesunterhalt uneinig sind, vgl. AB 2014 N 1245.

⁹⁴ Vgl. FASSBIND(Fn. 15), 110 ff.

⁹⁵ Die Botschaft (Fn. 1), 9105 hält lediglich fest, es bleibe bei der Zuständigkeit des Gerichts für die Regelung des strittigen Kindesunterhalts. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen fand darüber keine Diskussion statt.

⁹⁶ Vgl. Votum Gabi Huber, AB 2013 N 700.

in ein separates, von der Regelung der übrigen Kinderbelange getrenntes Verfahren verwiesen werden, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass die gleichen massgebenden Verhältnisse unterschiedlich behandelt würden (vgl. Art. 283 der Zivilprozessordnung [ZPO])⁹⁷. Dieses Problem besteht auch dann, wenn einerseits die KESB die elterliche Sorge und die Betreuung des Kindes regelt, andererseits das Gericht über den Kindesunterhalt befindet. Damit ist die Regelung von Art. 298 Abs. 3 ZGB nach den Wertungen und Zielsetzungen des Gesetzgebers als ergänzungsbedürftig zu betrachten. Die für die analoge Anwendung einer Norm vorausgesetzte planwidrige Unvollständigkeit liegt vor⁹⁸.

[Rz 53] Das Verfahren vor der KESB und das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde beziehungsweise vor dem Gericht müssen jedenfalls miteinander koordiniert werden. Die Betreuung des Kindes stellt eine Vorfrage für die Festlegung des Kindesunterhalts dar⁹⁹. Zwar ist nach allgemeinen Grundsätzen die für die Hauptfrage (vorliegend: die Regelung des strittigen Kindesunterhalts) zuständige Behörde (vorliegend: das Gericht) zur vorfrageweisen Prüfung einer Rechtsfrage (vorliegend: die Betreuung des Kindes) berechtigt, für die eine andere Behörde (vorliegend: die KESB) zuständig ist. Die zuständige Behörde kann aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwarten, bis die sachkompetente Instanz in einem bei ihr anhängigen Verfahren über die Vorfrage entschieden hat. Bei komplexen Fragen oder bei Fragen von grosser praktischer Tragweite ist die Behörde, welche die Hauptfrage zu entscheiden hat, sogar verpflichtet, zuzuwarten¹⁰⁰. Entscheide über die Betreuung des Kindes sind komplex. Sofern sich die Eltern uneinig sind, wie die Betreuung des Kindes auszugestalten ist, und ein Verfahren vor der KESB auf Erteilung der elterlichen Sorge anhängig ist, hat das Gericht daher das Unterhaltsverfahren gestützt auf Art. 126 ZPO zu sistieren. Das Gericht kann allerdings die beklagte Partei (auch) in diesem Zeitpunkt verpflichten, vorsorgliche Kindesunterhaltsbeiträge zu leisten (vgl. Art. 303 Abs.1 ZPO)¹⁰¹. Hierfür ist unter anderem Voraussetzung, dass der klagenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), was wohl meist zu bejahen sein wird¹⁰². Sobald über die Zuteilung der elterlichen Sorge und die strittige Betreuung des Kindes durch die KESB rechtskräftig entschieden worden ist¹⁰³, hat das Gericht das Unterhaltsverfahren wieder an die Hand zu nehmen. Der Entscheid der KESB über die Betreuung des Kindes kann im gerichtlichen Verfahren nicht in Frage gestellt werden, es sei denn, die Verhältnisse hätten sich wesentlich verändert¹⁰⁴.

⁹⁷ Vgl. zum Zweck der Einheit des Scheidungsurteils FANKHAUSER, Art. 283 N 4 ff., in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013.

⁹⁸ Vgl. diesbezüglich ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 243 f.

⁹⁹ A.A. Bericht BJ (Fn. 21), 9, wonach nicht zwingend zunächst die Betreuung des Kindes geregelt werden muss. Vielmehr sei nicht ausgeschlossen, dass zunächst der Kindesunterhalt geregelt wird.

¹⁰⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 98), N 58 ff.

¹⁰¹ Dies jedenfalls auf entsprechendes Gesuch hin. In der Rechtslehre ist umstritten, ob das Gericht auch von Amtes wegen handeln kann. Befürwortend SHK ZPO-THORMANN, Art. 303 N 3; a. A. DIKE-Komm-ZPO-BAUMANN, Art. 303 N 4.

¹⁰² SCHWEIGHAUSER, Art. 303 N 15, in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013.

¹⁰³ Der Bericht BJ (Fn. 21), 9, stellt zu Unrecht auf das Vorliegen eines Entscheides der KESB ab, nicht auf dessen Rechtskraft.

¹⁰⁴ Sofern die für die Beurteilung der Vorfrage zuständige Behörde entschieden hat, ist die Behörde, welche über die Hauptfrage befinden muss, grundsätzlich an diesen Entscheid gebunden, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 98), N 72.

[Rz 54] Kein Problem ergibt sich wohl dann, wenn das für die Beurteilung einer Vaterschaftsklage zuständige Gericht die gemeinsame elterliche Sorge errichtet hat und der Kindesunterhalt strittig ist. Denn praxismässig wird eine Vaterschaftsklage mit einer Unterhaltsklage verbunden, so dass das Gericht im gleichen Verfahren auch über den Kindesunterhalt befinden kann.

III. Ausübung der elterlichen Sorge im Allgemeinen

1. Allgemeines

[Rz 55] Die Ausübung der elterlichen Sorge wirft zahlreiche Fragen auf. Zunächst stellt sich im Innenverhältnis die Frage, in welchem Ausmass die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern hinsichtlich der kinderbezogenen Entscheidungen kooperieren müssen. Im Aussenverhältnis hingegen interessiert die Frage nach dem Schutz gutgläubiger Dritter in Bezug auf das Einverständnis beider Eltern, wenn nur ein Elternteil handelt.

[Rz 56] Das frühere Recht hielt lediglich fest, dass die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge gemeinsam ausüben müssen (vgl. Art. 297 Abs. 1 aZGB). Inwiefern ein Elternteil dennoch gewisse Entscheidungen alleine treffen durfte, war nicht geregelt. Die Lehre vertrat, dass dann, wenn das Kind schwergewichtig von einem Elternteil betreut wurde, nur Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung einer gemeinsamen Entscheidung bedurften¹⁰⁵. Welcher Elternteil die restlichen Angelegenheiten entscheiden durfte, war umstritten: Einzelne Autoren vertraten, beiden Elternteilen stünde das alleinige Entscheidungsrecht zu¹⁰⁶, andere hingegen gestanden dieses Recht nur demjenigen Elternteil zu, der Inhaber der faktischen Obhut war¹⁰⁷. Schliesslich wurde festgehalten, dass selbst dann, wenn gemeinsam sorgeberechtigte Eltern grundsätzlich zusammen hätten entscheiden müssen, ein Elternteil gegen den erklärten Willen des anderen Elternteils handeln durfte, sofern das Interesse des Kindes dies eindeutig verlangte und Gefahr in Verzug war¹⁰⁸.

2. Entscheidung und Betreuung

[Rz 57] Die Revision nahm diese von der Lehre entwickelten Grundsätze auf: Sie sind heute in Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB verankert. Handeln ohne das (mitunter auch implizite oder stillschweigende) Einverständnis des anderen Elternteils ist demnach bei alltäglichen Angelegenheiten, bei dringenden Angelegenheiten oder bei fehlender Erreichbarkeit eines Elternteils zulässig. Diese Aufzählung ist abschliessend. Abzulehnen ist namentlich die Auffassung, wonach der betroffene Elternteil allein über Angelegenheiten befinden kann, die zur «Natur der Obhut, der Betreuung und der persönlichen Beziehungen gehören»¹⁰⁹. Was hiermit gemeint ist, bleibt nämlich unklar.

¹⁰⁵Vgl. CANTIENI(Fn. 5), 108 ff.; PATRICK FASSBIND, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Basel/Genf/München 2006, 185.

¹⁰⁶CANTIENI(Fn. 5), 109; CHK-BREITSCHMID, Art. 297 N 1.

¹⁰⁷FASSBIND(Fn. 105), 185.

¹⁰⁸CYRIL HEGNAUER, Kindesrecht, 5. Aufl., Bern 1999, N 25.18; vgl. auch BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 297 N 2.

¹⁰⁹Eine solche Auslegung ergibt sich entgegen BUCHER(Fn. 8), N 113, auch nicht aus der Gesetzessystematik.

3. Inhaber des Alleinentscheidungsrechts

[Rz 58] Gemäss Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB kann der Elternteil, der das Kind «betreut», in den aufgezählten Fällen alleine entscheiden. Der Begriff der «Betreuung» ist weiter gefasst als der Begriff der «faktischen Obhut»¹¹⁰. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist mithin ein gemeinsamer Haushalt zwischen einem Elternteil und dem Kind für die Alleinentscheidungsbefugnis nicht Voraussetzung. Entsprechend vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, das Alleinentscheidungsrecht stehe – in den gesetzlichen Grenzen – beiden Inhabern der elterlichen Sorge zu¹¹¹.

[Rz 59] Diese Auffassung ist abzulehnen. Die Entscheidungskompetenzen müssen möglichst mit der faktischen Verantwortung für das Kind beziehungsweise mit dessen Lebenswirklichkeit im Einklang stehen¹¹². Folglich soll Inhaber des Alleinentscheidungsrechts nach Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB nur derjenige Elternteil sein, der mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt, dem also die (allenfalls geteilte) Obhut zukommt¹¹³. Freilich kann derjenige Elternteil, der das Kind im Rahmen des persönlichen Verkehrs betreut, grundsätzlich selbständig entscheiden, wie er die gemeinsame Zeit mit dem Kind gestalten möchte¹¹⁴. Insofern kommen mithin auch diesem Elternteil Alleinentscheidungsbefugnisse zu, die allerdings nicht die gleiche Tragweite wie diejenigen in Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB haben.

4. Alltägliche und nicht alltägliche Angelegenheiten

4.1. Definition der alltäglichen Angelegenheiten

[Rz 60] Von den Alleinentscheidungsbefugnissen gemäss Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB hat die Befugnis, über alltägliche Angelegenheiten alleine zu befinden, die grösste praktische Relevanz. Das Gesetz verzichtet bewusst¹¹⁵ auf eine Definition der alltäglichen Angelegenheit. Demgegenüber hält das deutsche Recht in § 1687 Abs. 3 BGB fest, Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens seien in der Regel solche, die häufig vorkommen würden und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf das Leben der Kinder hätten. Wie häufig eine Angelegenheit vorkommt, sagt aber kaum etwas darüber aus, ob diese Angelegenheit alltäglich ist oder nicht: Auch einmalige oder seltene Entscheidungen können von untergeordneter Bedeutung sein, während täglich zu treffende Entscheidungen für die Entwicklung eines Kindes durchaus von erheblicher Bedeutung sein können¹¹⁶. Der Definition des BGB kann demgegenüber insofern gefolgt werden, als dass eine Entscheidung tatsächlich nicht mehr alltäglich ist, wenn sie schwer abzuändernde Auswirkungen auf das Leben eines Kindes hat.

[Rz 61] Darüber hinaus gilt es bei der Abgrenzung zwischen alltäglichen und nicht alltäglichen Entscheidungen zu berücksichtigen, dass derjenige Elternteil, der das Kind betreut, grundsätzlich

¹¹⁰Vgl. Schreiben BJ (Fn. 22), 6 f.

¹¹¹Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 19), N 17.127. So auch Bericht BJ (Fn. 21), 12.

¹¹²Vgl. hierzu BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI(Fn. 5), insbesondere 220 ff. Das ist heute nicht zwingend der Fall. Es bestehen weitreichende gemeinsame Entscheidungskompetenzen, während die Betreuung des Kindes in aller Regel asymmetrisch aufgeteilt ist, vgl. Fn. 19.

¹¹³Diese Auffassung wurde auch teilweise im Rahmen der parlamentarischen Beratungen vertreten, vgl. Votum Jacqueline Fehr, AB 2012 N 1649. In die gleiche Richtung auch FASSBIND(Fn. 28), 695, wonach unter Betreuung im Sinne von Art. 301 Abs. 1 bis ZGB nur die «hauptsächliche Betreuung durch den Elternteil mit hauptsächlichlicher Obhut» falle.

¹¹⁴So schon RICHARD BLUM, Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind, Zürich 1983, 58.

¹¹⁵Votum Simonetta Sommaruga, AB 2012 N 1650.

¹¹⁶So auch PWW/ZIEGLER§ 1687 Rn. 6.

selbst bestimmt, wie er die gemeinsame Zeit mit dem Kind gestalten möchte. Sofern diese Gestaltungsfreiheit durch eine Entscheidung erheblich tangiert wird, ist diese Entscheidung nicht mehr als alltäglich anzusehen¹¹⁷. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein Elternteil das Kind an jedem zweiten Wochenende betreut und der andere Elternteil das Kind für eine Aktivität anmelden möchte, welche über einen langen Zeitraum hinaus jeweils den ganzen Samstag in Anspruch nimmt.

[Rz 62] Bei der Frage, ob eine Entscheidung Auswirkungen zeitigt, die schwer abzuändern sind oder ob sie die Betreuung eines Elternteils erheblich tangiert, ist ein strenger Massstab anzulegen¹¹⁸. Entscheidungskompetenzen sollten weitgehend mit der faktischen Verantwortung für das Kind in Einklang stehen. So lange asymmetrische Betreuungsmodelle vorherrschend sind, rechtfertigt es sich daher, den Begriff der nicht alltäglichen Angelegenheiten eng auszulegen.

4.2. Fallgruppen und deren Problematik

[Rz 63] Die Praxis wird wohl geneigt sein, für die Abgrenzung zwischen alltäglichen und nicht alltäglichen Entscheidungen Fallgruppen zu bilden¹¹⁹. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten. Die gleiche Angelegenheit kann sowohl alltäglich als auch nicht alltäglich sein, dies je nach den konkreten Umständen¹²⁰. Auch ist zwar nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Beurteilung, ob eine Frage alltäglich ist, ein objektiver Massstab anzulegen¹²¹. Allerdings kann dies nicht ohne Berücksichtigung des Einzelfalls erfolgen. Zunächst ist das von den Eltern gewählte Betreuungsmodell relevant, indem Entscheide eines Elternteils die Gestaltungsfreiheit des andern bei der Betreuung des Kindes umso eher tangieren, je symmetrischer das Betreuungsmodell ausgestaltet ist. Weiter ist die Tragweite einer Entscheidung abhängig vom Alter des Kindes, so zum Beispiel betreffend den Umgang mit Drittpersonen. Schliesslich sind allfällige Elternvereinbarungen zu berücksichtigen.

4.3. Die Bedeutung von Elternvereinbarungen über die Entscheidungsbefugnisse

[Rz 64] Mit Blick auf die Schwierigkeiten, alltägliche und nicht alltägliche Entscheidungen voneinander abzugrenzen, wird Eltern zuweilen geraten, in einer Vereinbarung selbst festzulegen, über welche Fragen ein Elternteil alleine entscheiden kann und wann sie gemeinsam entscheiden

¹¹⁷ So im Grundsatz auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 19), N 17.127, welche aber weitergehend bereits eine alltägliche Entscheidung verneinen, wenn die «Ausübung der Elternrechte» berührt ist. Dies sei schon dann der Fall, wenn das Kind bei einem Musikverein anzumelden ist, der auch Konzerte an Sonntagen organisiert, an welchen der andere Elternteil das Kind betreut. Diese Ansicht erscheint zu weitgehend.

¹¹⁸ Dies unbesehen davon, dass während den parlamentarischen Beratungen ein Antrag abgelehnt wurde, eine Alleinentscheidungskompetenz für sämtliche Angelegenheiten vorzusehen, die «nicht von erheblicher Tragweite oder langfristiger Bedeutung» sind (vgl. AB 2012 N 1648 ff.). Denn während den Beratungen wurde zu Recht klargestellt, dass mit den Begriffen «alltäglich» einerseits beziehungsweise «nicht von erheblicher Tragweite oder langfristiger Bedeutung» andererseits inhaltlich praktisch das Gleiche gemeint ist (Votum Simonetta Sommaruga AB 2012 N 1650; Votum Daniel Vischer AB 2012 N 1650).

¹¹⁹ Versuche einer Fallgruppenbildung erfolgten bereits in der Botschaft (vgl. Botschaft (Fn. 1), 9106, wonach Entscheide nicht alltäglich sind, die den Wechsel der Schule oder der Konfession zur Folge haben) sowie im Rahmen der parlamentarischen Beratungen (vgl. AB 2012 N 1650 f.).

¹²⁰ Vgl. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 14 f., mit dem zutreffenden Hinweis, hinsichtlich Entscheide alltäglicher Natur spreche man in der Wirtschaft von der operativen Ebene, während es bei den restlichen Entscheiden um die strategische Ebene gehe.

¹²¹ Vgl. Botschaft (Fn. 1), 9107.

müssen¹²². Es wurde allerdings gesetzlich nicht festgelegt, welche rechtliche Bedeutung solche Vereinbarungen haben. Es geht dabei im Wesentlichen um die Frage, inwieweit Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB dispositiver Natur ist.

[Rz 65] Zunächst ist auf Vereinbarungen einzugehen, mit welchen die Alleinentscheidungskompetenzen eines Elternteils eingeschränkt werden sollen. Dies kann durch eine Regelung erfolgen, die inhaltlich eine Frage entscheidet, die in der Alleinentscheidungskompetenz eines Elternteils liegen würde. Denkbar ist weiter, dass die Vereinbarung lediglich statuiert, eine bestimmte Frage müsse von den Eltern gemeinsam entschieden werden. Im Verhältnis zu Dritten kann die gesetzlich eingeräumte alleinige Vertretungsbefugnis¹²³ aus Gründen des Verkehrsschutzes durch eine Elternvereinbarung weder eingeschränkt noch entzogen werden. Einer solchen Vereinbarung kommt im Aussenverhältnis also keine Rechtswirkung zu. Denkbar erschiene, einer solchen Vereinbarung im Innenverhältnis Rechtsverbindlichkeit zuzusprechen. Allerdings wäre die primäre Leistungspflicht nicht durchsetzbar. Es könnten lediglich sekundäre Leistungspflichten im Sinne einer Sanktion bei Missachtung der Vereinbarung geltend gemacht werden. Dies würde den elterlichen Konflikt kaum entschärfen. Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB ist damit insofern zwingender Natur, als dass die Alleinentscheidungskompetenzen eines Elternteils nicht eingeschränkt werden können. Hingegen ist die Bedeutung von Vereinbarungen zwischen den Eltern für die Auslegung von Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB zwischen der Verfasserin und dem Verfasser des vorliegenden Beitrages umstritten. Gemäss der Erstautorin bestimmen Eltern im Wesentlichen selbst, was eine alltägliche Angelegenheit ist. Der Zweitautor ist demgegenüber der Ansicht, die Auslegung von Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB solle aus Gründen des Verkehrsschutzes sowie aus Gründen der Rechtssicherheit möglichst objektiviert erfolgen, weshalb Elternvereinbarungen (erst) dann zu berücksichtigen sind, wenn die objektive Auslegung nicht zu einem deutlichen Ergebnis führt.

[Rz 66] Vereinbarungen, welche die Alleinentscheidungskompetenzen eines Elternteils im Verhältnis zur gesetzlichen Ordnung erweitern, sind hingegen sowohl im Verhältnis zu Dritten wie im Innenverhältnis verbindlich. Sie stellen nämlich im Wesentlichen eine vorgezogene Zustimmung eines Inhabers der elterlichen Sorge zu einem künftig zu fällenden Entscheid dar, und zwar unabhängig davon, wie der Elternteil, der zur Alleinentscheidung ermächtigt wird, entscheiden wird. Dem Elternteil, welchem die inhaltliche Entscheidung vertraglich zugewiesen wurde, kommt demnach Vertretungsbefugnis zu, handelt er doch im Einverständnis mit dem anderen Elternteil¹²⁴. Dies bedeutet, dass Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB insofern dispositiver Natur ist, als dass die Alleinentscheidungskompetenzen eines Elternteils vertraglich erweitert werden können. Aus denselben Erwägungen sind auch Vereinbarungen sowohl im Verhältnis zu Dritten wie auch im Innenverhältnis verbindlich, in welchen sich die Inhaber der elterlichen Sorge inhaltlich über eine nicht alltägliche Angelegenheit verständigen.

[Rz 67] Selbstredend sind der rechtlichen Verbindlichkeit von solchen vertraglichen Vereinbarungen Grenzen gesetzt. Auf die Vereinbarungen sind zunächst die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Willensmängel sinngemäss anwendbar (vgl. Art. 23 ff. des Obligationen-

¹²²Vgl. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 15.

¹²³Ein nach Art. 301 Abs. 1bis ZGB allein entscheidungsbefugter Elternteil muss konsequenterweise das Kind im «Aussenverhältnis» ohne Mitwirkung des anderen Elternteils vertreten können.

¹²⁴Dem anderen Elternteil käme im «Aussenverhältnis» keine Vertretungsbefugnis zu, aber (nach Massgabe von Art. 304 Abs. 2 ZGB) Vertretungsmacht.

rechts [OR])¹²⁵. Weiter sind solche Vereinbarungen – unter Berücksichtigung von Art. 27 ZGB sowie der Wertungen des Gesetzgebers im Familienrecht – nicht mehr massgeblich, wenn sich die Verhältnisse dauernd und wesentlich verändert haben. (Erst) in einer solchen Situation ist eine Intervention der KESB oder des Gerichts notwendig.

5. Rechtslage bei Uneinigkeit der Eltern

[Rz 68] Sind sich die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern über eine Frage, hinsichtlich welcher Einigkeit bestehen müsste, uneinig, hat kein Elternteil einen Stichentscheid¹²⁶. Die Pattsituation muss vielmehr durch eine behördliche Intervention¹²⁷ aufgelöst werden. Für eine behördliche Intervention bedarf es einer rechtlichen Grundlage. Eine solche besteht allerdings nur in bestimmten Fällen.

[Rz 69] Eine behördliche Intervention kann als Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB ausgestaltet sein. Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen setzt eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls voraus. Aus der Uneinigkeit der Eltern allein resultiert allerdings keine erhebliche Kindeswohlgefährdung. Erst wenn die Entscheidung für die Wahrung des Kindeswohls dringend erforderlich ist oder der zugrundeliegende Konflikt das Kindeswohl gefährdet, stehen diverse Kindesschutzmassnahmen zur Verfügung. In einfachen Fällen, in welchen keine vertieften Abklärungen vorgenommen werden müssen, ist den Eltern eine Weisung nach Art. 307 ZGB zu erteilen, eine Mediation in Anspruch zu nehmen oder sich in Bezug auf das Kind in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten (zum Beispiel das Kind in einer bestimmten Schule anzumelden)¹²⁸. Sind vertiefte Abklärungen zu treffen, stellt die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 ZGB eine Alternative zu eigenen Abklärungen und zur Erteilung einer Weisung durch die Behörde dar. Wird eine Beistandschaft errichtet, ist der Beistandsperson gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB der Auftrag zu erteilen, über die strittige Frage zu befinden¹²⁹. Schliesslich besteht für die KESB die Möglichkeit, gestützt auf Art. 307 Abs. 1 ZGB die Entscheidbefugnis des einen Elternteils einzuschränken und sie ausschliesslich dem anderen Elternteil zu übertragen. Dieses Vorgehen dürfte insbesondere dann angezeigt sein, wenn wiederholt Entscheide über eine Angelegenheit anstehen, über welche sich die Inhaber der elterlichen Sorge einigen müssten.¹³⁰

[Rz 70] Wie festgehalten, haben die Eltern unter anderem diejenigen Entscheide zusammen zu treffen, welche die Gestaltungsfreiheit eines Elternteils bei der Betreuung des Kindes erheblich tangieren. Eine Pattsituation hinsichtlich eines solchen Entscheides kann allenfalls aufgelöst werden, indem die Betreuung des Kindes (Obhut und persönlicher Verkehr beziehungsweise Betreuungsanteile) neu geregelt wird. Dies setzt allerdings eine wesentliche Veränderung der relevanten Verhältnisse voraus (vgl. Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 298d ZGB; Art. 298d ZGB), und eine solche

¹²⁵Wobei festzuhalten ist, dass ein Irrtum über zukünftige Sachverhalte nur unter besonderen Umständen rechtserheblich ist (vgl. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 18 f.)

¹²⁶Votum Simonetta Sommaruga, AB 2012 N 1650. Noch bis 1974 stand gemäss aArt. 274 Abs. 2 ZGB während der Ehe dem Vater ein Stichentscheid zu.

¹²⁷Zuständig hierfür ist je nach Situation die KESB oder das für eherechtliche Verfahren zuständige Gericht, vgl. Art. 315a f.

¹²⁸Werden die Eltern angewiesen, eine Willenserklärung abzugeben, ersetzt der entsprechende Entscheid gemäss Art. 344 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 344 Abs. 1 ZPO die Erklärung, sobald der Entscheid vollstreckbar ist.

¹²⁹Dabei ist die elterliche Sorge nur dann nach Art. 308 Abs. 3 ZGB entsprechend zu beschränken, wenn zu befürchten ist, deren Inhaber würden den Entscheid rückgängig machen.

¹³⁰Vgl. zum Ganzen HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/GEISER (Fn. 19), N 17.128.

sollte nicht leichthin angenommen werden.

[Rz 71] Eine behördliche Intervention sollte ultima ratio sein. Dem Konzept der elterlichen Sorge ist es inhärent, dass die zu treffenden Entscheide im Grundsatz durch die Eltern gefällt werden müssen und nicht durch eine Behörde. Besteht offensichtlich keine rechtliche Grundlage für eine behördliche Intervention, ist das Augenmerk darauf zu legen, ein entsprechendes Verfahren möglichst schnell abzuschliessen, um den Eltern nicht eine Plattform für die Austragung ihrer Konflikte zu bieten.

IV. Die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes

1. Allgemeines

[Rz 72] Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte der Inhaber der Obhut den Aufenthaltsort eines Kindes verändern, ohne dass der andere Elternteil dafür seine Zustimmung erteilen musste. Auch eine behördliche Genehmigung war nicht notwendig. Die zuständige Behörde konnte den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes nur untersagen, wenn darin ein offener Rechtsmissbrauch zu erblicken oder das Kindeswohl dadurch erheblich gefährdet war¹³¹.

[Rz 73] Neu hält Art. 301a ZGB ausdrücklich fest, dass die elterliche Sorge das Recht mit einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist also nicht mehr Bestandteil der Obhut. Darüber hinaus regelt der Gesetzgeber, wie das Aufenthaltsbestimmungsrecht auszuüben ist.

2. Das Zustimmungserfordernis

[Rz 74] Die beiden Inhaber der elterlichen Sorge müssen sich grundsätzlich über einen Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes¹³² einigen. Nach dem Wortlaut von Art. 301a Abs. 2 ZGB ist dies der Fall, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat. Sofern sich die Inhaber der elterlichen Sorge nicht einigen können, muss das Gericht oder die KESB über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes befinden. Beide Inhaber der elterlichen Sorge sind befugt, an die KESB oder an das Gericht zu gelangen.

[Rz 75] In der Rechtslehre wird zuweilen postuliert, vom Wortlaut des Art. 301a Abs. 2 ZGB

¹³¹BGE 136 III 353ff.

¹³²Hierunter ist der gewöhnliche Aufenthaltsort zu verstehen, so auch RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, ZBJV 2012, 758 ff., 760, dies mit Blick auf Art. 301 Abs. 1 lit. a ZGB, der primär verhindern will, dass eine ausländische Jurisdiktion begründet wird. Gemäss dem regelmässig einschlägigen HKsÜ bestimmt sich die internationale Zuständigkeit der Behörden auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung primär nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes. BUCHER(Fn. 8), Fn. 115, versteht als Aufenthaltsort i.S.v. Art. 301a Abs. 2 ZGB nicht nur den gewöhnlichen Aufenthaltsort, hält aber auch fest, der Ferienort eines Kindes sei nicht hierunter zu subsumieren.

könne abgewichen werden, wobei teilweise erweiterte¹³³ und teilweise eingeschränkte¹³⁴ Zustimmungserfordernisse vertreten werden.

[Rz 76] Insbesondere wird geltend gemacht, ein Wechsel des Aufenthaltsortes ins Ausland sei nicht zustimmungsbedürftig, wenn «... in Anbetracht der Nähe des neuen Lebensortes des Kindes in der Grenzregion keinerlei Beeinträchtigung der Ausübung der Obhut oder der Betreuung auftreten» könne¹³⁵. Dieser Auffassung kann nicht beigezogen werden: Das Zustimmungserfordernis in Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB will primär verhindern, dass eine ausländische Jurisdiktion begründet wird¹³⁶. Hierfür ist nicht massgebend, ob ein Kind in einer Grenzregion oder im Landesinnern lebt.

[Rz 77] In Bezug auf den Wechsel des Aufenthaltsortes innerhalb der Schweiz wird unter anderem geltend gemacht, es genüge, wenn er alternativ erhebliche Auswirkungen auf die elterliche Sorge oder auf die persönlichen Kontakte zeitige, damit dieser das Einvernehmen der Eltern erfordere¹³⁷. Tatsächlich fügte erst das Parlament die Variante der erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr ein, um den Geltungsbereich des Zustimmungserfordernisses ausdrücklich auf Fälle zu erstrecken, bei welchen der Umzug die persönlichen Kontakte zu einem Elternteil erheblich erschwert¹³⁸.

[Rz 78] In Fällen, in welchen die Zustimmung des anderen Elternteils grundsätzlich erforderlich ist, ist vom Zustimmungserfordernis dann abzusehen, wenn Gefahr in Verzug ist – zum Beispiel dann, wenn ein Elternteil seinen eigenen Aufenthaltsort und denjenigen des Kindes verändern möchte, weil er Opfer von häuslicher Gewalt geworden ist – und die KESB beziehungsweise das Gericht nicht umgehend das Aufenthaltsbestimmungsrecht eines Elternteils aufheben kann.

[Rz 79] Schliesslich ist das Verbot des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs selbstredend auch im Zusammenhang mit Art. 301a Abs. 2 ZGB anwendbar. Ein solcher Rechtsmissbrauch dürfte namentlich dann vorliegen, wenn sich ein Elternteil entgegen der behördlichen Regelung oder der einvernehmlichen Vereinbarung zwischen den Eltern nie um das Kind gekümmert hat¹³⁹.

[Rz 80] Ein Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes hat erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder der persönlichen Kontakte, wenn aufgrund dieses Wechsels das bisherige Betreuungskonzept nicht durch ein neues, gleichwertiges Betreuungskonzept ersetzt werden kann¹⁴⁰.

¹³³So FASSBIND(Fn. 28), 696, der davon ausgeht, bei Vorliegen eines Nestmodells (das Kind lebt ständig in einer Wohnung und wird dort abwechselungsweise von den Eltern betreut) müsse in jedem Fall die Zustimmung des anderen Elternteils beziehungsweise eine behördliche Zustimmung zum Aufenthaltsortswechsel vorliegen. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB dürften in solchen Fällen regelmässig erfüllt sein. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 20, halten dafür, das Zustimmungserfordernis müsse auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Aufenthaltsort eines Kindes im Ausland (und nicht nur in das Ausland) verändert wird beziehungsweise wenn der gewöhnliche Aufenthaltsort vom Ausland in die Schweiz zurück verlegt wird.

¹³⁴So BUCHER(Fn. 8), N 134, der davon ausgeht, von der Zustimmung zu einem Wechsel des Aufenthaltsortes in das Ausland solle dann abgesehen werden können, wenn sich der betroffene Elternteil «um die wirkliche Ausübung seines auf die elterliche Sorge gestützten Betreuungsrechts» gar nicht richtig gekümmert habe, da diesfalls keine Kindesentführung nach HKÜ vorliege (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b HKÜ).

¹³⁵Vgl. BUCHER(Fn. 8), Fn. 123.

¹³⁶Diese Zielsetzung wird damit begründet, dass die spätere Durchsetzung einer in der Schweiz getroffenen Regelung der elterlichen Sorge erschwert würde, Botschaft (Fn. 1), 9108.

¹³⁷Vgl. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 22; Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 7.

¹³⁸Votum Pirmin Schwander, AB 2012 N 1653.

¹³⁹BUCHER(Fn. 8), N 134.

¹⁴⁰Vgl. GLOOR/SCHWEIGHAUSER(Fn. 8), 21 zu möglichen Kriterien.

[Rz 81] Vereinbarungen zwischen den Inhabern der elterlichen Sorge, wonach ein Elternteil alleine über den Wechsel des Aufenthaltsortes eines Kindes entscheiden darf, sind verbindlich. Dies, sowie die Grenzen der rechtlichen Verbindlichkeit, ergeben sich aus den allgemeinen Ausführungen zu Elternvereinbarungen über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge.

3. Einvernehmen zwischen den Eltern ist nicht erforderlich

[Rz 82] Ist ein Einvernehmen zwischen den Eltern nicht erforderlich, hat der entscheidungsbeachtigte Elternteil den andern rechtzeitig über den Wechsel zu informieren (Art. 301a Abs. 3 ZGB analog). Denkbar ist, dass ein Elternteil alleine über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes entscheiden darf, als unmittelbare Folge dieses Wechsels aber weitere Entscheidungen zu treffen sind. Es ist davon auszugehen, dass die Alleinentscheidungskompetenz betreffend den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes auch die Kompetenz umfasst, über sämtliche Angelegenheiten alleine zu entscheiden, welche unmittelbare Folge dieses Wechsels sind.

4. Behördlicher Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes

[Rz 83] Sofern beide Eltern einem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zustimmen müssen, wird faktisch in die Niederlassungsfreiheit eines Elternteils eingegriffen. Es könnte die Auffassung vertreten werden, dieser Eingriff sei letztlich Konsequenz des Umstandes, dass die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben¹⁴¹. Weitergehend wäre dann zu fordern, dass eine behördliche Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes nur zurückhaltend zu erteilen ist.

[Rz 84] Die parlamentarischen Beratungen machen aber deutlich, dass es nicht Ziel von Art. 301a Abs. 2 ZGB ist, den Umzug eines Elternteils zu verhindern, vielmehr soll diese Norm, «... die Eltern dazu [...] bewegen, vor einem Umzug dessen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge zu prüfen und wenn nötig die bestehende Regelung über die Kinderbelange anzupassen»¹⁴². Es entspricht mithin dem Willen des Gesetzgebers, dass die Behörden nur ausnahmsweise den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes untersagen. An der bisherigen Rechtsprechung ist demnach festzuhalten, wonach ein Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes nur dann zu verbieten ist, wenn er offenbar rechtsmissbräuchlich wäre oder wenn dadurch das Kindeswohl erheblich gefährdet würde¹⁴³. Eine erhebliche Kindeswohlgefährdung ist unter anderem dann zu bejahen, wenn der Umzug mit einer grossen räumlichen Trennung des Kindes von einem (möglichen) hauptbetreuenden Elternteil verbunden wäre¹⁴⁴.

[Rz 85] Die Behörden müssen also Zurückhaltung üben, wenn sie prüfen, ob der Aufenthaltsort

¹⁴¹In der Lehre wird denn auch teilweise bedauert, dass – entgegen dem Entwurf zur Gesetzesnovelle – der Wechsel des Aufenthaltsortes eines Inhabers der elterlichen Sorge nicht regelmässig von der Zustimmung des anderen Inhabers der elterlichen Sorge oder von einer behördlichen Zustimmung abhängt, vgl. GLOOR/SCHWEIGHAUSER (Fn. 8), 18.

¹⁴²So Votum Simonetta Sommaruga, AB 2013 S 14; 2012 N 1654; in diese Richtung auch Votum Markus Stadler, AB 2013 S 5; Votum Anne Seydoux-Christe AB 2013 S 13.

¹⁴³So wohl auch FASSBIND (Fn. 28), 697. Zu möglichen behördlichen Vorkehren, falls ein Wechsel des Aufenthaltsortes behördlich untersagt wird vgl. BUCHER (Fn. 8), N 148 f.

¹⁴⁴A.A. die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, wonach eine Trennung zwischen dem Kind und der Hauptbezugsperson – ausser bei Säuglingen und Kleinkindern – für sich alleine noch keine schwerwiegende Gefahr für das Kind bedeute, vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013.

eines Kindes geändert werden kann und die Persönlichkeitsrechte des Elternteils, der mit dem Kind umziehen will, respektieren¹⁴⁵. Es ist nicht ihre Aufgabe zu prüfen, ob der Elternteil einen guten, nachvollziehbaren oder sachlichen Grund hat, den Aufenthaltsort zu wechseln. Wie FASSBIND zu Recht ausführt, würde sich der Staat mit einem solchen Vorgehen ungebührlich in das Privatleben dieses Elternteils einmischen und würde ein solches Vorgehen elterlichen Auseinandersetzungen vor den Behörden zulasten der betroffenen Kinder Tür und Tor öffnen¹⁴⁶.

[Rz 86] Aus der Zielsetzung von Art. 301a Abs. 2 ZGB geht hervor, dass die behördliche Zustimmung im Grundsatz vor dem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes erfolgen muss¹⁴⁷. Dennoch ist eine nachträgliche behördliche Zustimmung nicht ausgeschlossen, sofern diesbezüglich ein Rechtsschutzinteresse geltend gemacht werden kann¹⁴⁸.

[Rz 87] Die Zustimmung muss zeitnah an einen Wechsel des Aufenthaltsortes erfolgen. Antizipierende Entscheide der Behörden sind im Gegensatz zu einem antizipierenden elterlichen Einverständnis nicht zulässig¹⁴⁹. Denn die Behörden haben die Verhältnisse im Zeitpunkt eines allfälligen Wechsels des Aufenthaltsortes des Kindes zu berücksichtigen, wenn sie beurteilen, ob dieser Wechsel zu erlauben ist.

5. Anpassung der Kinderbelange

[Rz 88] Gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB verständigen sich die Eltern über eine Anpassung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Kindesunterhalts, so weit dies erforderlich ist. Auch wenn der Gesetzestext die «Betreuungsanteile» nicht aufführt, sind auch diese allenfalls neu zu regeln.

[Rz 89] Aus dem Aufbau von Art. 301a Abs. 5 ZGB wird deutlich, dass diese Punkte nicht nur dann gegebenenfalls neu geregelt werden müssen, wenn der Aufenthaltsort des Kindes bei gemeinsamer elterlicher Sorge verändert werden soll und beide Eltern diesem Wechsel zustimmen müssen. Dies ist vielmehr auch dann der Fall, wenn ein Einvernehmen zwischen den Inhabern der elterlichen Sorge nicht notwendig ist¹⁵⁰, wenn ein Elternteil die Alleinsorge inne hat (Art. 301a Abs. 3 ZGB) und wenn ein Elternteil «nur» seinen eigenen Wohnsitz wechseln möchte (Art. 301a Abs. 4 ZGB).

[Rz 90] Können sich die Eltern nicht einigen, ob, welche beziehungsweise wie die Kinderbelange neu zu regeln sind, so entscheidet hierüber das Gericht oder die KESB. Muss die Behörde auch dem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zustimmen, so ist die Neuregelung der Kinderbelange regelmässig im gleichen Entscheid vorzunehmen. Aus zeitlichen Gründen wird dies aber nicht immer möglich sein. Zudem besteht das Rechtsschutzinteresse für eine behördliche Neuregelung der Kinderbelange auch dann, wenn ein Inhaber der elterlichen Sorge den Aufenthaltsort

¹⁴⁵Vgl. BUCHER(Fn. 8) N 141.

¹⁴⁶FASSBIND (Fn. 28), 699.

¹⁴⁷A.A. BUCHER(Fn. 8), N 132.

¹⁴⁸Zu beachten ist diesbezüglich, dass ein solches Rechtsschutzinteresse nicht bereits deshalb besteht, weil ein Verfahren betreffend die Entziehung Minderjähriger (Art. 220 StGB) anhängig ist, selbst wenn sich eine nachträgliche behördliche Zustimmung tatbestandsausschliessend auswirken sollte (so FASSBIND(Fn. 28), Fn. 21). Denn über eine nachträgliche behördliche Zustimmung können auch die Strafverfolgungsbehörden als Vorfrage befinden.

¹⁴⁹A.A. BUCHER(Fn. 8), N 172, der aber festhält, es müsse «... ein bestimmter Rahmen vorgegeben werden, der geographisch oder nach Sprachregion umschrieben ist...».

¹⁵⁰FASSBIND(Fn. 28), 699, geht davon aus, dass diesfalls Art. 298d ZGB anwendbar ist.

eines Kindes geändert hat, ohne hierfür das (notwendige) Einverständnis des anderen Elternteils eingeholt zu haben. Diesfalls bleiben die KESB oder das Gericht am ursprünglichen Wohnsitz des Kindes örtlich zuständig¹⁵¹.

6. Sanktionen bei einem Verstoss gegen Art. 301a Abs. 2 ZGB

[Rz 91] Wechselt ein Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge trotz Zustimmungserfordernis eigenmächtig den Aufenthaltsort des Kindes, können hieraus unterschiedliche Folgen resultieren. Zunächst können sich daraus strafrechtliche Sanktionen ergeben (vgl. insbesondere Art. 220 des Strafgesetzbuches [StGB]). Sofern der neue Aufenthaltsort des Kindes im Ausland liegt, kann der andere Elternteil unter Umständen die Rückführung des Kindes in die Schweiz erwirken¹⁵². Liegt der neue Aufenthaltsort eines Kindes in der Schweiz, sind demgegenüber keine unmittelbaren zivil- oder öffentlich-rechtlichen Sanktionen vorgesehen¹⁵³. Insbesondere darf eine allfällige Neuregelung der Kinderbelange (Art. 301a Abs. 5 ZGB) nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, einen Elternteil für sein eigenmächtiges Vorgehen zu bestrafen; es ist einzig das Kindeswohl massgebend.

V. Die verfahrensrechtliche Stellung der Kinder

[Rz 92] Das Kind ist in allen Verfahren, welche die elterliche Sorge berühren, anzuhören, soweit nicht das Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. Art. 314a Abs. 1 ZGB; Art. 298a Abs. 1 ZPO). Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des Kindes in der Regel ab dem sechsten Altersjahr möglich ist¹⁵⁴. Anzuhören ist das Kind namentlich dann, wenn sich die Eltern über die Errichtung der elterlichen Sorge uneinig sind, wenn das Gericht oder die KESB die Betreuung des Kindes verbindlich regeln sowie wenn aufgrund der Uneinigkeit der Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge die Behörden handeln müssen, insbesondere, wenn über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zu befinden ist. Nicht anzuhören ist das Kind demgegenüber bei der Abgabe der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge durch die Eltern. Denn bei der Abgabe der Erklärung ergeht kein behördlicher Entscheid.

[Rz 93] Weiter müssen das Gericht und die KESB die Anordnung einer Kindesvertretung prüfen. Aus Art. 299 Abs. 2 lit. b ZPO und Art. 314a^{bis} Abs. 2 Ziff. 2 ZGB folgt, dass eine gesetzliche Vermutung für die Notwendigkeit einer Kindesvertretung besteht, wenn die Eltern bezüglich der

¹⁵¹ So auch GLOOR/SCHWEIGHAUSER (Fn. 8), 23 und Empfehlungen KOKES (Fn. 27), 7; a.A. PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 5. Aufl., Zürich 2014, 586.

¹⁵² Sofern die Voraussetzungen eines einschlägigen Staatsvertrages vorliegen, namentlich des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

¹⁵³ Votum Simonetta Sommaruga, AB 2012 N 1654.

¹⁵⁴ BGE 131 III 663, 556 f. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dient die Kindesanhörung beim urteilsunfähigen Kind ausschliesslich der Ermittlung des Sachverhaltes. Das urteilsunfähige Kind müsse nur angehört werden, wenn eine Anhörung im Sinne eines Beweisantrages ausdrücklich verlangt worden sei, wobei ein entsprechender Antrag nur aufgrund des Alters des Kindes oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen abgewiesen werden dürfe, nicht aber aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung. Vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 5A_821/2013 vom 16. Juni 2014, E. 4 m.w.Nw. Zu Recht kritisch zu dieser Rechtsprechung SCHWEIGHAUSER, Art. 298 N 9, 29, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2013.

Zuteilung der elterlichen Sorge unterschiedliche Anträge stellen¹⁵⁵. Diese Vermutung muss auch bestehen, wenn die Eltern bezüglich der Ausübung der elterlichen Sorge unterschiedliche Anträge stellen, sich mithin über Aspekte uneinig sind, über welche sie zusammen befinden müssen. Eine Kindesvertretung ist zudem in gerichtlichen Verfahren auf Antrag des urteilsfähigen Kindes zwingend zu errichten (Art. 299 Abs. 3 ZPO). Im Verfahren vor der KESB besteht kein solcher Automatismus. In aller Regel sollte jedoch eine Kindesvertretung errichtet werden, wenn das urteilsfähige Kind darum ersucht. Zumal das urteilsfähige Kind selber eine Vertretung mandatieren kann¹⁵⁶.

D. Schluss

[Rz 94] Viele Einzelfragen betreffend das neue Recht der elterlichen Sorge sind zum heutigen Zeitpunkt ungeklärt, darunter auch Fragen grundsätzlicher Natur. Bei der Klärung der offenen Punkte ist einer grundrechtssensiblen Anwendung des neuen Rechts grosse Aufmerksamkeit zu schenken. Namentlich sind die Autonomie der Eltern und ihre primäre Sorge um das Kind zu respektieren. Umgekehrt ist die Ausübung dieser Autonomie beziehungsweise die Wahrnehmung der Sorge für das Kind auch von den Eltern einzufordern. Hierfür müssen in der Praxis die Ressourcen der Eltern gestärkt werden, Konflikte einvernehmlich und im besten Interesse des Kindes zu lösen.

Prof. Dr. ANDREA BÜCHLER ist Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

lic. iur. LUCA MARANTA, Advokat, ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Büchler sowie Mitarbeitender der KESB Basel-Stadt (Juristisches Sekretariat). Er gibt im Folgenden seine persönliche Meinung wieder.

¹⁵⁵Vgl. SCHWEIGHAUSER, Art. 299 N 14, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013. Zurückhaltender CHK-BIDERBOST, Art. 314abis N 2, wonach bei den in Art. 314abis Abs. 2 ZGB aufgeführten Fällen eine Vertretung regelmässiger als sonst notwendig sei. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss nicht eine verfahrensleitende Verfügung ergehen, wenn in den aufgeführten Fällen auf die Errichtung einer Kindesvertretung verzichtet wird, vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014, E. 3.2 m.w.Nw.; a.A. SCHWEIGHAUSER, Art. 299 N 14, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013.

¹⁵⁶Vgl. KuKo ZGB-COTTIER, Art. 314abis N 8.