



Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge

8. Schweizer Familienrecht § Tage 28./29. Januar 2016, Zürich

Yvo Biderbost, Leiter des Rechtsdienstes der KESB Stadt Zürich
Linus Cantieni, Präsident KESB Kreis Bülach Süd



Heutiges Programm

1. Überblick über die (neue) Rechtslage
2. In welchen Fällen soll die gemeinsame elterliche Sorge verweigert werden (können)?
3. Fallbeispiele/Diskussion



Überblick über die (neue) Rechtslage



Grundsatz

«Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB)»

➔ Gemeinsame elterliche Sorge als **Regelfall**



(Miteinander) verheiratete Eltern

Grundsatz (Art. 297 Abs. 1 ZGB):

«Während der Ehe über die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus.»

➔ alte Regelung = neue Regelung



Sich in Scheidung befindende Eltern

Scheidung bedeutet grundsätzlich **keine** Änderung mehr der elterlichen Sorge (Art. 133 f./Art. 298 ZGB)

- ➔ Änderung nur, wenn dies **zur Wahrung des Kindeswohls nötig** ist.
- ➔ gemeinsame elterliche Sorge folglich **gegen den Willen** eines Elternteils möglich.



Nicht (miteinander) verheiratete Eltern

Gemeinsame **Erklärung** der Eltern mit "**Bestätigung**" (Art. 298a ZGB):

- Bereitschaft gemeinsam Verantwortung für das Kind zu übernehmen; und
- sich über Obhut, persönlicher Verkehr, Betreuungsanteile und Unterhaltsbeitrag verständigt zu haben.



Uneinigkeit bei nicht (miteinander) verheirateten Eltern

- ➔ KESB verfügt gemeinsame elterliche Sorge **gegen den Willen** des anderen Elternteils, **sofern Kindeswohl gewahrt** ist (Art. 298b Abs. 1 ZGB).
- ➔ KESB hat zusätzlich auch die übrigen strittigen Punkte zu regeln (Obhut, Betreuungsanteile/persönlicher Verkehr), nicht aber den Kindesunterhalt



Inhalt der gemeinsamen elterlichen Sorge - I

Der Elternteil, der das Kind betreut, kann **allein** entscheiden, wenn (Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB):

1. Die Angelegenheit **alltäglich** oder **dringlich** ist;
2. Der andere Elternteil **nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen** ist.

Folge: Alles andere muss gemeinsam entschieden werden (kein Elternteil hat Stichentscheid)

➔ Bei Uneinigkeit gibt es (grundsätzlich) keine Streitschlichtungsstelle!



Inhalt der gemeinsamen elterlichen Sorge - II

Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffend Kind neu zwingend *Teil der elterlichen Sorge* (Art. 301a ZGB).

Grundsatz: gemeinsamer Entscheid der Eltern

Ausnahme: Zustimmung des anderen Elternteils, der KESB bzw. des Gerichts nötig, wenn:

- neuer Aufenthaltsort im Ausland liegt oder
- Wechsel des Aufenthaltsortes *erhebliche* Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat.



Fallbeispiele/Diskussion



Fall «Verweigerung geS»

Wie hoch ist die «Messlatte»?



Verweigerung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Die gemeinsame elterliche Sorge ist zu verweigern, **wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.**

Massstab?

- ➔ Gemäss Botschaft deckt sich der Massstab mit Art. 311 ZGB (Entzug Sorgerecht)



Die Frage nach der "Höhe der Messlatte" - I

- Gemäss Parlament, Exekutive und Lehre auch weitere Kindeswohlgefährdungen als Grund für die Verweigerung der geS
- neuer **Bundesgerichtsentscheid, 5A_923/2014, 27.8.2015:**
»...entgegen der missverständlichen Äusserungen in der Botschaft (BBl 2011 9087, 9105) – für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge nicht generell die Interventionsschwelle von Art. 311 ZGB gilt, sondern dass vielmehr – in Übereinstimmung mit zahlreichen Stimmen in der Lehre [...] – davon auszugehen sei, *dass andere bzw. weniger gravierende Gründe die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge ebenfalls rechtfertigen können*» (E. 4, 4.1–4.7).



Die Frage nach der "Höhe der Messlatte" - II

BGer, 5A_923/2014, 27.8.2015:

«...kann beispielsweise ein *schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt* oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der *Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt* und von der Alleinzuteilung eine Verbesserung erwartet werden kann.» (E. 4.6)



Die Frage nach der "Höhe der Messlatte" - III

BGer, 5A_923/2014, 27.8.2015:

«Erforderlich ist in jedem Fall eine *Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts* oder der gestörten Kommunikation.» (E. 4.7)



Prüfschema

Für den Entzug/die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechts müssen folglich folgende Voraussetzungen **kumulativ** erfüllt sein:

1. Schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt *oder* anhaltende Kommunikationsunfähigkeit
2. Der Mangel muss sich negativ auf das Kindeswohl auswirken
3. Entschärfung des Konflikts durch das Alleinsorgerecht



1. Dauerkonflikt oder Kommunikationsunfähigkeit

- *Punktuelle* Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten reichen nicht für eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts
 - ➔ nötig ist ein schwerwiegender Konflikt mit Ausnahmecharakter
- der Konflikt oder die Kommunikationsunfähigkeit muss anhaltend sein (Prüfung des Verlaufs)
 - ➔ nicht einmal ein «Minimum an Gemeinsamkeit» ist möglich

Es muss in jedem Fall eine Erheblichkeit und Chronizität vorliegen.

Es muss
einen
Verlauf
geben
+ im Verlauf
eines
strittigen
Verfahrens



....aber:

Ist bei einem Dauerkonflikt die «Schuldfrage» auf der Elternebene zu beachten?

➔ gemäss BGer «grundsätzlich» nicht

Wird u.U. jener Elternteil belohnt, der sich (besonders) querstellt?



....und überhaupt:

Was, wenn ein Elternteil eine (minimale) Kommunikation konsequent verweigert?

➔ gemäss BGer wird das gemeinsame Sorgerecht zur *inhaltslosen Hülse*, wenn ein Zusammenwirken gar nicht möglich ist

Kann durch eine solche Verweigerungshaltung die Alleinsorge u.U. erzwungen werden?



2. Negative Auswirkung auf das Kindeswohl

Die Gründe für die schwerwiegenden Konflikte der Eltern beim Streit um das Sorgerecht darf nicht im Vordergrund stehen, sondern entscheidend sein muss, *wie sich ein schwerwiegender Konflikt mit Ausnahmecharakter auf das Kindeswohl auswirkt.*

- ➔ «Es liegt in aller Regel nicht im Kindeswohl, wenn die Kindesschutzbehörde oder gar der Richter andauernd die Entscheidungen treffen muss, für welche es bei gemeinsamer Sorge der elterlichen Einigung bedarf.»



...aber:

- Wenn Intervention durch KESB (oder Gericht) nötig bei sog. Pattsituationen, muss die Schwelle der *Kindeswohlgefährdung* jeweils erreicht sein (Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB).
 - Für die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme (z.B. Weisung oder Beistandschaft) bedarf es einer *Kindeswohlgefährdung* (Art. 307 ff. ZGB).
- ➔ Bei der Sorgerechtsregelung ist eine Alleinsorge dann angezeigt, wenn dies zur *Wahrung des Kindeswohls* nötig ist (Art. 298 und 298b ZGB).

Liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, muss das nicht immer zu einer Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechts führen!?



3. Entschärfung des Konflikts durch Alleinsorgerecht

Eine Alleinzuteilung ist *nur dann* zulässig, wenn dadurch der Kindeswohlgefährdung überhaupt begegnet werden kann (bzw. diese nicht verschlimmert wird)

- ➔ Liegen Eltern immer (wieder) im Streit, entschärft dies das Konfliktpotenzial, wenn ein Elternteil alleine entscheiden kann.



...aber:

Liegt die Kindeswohlgefährdung darin, dass sich die Eltern dauernd streiten, wird die Zuteilung der Alleinsorge (oder Belassung dieser) dem Streit vermutlich kein Ende setzen.

Wird hier jener belohnt, der sich (besonders) querstellt?

Es soll
eine enge
Ausnahme
bleiben.



Fazit

- Entscheid bringt Klarheit, dass Messlatte unter der «311-Marke» liegt
- Er liefert einen Kriterienkatalog
- Aber:
 - ➔ Ermessensspielraum bleibt recht gross, Unklarheiten bleiben. Entzug/Verweigerung muss mit Blick auf Intention der Reform aber die eng begrenzte Ausnahme bleiben.
 - ➔ Entscheid entspricht mit Blick auf die Rechtslage aber den Erwartungen (Spannungsverhältnis Art. 298/298b – 301 Abs. 1^{bis} ZGB).
 - ➔ Unbehagen kommt auf, dass der (besonders) streitsüchtige oder verweigernde Elternteil letztlich belohnt werden könnte.



Fall «Wechselmodell»

Kann eine hälftige Betreuung eingefordert werden?



100 23
100 23
100 23
100 23
100 23

Fall «Pattsituation»

Ist die KESB/das Gericht eine Streitschlichtungsstelle?

Entscheid bringt Klarheit, dass Messtafe unter der 411...
Er liefert einen Kontaktst...
Aber...
Entscheid entspricht mit Blick auf die Rechtslage...
Überlegen kommt auf, dass der (besondere) Streit...
w... vorliegende Elementarfall letztlich belanglos...



Fall «Aufenthaltswechsel Kind»

In welchen Fällen ist ein solcher erlaubt?

Toolbox: Alltägliche Entscheide und Entscheide von erheblicher Tragweite

Die nachfolgende Auflistung lehnt sich an die deutsche Literatur an und soll eine Orientierungshilfe bieten.⁷⁸ Sie hat das heute meistverbreitete Betreuungsmodell, das sogenannte Residenzmodell, bei dem das Kind hauptsächlich bei einem Elternteil lebt, den andern Elternteil aber regelmässig sieht und mit ihm im Kontakt steht, vor Augen.

| | Alltägliche Entscheide | Entscheide von erheblicher Bedeutung |
|---|--|---|
| Gesundheit / medizinische Versorgung | <ul style="list-style-type: none"> - Vorsorgeuntersuchungen - Impfungen nach schweizerischem Impfplan - Arztkonsultationen und Therapie bei Kinderkrankheiten, nicht lebensbedrohlichen Infekten - Notfallversorgung, z. B. nach Unfällen - Zahnbehandlungen | <ul style="list-style-type: none"> - Medizinische Eingriffe mit erheblichem Komplikationsrisiko, z. B. chirurgische Eingriffe - medikamentöse Therapien mit erheblichen Nebenwirkungen, z. B. Ritalin - Fachärztliche Abklärungen und Therapien, z. B. kinderpsychiatrische Abklärung - Zahntechnische oder dentalchirurgische Behandlungen (Zahnspange, Implantate usw.) |
| Ausbildung | <ul style="list-style-type: none"> - Entschuldigungen bei der Schule infolge Krankheit - Teilnahme an Schulausflügen und Klassenlagern - Visieren von Strafaufgaben, Prüfungen, Verwamungen, z. B. wegen Verspätungen - Fragen des Schulalltages inkl. Nachhilfeunterricht | <ul style="list-style-type: none"> - Wechsel in eine Privatschule - Wechsel in eine Sonderschule - Mehrmonatiger Schüleraustausch - Berufswahl - Schulpsychologische Abklärungen - Vorgezogene oder zurückgestellte Einschulung - Stufen- und Typeneinstufung |
| Finanzen | <ul style="list-style-type: none"> - Eröffnen eines Jugendkontos zur Verwaltung von Taschengeld - Besitz eines Mobiltelefons - Taschengeld und kleine Geldgeschenke | <ul style="list-style-type: none"> - Anlage von Kindesvermögen - Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft |

Toolbox: Alltägliche Entscheide und Entscheide von erheblicher Tragweite

Die nachfolgende Auflistung lehnt sich an die deutsche Literatur an und soll eine Orientierungshilfe bieten.⁷⁸ Sie hat das heute meistverbreitete Betreuungsmodell, das sogenannte Residenzmodell, bei dem das Kind hauptsächlich bei einem Elternteil lebt, den andern Elternteil aber regelmässig sieht und mit ihm im Kontakt steht, vor Augen.

| | Alltägliche Entscheide | Entscheide von erheblicher Bedeutung |
|---|---|---|
| Gesundheit / medizinische Versorgung | <ul style="list-style-type: none"> - Vorsorgeuntersuchungen - Impfungen nach schweizerischem Impfplan - Arztkonsultationen und Therapie bei Kinderkrankheiten, nicht lebensbedrohlichen Infekten - Notfallversorgung, z. B. nach Unfällen - Zahnbehandlungen | <ul style="list-style-type: none"> - Medizinische Eingriffe mit erheblichem Komplikationsrisiko, z. B. chirurgische Eingriffe - medikamentöse Therapien mit erheblichen Nebenwirkungen, z. B. Ritalin - Fachärztliche Abklärungen und Therapien, z. B. kinderpsychiatrische Abklärung - Zahntechnische oder dentalchirurgische Behandlungen (Zahnspange, Implantate usw.) |
| Ausbildung | <ul style="list-style-type: none"> - Entschuldigungen bei der Schule infolge Krankheit - Teilnahme an Schulausflügen und Klassenlagern - Visieren von Strafaufgaben, Prüfungen, Verwarnungen, z. B. wegen Verspätungen - Fragen des Schulalltages inkl. Nachhilfeunterricht | <ul style="list-style-type: none"> - Wechsel in eine Privatschule - Wechsel in eine Sonderschule - Mehrmonatiger Schüleraustausch - Berufswahl - Schulpsychologische Abklärungen - Vorgezogene oder zurückgestellte Einschulung - Stufen- und Typeneinstufung |
| Finanzen | <ul style="list-style-type: none"> - Eröffnen eines Jugendkontos zur Verwaltung von Taschengeld - Besitz eines Mobiltelefons - Taschengeld und kleine Geldgeschenke | <ul style="list-style-type: none"> - Anlage von Kindesvermögen - Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft |