

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen



St.Galler Eherechtstagung
Donnerstag, 1. Dezember 2016, Kongresshaus Zürich

«Wissen schafft
Wirkung» 

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen

**Gemeinsame Sorge, Aspekte der
Sorgezuteilung, Regelung der Betreuung,
des Aufenthalts und intertemporaler
Regelungen im neuen Unterhaltsrecht**

lic. iur. Urs Vogel

2

Übersicht

1. Vorbemerkungen
2. Elterliche Sorge
 - Grundsätze
 - Gemeinsame Sorge
 - Alleinsorge
3. Obhut, Betreuung und Aufenthaltsbestimmungsrecht
 - Alleinige Obhut – persönlicher Verkehr
 - Alternierende Obhut – Betreuungsanteile
 - Zustimmung zum Aufenthaltswechsel
4. Aspekte des intertemporalen Rechts elterliche Sorge und Unterhalt
 - Konsequenzen für die Praxis

3

Vorbemerkungen

- Revision Sorgerecht in Kraft seit gut zwei Jahren
- Grundsatz der gemeinsamen Sorge unabhängig des Zivilstandes
- Leitplanken für strittige Fragestellungen sind durch Entscheide des Bundesgerichtes gesetzt worden
 - Kriterien zur Verweigerung/Aufhebung der gemeinsamen Sorge
 - Kriterien der Zuteilung bei Alleinsorge
 - Kriterien der Regelung der Obhut/Betreuung
 - Fragen des Aufenthaltswechsels
- Übersicht über die praxisrelevanten Entscheidungskriterien
- Kurzer Ausblick auf die intertemporalen Regelungen des Kinderunterhaltsrechts

4



Elterliche Sorge - Grundsätze

- Elterliche Sorge als fremdnütziges, höchstpersönliches Recht der Eltern, mit dem Ziel, das Kind zur selbstständigen und eigenverantwortlichen Lebensführung zu befähigen
- Konkrete Ausübung der elterlichen Sorge hat sich an der Maxime des Kindeswohls zu orientieren (Art. 296 Abs. 1 ZGB)
- Gemeinsame Sorge als Garant für eine kindeswohlgerechte Erziehung, Anspruch des Kindes auf Sorgeausübung durch beide Elternteile unabhängig des Zivilstandes (Art. 296 Abs. 2 ZGB)
- Im Streitfall keine freie Überprüfung, ob mit gemeinsamer oder alleiniger elterlicher Sorge dem Kindeswohl besser gedient sei (BGer 5A_81/2016 vom 2.5.2016 E. 5; 5A_400/2015 vom 25.2.2016 E. 3.7) – Massstab ist eine Kindeswohlgefährdung

5



Gemeinsame Sorge

- Gründe die einem gemeinsamen Sorgerecht entgegenstehen können:
Grundsatz:
 - Eine **erhebliche und chronische Kommunikations- oder Kooperationsunfähigkeit** der Eltern rechtfertigt die Alleinzuteilung, wenn dadurch die Belastung für das Kind verringert werden kann (BGE 141 III 472, 474 E. 4)
- Präzisierung**
 - **Fehlender Kontakt und vollständige Blockade** (BGer 5A_926/2014 vom 28.8.2015, E. 3.4)
 - Vollständige **Blockade der Kommunikation** und Konflikte in Bezug auf **Entscheidungen in verschiedenen Lebensbereichen** (BGer 5A_89/2016 vom 2.5.2016, E. 4)
 - **Unüberwindbare Konflikte** (BGer 5A_412/2015 vom 26.11.2015, E. 7.2)
 - Konsequente **Verhinderung jeglichen Kontakts** kann in Ausnahmefällen zur Verhinderung der gemeinsamen Sorge führen (BGE 142 III 197 E. 3.7)

6



Gemeinsame Sorge

- Gründe die einem gemeinsamen Sorgerecht nicht entgegenstehen können:
 - **Abstrakte Möglichkeit eines Konfliktes reicht nicht aus** (BGer 5A_202/2015 vom 26.11.2015, E. 3.4; 5A_412/2015 vom 26.11.2015 E. 7.1)
 - **Geographische Distanz** allein rechtfertigt die Alleinzuteilung nicht (BGer 5A_781/2015 vom 14.3.2016 E. 3.2.3; 5A_331/2015 vom 20.1.2016 E 3)
 - Trotz Dauerkonflikt und Unfähigkeit zur Kommunikation; stark divergierende Erziehungsansichten oder Erziehungsstile; Einigung über Besuchsausübung; bestehender **Loyalitätskonflikt wird durch die gemeinsame Sorge nicht verstärkt** (BGer 5A_186/2016 vom 2.5.2016 E. 4)
 - Konzentration des **Konflikts auf das Besuchsrecht** (BGer 5A_81/2016 vom 2.5.2016 E. 5)
 - **Alleinzuweisung von Entscheidungskompetenzen** wenn diese Lösung dem Grundsatz der Subsidiarität besser entspricht (BGE 141 III 472 E. 4.7; BGer 5A_714/2015 vom 28.4.2016 E.4.3.2)

7



Alleinsorge

- Wird die Alleinsorge verfügt oder daran festgehalten stellt sich die Frage der Zuteilung
- Die bisherigen Kriterien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auch nach Inkrafttreten der Bestimmungen über die gemeinsamen Sorge anzuwenden (BGer 5A_41/2016 vom 19.5.2016 E. 5.2.1; 5A_847/2015 vom 2.3.2016 E. 5.2.2)
- Kindeswohl hat Vorrang vor allen anderen Überlegungen
- Wünsche und Interessen der Eltern stehen dabei im Hintergrund (BGE 131 III 209 E. 5)

8

Alleinsorge

- Zuteilungskriterien
 - erzieherischen **Fähigkeiten und Kooperationsbereitschaft** des Elternteils (BGE 117 II 353, 355 E. 3, 115 II 206 E. 4a; 115 II 317 E. 2)
 - **Kontinuität** der Betreuung und **Stabilität** der Verhältnisse (BGE 136 I 178 E. 5.3; BGer 5A_105/2014 vom 6.6.2014 E. 4.2.1)
 - **Qualität** der persönlichen Beziehung (BGer 5A_181/2008 vom 25.4.2008 E. 3.1)
 - Möglichkeit, das **Kind selber persönlich** zu betreuen (BGE 136 I 178 E. 5; BGer 5A_266/2015 vom 24.6.2015 E. 4.2.2.2)
 - Bereitschaft, dem Kind **den persönlichen Verkehr zum anderen Elternteil** zu ermöglichen (BGer 5A_266/2015 vom 24.6.2015 E. 4.2.2.2)
 - Berücksichtigung der **Situation der Geschwister** (BGer 5A_444/2008 vom 14.8.2008 E. 3.6)

9

Obhut und Aufenthaltsbestimmungsrecht

- Grundsätzlich Sache der Eltern bei gemeinsamer Sorge
- Begrifflichkeiten (BGer 5A_904/2015 vom 29.9.2016 E. 3.2.2; 5A_985/2014 vom 25.5.2015 E. 3.2.1):
 - ⇒ **Obhut:** unter diesem Begriff ist nur noch die faktische (tatsächliche) Obhut zu verstehen (kann im Streitfall durch Gericht oder KESB zugeteilt werden)
 - ⇒ **Aufenthaltsbestimmungsrecht:** rechtliche Kompetenz, über den Aufenthaltsort des Kindes zu entscheiden (Art. 301a ZGB), ist Teil der gemeinsamen Sorge
- Betreuungsanteile und persönlicher Verkehr
 - ⇒ Der Elternteil, der die faktische Obhut **nicht** innehat, übt den Kontakt zum Kind im Rahmen des persönlichen Verkehrs aus
 - ⇒ Haben **beide Eltern die faktische Obhut**, können die Betreuungsanteile, nicht aber der persönliche Verkehr geregelt werden!

10



Obhut – Regelung durch Gericht [oder KESB]

- Gemeinsame Sorge - Eltern können sich nicht über die Betreuung einigen
- Berücksichtigung des Rechts des Kindes, regelmässig persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Art. 298 Abs. 2^{bis}, 298b Abs. 3^{bis} ZGB [in Kraft ab 1.1.2017])
- Prüfungspflicht der alternierenden Obhut auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes (Art 298 Abs. 2^{ter}, 298b Abs. 3^{ter} ZGB [in Kraft ab 1.1.2017])
- Mögliche Regelungen
 - Alternierende Obhut («gemeinsame» Obhut)
 - Alleinzuteilung

11



Obhut – Alternierende [«gemeinsame Obhut»]

- Generelle Voraussetzung:
 - Bereitschaft, **abwechselnd massgebliche Anteile an der Betreuung** zu übernehmen
 - Alternierende Obhut kann auch **gegen den Willen** eines Elternteils angeordnet werden (BGer 5A_527/2015 vom 6.10.2015 E. 4)
 - **Kindeswohl** ist oberste Maxime, ist für die Regelung des Eltern-Kindsverhältnisses immer der entscheidende Faktor (BGE 141 III 328 E. 5.4)
 - Notwendigkeit der **Flexibilität** in der Gestaltung der Betreuung und die **Bereitschaft zur Zusammenarbeit**
 - Kein absoluter **Rechtsanspruch** auf Einräumung der alternierenden Obhut, massgebend sind die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls

12



Obhut - Alternierende

- Konkrete Kriterien, welche zur Einräumung vorhanden sein müssen (BGer 5A_904/2015 vom 29.9.2016 E. 3.2.3; 5A_991/2015 vom 29.9.2016 E. 4.3)
 - Erziehungsfähigkeit beider Elternteile
 - Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit und –bereitschaft
 - Geographische Distanz der Wohnorte
 - Stabilität der Regelung
 - Abwechselnde Betreuungssituation vor der Trennung
 - Kontinuität einer bestehenden Fremdbetreuung welche Hauptbezugsperson des Kindes ist
 - Möglichkeit der persönlichen Betreuung
 - Alter des Kindes
 - Beziehung zu Geschwistern, Angehörigen und sozialem Umfeld
 - Je nach Alter des Kindes unterschiedliche Gewichtung der einzelnen Komponenten

13



Obhut - Alleinzuteilung

- Zuteilungsregeln der Obhut richten sich nach der altrechtlichen Rechtsprechung (BGer 5A_991/2015 vom 29.9.2016 E. 4.4; 5A_714/2015 vom 28.4.2016 E. 4.2.1.3)
- Analoge Anwendung der Kriterien der Zuteilung der Alleinsorge (siehe oben)
- Regelung des persönlichen Verkehrs als Folge der Alleinzuteilung
- Obhutzuteilung bedeutet für den Nicht-Obhutsinhaber aber eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrecht mit einer ähnlichen Wirkung wie bei einem Entzug dieses Rechts

14



Aufenthaltsbestimmungsrecht

- Ist grundsätzlich untrennbar mit der elterlichen Sorge verbunden
- Wechsel des Aufenthaltsortes kann durch den betreuenden Elternteil (Alleininhaber der Obhut oder beide Elternteile bei alternierende Obhut) vorbehaltlich der Einschränkung von Art. 301a Abs. 2 ZGB alleine entschieden werden
- In Ausnahmefällen kann aber einem Elternteil dieses Entscheidungsrecht alleine zugeteilt werden, wenn es sich um einen singulären Konflikt handelt und die Zuteilung der Alleinsorge als Konfliktlösung unverhältnismässig wäre: BGE 141 III 472 E. 4.7; BGer 5A_714/2015 vom 28.4.2016 E.4.3.2
- Allenfalls Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Rahmen einer Kindesschutzmassnahme (Art. 310 ZGB); Gefährdungssituation, welche nicht auf andere Art behoben werden kann als durch Wegnahme und Fremdbetreuung des Kindes

15



Wechsel Aufenthaltsort bei gemeinsamer Sorge

- Art. 301a Abs. 2 ZGB: Zustimmungserfordernis bei
 - lit. a: Erheblicher Auswirkung auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr
 - lit. b: Wegzug ins Ausland
- Erhebliche Auswirkungen
 - Auf Ausübung elterliche Sorge **oder** persönlichen Verkehr (BGE 142 III 502, 510 E. 2.4:*dass die Konjunktion "oder" in die Bestimmung zu lesen ist...*)
 - Im Zentrum der Beurteilung stehen die Auswirkungen auf das bisher gelebte Betreuungsmodell
- Grundsätze der Beurteilung
 - Unabhängig ob Wegzug ins Ausland oder innerstaatlicher Umzug (BGE 142 III 502, 511 E. 2.5)
 - Motive der wegziehenden Person sind nicht Gegenstand der Überprüfung des Gerichts/der Behörde (BGE 142 III 481, 490 E. 2.5. und 2.6)

16



Wechsel Aufenthaltsort bei gemeinsamer Sorge

- Grundsätze der Beurteilung (Fortsetzung)
 - Masstab ist nicht das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung
 - Zu beurteilende Fragestellung: ...*Die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob das Kindeswohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem auswanderungswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, unter Berücksichtigung der auf Art. 301a Abs. 5 ZGB gestützten Anpassung der Kinderbelange [Betreuung, persönlicher Verkehr, Unterhalt]...*(BGE 142 III 481, 492 E. 2.6)
 - Die Grundzüge des künftigen Betreuungskonzeptes müssen bekannt sein, es kann nicht abstrakt entschieden werden
 - Wegzugsbewilligung und Neuregelung der Betreuung/persönlicher Verkehr bilden eine Einheit (BGE 142 III 481, 495 E. 2.8; 142 III 502, 512 E. 2.6)
 - Bei der hoheitlichen Neureglung der Betreuung (Art. 301a Abs. 5 ZGB) sind die Kriterien der Obhutazuteilung im Trennungs- und Scheidungsfall analog anwendbar (BGE 142 III 498, 499 E. 4.4)

17



Zuständigkeit

- Formulierung von Art. 301a Abs. 2 und 5 spricht von Gericht oder Kindesschutzbehörde, ohne dies näher zu präzisieren
- Unterschiedliche Lehrmeinungen
 - analoge Anwendung der Regelung des persönlichen Verkehrs (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301a N 27)
 - analoge Anwendung von Art. 315a/315b ZGB (Meier/Stettler, DCS, Droit de la filiation, Rz. 878)
 - Eingriff in die elterliche Sorge (Wechsel Aufenthaltsort und Regelungen stellen einen einheitlichen Entscheid dar), daher bei verheirateten und geschiedenen Eltern Gericht, bei nicht miteinanderverheirateten Eltern die KESB (BK ZGB-Affolter/Vogel, Art. 301a N 41; Cantieni/Biderbost, in: FamPra.ch 2015, 771)
- Gerichtsentscheide für die Zuständigkeit des Gerichts bei verheirateten oder geschiedenen Eltern:
 - KGer FR vom 30. September 2016, 106 2016 28, E. 4.e; OGer ZH vom 26. Februar 2015, LC150003, E. 4

18



Intertemporales Recht – elterliche Sorge und Unterhalt

- Grundsätze in den allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels (Art. 1-4 SchIT ZGB)
 - Grundsatz der Nichtrückwirkung neuen Rechts;
 - intertemporaler ordre public;
 - Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird
 - Die allgemeinen Bestimmungen stellen Auslegungshilfen dar
- Elterliche Sorge (Art. 12 Abs. 4 und 5 SchIT ZGB)
 - Seit 1.7.2015 keine erleichterte Abänderung in Bezug auf Einräumung der geS bei geschiedenen Eltern mehr möglich
 - Einräumung nur, wenn veränderte Verhältnisse geltend gemacht werden können (Art. 134 ZGB: ...eine Abänderung muss zum Wohl des Kindes geboten sein... BGer 5A_428/2014 vom 22.7.2014 E. 6.2)
 - Einvernehmliche Abänderung hin zur gemeinsamen Sorge vor der KESB wohl jederzeit möglich (Art. 134 Abs. 3 ZGB)

19



Intertemporales Recht – elterliche Sorge und Unterhalt

- Kinderunterhalt - materielles Recht
 - Rechtshängige Verfahren: sofortige Anwendung des neuen Unterhaltsrechts (Art. 13c^{bis} Abs. 1 SchIT ZGB)
 - Entscheide vor dem 1.1.2017 sind nach altem Recht zu fällen; in der Praxis nun wohl aufzuschieben bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts (auch im Hinblick auf allfällige Rechtsmittelverfahren, weil dann neues Recht anzuwenden ist!)
 - Aufgrund der Nichtrückwirkung ist materiell für die Bemessung des Unterhaltsanspruch vor dem 1.1.2017 altes Recht, ab 1.1.2017 neues Recht anzuwenden, auch bei neu eingereichten Klagen
 - Anwendung Art. 286a ZGB: Mankoberechnung muss für die Periode vor 1.1.2017 nach der Bemessung des alten Rechts erfolgen (also ohne Betreuungsunterhalt)
 - Art. 13c SchIT ZGB: Lockerung bezüglich Anforderung an die Abänderung bereits bestehender Unterhaltstitel für unverheiratete Eltern; Unterhaltstitel aufgrund eherechtlicher Verfahren i.d.R. verbunden mit Ehegattenunterhalt: erhebliche Veränderungen der Verhältnisse als Voraussetzung
 - Spezialregelung für Verfahren vor Bundesgericht (Art. 13c^{bis} Abs. 2 SchIT ZGB)

20



Intertemporales Recht – elterliche Sorge und Unterhalt

- Kinderunterhalt – Verfahrensrecht
 - Neue Bestimmung Art. 407b ZPO
 - Art. 407b Abs. 1 ZPO: sofortige Anwendung der neuen verfahrensrechtlichen Bestimmungen auf hängige Verfahren (Unterhaltsverfahren, eherechtliche Verfahren)
 - Art. 407b Abs. 2 ZPO: neue Rechtsbegehren sind zulässig, sowohl vor erster wie zweiter Instanz;
 - Keine Beschränkung bezüglich neuer Tatsachenvorbringungen oder Beweisanträgen (insbesondere auch im Hinblick auf Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO Officialmaxime bei Kinderbelangen)

21



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

IRP-HSG
Bodanstrasse 4
9000 St.Gallen
Schweiz
+41 71 224 2424
irp@unisg.ch
www.irp.unisg.ch



22