

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen



Kinder- und Erwachsenenschutzrecht

Dienstag, 8. November 2016, Kongresshaus Zürich

«Wissen schafft
Wirkung»

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen

Die KESB vor Sorgerechtsentscheiden, Fragen der Obhut und des Aufenthalts- bestimmungsrechts

lic. iur. Urs Vogel

Übersicht

- Vorbemerkungen
- Elterliche Sorge
 - Grundsätze
 - Gemeinsame Sorge
 - Alleinsorge
- Obhut und Aufenthaltsbestimmungsrecht
 - Alleinige Obhut – persönlicher Verkehr
 - Alternierende Obhut - Betreuungsanteile
- Verfahrensaspekte

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 (s. Referat Thomas Geiser)
- Übersicht über die praxisrelevanten Entscheidungskriterien



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 kindeswohlgerichte 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 elterlichen 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 KESB/Gericht

- Gemeinsame Sorge - Eltern können sich nicht 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
 - Alleinzuteilung

11



Obhut - Alternierende

- 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

15



Aufenthaltsbestimmungsrecht

- Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts als Kinderschutzmassnahme (Art. 310 ZGB)
- Keine Änderung der materiellen Voraussetzungen; Gefährdungssituation, welche nicht auf andere Art behoben werden kann als durch Wegnahme und Fremdbetreuung des Kindes
- Aufenthaltsbestimmungsrecht geht auf die KESB über
- Konsequenz:
 - Platzierungsentscheid durch KESB
 - KESB ist Vertragspartner
 - Sicherung der Finanzierung ist Sache der KESB respektive des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens
 - Kontroverse Vorstellungen bezüglich der Rolle eines eingesetzten Beistandes nach Art. 308 Abs. 2 ZGB

16



Verfahrensaspekte

- Grundsätzliche Anwendung der Verweisungsnorm von Art. 314 ZGB, muss auf alle Verfahren vor der KESB angewendet werden (Botschaft ESR BBI 2006 7101)
 - Massnahmeunabhängige Verfahren der nicht streitigen (d.h. freiwilligen) Gerichtsbarkeit
 - Massnahmeunabhängige Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit
 - Anordnung und Aufhebung von Kindeschutzmassnahmen
- Untersuchungs- und Officialmaxime
 - Anforderungen an eine willkürfreie Beweiswürdigung (siehe dazu BGer 5A_991/2015 vom 29.9.2016 E. 6)
 - strenge Anforderungen
 - Genaue Interpretation und Widergabe von Drittäusserungen, protokollarischen Aussagen etc.

17



Verfahrensaspekte

- Anhörung
 - Fragen des gemeinsamen Sorgerechts ist die mündliche Anhörung von zentraler Bedeutung (BGer 5A_2/2016 vom 28.4.2016 E. 2.2)
 - Antrag auf Anhörung des Kindes kann nicht in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen werden (BGer 5A_2/2016 vom 28.4.2016 E. 2.2)
- Prüfung Verfahrensvertretung (Art. 314a^{bis} ZGB)
 - pflichtgemässes Ermessen der KESB (BGer 5A_232/2016 vom 6.6.2016 E. 4; BGE 142 III 197 E. 2.3)
 - objektiven Massstab in Würdigung der gesamten Umstände
 - wenn die Kindesinteressen nicht, ungenügend oder ungeeignet ins Verfahren eingebracht werden
 - Entscheidungen anstehen
 - mindestens in zwei Konstellationen eine Pflicht der KESB, die Anordnung der Kindesvertretung zu prüfen (Unterbringung und Elternbeziehung) und im Entscheid entsprechend abzuhandeln

18

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

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

