

*Sonderdruck aus*

**ZWISCHENBILANZ**

**FESTSCHRIFT FÜR  
DAGMAR COESTER-WALTJEN**

ZUM 70. GEBURTSTAG

herausgegeben

von

Katharina Hilbig-Lugani

Dominique Jakob

Gerald Mäsch

Phillip M. Reuß

Christoph Schmid

*Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.*

2015

**GIESEKING VERLAG**



# Gemeinsame elterliche Sorge – Der (steinige) Schweizer Weg

*Ingeborg Schwenzler und Tomie Keller*

## I. Einleitung

Mit einiger Verspätung im Vergleich mit den meisten Staaten mit vergleichbarer Gesellschafts- und Familienrechtsordnung ist schließlich auch in der Schweiz am 1. Juli 2014<sup>1</sup> ein Meilenstein gelegt worden, indem die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung und auch für nicht verheiratete Eltern zum Regelfall gemacht wurde.<sup>2</sup> Allein, es war ein langer und steiniger Weg und noch immer sind nicht alle Stolpersteine ausgeräumt.

## II. Ein langer Weg ...

### 1. Die 1970er Jahre

Während sich namentlich in den USA,<sup>3</sup> aber auch in England<sup>4</sup> und Schweden<sup>5</sup> die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung und in der Folge auch für nicht verheiratete Eltern<sup>6</sup> bereits stark auf dem Vormarsch befand, machte auch die Eidgenossenschaft sich daran, das Kindesrecht einer grundlegenden Revision zu unterziehen.<sup>7</sup> Primäres Ziel war dabei die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder und die Verankerung des Kindeswohls als Leitlinie der damals noch so bezeichneten elterlichen Gewalt.<sup>8,9</sup> Darüber hinaus wurde auch der Stichtentscheid des

1 Bundesgesetz (BG) vom 21. Juni 2013 (Elterliche Sorge), in Kraft seit 1. Juli 2014, Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 2014, 357 ff.

2 Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, Bundesblatt (BBl) 2011, 9077 ff., 9092.

3 Die USA kennen die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung schon seit vor den 1960er Jahren, siehe *Peter Dopffel/Dieter Martiny*, Kindschaftsrecht im Wandel, in Peter Dopffel, Kindschaftsrecht im Wandel, 1994, 575 (588).

4 Vgl. etwa *Jussa v. Jussa*, [1972] 1 W.L.R. 881 = [1972] 2 All E.R. 600.

5 Vgl. *Ingeborg Schwenzler*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, 121 f. Fn. 119; *Chrysan von Sturm zu Vehligen*, Gemeinsame elterliche Sorge (elterliche Gewalt) nach Ehescheidung, AJP 1997, 1059 (1063) (Aktuelle Juristische Praxis). Auch in Polen (seit 1964) oder Italien (seit 1975) kannte man zu dieser Zeit die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern, vgl. *Dopffel/Martiny* (Fn. 3) 575 (590).

6 Vgl. *Dopffel/Martiny* (Fn. 3) 575 (597 f.); *Schwenzler* (Fn. 5) 257 f.

7 Kindesrechtsrevision von 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978. Vgl. zur Revision die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1 ff.

8 Der Begriff der elterlichen Sorge wurde damals noch explizit abgelehnt, vgl. Botschaft Kindesrecht (Fn. 7) 69 f.: „Das Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik spricht von «Erziehungsrecht», der bundesdeutsche Entwurf von «elterlicher Sorge», der österreichische Entwurf von «elterlichen Rechten und Pflichten». Diese Ausdrücke überzeugen jedoch nicht. Der Begriff der «Sorge» erscheint sprachlich unbestimmt. [...] Aus diesen Gründen behält der Entwurf den überlieferten und allgemein bekannten durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doktrin genau definierten Begriff der elterlichen Gewalt im deutschen Text bei.“

9 Vgl. *Ingeborg Schwenzler/Michelle Cottier* in Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl. 2014, Vor Art. 296-306 ZGB Rn. 4 und Botschaft Kindesrecht (Fn. 7) 1, 9 ff., 69 ff.

Vaters abgeschafft<sup>10</sup> und das explizite Züchtigungsrecht der Eltern aus dem Gesetz verbannt.<sup>11</sup>

Dass im Ausland die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung und für nicht verheiratete Eltern diskutiert und praktiziert wurde, blieb auch dem Schweizer Gesetzgeber nicht gänzlich verborgen. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen im Jahre 1975 stellte Nationalrat CONDRAU, von Beruf Psychiater, bereits den Antrag, dem Gericht die Befugnis einzuräumen, die elterliche Gewalt nach Scheidung beiden Ehegatten zu belassen.<sup>12</sup> Dieser Antrag stieß freilich auf wenig Gegenliebe.<sup>13</sup> Es wurde gemutmaßt, dass sich eine solche Lösung in den allermeisten Fällen „katastrophal“ für das Kind auswirken würde.<sup>14</sup> Bundesrat FURGLER, der damalige Vorsteher des schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements, verstieg sich sogar zu der Behauptung, dass man aufgrund reicher Erfahrung in Deutschland und Frankreich sehen könne, dass sich die gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung nicht bewähre.<sup>15</sup> Wo er diesen Erfahrungsschatz in Deutschland und Frankreich ausfindig machen konnte, blieb freilich im Dunkeln, wurde die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung in Deutschland ja erst im Jahre 1982,<sup>16</sup> in Frankreich im Jahre 1983,<sup>17</sup> erstmals ermöglicht.<sup>18</sup>

Nicht anders erging es den nicht verheirateten Eltern. Auch hier lag bereits im Rahmen der parlamentarischen Debatten ein Antrag vor, jedenfalls bei Zusammenleben die elterliche Gewalt den nicht verheirateten Eltern gemeinsam zuzuteilen.<sup>19</sup> Dieser Antrag wurde ebenfalls abgelehnt,<sup>20</sup> da man meinte, bei Zulassung der gemeinsamen elterlichen Gewalt für zusammenlebende, nicht verheiratete Eltern das „Konkubinats“ auf die gleiche Stufe wie die Ehe zu stellen, was aus „praktischen Gründen nicht durchführbar“ sei.<sup>21</sup> Schließlich könne man nicht eine Lebensform familienrechtlich akzeptieren, die noch in vielen Kantonen unter Strafe gestellt sei.<sup>22</sup>

10 Botschaft Kindesrecht (Fn. 7) 71 f.

11 Botschaft Kindesrecht (Fn. 7) 77, nicht jedoch dessen Befugnis, vgl. a.a.O.: „In der elterlichen Gewalt ist auch die Befugnis zur Züchtigung des Kindes enthalten, soweit dies zu seiner Erziehung nötig ist. Indessen bedarf diese Befugnis keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz.“ Dagegen dann ausdrücklich (und entgegen der noch Mitte der 1990er Jahre wohl herrschenden Meinung) *Ingeborg Schwenzler* in *BaslerKomm ZGB I*, 1. Aufl. 1996, Art. 301 ZGB Rn. 8.

12 Amtliches Bulletin (AB) Nationalrat (NR) 1975 II 1777 ff.

13 Der Antrag CONDRAU wurde im Nationalrat mit 94 zu 7 Stimmen abgelehnt, AB NR 1975 II 1779.

14 Votum BLUNSCHY, AB NR 1975 II 1779.

15 Votum Bundesrat FURGLER, AB NR 1975 II 1779: „Es gibt einen reichen Erfahrungsschatz. Deutschland und Frankreich haben in dieser Richtung die Probe aufs Exempel gemacht. Unsere Abklärungen, bevor wir Ihnen diese Vorlage unterbreiteten, zeigten aber, dass sich die Lösung, bei Scheidung beiden Elternteilen die elterliche Gewalt zu belassen, nicht bewährt. Der Streit zwischen den Eltern verlagert sich von der Frage der elterlichen Gewalt schlechthin auf diejenige der Obhut. Ganz deutlich sind die entsprechenden Erfahrungen in Frankreich.“

16 BVerfG 3.11.1982 - 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81, BVerfGE 61, 358-582.

17 *Cass. civ. 2<sup>e</sup>*, 21.3.1983, J.C.P.1984.II.20163.

18 Vgl. auch *Linus Cantieni*, *Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung*, 2007, 84 f. Fn. 361.

19 Antrag Minderheit I, AB NR 1975 II 1780: „Führen die Eltern einen gemeinsamen Haushalt, üben sie die elterliche Gewalt gemeinsam aus.“

20 Mit 98 zu 29 Stimmen, vgl. AB NR 1975 II 1783.

21 Votum BLUNSCHY, AB NR 1975 II 1782 f.

22 Votum BLUNSCHY, AB NR 1975 II 1782. So findet sich zu dieser Zeit noch in etwa der Hälfte der Schweizer Kantone ein „Konkubinatsverbot“, vgl. *Richard Frank*, *Kantonalrechtliche Konkubinatsverbote*, in *Richard Frank/Andreas Girsberger/Nedim P. Vogt/Hans Ulrich Walder-Bohner/Rolf H. Weber*, *Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats)* im schweizerischen Recht, 1984, 6-8 Rn. 3-5. Das letzte Verbot wurde erst im Jahre 1995 im Kanton Wallis abgeschafft.

Damit hatte der Gesetzgeber im Jahre 1976 sehr deutlich entschieden, dass die Gerichte auch nicht im Wege der Auslegung die gemeinsame elterliche Gewalt einführen durften.<sup>23</sup>

## 2. Die 1980er Jahre

Manch Schweizer Instanzrichter kümmerte sich allerdings wenig um diesen gesetzgeberischen Entscheid und verfügte die fortdauernde gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung trotz und entgegen dieser scheinbar klaren Rechtslage. Vorreiter war Gerichtspräsident BALSCHET des Bezirksgerichts Gelterkinden, der im Jahre 1986 in einem Scheidungsurteil entschied, dass die Kinder weiterhin unter der gemeinsamen elterlichen Gewalt beider Parteien verblieben.<sup>24</sup> Da der Entscheid über die Kinderzuteilung dem gemeinsamen Antrag der Eltern folgte und wegen Appellationsverzichts sofort in Rechtskraft erwuchs, brauchte dieser auch nicht schriftlich begründet zu werden.<sup>25</sup> In der Folge zogen immer mehr scheidungswillige Ehepaare in diesen Gerichtsbezirk, um in den Genuss dieser eigenwilligen Gesetzesanwendung zu gelangen.<sup>26</sup> Schweizweit schlossen sich immer mehr erstinstanzliche Gerichte diesem Ansatz an.<sup>27</sup> Auf politischer Ebene bewegte sich allerdings trotz erneuter parlamentarischer Vorstöße<sup>28</sup> nach wie vor nichts. Auch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates<sup>29</sup> zur gemeinsamen elterlichen Sorge blieb in der Schweiz ungehört.

In Bezug auf nichtverheiratete Eltern wurde die eine gemeinsame elterliche Gewalt ablehnende Auffassung ausdrücklich vom Bundesgericht im Jahre 1988 bestätigt.<sup>30</sup>

## 3. Die 1990er Jahre

Wenngleich – wie beschrieben – verschiedene erstinstanzliche Gerichte neuen Entwicklungen gegenüber offen waren, so galt dies doch nicht für alle Schweizer Gerichte. Viele verweigerten nach wie vor die Genehmigung von Konventionen, die die gemeinsame elterliche Gewalt vorsahen.<sup>31</sup> Einige der betroffenen Eltern vermochten dies nicht zu akzeptieren und wagten den Gang durch die Instanzen bis zum Schwei-

23 Vgl. dazu auch *Peter Balschet*, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, SJZ 1988, 25 (Schweizerische Juristen-Zeitung).

24 Entscheid des Bezirksgerichts Gelterkinden vom 28.10.1986, vgl. *Balschet* SJZ 1988, 25.

25 *Balschet* SJZ 1988, 25 (25 f.).

26 *Urs Zanoni*, Scheidung: Zankapfel Kind, Beobachter 5/2003, 20 (28): „Balschet hatte es 1986 erstmals gewagt, das gemeinsame Sorgerecht auszusprechen, und löste damit einen eigentlichen Scheidungstourismus aus.“

27 Vgl. dazu etwa die Nachweise bei *Cantieni* (Fn. 18) 85 insb. Fn. 367; *Peter Balschet*, Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, AJP 1993, 1204 (1205 f.); *Schwenzer* in BaslerKomm ZGB I (1996), Art. 297 ZGB Rn. 14 und Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen (EKFF), Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, 1991, 34 ff., 90 ff., 147 ff.

28 Postulat MASCARIN 83.346, AB NR 1983 III 1003 f.: Der Bundesrat erklärte sich bereit das Postulat entgegenzunehmen.

29 Recommendation No. R (84) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Parental Responsibilities (28.2.1984), Principle 6.

30 BGE 114 II 412 E.2.

31 Vgl. etwa die Beispiele bei EKFF (Fn. 27) 34 ff., 90 f., 147 ff.

zer Bundesgericht. Dort angelangt erfuhren sie allerdings in den Jahren 1991<sup>32</sup> und selbst noch 1997<sup>33</sup> eine deutliche Abfuhr.

Inzwischen hatte sich allerdings wiederum der Schweizer Gesetzgeber der Materie im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision angenommen.<sup>34</sup> Bereits die Botschaft zum neuen Scheidungsrecht sprach sich im Jahre 1995 für die grundsätzliche Möglichkeit der Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht verheirateter Eltern aus.<sup>35</sup> Letztere war freilich erst im Vernehmlassungsverfahren angeregt worden.<sup>36</sup>

#### 4. Die 2000er Jahre

Das magische Jahr 2000 markiert den Durchbruch in Sachen gemeinsame elterliche Sorge.

Mit Inkrafttreten der Scheidungsrechtsrevision,<sup>37</sup> wurde zunächst (endlich) der Begriff der elterlichen Gewalt beerdigt. Dabei berief man sich explizit auf die Terminologie in Deutschland und lehnte Vorstöße, das Schweizer Recht mittels des Begriffes der elterlichen Verantwortung stärker an internationale Entwicklungen heranzuführen, ab.<sup>38</sup>

Nach heftigen Debatten im Parlament,<sup>39</sup> bei denen sich Skeptiker und Gegner der gemeinsamen elterlichen Sorge lautstark zu Wort meldeten,<sup>40</sup> aber auch bereits Befürworter der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall auftraten,<sup>41</sup> fand man

32 BGE 117 II 523 mit Anmerkungen *Ingeborg Schwenzler*, AJP 1992, 906 (908 f.).

33 BGE 123 III 445 mit Anmerkungen *Annalina Würz*, AJP 1998, 1234 (1235); siehe auch *Ingeborg Schwenzler*, Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung – BGE 123 III 445 ff., recht 1998, 212 ff. (*Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*).

34 Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996, 1 ff.

35 Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 34) 125 ff. und 162 ff.

36 So wurde im Vorentwurf in Anlehnung an die Rechtsstellung von Stief- und Pflegeeltern zunächst nur eine Teilnahme an der elterlichen Sorge vorgeschlagen, vgl. Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 34) 162.

37 BG vom 26. Juni 1998 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung), in Kraft seit 1. Januar 2000, AS 1999, 1118 ff.

38 Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 34) 48 f.

39 Zu den kontroversen Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf schon während dem Vernehmlassungsverfahren vgl. *von Sturm zu Veblingen* AJP 1997, 1059 (1062 f.).

40 So wurde noch im Nationalrat der Antrag zur Streichung der neuen Regelung zur gemeinsamen elterlichen Sorge gestellt, vgl. Antrag Minderheit II, AB NR 1997, 2715; vgl. dazu auch *Votum BAUMANN*, AB NR 1997, 2720: „So bestechend die Idee des gemeinsamen Sorgerechts beider Elternteile auch sein mag, ist doch zu berücksichtigen, dass bezüglich des Sorgerechts eine Lösung zu finden ist, deren Bestand auf Dauer ausgerichtet ist [...]. Wir wollen keine Schönwettervarianten [...]. Im Sinne einer Dauerlösung kann nur eine Zuteilung des Sorgerechts an einen einzigen Elternteil erfolgen.“ Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission wollte die gemeinsame elterliche Sorge nur unter äußerst restriktiven Bedingungen zulassen, vgl. Antrag Mehrheit, AB NR 1997 2715: „Haben die Eltern vor der Scheidung das Kind gemeinsam massgeblich betreut und verpflichtet sich auch beide, nach der Scheidung das Kind weiterhin gemeinsam massgeblich zu betreuen, so kann die elterliche Sorge auf gemeinsamen Antrag beider Eltern belassen werden, sofern sie sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Betreuung des Kindes und über sämtliche übrigen Nebenfolgen der Scheidung geeinigt haben und dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.“

41 Antrag BIRCHER, AB NR 1997, 2715 f. Abgelehnt mit 130 zu 7 Stimmen, AB NR 1997, 2722.

schließlich den guten schweizerischen Kompromiss „zwischen altem Recht und vorsichtiger Öffnung in die richtige Richtung“.<sup>42</sup>

Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung war danach zum einen gebunden an einen gemeinsamen Antrag der Eltern und konnte nicht gegen den Willen eines Elternteils gerichtlich angeordnet werden. Darüber hinaus mussten die Eltern eine Vereinbarung vorlegen, in der ihre jeweiligen Anteile an der Betreuung des Kindes und der Verteilung der Unterhaltskosten geregelt wurden.<sup>43</sup> Diese Vereinbarung musste vom Gericht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl geprüft und genehmigt werden. Manche Gerichte nahmen in der Folge ihre Prüfungspflicht sehr genau. So entschied ein Berner Gericht, dass es für die Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht ausreiche, wenn in zeitlicher Hinsicht lediglich ein gerichtsbüblicher Umfang von zwei Wochenenden bzw. vier Tagen im Monat vereinbart wurde. Vielmehr wurde verlangt, dass sich der Vater zumindest im Umfang von 20%, also an sechs Tagen im Monat, den Kindern widme.<sup>44</sup>

Die nach wie vor vorherrschende Skepsis gegenüber gemeinsamer elterlicher Sorge außerhalb einer bestehenden Ehe zeigte sich auch bei der Regelung für nicht verheiratete Eltern. Entsprechend der Regelung für die Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung war auch bei nicht verheirateten Eltern ein entsprechender Antrag und eine genehmigungsfähige Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung der Kinder und die Verteilung der Unterhaltskosten erforderlich,<sup>45</sup> die von der Vormundschaftsbehörde<sup>46</sup> auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl überprüft und genehmigt werden musste. Auch die Vormundschaftsbehörde nahm ihre Aufgabe dem Vernehmen nach vielerorts sehr gewissenhaft, insbesondere auch mittels Durchführung von Hausbesuchen, wahr.<sup>47</sup>

Trotz dieser restriktiven Voraussetzungen trat in der Folge die gemeinsame elterliche Sorge auch in der Schweiz ihren andernorts schon lange beobachtbaren Siegeszug an. Die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung stieg von 15% im Jahre 2000 auf rund 40% im Jahre 2010.<sup>48</sup> Dabei wurde sie in der Westschweiz und im Tessin deutlich häufiger verfügt als in der Zentral- und in der Ostschweiz.<sup>49</sup> Ähnliches war für nicht verheiratete Eltern zu verzeichnen. Auch wenn eine gesamtschweizerische Statistik fehlt, kann doch davon ausgegangen werden, dass mehr als die Hälfte der nichtverheirateten Eltern gemeinsame elterliche Sorge für ihre Kinder beantragten.<sup>50</sup> Keine Statistik gab schließlich Aufschluss darüber, wie viele Eltern nur deshalb heirateten, weil sie den mit großem Aufwand verbundenen Antrag auf Erteilung gemeinsamer elterlicher Sorge und die sich daran anschließenden investigativen Abklärungen durch die Vormundschaftsbehörde scheuten.<sup>51</sup>

42 Votum BÜHLMANN, AB NR 1997, 2719.

43 Vgl. dazu Art. 133 Abs. 3 ZGB, vgl. auch Botschaft Scheidungsrecht (Fn. 34) 129 f.

44 *Gerichtskreis X Thun*, FamPra.ch 2000, 325 ff. (Die Praxis des Familienrechts).

45 Vgl. Art. 298a Abs. 1 ZGB.

46 Bzw. seit 2013 der Kindesschutzbehörde, vgl. BG vom 19. Dezember 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Januar 2013, AS 2011, 725 ff.

47 Vgl. auch *Ernst Langenegger*, Die gemeinsame elterliche Sorge, ZVW 2000, 223 (232) (Zeitschrift für Vormundschaftswesen).

48 Vgl. die Angaben des Bundesamts für Statistik in der Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9083.

49 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9083 f.

50 Vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9086 mit Verweis auf die detaillierte Statistik der Stadt Zürich.

51 Vgl. auch Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9086.

Bereits im Jahre 2004 verlangte indes ein nationalrätliches Postulat<sup>52</sup> die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall und bei nicht verheirateten Eltern die alleinige Zuteilung der elterlichen Sorge an die Mutter zu überprüfen. Der Antragssteller stützte sich dabei namentlich auf die aus Deutschland stammende Studie von PROKSCH<sup>53</sup> zur Umsetzung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes von 1998, ohne freilich die hieran in Deutschland geübte Kritik<sup>54</sup> wahrzunehmen. Nach einer wiederum hochemotionalen Debatte<sup>55</sup> wurde das Postulat angenommen und an den Bundesrat übergeben.<sup>56</sup>

In Vollzug dieses Postulats wurde schließlich im Jahre 2009 der Vorentwurf zur elterlichen Sorge vorgelegt.<sup>57</sup> Dieser sah eine relativ schlanke und klare Regelung vor. Scheidung sollte die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich unberührt lassen;<sup>58</sup> bei nicht verheirateten Eltern sollte gemeinsame elterliche Sorge automatisch mit Kindeserkennung durch den Vater eintreten.<sup>59</sup>

## 5. Die 2010er Jahre

Nach einem weitgehend von Zustimmung getragenen Vernehmlassungsverfahren<sup>60</sup> geriet wieder turbulente Bewegung in die Diskussion mit dem Vorschlag der Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements SOMMARUGA, die Vorlage über die gemeinsame elterliche Sorge mit einer Neuregelung unterhaltsrechtlicher Fragen zu verknüpfen. Sie wollte damit eine breite Akzeptanz der Reform sicherstellen. Während die Vorschläge zur gemeinsamen elterlichen Sorge darauf abzielten, die rechtliche oder faktische Benachteiligung der nicht verheirateten und geschiedenen Väter zu beseitigen, ging es bei der Überprüfung des Unterhaltsrechts besonders um die Interessen der nicht verheirateten und geschiedenen Mütter, die im Alltag die Kinder hauptsächlich betreuen.<sup>61</sup>

Die Antwort von Seiten mehrerer Männerorganisationen ließ nicht lange auf sich warten. Unter dem Motto „Schick en Stei“ wurde die Vorsteherin des EJPD mit ca. 1700, d.h. 4,5 Tonnen, Pflastersteinen bedacht.<sup>62</sup> So ließ der Präsident der Vereinigung für gemeinsame Elternschaft (GeCoBi) verlauten: „Die Justizministe-

52 Postulat WEHRLI 04.3250.

53 Vgl. Roland Proksch, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts*, 2002.

54 Zur Kritik an dieser Untersuchung vgl. Kerima Kostka, *Im Interesse des Kindes?*, 2004, 410 ff.

55 Vgl. AB NR 2005, 1495 ff.

56 Mit 136 zu 44 Stimmen, vgl. AB NR 2005, 1502.

57 Vgl. Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge) vom Januar 2009 und Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220), 2009, 1 ff. und insb. 7 f.

58 Art. 133 Abs. 1 Vorentwurf ZGB: „Die Eltern üben die elterliche Sorge nach der Scheidung von Gesetzes wegen gemeinsam aus.“

59 Art. 298 Abs. 1 Vorentwurf ZGB: „Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen dem Vater und der Mutter gemeinsam zu, wenn der Vater das Kind anerkannt hat.“

60 Vgl. Bundesamt für Justiz, *Revision des Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220) – Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens*, 2009, 1 ff.; vgl. auch *Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9091 f.*

61 Medienmitteilung Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) vom 12. Januar 2011 (<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2011/2011-01-120.html>, zuletzt besucht am 20.12.2014).

62 Information EJPD vom 17.11.2011 (<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/meldungen/2011/2011-11-17.html>, zuletzt besucht am 20.12.2014).



rin soll erfahren, wie es ist, wenn einem so viele Steine in den Weg gelegt werden.<sup>63</sup> Die Vorsteherin des EJPD wusste durchaus kreativ mit diesem „Geschenk“ umzugehen, indem sie mit den Steinen einen Kinderspielplatz bepflastern ließ.<sup>64</sup> Dennoch blieb die Aktion nicht ohne Wirkung. Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge und des Unterhaltsrechts wurden nicht in einem Junktim verbunden.<sup>65</sup>

### III. Das Etappenziel ...

#### 1. Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall?

Und so konnte die Reform zur Neuregelung der elterlichen Sorge mit Wirkung zum 1. Juli 2014 in Kraft treten.<sup>66</sup>

Im Falle der Scheidung wird beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge im Regelfall belassen.<sup>67</sup> Auch wenn ein Elternteil die Alleinsorge begehrt, kann das Gericht die Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge verfügen. Nur wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist, überträgt das Gericht einem Elternteil die Alleinsorge.<sup>68</sup>

Bei nicht verheirateten Eltern entschied sich der Schweizer Gesetzgeber entgegen dem Vorentwurf dagegen, die gemeinsame elterliche Sorge automatisch mit Anerkennung der Vaterschaft eintreten zu lassen.<sup>69</sup> Ähnlich wie im deutschen Recht<sup>70</sup> ist vielmehr grundsätzlich eine gemeinsame Erklärung der Eltern erforderlich.<sup>71</sup> Fehlt es hieran, kann die gemeinsame elterliche Sorge gerichtlich – im Falle einer Vaterschaftsklage<sup>72</sup> – oder auf Antrag eines Elternteils durch die Kindesschutzbehörde verfügt werden.<sup>73</sup> Auch hier kommt Alleinsorge nur in Betracht, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.<sup>74</sup>

63 Aargauer Zeitung vom 14. Februar 2011.

64 Information EJPD (Fn. 62).

65 Medienmitteilung Bundesrat vom 25. Mai 2011 ([https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2011/ref\\_2011-05-25.html](https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2011/ref_2011-05-25.html), zuletzt besucht am 20.12.2014); vgl. auch die Motion 11.3316 der Kommission für Rechtsfragen NR. Ein letzter Versuch die beiden Revisionen zusammenzuführen scheiterte 2012 im Nationalrat, Antrag Minderheit, AB NR 2012, 1663 ff. Siehe auch *Alexandra Rumo-Jungo/Sandra Hotz*, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, FamPra.ch 2013, 1 (2).

66 Siehe Fn. 1.

67 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9092, 9101.

68 Art. 298 Abs. 1 ZGB; vgl. dazu *Schwenzer/Cottier* in BaslerKomm ZGB I, Art. 298 ZGB Rn. 12 ff.; *Andrea Büchler/Luca Maranta*, Das neue Recht der elterlichen Sorge – Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 32 ff.

69 Vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9092.

70 § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB.

71 Art. 298a Abs. 1 ZGB.

72 Art. 298c ZGB.

73 Art. 298b Abs. 1 und 2 ZGB.

74 Art. 298b Abs. 2 bzw. Art. 298c ZGB.

## 2. Stolpersteine

Die Neuregelung der elterlichen Sorge lässt viele Fragen offen und führte schon vor Inkrafttreten zu heftigen literarischen Debatten.<sup>75</sup>

Im Falle der Scheidung sind die Eltern wohl nach wie vor verpflichtet, dem Gericht eine vollständige Vereinbarung bezüglich der Kinderbelange vorzulegen, das heisst gemeinsame Anträge über die elterliche Sorge, die Obhut, die Betreuungsanteile oder den persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag.<sup>76</sup> Dies steht in eklatantem Gegensatz zur Situation für nicht verheiratete Eltern, die in ihrer gemeinsamen Erklärung lediglich bestätigen müssen, dass sie bereit sind, 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 haben.<sup>77</sup> Eine Vereinbarung im Sinne eines Nachweises der Verständigung der Eltern muss nicht vorgelegt werden.<sup>78</sup> Diese unterschiedliche Behandlung geschiedener und nicht verheirateter Eltern ist kaum verständlich und stößt bereits heute auf Kritik.<sup>79</sup>

Mit der Sorgerechtsrevision hat auch der Schweizer Gesetzgeber eine Bestimmung geschaffen,<sup>80</sup> die bestimmt, wann einem Elternteil auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Alleinentscheidungsbefugnis zusteht.<sup>81</sup> Neben den üblichen anfänglichen Auslegungsschwierigkeiten, die etwa mit Begriffen wie „alltäglichen Angelegenheiten“ verbunden sind,<sup>82</sup> besteht hier vor allem Streit über die Frage, ob auch im Rahmen des persönlichen Verkehrs eine solche Alleinentscheidungsbefugnis anzunehmen ist.<sup>83</sup>

75 Vgl. beispielsweise *Christoph Häfeli*, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013 (in Krafttreten: 1. Juli 2014), ZKE 2014, 189 ff. (Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz); *Patrick Fassbind*, Belassung, Erhalt und Erteilung der gemeinsamen Sorge als Regelfall, ZKE 2014, 95 ff.; *Urs Gloor/Jonas Schweighauser*, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 1 ff.; *Andreas Bucher*, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in *Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis*, Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, 2013, 1 ff.; *Ruth Reusser/Thomas Geiser*, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, ZBJV 2012, 758 ff. (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins); *Alexandra Rumo-Jungo*, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, Jusletter vom 15. Februar 2010.

76 Vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9093, 9103; *Schwenzer/Cottier* in *BaslerKomm ZGB I*, Art. 298 ZGB Rn. 3; *Gloor/Schweighauser*, FamPra.ch 2014, 1 (4 f.). A.A. *Büchler/Maranta* Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 4 Fn. 8.

77 Art. 298a Abs. 2 ZGB.

78 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9104.

79 *Gloor/Schweighauser* FamPra.ch 2014, 1 (4 f.). Vgl. aber auch *Büchler/Maranta* Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 4 Fn. 8.

80 Vgl. für Deutschland § 1687 BGB.

81 Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB, wonach derjenige Elternteil „der das Kind betreut“ eine Alleinentscheidungsbefugnis hat, wenn „die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist“ (Ziff. 1) oder „der andere Elternteil nicht mit vernünftigen Aufwand zu erreichen ist“ (Ziff. 2).

82 Vgl. etwa die Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9106: „Damit bleibt es [...] der Praxis überlassen, jene Bereiche zu definieren, die alltäglichen Charakter haben.“; *Urs Gloor/Heidi Simoni*, Wohnortwechsel mit Kindern nach Trennung und Scheidung, in *Ingeborg Schwenzer/Andrea Büchler/Roland Fankhauser*, Siebte Schweizer Familienrechtstage, 2014, 243 (248). Vgl. auch die Diskussionen im Nationalrat, AB NR 2012, 1648 ff., insb. Votum Bundesrätin SOMMARUGA, a.a.O. 1650 f. (Beispiele).

83 Vgl. dazu etwa *Schwenzer/Cottier* in *BaslerKomm ZGB I*, Art. 301 ZGB Rn. 3b; *Gloor/Schweighauser* FamPra.ch 2014, 1 (9); *Büchler/Maranta* Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 58.

Viel Wirbel verursachte auch eine neu ins Gesetz aufgenommene Bestimmung betreffend die Bestimmung des Aufenthaltsortes.<sup>84</sup> Wie im deutschen Recht<sup>85</sup> steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht bei gemeinsamer elterlicher Sorge grundsätzlich beiden Elternteilen zu.<sup>86</sup> Will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des anderen Elternteils oder einer behördlichen Genehmigung, sofern der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat.<sup>87</sup>

Für besondere Verwirrung sorgte die Tatsache, dass der Gesetzgeber Begriffe, die sich im alten Recht eingebürgert hatten, mit neuen Inhalten belegt.<sup>88</sup> Dies gilt insbesondere für den Begriff der Obhut. Während nach altem Recht zwischen faktischer Obhut und rechtlicher Obhut, die insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht umfasste, unterschieden wurde,<sup>89</sup> soll sich der Begriff der Obhut nach neuem Recht nur noch auf die faktische Obhut beziehen.<sup>90</sup> Das Aufenthaltsbestimmungsrecht wird – wie oben beschrieben – neu als Teil der elterlichen Sorge betrachtet.<sup>91</sup> Von dem Begriff der (faktischen) Obhut wird schliesslich noch der Begriff der Betreuung unterschieden, der weiter sein soll und auch die tatsächliche Betreuung durch Drittpersonen umfassen kann.<sup>92</sup> Auch wenn die Aufregung über Begrifflichkeiten bis heute gross ist, steht zu hoffen, dass sich die Wogen in der Praxis bald glätten werden.

84 Dies insbesondere zum Entwurf dieses Artikels, vgl. Votum Bundesrätin SOMMARUGA, AB Ständerat (SR) 2013, 14: „Wir sprechen jetzt über den sogenannten Zügelartikel. Der hat ja zahlreiche Reaktionen von verschiedensten Seiten hervorgerufen. [...] Will ein Elternteil seinen Aufenthaltsort oder jenen des Kindes wechseln, so bedarf dies gemäss dem Entwurf des Bundesrates der Zustimmung des anderen Elternteils, sofern der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den anderen Elternteil hat. Wird die Zustimmung nicht erteilt, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde. Der Entwurf des Bundesrates hat heftige Reaktionen hervorgerufen. Man hat insbesondere kritisiert, dass damit erstens nicht nur der Wechsel des Wohnortes des Kindes, sondern auch derjenige der beiden Eltern geregelt wird, was im Widerspruch zur verfassungsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit stehe. Kritisiert wurde auch, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung den wahren Zweck der Regelung nicht genügend wiedergeben würde. Der Zweck der Norm besteht in der Tat nicht darin, den Umzug eines Elternteils zu verhindern, sondern die Eltern dazu zu bewegen, vor einem Umzug dessen Auswirkungen auf die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu prüfen und wenn nötig die bestehende Regelung über die Kinderbelange anzupassen.“ Der Entwurf wurde in den parlamentarischen Beratungen dahingehend geändert, dass heute eine Zustimmung des anderen Elternteils (im Rahmen von Art. 301a Abs. 2 ZGB) nur erforderlich ist, wenn ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechselt, AB SR 2013 15, AB NR 2013 704. Vgl. auch *Schwenzer/Cottier* in *BaslerKomm ZGB I*, Art. 301a ZGB Rn. 1 ff.; *Gloor/Schweighauser Fam-Pra.ch* 2014, 1 (16 ff.).

85 § 1631 Abs. 1 BGB.

86 Art. 301a Abs. 1 ZGB. Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Inhaber der Obhut den Aufenthaltsort des Kindes ohne die Zustimmung des anderen Elternteils verändern, vgl. BGE 136 III 353.

87 Art. 301a Abs. 2 ZGB.

88 Vgl. dazu *Büchler/Maranta* Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 11 ff.; *Schwenzer/Cottier* in *BaslerKomm ZGB I*, Art. 296 Rn. 6 ff.; *Gloor/Simoni* (Fn. 82) 243 (245 ff.). Vgl. auch das Arbeitspapier des Bundesamts für Justiz vom 12. Juni 2012, Die Begriffe „Obhut“, „Betreuung“ und „Aufenthaltsort“ gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011.

89 *Büchler/Maranta* Jusletter vom 11. August 2014, Rn. 12.

90 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 910f.; *Schwenzer/Cottier* in *BaslerKomm ZGB I*, Art. 296 Rn. 6.

91 Art. 301a Abs. 1 ZGB.

92 Vgl. Arbeitspapier des Bundesamts für Justiz vom 12. Juni 2012 (Fn. 88), 6.

## IV. ... und das Endziel?

Wie bereits erwähnt, war es ein wichtiges Anliegen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements die als „Wohltat“ für die Väter verstandene Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch ein Entgegenkommen gegenüber den Müttern zu ergänzen.<sup>93</sup> Diesem Ziel diente der Entwurf eines Gesetzes zur Revision des Kindesunterhalts,<sup>94</sup> der derzeit immer noch in den Räten hängig ist. Diese geplante Revision und ihre Behandlung in den parlamentarischen Debatten ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert.

Kernstück der Revision ist der sogenannte Betreuungsunterhalt, der nicht mehr als Unterhalt des betreuenden Elternteils, d.h. regelmäßig der Mutter, sondern als Unterhaltsanspruch des Kindes ausgestaltet wird.<sup>95</sup> Damit wird vor allem die statusunabhängige Anknüpfung des Betreuungsunterhaltes sichergestellt und die bislang bestehende krasse Ungleichbehandlung von geschiedenen und nicht verheirateten Müttern<sup>96</sup> beseitigt.<sup>97</sup>

Bereits seit den 1990er Jahren heftig diskutiert wird die Frage der sogenannten Mankoteilung, d.h. ob in Mangelfällen, in denen verfügbares Einkommen und Vermögen nicht ausreichen, um das Existenzminimum beider Ehegatten und allfälliger Kinder zu decken, in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners eingegriffen werden kann, oder ob der Fehlbetrag allein vom Unterhaltsberechtigten getragen werden muss.<sup>98</sup> Nachdem der Gesetzgeber im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision die Mankoteilung abgelehnt hatte,<sup>99</sup> kündigte das Bundesgericht im Jahre 2006 an, diese zu überdenken.<sup>100</sup> Zwei Jahre später indes sah es sich zu dieser Form gerichtlicher Rechtsfortbildung aufgerichtet und schob den Ball wiederum dem Gesetzgeber zu.<sup>101</sup> Der Bundesrat gelangte bei den Vorarbeiten zur Revision des Kindesunterhalts zu dem Ergebnis, dass eine bundesgesetzliche Einführung der Mankoteilung nicht möglich sei, weil damit in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone eingegriffen werde.<sup>102</sup> Mit der Anknüpfung des Betreuungsunterhalts als Kindesunterhalt konnten jedoch die mit der Ablehnung der Mankoteilung drängendsten Probleme aus der Welt geschafft werden, nämlich die einseitige Belastung der betreuenden Mutter mit möglichen Regressansprüchen des Gemeinwesens sowie der Eltern der Mutter im

93 Vgl. Medienmitteilung EJPD (Fn. 61).

94 Entwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesunterhalt), BBl 2014, 597 ff. und Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014, 529 ff.

95 Vgl. Art. 285 Abs. 2 Entwurf ZGB; vgl. auch Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 551 f.

96 Gemäß Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB haben momentan nicht verheiratete Mütter lediglich während mindestens vier Wochen vor und mindestens 8 Wochen nach der Geburt einen gesetzlichen Anspruch auf Ersatz der Kosten des Unterhalts.

97 Zur Kritik am geltenden Recht vgl. Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 540 f. Vgl. auch *Rumo-Jungo/Hotz FamPra.ch* 2013, 1 (7 f.).

98 Ausführlich zu dieser Diskussion, *Ingeborg Schwenzer* in *FamKommentar Scheidung*, Band I: ZGB, 2. Aufl. 2011, Art. 125 ZGB Rn. 31 ff.

99 *Schwenzer* in *FamKomm Scheidung*, Art. 125 ZGB Rn 32; Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 544.

100 BGE 133 III 57 = *FamPra.ch* 2007, 391, 395 E.4 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung).

101 BGE 135 III 66 E.10.

102 Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 560 f. Vgl. auch Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7) vom Juli 2012, 3 f., 24 ff.

Rahmen der Verwandtenunterstützung.<sup>103</sup> Allein damit war die Forderung der Mankoteilung noch immer nicht verstummt. Zwar wurde im Nationalrat die Mankoteilung wiederum abgelehnt,<sup>104</sup> angenommen wurde dort jedoch eine Motion<sup>105</sup> zur Schaffung einer verfassungsmässigen Grundlage für eine Mankoteilung zwischen den Elternteilen.<sup>106</sup> Der Ständerat votierte jedoch jüngst dagegen.<sup>107</sup> Der Ausgang erscheint derzeit ungewiss.

Im Rahmen der Revision des Kindesunterhalts ist nun auch in der Schweiz die Diskussion um das Wechselmodell, die sogenannte alternierende Obhut, aufgeflammt.<sup>108</sup> Obwohl bereits in der Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts gefordert worden war, den Grundsatz der alternierenden Obhut im Gesetz zu verankern,<sup>109</sup> enthielt sich der bundesrätliche Entwurf insoweit ausdrücklich jeglicher Stellungnahme. Es sei kein spezifisches Rollenmodell zu bevorzugen.<sup>110</sup> Während der Nationalrat der bundesrätlichen Position folgte,<sup>111</sup> errangen die Befürworter des Wechselmodells im Ständerat zumindest einen Teilerfolg. So soll das Gesetz in dem Sinne ergänzt werden, dass das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde zum einen das Recht des Kindes, regelmäßige persönliche Beziehungen zu beiden Eltern zu pflegen, zu berücksichtigen hat,<sup>112</sup> und bei gemeinsamer Ausübung der elterlichen Sorge die Möglichkeit einer alternierenden Obhut prüfen muss, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt.<sup>113, 114</sup> Offen ist derzeit, ob diese Bestimmung nach erneuter Beratung im Nationalrat schlussendlich Gesetz werden wird, und – falls dies der Fall sein sollte – welche konkreten Auswirkungen in der Praxis daraus

103 Vgl. *Rumo-Jungo/Hotz FamPra.ch* 2013, 1 (27 f.).

104 Antrag FLACH, AB NR 2014, 1244 f. Abgelehnt mit 102 zu 85 Stimmen. Vgl. dazu Votum Bundesrätin SOMMARUGA, AB NR 2014, 1242: „[...] wir [haben] mit allen Mitteln versucht [...], die Mankoteilung einzuführen, wobei das aber nicht möglich gewesen ist. [...] Hier eine Lösung zu finden wird aber wohl nur durch eine Anpassung der Bundesverfassung möglich sein. Ohne eine solche Kompetenz in der Bundesverfassung können wir das kantonale Sozialhilferecht nicht ändern.“

105 Motion 14.3662 der Kommission für Rechtsfragen NR.

106 Mit 101 zu 84 Stimmen angenommen, AB NR 2014, 1334.

107 Mit 22 zu 19 Stimmen abgelehnt, AB SR 2014, 1132.

108 Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe *Masha Antokolskaia*, Shared Residence from a Comparative Perspective: A Solomon's Judgement New-Style?, in *Private Law: national – global – comparative*, FS Schwenzer, 2011, 69 ff.

109 Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 564; Bundesamt für Justiz, Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7) – Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 1 (3 f.).

110 Botschaft Kindesunterhalt (Fn. 94) 564 f.; Votum Bundesrätin SOMMARUGA, AB NR 2014, 1233 f. Siehe auch Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 2) 9094.

111 Siehe Antrag FREHNER (zu Art. 276 Entwurf ZGB), AB NR 2014, 1236: „Haben sich die Eltern nicht auf eine andere Aufteilung geeinigt, sind sie verpflichtet, den gebührenden finanziellen Unterhalt und den gebührenden Betreuungsaufwand je zur Hälfte zu tragen [...]“ und Diskussion im NR, AB NR 2014, 1225 ff. Abgelehnt mit 135 zu 54 Stimmen, AB NR 2014, 1237.

112 Art. 298 Abs. 2<sup>bis</sup> bzw. Art. 298b Abs. 3<sup>bis</sup> Entwurf ZGB (SR), AB SR 2014, 1125 f.

113 Art. 298 Abs. 2<sup>er</sup> bzw. Art. 398b Abs. 3<sup>er</sup> Entwurf ZGB (SR), AB SR 2014, 1125 f.

114 Vgl. dazu auch Votum ENGLER, AB SR 2014, 1125: „Ihre vorberatende Kommission wollte [...] den Einwänden Rechnung tragen, die Gesetzesvorlage würde das gängige Betreuungsmodell zementieren. [...] Immer wieder wurde, auch von Väterorganisationen, verlangt, dass ein Betreuungsrecht und damit ein klagbarer und durchsetzbarer Betreuungsanspruch im Gesetz verankert wird.

Im Interessenkonflikt allerdings zwischen dem Kindeswohl und den Elterninteressen, darin war man sich in der Kommission einig, soll immer das Kindesinteresse vorgehen. Die Gerichte und Behörden sollen aufgefordert werden, bei ihren Entscheiden besonders auf die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen Rücksicht zu nehmen. Das kann mit einer Ausdehnung des Besuchsrechts geschehen und bis hin zur alternierenden Obhut gehen.“

entstehen werden.<sup>115</sup> Die Befürchtung kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass das Wechselmodell instrumentalisiert wird, um Unterhaltsleistungen weiter zu reduzieren.

## V. Fazit

Die Entwicklung des Rechts der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung und für nicht verheiratete Eltern spiegelt in paradigmatischer Weise wider, wie Reformen – insbesondere im Familienrecht – in der Schweiz ablaufen. Kennzeichnend ist zunächst, dass sich die Schweiz nicht gerade durch überstürzte Reformfreudigkeit hervortut. Vielmehr wartet der Gesetzgeber oftmals Jahrzehnte, bis er sich internationalen Reformtendenzen – oft nur zaghaft – anschließt. Bemerkenswert ist darüber hinaus der deutliche Einfluss des deutschen Rechts, obgleich die Schweiz aufgrund ihrer Mehrsprachigkeit doch eigentlich dafür prädestiniert sein müsste, Rechtsentwicklungen zumindest auch im französischen Ausland wahrzunehmen. Schließlich fallen in der Schweiz oftmals Konzepte auf einen fruchtbaren Boden, die in Deutschland schon äußerst kritisch behandelt und relativiert wurden. Dies konnte insbesondere in Bezug auf das sogenannte Parental Alienation Syndrome (PAS) festgestellt werden.<sup>116</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich die Auffassungen in Bezug auf das Wechselmodell entwickeln werden.<sup>117</sup>

Ausdrücklich zu begrüßen ist jedoch, dass die Schweiz mit dem Betreuungsunterhalt als Anspruch des Kindes einen eigenen mutigen Weg eingeschlagen hat, wozu sich der deutsche Gesetzgeber bisher nicht durchringen konnte.<sup>118</sup>

115 Vgl. Votum Bundesrätin SOMMARUGA, AB SR 2014, 1125: „Ihre Kommission will mit der von ihr beantragten Anpassung [...] auch nicht ein bestimmtes Betreuungsmodell vorschreiben, aber indem die alternierende Obhut als einziges Betreuungsmodell explizit im Gesetz genannt wird, bekommt sie natürlich einen besonderen Status. Das ist nur so lange unbedenklich, wie damit einzig bezweckt wird, was in der Norm steht, nämlich dass das Gericht die Möglichkeit prüfen muss. Das Gericht ist aber nach wie vor frei, jede denkbare Lösung anzuordnen, wenn das Kindeswohl dafür spricht.“

116 Vgl. dazu *Ingeborg Schwenzer*, Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen, FamPra.ch 2015, 12 (21 ff.); *Heidi Simoni*, Beziehung und Entfremdung, FamPra.ch 2005, 772 (772 f., 784 ff.).

117 Vgl. etwa *Hildegund Sünderhauf/Martin Widrig*, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, AJP 2014, 855 ff. Kritisch dazu *Kerima Kostka*, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell? Zugleich eine Rezension von Hildegund Sünderhauf „Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, ZKJ 2014, 54 (Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe). Vgl. auch *Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V.*, Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157; *Joseph Salzgeber/Joachim Schreiner*, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66.

118 Vgl. bereits die entsprechende Forderung bei *Ingeborg Schwenzer*, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, in 59. DJT (Deutscher Juristentag), Band I (Gutachten A), 1992, A 51 f. und A 108.