

Symposium zum Familienrecht



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen

Familien- und
migrationsrechtliche Aspekte

Herausgegeben von

Alexandra Rumo-Jungo
Professorin an der Universität Freiburg

Christiana Fountoulakis
Professorin an der Universität Freiburg

Schulthess §

Alexandra Rumo-Jungo

Professorin an der Universität Freiburg

Christiana Fountoulakis

Professorin an der Universität Freiburg

Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen

Familien- und
migrationsrechtliche Aspekte

7. Symposium zum Familienrecht 2013
Universität Freiburg

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6915-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext Andreas Bucher	1
Zwischen Hoffen und Bangen: Ehen und Familien in grenzüberschreitenden Spannungsverhältnissen Marc Spescha	85
Scheidung im internationalen Kontext: Strategien und Planung Daniel Trachsel	115
Die Durchsetzung ausländischer Unterhaltstitel in der Schweiz Rodrigo Rodriguez	151
Güterrecht im internationalen Kontext – Scheidung in der Schweiz und Liegenschaften in Frankreich Gabrielle Bodenschatz Schmid	167
Güterrecht im internationalen Kontext – Grundlagen Regula Diehl	185
Vorsorgeausgleich von der Schweiz ins Ausland oder umgekehrt – wie, was, wann? Thomas Geiser	195
Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht Sybille-Regina Gassner/Tabea S. Jenny/Nadja Majid	211

Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext

ANDREAS BUCHER, Prof. em., Genf

I.	Aktualität des Themas	2
II.	Entstehung der elterlichen Sorge	8
	A. Verheiratete Eltern: ein neuer Schritt zur gemeinsamen Sorge bei Scheidung	8
	1. Auf der Suche nach dem Grundsatz	8
	2. Die Entzugsgründe	10
	3. Zwischen dem Einverständnis der Eltern und dem Kindeswohl	11
	B. Nicht verheiratete Eltern: die neue Rolle des Vaters	15
	1. Gemeinsame Erklärung der Eltern	17
	2. Zuständige Behörden	18
	3. Bedeutung der Kindesanerkennung	19
	4. Was dient als Beweismittel?	20
	5. Zuständigkeit und anwendbares Recht	22
	6. Abgabe der Erklärung vor der Geburt?	25
	7. Verfügung der Kindesschutzbehörde	26
	a. Antrag	26
	b. Entscheid für die gemeinsame Sorge	28
	c. Die «übrigen strittigen Punkte»	30
	8. Spiegeleffekt zur Regelung für geschiedene Eltern: Ungleichbehandlung	32
	9. Verfügung mit dem Vaterschaftsurteil	33
	10. Streichung von Art. 309 ZGB	35
III.	Was wird aus der Obhut?	37
	A. Heute: Konfusion zwischen rechtlicher und tatsächlicher Obhut	37
	B. Das neue Recht: Obhut und Betreuung	39
	1. Die rechtliche Obhut wird zur Obhut	39
	2. Die Betreuung	41
	a. Der Begriff	41
	b. Auswirkungen auf den Unterhalt	43
IV.	Wer entscheidet?	48

V. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht	54
A. Der Grundsatz	56
1. Die gesetzliche Feststellung	56
2. Die Verneinung des eigenen Prinzips durch das Gesetz	57
B. Die Fälle, bei denen die Zustimmung des anderen Elternteils verlangt wird	58
1. Neuer Aufenthaltsort des Kindes im Ausland	58
2. Umzug in der Schweiz.....	60
3. Die Entscheidung des Gerichts oder der Behörde.....	62
a. Zweck.....	62
b. Massnahmen zur Verhinderung des Wegzugs	65
c. Welche Sanktion im Falle der Verweigerung?	67
C. Der Elternteil ohne elterliche Sorge	69
D. Die Anpassung der bestehenden Regelung	73
E. Möglichkeit für antizipierende Entscheide?	74
1. Die vorgreifende Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts.....	74
2. Ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts?.....	77
F. Möglichkeit für Rückführanordnungen?	78
VI. Zusammenfassung	81
Literaturverzeichnis	83

I. Aktualität des Themas

- 1 Die neuste Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge steht unter dem Stern der «Rückkehr der Väter». Die Mütter werden damit zu leben lernen und verstehen, dass die Gleichheit von Mann und Frau nicht neutral ist und von denen zu übernehmen ist, die normalerweise die doppelte Belastung durch Arbeit und Erziehung zu tragen haben. Und um das Ganze doch neutral erscheinen zu lassen, gilt als oberste Maxime das Kindesinteresse.

- 2 Die Gleichheit von Vater und Mutter mit dem Kindeswohl zu unterlegen, führt auf die schiefe Bahn. Das Kind muss gewiss über eine Beziehung zu seinen beiden Eltern verfügen, doch bedingt das nicht, *per se*, dass das eine Regelung nachziehen muss, nach der das Verhältnis zu jedem Elternteil auf Gleichbehandlung beruht. Es wird noch eine Generation von Juristen brauchen, um das zu verstehen und die notwendigen Folgerungen daraus zu ziehen. Soweit sind wir noch nicht. Es gilt, im heutigen Umfeld zu arbeiten.

Wie sieht denn diese «Rückkehr der Väter» aus? Zwei Ereignisse sind für die Schweiz von herausragender Bedeutung, da sie die Rechtslage in Bewegung gebracht haben. 3

Besonders aufgefallen ist im Jahre 2010 das Urteil des Bundesgerichts im Tschechenfall¹. Es handelt sich um zwei verheiratete Eltern, die beide über die elterliche Sorge verfügten, während die Obhut allein der Mutter zustand. Daraus ergab sich für die Mutter das Recht, den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen und mit ihnen in die tschechische Republik umzuziehen, ohne das Einverständnis des Vaters, der sich damit begnügen musste, dass sein Besuchsrecht der neuen Situation anzupassen war. Eigenartig an dieser Situation ist, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht es der Mutter erlaubt hat, grundlegende Entscheidungen betreffend die Erziehung der Kinder zu treffen, die normalerweise zur Ausübung der elterlichen Sorge gehören, wie der Schulwechsel ins Ausland und die Wahl der ersten Sprache der Kinder.² 4

Dieses sehr eingehend begründete Urteil gibt den rechtlichen Rahmen des heutigen Themas über den schweizerischen und internationalen Kontext der elterlichen Sorge. Es geht um die Aufteilung der Elternrechte gegenüber den Kindern, mit dem Kernpunkt der Bestimmung des Aufenthalts der Kinder, einerseits, und um die Bedeutung der beiden Haager Übereinkommen über die Kindesentführungen von 1980³ und über den Kinderschutz von 1996⁴, anderseits. 5

Die gesetzgeberische Ausstrahlung dieser Problematik findet sich in den Arbeiten an der Revision des Zivilgesetzbuches über die elterliche Sorge, die in diesem Monat vor dem Abschluss stehen. Ausgehend wie üblich vom Entwurf und der Botschaft des Bundesrates⁵, hat die Debatte in der Herbstsession 2012 des Nationalrates begonnen⁶ und ist im Ständerat in der Frühjahrssession 2013 weitergeführt worden⁷; so ist man in die Phase der 6

¹ BGE 136 III 353 ff.

² BGE 136 III 357.

³ Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25. Oktober 1980 (SR 0.211.230.02).

⁴ Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (SR 0.211.231.011).

⁵ Nr. 11.070, BBl 2011, 9077–9120.

⁶ AB NR 2012, 1625–1657, 1661–1667.

⁷ AB SR 2013, 4–17.

Regelung der Differenzen eingetreten⁸, die mit der Schlussabstimmung vom 21. Juni 2013 ihren Abschluss findet⁹. Das neue Gesetz ist im Bundesblatt veröffentlicht worden.¹⁰ Die politische Zielsetzung der Reform besteht im Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge, der in Zukunft für die geschiedenen und die nicht verheirateten Paare gelten soll. Die Väter gelten als die Nutzniesser dieser Neuerung. Das ist richtig und entspricht der Entwicklung im Ausland, die mit der üblichen schweizerischen Verzögerung nun auch bei uns vollzogen werden soll. Dazu kommt das fast wie eine Litanei rezitierte oberste Prinzip des Kindeswohls. So gilt der politische Diskurs dem verbesserten Zugang der Väter zum elterlichen Sorgerecht, während im Gesetz steht, dass diese Sorge dem Wohl des Kindes dient (Art. 296 Abs. 1 ZGB), und zwar «vor allem» («avant tout»), wie es im französischen Text heisst.

- 7 Die Rückkehr der Väter ist auch ein Thema für das Völkerrecht. Der Schutz der Väter gegenüber Kindesentführungen ist verbessert worden. Die Menschenrechte treten hervor als Richtlinien, die vor allem auf die Gleichbehandlung bei der Umsetzung des Begriffs des Familienlebens, der im Zentrum von Art. 8 EMRK steht, Gewicht legt. Dieser Anspruch auf gleiche Rechte wird vor allem deutlich, wenn man die Situation eines Kindes verheirateter oder geschiedener Eltern mit derjenigen eines Kindes vergleicht, dessen Eltern nicht verheiratet sind, wenn es in einem solchen Fall der Mutter ermöglicht wird, sich der gemeinsamen elterlichen Sorge zu widersetzen, auch wenn sie dem Kindeswohl entsprechen würde.¹¹
- 8 Es gab Fortschritte, weitere müssen noch folgen. Völkerrecht findet im Eidgenössischen Parlament selten eine wohlwollende Aufnahme. Eigenartigerweise geht es auch der Kindesrechtskonvention (KRK) nicht viel besser.¹² So ist im Gesetzesentwurf in der französischen Version systematisch der Begriff «intérêt de l'enfant» durch «bien de l'enfant» ersetzt worden, offenbar im Hinblick auf die ungenaue deutsche Übersetzung, ohne zu beachten,

⁸ AB NR 2013, 697–706, 1060–1062, SR 2013, 566–568.

⁹ AB SR 2013, 645, NR 2013, 1208.

¹⁰ BBl 2013, 4763–4771.

¹¹ Vgl. vor allem EGMR, *Zaunegger*, 3.12.2009, § 42–64, FamPra.ch 2010, 213; MEIER, ZKE 2010, S. 246–256; DERS., FamPra.ch 2013, 285–288. Es gibt hingegen keine Ungleichbehandlung, wenn die Eltern sich über die elterliche Sorge im Rahmen von Art. 133 ZGB streiten (vgl. BGer, 30. März 2012 (5A_540/2011, E. 3), nicht *in* BGE 138 III 348 ff.).

¹² Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

dass der authentische französische Text von Art. 3 KRK vom «*intérêt supérieur de l'enfant*» spricht.

Worin besteht ein aktuelles Bedürfnis, heute schon vom neuen Recht zu sprechen, das ja erst im Jahre 2014 oder spätestens am 1. Januar 2015 in Kraft treten wird? Der Blick auf die Gegenwart ist ohne den Blick auf die Zukunft immer unvollständig. Etwas prosaischer ergibt sich das auf der Grundlage der neuen Bestimmungen zum Übergangsrecht. Nach der allgemeinen Regel von Art. 12 Abs. 1 des Schlusstitels ZGB untersteht die elterliche Sorge nach ihrem Inhalt und für ihre Ausübung dem neuen Recht. 9

Wichtiger sind die Bestimmungen über die sog. rückwirkende Anwendung der neuen Regeln über die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 12 Abs. 4 und 5 SchlIT ZGB).¹³ Das interessiert alle Eltern, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts nicht über das elterliche Sorgerecht verfügen. Der Gesetzgeber will ihnen die Türe öffnen, damit sie in die neue Regelung der gemeinsamen Sorge eintreten können.¹⁴ Das gilt einmal für den Vater eines von einer nicht verheirateten Mutter geborenen Kindes. Dieser Vater kann sich an die Kindesschutzbehörde wenden, damit diese die gemeinsame elterliche Sorge verfügt (Abs. 4). Das muss er binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten des neuen Rechts tun. Die Behörde wird den Art. 298b ZGB sinngemäss anwenden. Im Übrigen können die beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge jederzeit erhalten, indem sie eine gemeinsame Erklärung bei der Kindesschutzbehörde abgeben (Art. 298a Abs. 4 ZGB).¹⁵ 10

¹³ Es ist richtig darauf hingewiesen worden, dass es sich nicht um eine eigentliche Rückwirkung handelt, da die Wirkungen des Erwerbs der gemeinsamen elterlichen Sorge erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts zur Geltung kommen (AB NR 2012, 1662 f., 2013, 706). Die Rückwirkung liegt darin, dass die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil auf Dauer, bis zur Volljährigkeit des Kindes angelegt war, und dass diese Dauerhaftigkeit durch das neue Recht entzogen wird, wie wenn es sie gar nie gegeben hätte.

¹⁴ Da der Entscheid auf einer Prüfung des Kindeswohls beruht (Art. 298b), handelt es sich um eine Schutzmassnahme, die dem Haager Übereinkommen von 1996 untersteht. Das bedeutet grundsätzlich, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben muss, sowohl in Bezug auf die Zuständigkeit (Art. 5) als auch für das anwendbare Recht (Art. 15).

¹⁵ Auf diese Möglichkeit wird in Art. 12 Abs. 4 SchlIT nicht hingewiesen (im Unterschied zum Entwurf des Bundesrats (BBl 2011, 9109). Sie ergibt sich daraus, dass die neuen Regeln nach ihrem Inkrafttreten anwendbar sind, ohne dass danach unterschieden wird, ob das Kind vor oder nach diesem Datum geboren ist. Im Ständerat wurde das als selbstverständlich bezeichnet (AB SR 2013, 567 [Seydoux-Christe]).

- 11 Die Eidgenössischen Räte haben mit der Antwort auf die Frage gezögert, wie zu verfahren ist, wenn es um den Elternteil geht, der bei der Scheidung sein elterliches Sorgerecht verloren hat (Abs. 5). Am Weitesten wollte der Nationalrat gehen, hätte dieser Elternteil von der Kinderschutzbehörde doch die elterliche Sorge erhalten sollen, solange das Kind noch minderjährig ist.¹⁶ Bundesrat und Ständerat waren da weniger offensiv und liessen einen solchen Wechsel nur zu, wenn die Scheidung nicht mehr als fünf Jahre vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts zurückliegt.¹⁷ Diese Lösung hat sich schliesslich durchgesetzt.¹⁸ Der Antragsteller wird sich an das «zuständige Gericht» zu wenden haben.¹⁹
- 12 Diese Regelung wird nicht nur Gewinner haben. Sie wird auch Enttäuschungen, ja gar Verängstigung mit sich bringen. Der Familienfrieden wird für eine gewisse Zeit zu leiden haben. Der geschiedene Ehegatte, der die elterliche Sorge für sich allein zugewiesen erhielt, und zwar manchmal nach einem Streit, den er nicht nochmals erleben möchte, wird seine Rechtslage plötzlich geschwächt sehen, wenn er sich einem Antrag nach gemeinsamer Sorge nach dem neuen Recht gegenüber sieht. Diese Neuregelung erscheint erst recht unheimlich, wenn man bedenkt, dass sie keinen Unterschied macht, je nachdem ob sich die Eltern über die Zuweisung der Sorge an einen von ihnen geeinigt haben oder nicht, was im ersteren Fall auch einen Verzicht auf die Öffnung in Art. 133 Abs. 3 ZGB bedeutet.²⁰
- 13 Da man nun weiss, was die betroffenen Eltern erwartet, heisst es, sich darauf einzustellen, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen kann man dem geschiedenen Elternteil, der die elterliche Sorge nach Art. 133 Abs. 1 verliert, erläutern, dass dieser Verlust als weniger dramatisch zu empfinden ist, weil das Sorgerecht ja in kurzer Zeit nach dem neuen Recht wieder erhältlich ist.

¹⁶ AB NR 2012, 1656 f., 1661–1663, 2013, 704–706.

¹⁷ BBl 2011, 9110; AB SR 2013, 15 f., 567 f.

¹⁸ AB SR 2013, 567 f., NR 2013, 1062.

¹⁹ Darin ist ein Hinweis auf Art. 134 zu verstehen (AB SR 2013, 568 [Seydoux-Christe]). In Bezug auf das gemeinsame Sorgerecht ist die sinngemässe Anwendung von Art. 298b Abs. 1 und 2 gleichwohl relevant, auch wenn sie in Art. 12 Abs. 5 nicht erwähnt wird.

²⁰ Für DIETRICH, *Anwaltsrevue* 2012, 341, handelt es sich um ein «Ünding», wenn man so einen einzelnen Teil einer Scheidungsvereinbarung hervorziehen kann, obwohl diese als eine Einheit verhandelt und genehmigt wurde. Die Regelung ist auch deshalb erstaunlich, weil die gemeinsame elterliche Sorge greifbar wird, obwohl die dem Ehegatten zugesprochene alleinige Sorge, so wie vereinbart, auch unter dem neuen Recht auf der Grundlage einer Vereinbarung nach Art. 111 sehr wohl möglich wäre, wird doch diese Bestimmung nicht geändert.

Das ist mit ein Grund, auf diesen Punkt weniger zu insistieren.²¹ Wichtiger scheint, zum andern, dass der Scheidungsrichter bereits antizipierend das neue Recht mit einbezieht, insoweit als die heutigen Regeln ihm einen ausreichenden Ermessensspielraum lassen, wobei er vor allem den Beurteilungsmassstab bei der Gewährung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Art. 133 Abs. 3 lockern kann. Es macht ja wenig Sinn, ein Begehren um gemeinsame Sorge etwa deshalb zu verwerfen, weil sich die Eltern über die Verteilung der Unterhaltslast nicht einig sind, wenn in kurzer Zeit dieser Ablehnungsgrund verschwinden wird. Es geht hier nicht nur um die effiziente Arbeit der Gerichte, sondern auch darum, dem Kind und den Eltern einen Wechsel in der Betreuung zu ersparen, der keinem Interesse entspricht.

Am Rande sei noch angefügt, dass es mit dem 1. Juli 2013 als Datum des Inkrafttretens noch eine andere Neuerung des Rechts der elterlichen Sorge geben wird.²² Von diesem Tag an kann es in der Schweiz minderjährige Ehefrauen geben, die im Ausland, normalerweise in ihrem Heimatland, geheiratet haben, als sie noch nicht 18 Jahre alt waren. Solche Kinderheiraten werden grundsätzlich nicht abgewiesen, indem ihre Anerkennung in der Schweiz verweigert wird, denn der Gesetzgeber wollte ein System bevorzugen, wonach solche Eheschliessungen zuerst anerkannt und dann einem Verfahren auf Ungültigkeit der Ehe unterstellt werden (Art. 105 Ziff. 6 ZGB). Während der Wartezeit, bis dieses Verfahren seinen Abschluss gefunden hat, können die betroffenen Ehegattinnen bis zum Alter von 18 Jahren nicht volljährig werden.²³ Sie unterstehen somit weiterhin der elterlichen Sorge ihrer Eltern, die in den meisten Fällen den Druck zur Heirat veranlasst haben. Wenn eine solche Ehe noch zur Geburt eines Kindes führt, so wird die Mutter deswegen die elterliche Sorge nicht erhalten, welche alsdann allein dem volljährigen Ehegatten zukommt. Das gehört zur Thematik, die in der Politik als «Massnahmen gegen Zwangsheiraten» bezeichnet wird.

²¹ Vgl. auch DIETRICH, 342.

²² Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 15. Juni 2012 (AS 2013, 1035).

²³ Da der bisherige Art. 45a IPRG ersetzt worden ist.

II. Entstehung der elterlichen Sorge

- 15 Die beiden grossen Grundsätze, die die Reform dominieren, sind hier nicht auszubreiten. Nach dem ersten soll die gemeinsame elterliche Sorge zur Regel werden²⁴, da sie besser dem Kindeswohl entspreche²⁵. Der zweite zielt auf die Gleichbehandlung ab, und zwar zum einen der verheirateten und der nicht verheirateten Paare, und zum andern der Kinder von geschiedenen und der Kinder von nicht verheirateten und getrennten Eltern. Das Interesse gilt heute der Ausgestaltung dieser Grundsätze.

A. Verheiratete Eltern: ein neuer Schritt zur gemeinsamen Sorge bei Scheidung

1. Auf der Suche nach dem Grundsatz

- 16 Die politische Absicht hat sich deutlich für die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Scheidungsfall herausgebildet. Man würde somit eigentlich davon ausgehen, dass man im neuen Recht eine klare Regel finden sollte, die festhält, dass die Scheidung keine Auswirkungen auf die elterliche Sorge der Eltern hat, Ausnahmen vorbehalten.²⁶ Eigenartigerweise ist dem nicht so. Das Prinzip findet sich gewiss im neuen Art. 296 Abs. 2, wonach die Kinder, solange sie minderjährig sind, unter der «gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter» stehen, wobei auch die Meinung ist, dass das unabhängig vom Zivilstand der Eltern gilt. Damit steht aber noch nicht fest, dass das auch im Falle einer Scheidung gilt. Der neue Art. 133 schafft im Gegenteil den Eindruck, dass darüber jeweils gesondert verfügt werden muss, wird doch der Scheidungsrichter angewiesen, er hätte «insbesondere» zu regeln: «1. die elterliche Sorge». Wenn die gemeinsame elterliche Sorge den geschiedenen Eltern verbleiben soll, warum muss man sie dann noch «regeln»?

²⁴ AB SR 2013, 4 (SEYDOUX-CHRISTE), 5 (JANIAK), 6 (SOMMARUGA).

²⁵ AB SR 2013, 6 (SOMMARUGA).

²⁶ Es handelt sich um das «Herzstück» der Vorlage (LÜSCHER, AB NR 2012, 1626).

Da Art. 133 auf die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses verweist, ist anzunehmen, dass sich das neue Prinzip dort finden lässt.²⁷ Das klappt für den Juristen, aber nichts dergleichen ist ausgedrückt. Im neuen Art. 298 Abs. 1 steht das Folgende:

In einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.

Das gilt als die stärkere Massnahme. Das Gericht kann gemäss Art. 298 Abs. 2 auch weniger weit gehen:

Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht darauf besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen.

Diese beiden Bestimmungen enthalten implizit als Grundlage die Situation, dass die gemeinsame elterliche Sorge beibehalten wird. Denn sollte dieses Sorgerecht einem der Eltern entzogen werden, dann geht das nur, wenn das Kindeswohl danach verlangt (Abs. 1). Drängt sich eine so kategorische Massnahme nicht auf, so regelt der Richter, wenn es an einer Einigung der Eltern fehlt, alle Elemente der gemeinsamen elterlichen Sorge, ohne diese im Prinzip zu beeinträchtigen (Abs. 2).²⁸ Es ergibt sich damit, dass die gemeinsame elterliche Sorge gewiss das Hauptziel darstellt, dass aber deren Beibehalt keineswegs automatisch ist: «Das Gericht muss sich bei einer Scheidung aber vergewissern, dass die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge gegeben sind.»²⁹ Von diesen Voraussetzungen ist aber nur das Kindeswohl erwähnt.

²⁷ Der gleiche Verweis gilt auch für den Eheschutzrichter (Art. 176 Abs. 3).

²⁸ Eigenartigerweise ist nicht vorgesehen, dass das Gericht auch die von den Parteien einverständlich geregelten Punkte aufnehmen und im Urteil ratifizieren kann.

²⁹ BBI 2011, 9103.

2. Die Entzugsgründe

- 18 Im Verlaufe der Diskussionen über den Entwurf des Bundesrats hat die Rolle der Voraussetzungen für einen Entzug des Sorgerechts nach Art. 311 im Zusammenhang mit Art. 298 Abs. 1 zu Kontroversen geführt. Die Botschaft ist konfus³⁰ und zwar mit Absicht, wenn man die Ausführungen eines ihrer Verfechter mit einbezieht. Es sei in der Tat richtig, dass der Gesetzesentwurf nicht so weit gehe, dass ein Entzugsgrund nach Art. 311 vorliegen müsse, doch soll die Erwähnung dieser Bestimmung in der Botschaft der Praxis den Anstoss geben, sich in diese Richtung zu bewegen.³¹ Diese Unklarheit ist in den Eidgenössischen Räten ausgemerzt worden. Obwohl man den Bundesrat sagen liess, dass der fehlende Kooperationswille der Eltern, wie er als Kriterium vom Bundesgericht benützt wird³², nicht auf das neue Recht übertragen werden soll³³, hat Bundesrätin Sommaruga klargestellt, dass der Katalog gemäss Art. 311, ergänzt durch den Fall der Gewalttätigkeit, zwar bei der Verweigerung der gemeinsamen Sorge dienen kann, dass aber klar zu verstehen sei, dass diese gemeinsame Sorge auch in anderen Fällen abgelehnt werden kann, die in Art. 311 nicht aufgeführt sind. Das gilt, «wenn sich die Eltern nicht ernstlich um das Kind kümmern»³⁴ oder «wenn ein Elternteil nicht fähig ist, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen»³⁵. Es handle sich um eine «offene Generalklausel»³⁶, die über die Entzugsgründe nach Art. 311 hinausgeht.³⁷ Zusätzlich zu den Gründen nach Art. 311 lässt diese Regel «Raum für weitere Fälle»³⁸, die nicht «drastisch» sein müssen,³⁹ aber

³⁰ Art. 311 ist als Grundlage für den Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge erwähnt in der einleitenden Übersicht (BBI 2011, 9078) und im Zusammenhang mit einem solchen Entzug im Falle von nicht verheirateten Eltern (9105). In den Erläuterungen zu Art. 298 findet er sich nicht (9103).

³¹ Vgl. DAVID RÜETSCHI, in Aktuelle Reform, FamPra.ch 2012, 630, mit der Erläuterung, dass die Erwähnung von Art. 311 ein „klares Zeichen“ setzen soll für ein „gewisses Umdenken“, womit es darum gehe, so «letztlich Auslegungshilfe» zu bieten (635).

³² Vgl. BGer, 4. April 2013 (5A_29/2013, E. 2.2), und BGer, 30. April 2013 (5A_199/2013, E. 2.2), sowie die dort zitierten Entscheide.

³³ BBI 2011, 9105, Anm. 35, mit Hinweis auf BGer, 10. November 2010 (5A_638/2010, E. 4.1).

³⁴ AB NR 2012, 1638.

³⁵ AB SR 2013, 6.

³⁶ AB NR 2012, 1638.

³⁷ AB NR 2012, 1646 (SOMMARUGA).

³⁸ AB NR 2012, 1644 (HUBER).

³⁹ AB NR 2012, 1638 (FLACH).

es muss Ausnahmen geben, wenn die Verhältnisse «schwierig» sind.⁴⁰ Das hat auch das Bundesgericht so verstanden.⁴¹

Die Debatte im Nationalrat hat auch gezeigt, dass Gründe, wie ein tiefes Missverständnis, wiederholtes Streiten, etc., die direkt die Beziehung zwischen den Eltern zerstören, in der Regel auch vom Begriff des Kindesinteresses erfasst werden, weil sie notwendigerweise als Reflexwirkung auch das Kind betreffen.⁴² 19

3. Zwischen dem Einverständnis der Eltern und dem Kindeswohl

Der Vergleich der Art. 133 und 298 zeigt einen anderen Kontrast, wenn nicht gar einen Widerspruch. Nach Art. 133 Abs. 2, 2. Satz, «berücksichtigt» das Gericht einen «gemeinsamen Antrag der Eltern». Wie wird sich das Gericht verhalten, wenn dieser Antrag die alleinige elterliche Sorge der Mutter beinhaltet, obwohl nach Art. 298 Abs. 1 eine solche Lösung nur möglich ist, wenn sie zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist? Die Richter werden einem offensichtlichen Gegensatz zweier Normen gegenüber stehen, die nicht koordiniert worden sind. Sie werden sich von der Überlegung leiten lassen, dass der Umstand, dass der Vater die elterliche Sorge verweigert oder nicht willens ist, an der gemeinsamen elterlichen Sorge teilzunehmen, im Hinblick auf das Kindeswohl als ein schwerwiegender Grund dafür gelten muss, sie ihm nicht anzuvertrauen, ohne dass man daraus allerdings ein absolutes Prinzip machen kann.⁴³ 20

Die Ungereimtheiten sind damit leider noch nicht alle ausgeräumt. Man weiss ja auch, dass eine vollständige Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, einschliesslich die Kinder betreffend, erforderlich ist, wenn die Eltern auf gemeinsames Begehren hin geschieden werden wollen. Art. 111 ist so unverändert beibehalten worden.⁴⁴ Diese Vereinbarung kann je nach Fall die gemeinsame elterliche Sorge oder aber auch das Sorgerecht eines der El- 21

⁴⁰ AB NR 2011, 1636 (VISCHER).

⁴¹ «L'attribution de l'autorité exclusive à l'un des parents doit rester possible si elle est nécessaire pour protéger les intérêts des enfants.» (BGer, 12. November 2012 (5A_271/2012, E. 2 in fine), FamPra.ch 2013, 181).

⁴² Vgl. AB NR 2011, 1644–1646.

⁴³ In diesem Sinn SOMMARUGA, AB NR 2011, 1646.

⁴⁴ BBI 2011, 9093, 9103. Im Parlament war davon nicht die Rede.

tern (in der Regel der Mutter) vorsehen.⁴⁵ Der Gegensatz zum neuen Art. 298 muss auffallen. Diese Bestimmung erlaubt dem Scheidungsrichter, die elterliche Sorge auf nur einen der Eltern zu übertragen, wenn das Kindeswohl so verlangt. Die Regelung im Falle einer Scheidung auf gemeinsames Begehren ist demgegenüber ganz anders. Art. 111 ist auf die neuen Regeln nicht abgestimmt worden.⁴⁶ Sobald die Praxis mehr und mehr zu einer offeneren Haltung gegenüber der gemeinsamen elterlichen Sorge übergeht, wird wohl die Tendenz entstehen, diese positiven Erfahrungen in die Regelung betreffend die Genehmigung der Vereinbarung der Ehegatten nach Art. 111 Abs. 3 einfließen zu lassen. Eine starke Wirkung dürfte auch vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Kinder ausgehen. Es wird je länger je weniger Verständnis finden, dass das Kindeswohl für den Scheidungsrichter nach Art. 298 Abs. 1 das dominierende, wenn nicht ausschliessliche Kriterium sein soll, dass dem aber nicht so sein soll, wenn die Eltern sich gemeinsam auf eine Regelung geeinigt haben, die ihren Interessen Rechnung trägt, die aber nicht notwendigerweise auch dem Kindeswohl entspricht. Gleichwohl muss man sich fragen, ob sich dieser auf Art. 298 beruhende Einfluss wirklich durchsetzen wird, wenn man berücksichtigt, dass die Scheidungen auf der Grundlage von Art. 111 90% aller Scheidungen darstellen.⁴⁷

- 22 Auch wenn man damit rechnen sollte, dass sich nach einiger Zeit weisen sollte, was der Gesetzgeber sagen wollte, so lässt sich doch voraussehen, dass sich die gemeinsame elterliche Sorge in der Scheidungspraxis nicht so leicht durchsetzen wird, wie man das oft hört. Denn es genügt für den Richter festzustellen, dass die «Wahrung des Kindeswohls» es erforderlich macht, die elterliche Sorge nur einem der Eltern zuzuteilen, um sich vom politischen Endziel loszusagen. Sicher wird die Schwelle höher zu liegen kommen als in der heutigen Praxis zum Art. 133 Abs. 3, weil eine Vereinba-

⁴⁵ Das Bundesgericht hat sich die Frage gestellt, ob das blosses Ausbleiben einer Zustimmung der beiden Eltern zum Festhalten an der gemeinsamen elterlichen Sorge ausreicht, um diese nicht zu beschliessen, doch war eine Antwort nicht nötig, da die Frage in den einzelnen Fällen korrekt auf der Grundlage des Kindeswohls beurteilt worden ist (BGer, 23. Oktober 2012 (5A_642/2012, E. 4) und BGer, 23. Oktober 2012 (5A_216/2012, E. 2.1); BGer, 11. Januar 2013 (5A_779/2012, E. 4)). Unter dem neuen Recht wird sich die Frage anders stellen, weil die kritische Beurteilung eine Vereinbarung betreffen wird, die vorsieht, dass die Ehegatten damit einverstanden sind, dass die elterliche Sorge nur bei einem von ihnen verbleiben soll.

⁴⁶ Erst Art. 112 öffnet den Übergang zum Art. 298, wenn keine Einigung über die elterliche Sorge zustande kommt.

⁴⁷ In einem ersten Zeitraum wird diese Zahl wohl sinken, weil die Mütter Gewicht darauf legen werden, dass sie die alleinige elterliche Sorge erhalten, während dem die Väter nur mit Zurückhaltung eine solche gemeinsame Vereinbarung werden akzeptieren wollen.

rung der Eltern über die Betreuung des Kindes und dessen Unterhalt nicht mehr erforderlich ist. Auch wird es nicht mehr nötig sein, positiv darzulegen, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes entspricht. Der Blick wird in die andere Richtung führen, denn es wird der Nachweis verlangt, dass dieses Sorgerecht dem Kind so nachteilig ist, dass es gilt, dessen Wohl «zu wahren»⁴⁸. Das sind gewiss unbestrittene Erleichterungen, aber werden sie die Praxis davon abhalten, in jedem Fall eine allgemeine Prüfung des Kindeswohls vorzunehmen? Das würde dazu führen, dass man regelmässig die Vor- und Nachteile der gemeinsamen elterlichen Sorge auflisten und mit dem alleinigen, normalerweise der Mutter zugewiesenen Sorgerecht vergleichen würde. Die Rechtsprechung wird die Weichen stellen müssen.⁴⁹ Sie wird wohl als Vermutung vom Beibehalt der gemeinsamen elterlichen Sorge ausgehen, was der «ratio legis» entspricht, so wie sie sich in den Vorarbeiten und in der dominierenden Meinung gebildet hat. Wenn eine solche Vermutung umgestossen werden soll, dann wird eine strenge Prüfung des Kindeswohls angezeigt sein, um nachzuweisen, dass eine solche geteilte Sorge nicht tragbar ist. Dafür müssen konkrete und treffende Gründe vorliegen. Da es sich darum handelt, das Kindeswohl im einzelnen Fall abzuklären, haben allgemeine Überlegungen über das angebliche Für und Wider der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung in einer solchen Prüfung keinen Platz. Das wird die Richter nicht daran hindern, sich davon bei der Beurteilung des Einzelfalls beeinflussen zu lassen.⁵⁰ Bis man zu einer konsolidierten Praxis gelangt, wird es wohl Erfahrung und Rechtsprechung

⁴⁸ Die Botschaft ergänzt, wie wenn es sich um eine zusätzliche Voraussetzung handeln würde, dass die elterliche Sorge einem Elternteil nur abgesprochen wird, wenn er «unfähig ist, das Kind zu betreuen und zu erziehen» (BBI 2011, 9087). Indessen kann ein Elternteil diese Fähigkeit als solche haben, doch kann das Missverständnis zwischen den Eltern so tief sein, dass es besser ist, die elterliche Sorge nur einem der Eltern zu gewähren, um das Kind aus dem Konflikt raus zu halten.

⁴⁹ Die Botschaft ist nicht davon frei, in diese Richtung Auslegungshilfe zu leisten, wenn es heisst, dass von der gemeinsamen elterlichen Sorge nur «ausnahmsweise» abzuweichen sei, wobei erläutert wird, dass ein solcher Fall eintritt, wenn feststeht, «dass eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahr». Der interessierte Elternteil trage dafür die «Begründungslast» (BBI 2011, 9102). Wenn die Schwelle nicht höher zu liegen kommt, um zur alleinigen elterlichen Sorge eines Elternteils überzugehen, wird sich das Ziel des neuen Rechts nicht so bald erreichen lassen.

⁵⁰ Eine Anregung zum Nachdenken ist auch der Umstand, dass die Erfahrung mit Art. 133 ZGB zeigt, dass die gemeinsame Betreuung der Kinder tatsächlich nur in 16% der Fälle gelebt wird (BBI 2011, 9090, mit Hinweis auf eine Studie des Nationalfonds). Das lässt erkennen, dass die gemeinsame elterliche Sorge keine Abkehr vom traditionellen Modell der Rollenverteilung während der Ehe bewirkt (vgl. CANTIENI, 174–189; BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, FamPra.ch 2007, 210–213).

über Jahre brauchen, mit samt all den Kontroversen, Ängsten und Kosten, die das mit sich bringt.

- 23 Der gesetzgeberische Wechsel in der Optik ist somit voller Feinheiten, mit der Folge, dass es eine Zeit brauchen wird, bis er auch in den Gerichtssälen deutlich wird. Es zeigt sich doch ein Paradox. Für die bisherige Praxis war das Kindeswohl das entscheidende Kriterium.⁵¹ Die Botschaft erläutert, dass es darum gehe, sich von dieser Praxis zu entfernen, um mehr Vätern den Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu ermöglichen⁵², doch stützt man sich auf das gleiche Kriterium des Kindeswohls, um das Sorgerecht einem der Eltern zu entziehen, wobei es sich ja in der Mehrzahl der Fälle um die Väter handelt. Die Ambivalenz der Reform tritt so hervor: Man sagt, es gelte den Vätern den Zugang zur elterlichen Sorge zu erleichtern, aber man anerkennt auch, dass nicht feststeht, dass sich die Wirklichkeit der Beziehungen zum Kind in gleichem Sinne entwickeln wird.⁵³
- 24 Soll im konkreten Fall einer Debatte über die Vorteile der gemeinsamen elterlichen Sorge ausgewichen werden, so wird es von grossem Vorteil sein, wenn dem Richter eine Vereinbarung vorgelegt werden kann, mit der die Obhut, die Betreuung und die persönlichen Beziehungen mit dem Kind geregelt sind, noch besser ergänzt durch eine Absprache über die Verteilung der Unterhaltspflichten. In Anbetracht einer solchen Übereinkunft, deren Regelung der Beziehungen zum Kind vernünftig scheint, wofür es in der Praxis verschiedene Modelle gibt, gibt es für den Richter kaum noch Raum, um davon abzuweichen, allenfalls gar bis zum Entzug der elterlichen Sorge eines der Eltern. Denn die Vereinbarung demonstriert das Einverständnis der El-

⁵¹ «Die Grundlage bildet in diesem Bereich das Kindeswohl. Als wesentliche Kriterien kommen in Betracht: die persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, die jeweiligen Erziehungsfähigkeiten der Eltern, ihre Eignung, sich persönlich um die Kinder zu kümmern und sich mit ihnen zu beschäftigen sowie die Bereitschaft, den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu fördern; es ist diejenige Lösung zu wählen, die unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles als am geeignetsten erscheint, dem Kind die Stabilität der für eine unter dem affektiven, psychischen, moralischen und intellektuellen Gesichtswinkel harmonische Entwicklung nötigen Beziehungen zu gewährleisten. Wenn auch das Gericht sich nicht damit begnügen darf, das Kind dem Elternteil zuzuteilen, der die Obhut während des Verfahrens innehatte, geniest dieses Kriterium ein besonderes Gewicht, wenn im Übrigen die Erziehungs- und Pflegefähigkeiten der Eltern vergleichbar sind.» (Praxis 2010, Nr. 125, E. 5.3, BGE 136 I 178 ff., 181)

⁵² BBI 2011, 9087 f.

⁵³ «Il faut être honnête, le changement que nous proposons ne va probablement pas augmenter largement le nombre de pères qui s'occupent dans les faits de leurs enfants, mais il devrait contribuer à ce que davantage de ces derniers puissent grandir au côté de deux parents prenant leurs responsabilités.» (LÜSCHER, AB NR 2012, 1616).

tern, welche den eigentlichen Sinn der Teilung der elterlichen Sorge ausmacht. Die Praxis zum heutigen Absatz 3 von Art. 133 wird so auch unter dem neuen Recht noch von Bedeutung sein. Die Reform wird eine Ausweitung des Sorgerechts in Fällen bringen, in denen die Eltern zu keinem Einvernehmen kommen, doch wird der Zugang zur gemeinsamen Sorge vor allem in den Fällen erleichtert werden, in denen eine solche Vereinbarung zustande kommt.

Ein Unterschied zeigt sich aber: unter dem geltenden Recht muss die Vereinbarung der Eltern vom Scheidungsrichter genehmigt werden. Das gilt nicht für den neuen Art. 298 Abs. 2, der den Eltern einen breiten Spielraum zur Regelung der Wirkungen der Scheidung im Verhältnis zu den Kindern lässt, da er den Richter nur dann entscheiden lässt, «wenn keine Aussicht darauf besteht, das sich die Eltern diesbezüglich einigen». So wie sie steht, scheint sich diese Regel mit irgendeiner Einigung zu begnügen. Es ist nicht sicher, dass dies dem wahren Sinn entspricht, doch spricht die Gleichstellung mit den nicht verheirateten Eltern dafür.⁵⁴ 25

B. Nicht verheiratete Eltern: die neue Rolle des Vaters

Die alleinige elterliche Sorge der nicht verheirateten Mutter stellt einer der wichtigen Unterschiede im Vergleich zu den verheirateten und geschiedenen Eltern dar, den es zu beseitigen gilt. Die Zeit ist noch nicht reif dafür, den nicht verheirateten Paaren die volle Gleichbehandlung zu gewähren. Für die einen müssen die nicht verheirateten Väter und Mütter die gemeinsame elterliche Sorge erst verdienen; für die andern darf die elterliche Sorge des Kindsvaters der Mutter nur aufgebürdet werden, wenn dieser auch bereit ist, im Hinblick auf die Betreuung und den Unterhalt des Kindes Konzessionen zu machen. Gleichwohl ist es an der Zeit, die unverheirateten Paare auch in Bezug auf ihre Beziehung zu den Kindern autonom werden zu lassen. 26

⁵⁴ Durch eine eigenartige redaktionelle Korrektur vor der Schlussabstimmung ist im französischen Text der in der deutschen Fassung am Ende stehende Satzteil an den Beginn des Satzes verlegt worden, mit der Folge, dass sich der Verweis «sur ce point» («diesbezüglich») fälschlicherweise auf den Absatz 1 und nicht auf den Inhalt des Absatz 2 bezieht.

- 27 Die auf die Kinder von nicht verheirateten Müttern ausgerichteten Schutzmassnahmen stehen damit vor dem Ausscheiden. Indessen sollte man nicht übersehen, dass die verschiedenen «nicht ehelichen» Familiensituationen nicht immer so einfach zu klassieren sind, wie man sagt. Es ist übertrieben, mit dem Bundesrat zu behaupten, es sei eine «ebenso ärgerliche wie überflüssige Formalität»⁵⁵, wenn eine durch die Behörde genehmigte Unterhaltsvereinbarung, die auch vollstreckbar ist⁵⁶, verlangt wird, bevor sich dem Vater der Zugang zur elterlichen Sorge eröffnet. Dem gegenwärtig dominierenden Gleichheitswahn folgend hat man auch den Beistand nach Art. 309 ZGB gestrichen, denn es sei davon auszugehen, «dass in der Regel eine nicht verheiratete Mutter gleich einer verheirateten Mutter in der Lage ist, ihre Interessen und jene des Kindes selber wahrzunehmen»⁵⁷ – ohne zu erwähnen, dass sich die verheirateten Mütter nicht um die Feststellung der Vaterschaft kümmern müssen und dass sie vor und nach der Geburt auf die Unterhaltspflicht des Ehemannes zählen können. Die nicht verheiratete Mutter hingegen wird sich einem das Sorgerecht ausübenden Vater gegenübersehen, ohne dass dessen Beitrag an den Unterhalt gesichert ist. Zu diesem Zweck muss diese Mutter zunächst einen vollstreckbaren Titel erlangen, was ihr nach der Meinung des Gesetzgebers nicht durch einen Beistand erleichtert werden soll, was gegenüber dem heutigen Recht ein schwerwiegender Rückschritt darstellt.⁵⁸
- 28 Bevor die Situation der nicht verheirateten Mütter näher angesprochen wird, gilt es zuerst darzustellen, wie der Gesetzgeber den Zugang der Väter zur gemeinsamen elterlichen Sorge ausgestaltet hat. Dieses Sorgerecht stützt sich auf eine gemeinsame Erklärung der Eltern (Art. 298a Abs. 1).

⁵⁵ BBI 2011, 9093.

⁵⁶ Ein Titel wie er in der Regel von den für die Alimentenbevorschussung zuständigen Behörden verlangt wird.

⁵⁷ BBI 2011, 9095. So auch SEYDOUX-CHRISTE, AB SR 2013, 15. Im Nationalrat hat die Streichung von Art. 309 zu keiner Diskussion Anlass gegeben (AB NR 2012, 1656).

⁵⁸ Der von Seiten der Praxis bedauert wird: HÄFELI, in Aktuelle Reform, FamPra.ch 2012, 644; CANTIENI, *ibidem*, 646.

1. Gemeinsame Erklärung der Eltern

Wichtig ist zunächst der Inhalt einer solchen Erklärung. Art. 298a Abs. 2 sagt dazu das Folgende: 29

In der Erklärung bestätigen die Eltern, dass sie:

1. bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen; und
2. sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben.

Der Inhalt der Erklärung beschränkt sich somit auf ein Minimum. Die Eltern müssen ihre Verantwortung über das Kind annehmen und «bestätigen», dass sie sich über die Obhut und die Betreuung sowie die persönlichen Beziehungen und den Unterhalt geeinigt haben. Der Inhalt dieser Verständigung muss nicht in der Erklärung enthalten sein. So müssen sie bestätigen, dass sie «bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen» (Ziff. 1), aber sie müssen nicht angeben, wie sie diese Verpflichtung tragen wollen. Auch müssen sie «bestätigen», dass sie sich über die Betreuung und das, was noch dazu gehört «verständigt haben» (Ziff. 2), aber sie müssen nicht erläutern, wie sie das tun wollen. Die Eltern müssen also lediglich erklären, dass diese Punkte geregelt sind, ohne zu sagen, wie das aussieht. Sie können sich sogar auf die Erklärung beschränken, dass sie die in Art. 298a Abs. 2 aufgezählten Fragen geregelt haben. Da sie ohnehin auf sich selbst angewiesen sind, auch wenn sie das mit der besten Absicht tun, wie sollen die Eltern einen Text zu Papier bringen, der in der Zukunft eine auch nur geringe rechtliche Wirkung haben könnte? Sie werden dafür gar keinen Anlass haben, denn es wird von ihnen ja gar nicht mehr verlangt. 30

Dazu kommt, dass von den Eltern auch in ihrem internen Verhältnis gar nicht mehr verlangt ist. So führt der Bundesrat aus: «entsprechend können sich die Eltern auch ohne weiteres darauf verständigen, die Fragen nach der Betreuung, dem persönlichen Verkehr und dem Unterhalt gar nicht verbindlich beantworten zu wollen»⁵⁹. Es handelt sich um eine «rein formelle Vereinbarung», für die es nicht erforderlich ist, dass die Eltern genaue Angaben über den Inhalt der vereinbarten Lösung machen.⁶⁰ Es handelt sich um ein 31

⁵⁹ BBI 2011, 9104.

⁶⁰ AB SR 2013, 11 (SOMMARUGA).

Rechtsgeschäft einer neuen Art: Es muss die im Gesetz aufgezählten Fragen betreffen, aber es braucht keinen Inhalt zu haben, abgesehen von der Feststellung, dass es existiert.

- 32 Dazu gehört, dass die Erklärung keinerlei Nachprüfung durch die Behörden nach sich zieht. Sie wird schlicht bei der Behörde «abgegeben», an welche sie sich «richtet» (Art. 298a Abs. 4).

2. Zuständige Behörden

- 33 Zweierlei Behörden sind für die Entgegennahme der Erklärung zuständig:

- 34 Soll die Erklärung «zusammen mit der Anerkennung» abgegeben werden, so ist sie an das Zivilstandsamt zu richten (Art. 298a Abs. 4). Dieses Amt erfüllt eine reine Empfangsfunktion. Es ist gesetzlich nicht vorgesehen, was mit der Erklärung vom Moment an geschieht, wo sie sich in den Händen (oder auf dem Computer) des Zivilstandsbeamten befindet. Die Botschaft bestätigt, dass das Zivilstandsamt die Erklärung nicht zu überprüfen hat, womit dieser Verwaltung auch zugesichert werden soll, dass sie keinen zusätzlichen Aufwand zu leisten haben wird.⁶¹ Es scheint sich immerhin zu ergeben, dass es sich um einen Text, normalerweise in Schriftform, handeln muss. Es würde nicht überraschen, wenn in der Neufassung der Zivilstandsverordnung vorgesehen wird, dass ein Formular auszufüllen und jede Unterschrift zu legalisieren sein wird⁶² – Formalitäten, die der Praxis entsprechen und die überdies das Inkasso von Gebühren erlauben, von denen man weiss, dass sie nicht gerade bescheiden sind. Die Errichtung eines Formulars schwächt die Bedeutung der Erklärung noch mehr ab, denn das gibt den Eltern erst recht keine Anregung, um vorgängig einen Text mit einer minimalen Substanz zu verfassen, den sie anschliessend beim Zivilstandsamt abgeben. Nach der Abgabe sollten die Eltern eine Bestätigung darüber erhalten, besser noch mit einer Kopie ihrer Erklärung im Anhang.

⁶¹ BBI 2011, 9104.

⁶² Die Botschaft sieht vor, dass die Erklärung auf einem Formular abzugeben sei, das beide Eltern zu unterzeichnen haben (BBI 2011, 9104). Von der Legalisierung ist nicht die Rede.

Sollte es sich hingegen um eine «spätere Erklärung» handeln, die erst nach der Kindesanerkennung erfolgt, so ist sie an die Kindeschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zu richten. Diese Behörde verhält sich wie der Zivilstandsbeamte: Die Erklärung wird entgegengenommen und den Eltern eine Bestätigung darüber ausgehändigt. Da zwei Eltern betroffen sind, sollten auch zwei Dokumente erstellt werden. 35

Diese Formalitäten berühren nicht das, was ihren wesentlichen Sinn ausmacht, nämlich den Zugang der Eltern zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Nur die Abgabe wird bestätigt, womit die Vorlage einer Erklärung bewiesen ist, ohne dass behördlich festgestellt wird, dass die Eltern demgemäss die gemeinsame Sorge erhalten haben. Die Bestätigung muss auch das Abgabedatum erwähnen, denn von diesem Tag an geht die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu Ende (Art. 298a Abs. 5). Es ist allerdings zu hoffen, dass die Behörden die Realitäten richtig einschätzen und über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen, indem sie in der Urkunde auch feststellen, dass die Abgabe der Erklärung gemäss Art. 298a ZGB die gemeinsame elterliche Sorge zur Folge hat. Dabei ist allerdings auch Art. 16 § 2 des Haager Übereinkommens von 1996 zu beachten, mit der Wirkung, dass die Erklärung das gemeinsame Sorgerecht nach Art. 298a ZGB nur bewirkt, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. 36

3. Bedeutung der Kindesanerkennung

Ohne dass das ausdrücklich so erwähnt ist, gibt diese Regelung dem Einverständnis der Mutter eine grosse, wenn auch nicht ausschlaggebende Bedeutung. Weigert sie sich, so kann sie die Anerkennung des Kindes als solche nicht verhindern. Aber sie erlaubt es dem Vater nicht, auf einfachem Wege, durch eine blosser Erklärung, zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu gelangen. 37

Da die vor dem Zivilstandsbeamten zu erledigende Formalität an die Kindesanerkennung gebunden ist, könnte sie zur Folge haben, dass diese Anerkennung hinausgezögert wird, bis die Mutter genügend Zeit gefunden hat, um darüber nachzudenken, ob die Aufteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge angemessen ist. Zwar kann sich der Vater immer noch an die Kindeschutzbehörde wenden, aber vom einfachen Bürger wird diese Behörde zweifellos als weniger zugänglich empfunden. Jede Verzögerung in der Feststellung der Vaterschaft liegt nicht im Interesse des Kindes. Einer Entführung durch die Mutter steht kein Hindernis entgegen. Dazu kommt, dass 38

bei gewissen ausländischen Rechten (wie in Italien), das Datum der Anerkennung im Hinblick auf den Zugang zu gewissen Wirkungen des Kindesverhältnisses von Bedeutung sein kann, wenn etwa der Name des Kindes davon abhängt, wer von Vater oder Mutter das Kind zuerst anerkannt hat. Zögert die Mutter mit ihrem Einverständnis, so könnte sich der Vater veranlasst sehen, die Anerkennung in seinem Heimatland vorzunehmen. Das wäre wenig sinnvoll, denn dann wird nachher der Weg zur Abgabe der Sorgeerklärung beim Zivilstandsamt verschlossen, da die im Ausland erfolgte Anerkennung in der Schweiz anerkannt wird.

4. Was dient als Beweismittel?

- 39 Die Abgabe beim Zivilstandsamt verfolgt offensichtlich den Zweck, der Erklärung einen gewissen amtlichen Anstrich zu geben. Man sollte aber auch darauf zählen können, dass diese Abgabe auch als Mittel zum Beweis der Existenz der gemeinsamen elterlichen Sorge gilt. Denn die Erklärung als solche reicht dafür nicht aus. Darüber hinaus braucht es auch den Beweis der Abgabe.⁶³ Für den Bundesrat soll das Formular, das auf dem Zivilstandsamt auszufüllen ist, als Beweismittel dienen.⁶⁴ Das genügt aber nicht, denn es braucht auch eine Rückgabe einer authentischen Kopie oder eine formelle Bestätigung der Abgabe der Erklärung.
- 40 Wie soll jedoch der Nachweis später gelingen, wenn die Eltern die Bestätigung der Abgabe der Erklärung oder die Kopie des Formulars nicht mehr auffinden oder wenn, nunmehr getrennt lebend, die Mutter keine Anstalten trifft, um das Papier in ihren eigenen Sachen zu finden? Für den Vater kann sich ein seriöses Problem stellen. Zwar können gutgläubige Dritte von der Vermutung ausgehen, dass jeder Elternteil mit der Zustimmung des andern handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB), sobald es sich aber um Rechtsakte von einer gewissen Bedeutung handelt, fällt diese Vermutung dahin, womit der Dritte nicht daran herunkommt, nach der Existenz eines gemeinsamen Sorgerechts zu fragen und bejahendenfalls neben der Zustimmung der Mutter auch diejenige des Vaters zu verlangen. Was bleibt dem Vater dann zu tun,

⁶³ Abs. 1 und 2 von Art. 298a erwähnen die Abgabe der Erklärung allerdings nicht. Abs. 4 tut das, aber ohne zu sagen, es handle sich um ein Gültigkeitserfordernis. Das ergibt sich hingegen aus Abs. 5, wonach die elterliche Sorge allein der Mutter zusteht «bis die Erklärung vorliegt» (deutlicher der französische Text: «jusqu'au dépôt»).

⁶⁴ BBl 2011, 9104.

wenn er die amtliche Unterlage, wonach die gemeinsame Erklärung abgegeben worden ist, nicht mehr findet?

Neben diesen Fällen ist auch auf den Wegzug des Kindes ins Ausland zu denken. Im Lande des neuen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes wird der Erwerb der gemeinsamen elterlichen Sorge nach schweizerischem Recht gemäss Art. 16 Abs. 2 der Haager Konvention von 1996 anerkannt, aber das bedingt den Nachweis der Abgabe der Erklärung nach Art. 298a ZGB. 41

Es wäre deshalb zu erwarten, dass die für den Empfang der Erklärungen der Eltern zuständigen Behörden den Eintrag in ein Register vorsehen, das leicht zugänglich ist und zwar bis zum Alter, ab dem das Kind volljährig wird. Die neue Gesetzgebung sieht nichts Derartiges vor. Nichts ist darüber zu erfahren, was die Behörde mit der Erklärung macht, nachdem sie sie entgegen genommen hat. Sie wird archiviert werden, doch erlaubt das kaum einen leichten Zugang noch nach Jahren. Die Kinderschutzbehörde ist nicht dafür ausgerüstet, um als Auskunftsstelle über Erklärungen zu dienen, die sie seit Jahren erhalten hat; indessen hat sie keine andere Wahl, denn das kann für den Vater der einzige Weg sein, um sein Sorgerecht bestätigt zu erhalten. Die Zivilstandsämter werden durch die neue Version der Verordnung erfahren, was sie zu tun haben, doch wird sich das als wenig befriedigend erweisen, wenn man sich an das hält, was die Botschaft dazu sagt. 42

Das Problem ergibt sich daraus, dass die Abgabe von Erklärungen über die elterliche Sorge mit der gesetzlich definierten Natur der Tätigkeit der Zivilstandsämter nichts zu tun hat. Man wird sagen, sie hätten nun eben eine Aufgabe zu erfüllen, die zwar nicht zu ihrer Hauptfunktion gehört, aber eben auf einer «lex specialis» beruht. Indessen ist diese Grundlage nahezu ohne Substanz. Dafür gibt es eine Vergleichsmöglichkeit: In Art. 361 ZGB wollte der Gesetzgeber eine Möglichkeit eröffnen, um die Hinterlegung eines Vorsorgeauftrags anzuzeigen, dessen Wirksamkeit oft erst nach einigen Jahren nach dessen Errichtung zur Frage steht, weshalb es sowohl für den Autor wie für Dritte von Nutzen ist, über eine Anlaufstelle zu verfügen, um zu prüfen, ob es einen solchen Auftrag gibt. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber jedoch vorgesehen, dass die Existenz und der Hinterlegungsort des Auftrags in die zentrale Datenbank einzutragen sind (Art. 361 Abs. 3 ZGB); die Zivilstandsverordnung hat das in einen Eintrag im Zivilstandsregister umge- 43

dreht⁶⁵, wobei die Nachteile für die Betroffenen in Kauf genommen worden sind, so wie sie vor allem bei Ausländern auftreten, die sich in der Schweiz aufhalten, die aber noch nie Anlass zu einem Eintrag in diesem Register gegeben haben.⁶⁶ Was nun die Erklärungen betreffend die gemeinsame elterliche Sorge anbetrifft, so ist keinerlei Instrument für deren Aufbewahrung vorgesehen, was jedenfalls eine seriöse Frage nach der gesetzlichen Grundlage aufwirft.⁶⁷ Diese Lücke ist umso mehr zu bedauern als im Unterschied zum Vorsorgeauftrag die Abgabe der Sorgerechts-Erklärung nicht zu umgehen ist, da sie für den Erwerb des Sorgerechts von konstitutiver Wirkung ist, während dem die Hinterlegung der Information über den Vorsorgeauftrag fakultativ ist. Idealerweise hätte man auch vorsehen können, dass die verschiedenen Kinderschutzbehörden, die im Verlaufe der Jahre Tausende solcher Erklärungen entgegenzunehmen haben, deren Abgabe den Zivilstandsdiensten zwecks Eintrag in ein besonderes Register melden können.

5. Zuständigkeit und anwendbares Recht

- 44 Der neue Gesetzestext legt die Zuständigkeit nur in einem Fall fest. Die Erklärung der Eltern gegenüber der Kinderschutzbehörde ist dort abzugeben, wo das Kind seinen Wohnsitz hat (Art. 298a Abs. 4), und, wie noch erwähnt werden wird, es kann auch am gleichen Ort der Antrag auf die Zuteilung des gemeinsamen Sorgerechts eingereicht werden (Art. 298b Abs. 1). Man scheint nicht beachtet zu haben, dass die Anwendung von Art. 25 über den Wohnsitz dies falls nicht ganz einfach sein wird, weil diese Bestimmung sich auf die gemeinsame elterliche Sorge und auf die Obhut bezieht, wofür die Erklärung der Eltern bzw. die Verfügung der Behörde einen direkten Einfluss hat. Der Moment wäre gekommen, um den Art. 25 durch den einfacheren

⁶⁵ Dieses Register dient der Aufnahme von Daten zum Personenstand (Art. 39 Abs. 2 ZGB, Art. 7 Abs. 2 ZStV). Es muss von der zentralen Datenbank unterschieden werden (vgl. Art. 39 und 45a ZGB), in der ein besonderes Register hätte errichtet werden müssen.

⁶⁶ Wenn der Eintrag von einem Ausländer beantragt wird, «dessen Daten im System nicht abrufbar sind», so wird er aufgenommen (Art. 15a Abs. 2^{bis} ZStV). Dieser Ausländer muss deshalb alle seine Elemente des Personenstands aufnehmen lassen, was auch die Eintragung ausländischer Rechtsakte nach sich zieht (ebenso wie die Eröffnung von Verfahren vor der Aufsichtsbehörde und gegebenenfalls die Konsultation anderer Personen, Art. 32 IPRG).

⁶⁷ Und zwar im Hinblick auf die Gesetzmässigkeit der Tätigkeit der Verwaltungsbehörde, als auch in Bezug auf den zivilstandsrechtlichen Datenschutz. Dazu kommt, gleich wie beim Vorsorgeauftrag, dass es keine gesetzliche Grundlage für die Aufnahme der Erklärung bzw. der gemeinsamen elterlichen Sorge im Personenstandsregister gibt, dessen Inhalt in Art. 39 ZGB definiert ist.

Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu ersetzen. Man hat sich die Frage gar nicht gestellt.⁶⁸

Es ist nicht beachtet worden, dass diese Regeln bei internationalen Verhältnissen nicht anwendbar sein können, obwohl die Vorlage im Übrigen eine Anpassung des IPRG enthält, allerdings über eine redaktionelle Banalität, für die keinerlei Interesse besteht.⁶⁹ 45

Um die geltenden Regeln zu bestimmen, gilt es zunächst die Rolle der Kindesschutzbehörde für jede dieser zwei Situationen zu qualifizieren. Wird dieser Behörde beantragt, die gemeinsame elterliche Sorge zu verfügen, so trifft sie eine Kindeschutzmassnahme im Sinne des Haager Übereinkommens von 1996, das deshalb anwendbar ist (Art. 1 § 1 lit. a, Art. 3 lit. a). Die Zuständigkeit der schweizerischen Behörde beruht im Wesentlichen auf dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (Art. 5). Die gleiche Anknüpfung gilt grundsätzlich auch für die Bestimmung des anwendbaren Rechts (Art. 15 § 1). Ob der Sachverhalt zu Nicht-Vertragsstaaten Beziehungen aufweist, ist irrelevant.⁷⁰ 46

Weniger eindeutig ist die Antwort, wenn es für die Kindesschutzbehörde nur darum geht, die Erklärung der Eltern entgegen zu nehmen, ohne dass sie dabei irgendwelche Entscheidungsfunktion ausübt. Es handelt sich dann nicht um eine Schutzmassnahme; aus dem Übereinkommen von 1996 ergibt sich keine Regel über die Zuständigkeit. Das IPRG ist ebenso wenig nützlich, da die Regelung über die Zuständigkeit bei Wirkungen des Kindesverhältnisses – Schutzmassnahmen nach dem Haager Abkommen vorbehalten – nur «Klagen betreffend die Beziehungen zwischen Eltern und Kind» betreffen 47

⁶⁸ REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 762, bedauern, dass die Änderung von Art. 25 nicht geprüft worden ist.

⁶⁹ Art. 63 Abs. 2 wird den Art. 62 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 2 angepasst, so dass der Vorbehalt von Art. 85 nicht nur das anwendbare Recht, sondern auch die Zuständigkeit abdeckt (BBI 2011, 9110 f.).

⁷⁰ Da das Übereinkommen von 1996 keine besonderen Regeln über seinen räumlichen Anwendungsbereich enthält, so gelten dessen Bestimmungen immer insoweit, als sie auf die Lösung des konkreten Falles anwendbar sind. Die Bestimmungen über das anwendbare Recht gelten «erga omnes» (Art. 20). Diejenigen über die Zuständigkeit sind allein durch den Umstand anwendbar, dass der Zuständigkeitsgrund einer von ihnen auf dem Territorium eines Vertragsstaates verwirklicht ist. Wenn ein konkreter Fall Beziehungen zu einem Nicht-Vertragsstaat aufweist, so besteht somit kein Anlass, um das nationale Recht zu konsultieren, um zu wissen, ob die Konvention anwendbar ist, denn deren Anwendbarkeit ergibt sich aus ihr selbst (was BGer, 8. Januar 2013 (5A_809/2012, E. 2.3.1, 2.4), ebenso wie Othenin-Girard, AJP 2013, 612, übersehen, wenn sie diese Anwendbarkeit auf Art. 85 Abs. 1 IPRG stützen wollen).

(Art. 79 Abs. 1) und die Zuständigkeiten am gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz des Kindes oder des beklagten Elternteils festlegt, was mit dem Fall der Abgabe der Sorge-Erklärung nichts zu tun hat, zumal diese weder Kläger noch Beklagten kennt. Da es sich um eine blosser Formsache ohne jeden verfügenden Beitrag der empfangenden Behörde handelt, macht der Verweis auf Zuständigkeitsvorschriften keinen Sinn. Um eine solche Erklärung entgegen nehmen zu können, genügt eine vernünftige Beziehung, wie der gewöhnliche Aufenthalt oder der Wohnsitz des Kindes oder eines der Eltern, oder die schweizerische Staatsangehörigkeit. Denn die wesentliche Funktion dieser Abgabe ist deren Fähigkeit, die gemeinsame elterliche Sorge entstehen zu lassen, sobald sich der Sachverhalt im Anwendungsbereich des schweizerischen Rechts befindet. Diese Frage gehört zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Dieses ist im Falle der Zuweisung der elterlichen Verantwortung durch eine Vereinbarung das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (Art. 16 § 2 des Haager Übereinkommens von 1996). Der Umstand, dass die Erklärung vorsorglich bereits vor der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in die Schweiz abgegeben wurde, hindert nicht, dass die gemeinsame elterliche Sorge vom Moment an entsteht, wo, als Folge dieses Wechsels, das schweizerische Recht anwendbar wird.⁷¹ Entsprechend wird diese durch eine Vereinbarung und ohne Einschreiten eines Gerichts in der Schweiz entstandene gemeinsame elterliche Sorge in den andern Vertragsstaaten anerkannt, ausser im Falle, dass dieses Sorgerecht aus andern Gründen ohnehin schon besteht, auf der Grundlage des Rechts eines früheren gewöhnlichen Aufenthalts.

- 48 Die gleiche Frage stellt sich den schweizerischen Zivilstandsämtern. Da die Abgabe der Erklärung zusammen mit der Anerkennung des Kindes erfolgt, liegt es nahe, sich an die gleichen Zuständigkeitsgründe wie für die Erklärung der Kindeserkennung nach Art. 71 Abs. 1 IPRG zu halten. Die Zuständigkeit stützt sich damit auf den schweizerischen Geburtsort, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und den Wohnsitz von Mutter und Vater, sowie auf den Heimort. Man könnte sich zwar fragen (wie das auch die Kinderschutzbehörde tun sollte), ob diese Zuständigkeit nur dann ausgeübt werden sollte, wenn das schweizerische Recht gemäss Art. 16 § 2 des Haager Abkommens von 1996 auch anwendbar ist. Das wäre nicht gerechtfertigt, denn es handelt sich hier um eine einfache Dienstleistung an die El-

⁷¹ Vgl. zu dieser Frage BUCHER, *Commentaire romand*, LDIP/CL, Basel 2011, Art. 85 Nr. 63 f.

tern.⁷² Das Zivilstandsamt könnte gewiss bestätigen, dass die Abgabe die gemeinsame elterliche Sorge nach schweizerischem Recht bewirkt. Dabei würde es allerdings keinerlei Entscheidung treffen, noch einen Zivilstandsakt über die rechtliche Existenz dieser Sorge erlassen, welche ja unmittelbar auf der Erklärung der Eltern und deren Abgabe beruht.

6. Abgabe der Erklärung vor der Geburt?

Insofern als die Abgabe der Erklärung an die Kindesanerkennung gebunden ist und da diese bereits vor der Geburt möglich ist, besteht kein Grund, dass die gleichzeitige Abgabe beider Erklärungen bereits vor der Geburt nicht möglich sein sollte. Der Bundesrat ist glücklicherweise dieser Meinung.⁷³ Der hauptsächlich relevante Fall ist der Erwerb des Namens des Kindes nicht verheirateter Eltern. 49

Nach dem heute geltenden Art. 270a ZGB, muss den Eltern zuerst die gemeinsame elterliche Sorge übertragen werden, bevor sie dem Zivilstandsamt erklären können, dass das Kind den Ledignamen des Vaters tragen soll (Abs. 2). Unangenehm ist an dieser Lösung, dass das Kind zumeist zuerst den Namen der Mutter erwirbt und dann zum Namen des Vaters wechselt. Das beinhaltet einen eigentlich sinnlosen Namenswechsel. Das bedeutet auch, dass die Geburtsurkunde nicht den wirklichen Namen nennt, was in ausländischen Staaten, die dieser Urkunde im Verkehr mit der Verwaltung eine gewisse Bedeutung beimessen, nicht ohne Nachteil ist. Das kann man nur vermeiden, wenn die gemeinsame Sorge bereits vor der Geburt erworben wird. 50

Mit dem neuen Recht wird das einfacher zu handhaben sein, denn die Verfügung der Kindesschutzbehörde wird durch die einfache Erklärung der Eltern ersetzt werden. Der neue Art. 270a ist im Ständerat entstanden. Die Eltern können bestimmen, wenn sie die Erklärung vor der Geburt des Kindes abgeben, welchen ihrer Ledignamen das Kind tragen soll (Abs. 1), was erlaubt, einen Namenswechsel nach der Geburt zu vermeiden.⁷⁴ Erfolgt die Erklärung nach der Geburt, so treffen die Eltern ihre Wahl zu diesem Zeit- 51

⁷² Ein Dienst, von dem man erwarten darf, dass er auch von den Vertretungen der Schweiz im Ausland erbracht wird.

⁷³ BBI 2011, 9104.

⁷⁴ Es gibt keine Lösung für den Fall, dass die Eltern eine Erklärung für den Erwerb der gemeinsamen elterlichen Sorge abgegeben haben, dann aber keine Wahl des Kindesnamens treffen.

punkt. Wird die gemeinsame Sorge mangels Erklärung durch die Behörde nach der Geburt des ersten Kindes verfügt (Art. 298b Abs. 2, 298c), so können die Eltern noch innerhalb eines Jahres danach ihre Wahl treffen (Art. 270a Abs. 2). Diese gilt alsdann auch für alle weiteren gemeinsamen Kinder, und zwar unabhängig von der Zuweisung der elterlichen Sorge; wenn ein nachher geborenes Kind unter der Sorge der Mutter bleibt, so wird es gleichwohl den Namen des Vaters tragen, wenn dieser für das erstgeborene Kind gewählt worden ist.⁷⁵ Zu all dem ist allerdings ein Widerspruch einzuflechten, der sich aus Absatz 4 von Art. 270a ergibt, wonach «Änderungen bei der Zuweisung der elterlichen Sorge» ohne Auswirkungen auf den Namen bleiben. Es wäre dann eine Namensänderung vorzunehmen. Diese Bestimmung, die dem Entwurf des Bundesrates entstammt, ist mit der vom Ständerat geschaffenen Regelung nicht vereinbar.

7. Verfügung der Kindesschutzbehörde

a. Antrag

- 52 Verweigert ein Elternteil die Abgabe der gemeinsamen Erklärung, so kann der andere Elternteil nach Art. 298b Abs. 1 ZGB die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes anrufen. In Wirklichkeit wird in solchen Fällen nicht die Abgabe verweigert, sondern die Erklärung als solche. Der Antragsteller muss die Ablehnung nachweisen. Es wird ihm oft nicht möglich sein, ein Dokument vorzulegen, das die Weigerung bestätigt. Es scheint auch unwahrscheinlich, dass die Zivilstands- oder die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes bestätigen will, dass keine Erklärung abgegeben worden ist. Auch wenn das möglich wäre, so würde das noch nicht ausreichen, um die Ablehnung zu beweisen, denn es könnte ja auch so sein, dass der andere Elternteil noch gar nicht um seine Meinung gefragt worden ist. So kommt man zum praktischen Ergebnis, dass die Kindesschutzbehörde den andern Elternteil um eine Stellungnahme bitten muss. Das könnte allenfalls noch der letzte Moment sein, um die Erklärung doch noch zu akzeptieren.

⁷⁵ Was allerdings die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater voraussetzt.

Dieser Zugang zur Behörde reicht für den Bundesrat, um dem Vorwurf der Diskriminierung gestützt auf Art. 8 und 14 EMRK zu entgehen. Gewiss erhält die Mutter in einer ersten Phase die alleinige elterliche Sorge (unter Vorbehalt des oben erwähnten Falles), doch sobald der Vater der Weigerung der Mutter, die Erklärung zu unterschreiben, gegenüber steht, kann er das Sorgerecht von der Behörde gemäss Art. 298b Abs. 4 zugeteilt erhalten.⁷⁶ 53

Das Gesetz bezeichnet nicht den Vater oder die Mutter als Antragsteller bzw. Elternteil, der die Erklärung verweigert. In der Regel wird es der Vater sein, der nach der Anerkennung des Kindes und der Ablehnung durch die Mutter die Initiative ergreift. Da die Mutter mangels Erklärung allein sorgeberechtigt ist, liegt es am Vater zu handeln, um vollberechtigt an der Erziehung des Kindes beteiligt zu sein. Dieser Fall steht aber nicht allein: Man kann auch an den Fall denken, wo die Mutter die elterliche Sorge mit dem Vater gemeinsam ausüben möchte, während dieser sich nicht interessiert zeigt. Dann verfügt die Mutter gestützt auf Art. 298b Abs. 2 über ein Mittel, um ihn soweit zu bringen. 54

Man muss sich auch bewusst sein, dass der Wille, die Erklärung abzugeben und der Wille, dem zu opponieren, nicht einfach die elterliche Sorge zum Inhalt haben. Die Erklärung kann kontrovers beurteilt werden, weil sich die Eltern nicht über die Art der Betreuung und die Regelung des Unterhalts einig sind. Solange als ihre Bedürfnisse nicht befriedigt sind, wird die Mutter ein Interesse daran haben, an ihrem Widerstand festzuhalten. In der Praxis wird sich wohl ein anderes Bild zeigen: Die Mütter werden ohne rechtliche Beratung sein und Vereinbarungen eingehen oder «leere» Erklärungen abgeben, um später zu bereuen, dass sie sie unterschrieben haben. Und da das Gesetz nicht mehr verlangt, als die Abgabe einer Erklärung, die die Regelung der die Beziehung zum Kind betreffenden Fragen bestätigt, ohne dass die empfangende Behörde irgendeine Nachprüfung vornimmt, so wird sich die Erklärung sehr oft als unbrauchbar erweisen, um der Mutter rechtlich ausreichende Garantien zu geben, obwohl sie ja in der Regel die Last der Betreuung des Kindes zu tragen hat. 55

⁷⁶ Vgl. BBI 2011, 9100. Es handelt sich um eine Angleichung «a minima» an die Anforderungen der EMRK: DUTOIT, *Mélanges Hans van Loon*, 151.

- 56 Der Ständerat hat dies bemerkt und auf seine Initiative ist in Art. 298a ein Absatz 3 eingeflochten worden, wonach die Eltern sich vor der Abgabe der Erklärung von der Kindesschutzbehörde beraten lassen können. Trotz den hochtrabenden Erklärungen über die Autonomie und Reife der nicht verheirateten Mütter, die behördlichen Beistand nur als unangenehme Bevormundung empfinden müssten, hat man schliesslich doch verstanden, dass die unverheirateten Eltern Hilfe brauchen können, da ihre Situation gegenüber den verheirateten Paaren nicht die gleiche ist.⁷⁷ Die Regelung ist kaum praktikabel, wenn die Abgabe beim Zivilstandsamt in Aussicht steht, da die Eltern zuerst den Umweg über die Kindesschutzbehörde einschlagen müssen. Die Konsultation der Behörde könnte zur Folge haben, dass auch die Abgabe der Kindeserkennung verzögert wird. Es gibt keine Hinweise darauf, wie sich die Kindesschutzbehörden organisieren müssen, um der Bevölkerung Auskünfte zu erteilen, obwohl gar keine Rechtsbegehren vorliegen. Die Behörden müssen dafür die Verantwortung tragen und können diese Aufgabe deshalb nicht an (öffentliche oder private) Dritte delegieren. Wollen sich die Magistraten nicht selbst damit befassen, so müssen sie zumindest veranlassen, dass diese Funktion von Mitarbeitern ausgeübt wird, die über eine dafür geeignete vollständige Ausbildung verfügen. Es versteht sich von selbst, dass diese Beratung leicht zugänglich sein muss, ohne dass es dafür einen vorangehenden Antrag brauchen würde. Allenfalls könnte es sich als notwendig erweisen, die Dotation an Personal dieser neuen Aufgabe anzupassen, zumal man die damit verbundene Belastung nicht unterschätzen sollte.

b. Entscheid für die gemeinsame Sorge

- 57 Hält der andere Elternteil an seiner Weigerung fest, so «verfügt» die Kindesschutzbehörde die gemeinsame elterliche Sorge – zumindest grundsätzlich. Sie tut das nicht, gemäss Art. 298b Abs. 2, wenn es zur «Wahrung des Kindeswohls» erforderlich ist, an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen. Diese Ausnahmefälle werden nicht häufig sein, denn wie kann die Behörde gleich ohne weiteres zum Schluss kommen, dass die Ausübung des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts durch den Vater dem Kind schaden könnte? Gewiss gibt es Väter, deren Vergangenheit nicht vertrauensbildend

⁷⁷ Ein Punkt, der nicht unbestritten bleiben wird, handle es sich doch um eine diskriminierende Behandlung im Vergleich zu den verheirateten Paaren, die von der Kindesschutzbehörde keine Beratung erhalten können, obwohl sie dafür in der Tat ein berechtigtes Bedürfnis geltend machen können.

ist, die straffällig oder anderswie der Erziehungspflicht gegenüber dem Kind nicht gewachsen sind, doch werden sich solche potentiellen Kandidaten schon gar nicht melden, um die Sorgspflicht zu übernehmen. Die Regel steht parallel zur Regel für den Scheidungsfall (Art. 298 Abs. 1). Im Scheidungsfall hingegen verfügt der Richter über Erfahrungen betreffend die ehelichen Beziehungen und das Kindesleben, die es erlauben, nachzuprüfen, ob der eheliche Konflikt eine schwere Beeinträchtigung des Kindeswohls zur Folge haben könnte. Die Behörde, die mit einem Antrag auf Zuweisung der gemeinsamen Sorge über ein Kleinkind oder ein erst geborenes Kind befasst ist, verfügt über keine Erfahrungstatsachen über das Leben des Paares. Die Situation steht gewiss derjenigen der Scheidung näher, wenn das Paar bereits Kinder gehabt hat und seit einiger Zeit zusammen lebt; in einem solchen Fall werden sie aber zumeist die bisher geltende Sorgeregelung wiederholen und werden sich nur selten an die Behörde wenden, weil sie sich über die Betreuung des Neuankömmlings streiten. Das zeigt im Ergebnis, dass die Weigerung, die Erklärung mitzutragen, im Ergebnis wenig nützt, weil die Behörde die gemeinsame elterliche Sorge ohnehin verfügen wird. Die nicht verheirateten Väter werden somit auf diesem Weg normalerweise ihren Anteil am Sorgerecht erhalten, doch müssen sie ein Verfahren durchlaufen, dessen Sinn nicht recht einleuchten will.

Die Umschreibung des Grundes, der es der Behörde erlauben kann, die elterliche Sorge zu verweigern, so wie sie in der Botschaft steht, ist nicht richtig. doch sind in den Eidgenössischen Räten Klarstellungen erfolgt, die man mit dem gleichlautenden Faktor der «Wahrung des Kindeswohls» in Art. 298 Abs. 1 und 298c verstehen muss. Die Botschaft vertrat die Ansicht, dass die elterliche Sorge einem Elternteil nur vorenthalten werden kann, «wenn die Kindesschutzbehörde Anlass hätte, sie ihm andernfalls gleich wieder zu entziehen», und zwar auf der Basis von Gründen, die sich mit denjenigen nach Art. 311 ZGB decken.⁷⁸ Diese Ausführungen sind mit dem Gesetzestext unvereinbar, was von einem ihrer Redaktoren auch bestätigt worden ist.⁷⁹ Im Parlament ist bei der ausführlichen Debatte zur entsprechenden Situation im Scheidungsfall – wie bereits erwähnt – erläutert worden, dass auch andere Gründe als diejenigen von Art. 311, welche den unbefriedigenden Zustand der Elternbeziehung aufweisen, genügen, um das gemeinsame Sorgerecht zu verweigern.

⁷⁸ BBI 2011, 9105.

⁷⁹ RÜETSCHI, in Aktuelle Reform, FamPra.ch 2012, 630, 635,

c. Die «übrigen strittigen Punkte»

- 59 Das reelle Interesse daran, sich an die Kinderschutzhbehörde zu wenden, besteht darin, gestützt auf Art. 298b Abs. 3 zur Regelung der «übrigen strittigen Punkte» zu gelangen. Die Weigerung, die gemeinsame Erklärung zu unterschreiben, hat die Ablehnung der gemeinsamen Sorge zum Inhalt, doch zielt sie nicht darauf, sondern auf eine befriedigende Regelung all der Fragen, die die Eltern nicht selbst bereinigen können. Der Vorteil dieses Vorgehens ist leicht einsehbar, wenn man von der Schwerfälligkeit des Verfahrens und den Kosten absieht. Die Mutter soll darauf zählen können, dass sie eine Entscheidung erhält, in der die Rahmenbeziehungen gegenüber dem Kind klar fixiert sind. Gleichwohl sind zwei Aspekte zu bedauern:
- 60 Es ist nicht überzeugend, dass man damit beginnen muss, die gemeinsame elterliche Sorge zu verweigern, damit man von der Behörde eine befriedigende Regelung der noch strittigen Punkte betreffend die Ausübung des Sorgerechts erhält, obwohl die Sorge als solche nicht bestritten ist.⁸⁰ Hätte man sich um ein tragfähiges System bemühen wollen, so hätte der Gesetzgeber die gemeinsame elterliche Sorge der nicht verheirateten Eltern direkt statuiert und eine Türe offen gelassen, um bei der zuständigen Behörde die «noch strittigen Punkte» zu regeln. Das nun gewählte System mag politisch weniger sensibel sein, weil die gemeinsame elterliche Sorge nicht unmittelbar zugewiesen wird, doch ist die Regelung kompliziert und schwer zu handhaben, was letztlich von demjenigen Elternteil zu tragen sein wird, den man eigentlich schützen will, nämlich die Mutter in der grossen Mehrzahl der Fälle.

⁸⁰ Hier öffnet sich eine Falle, die es zu umgehen gilt. Die Kinderschutzhbehörde regelt die übrigen strittigen Punkte nur «zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge» (Art. 298b Abs. 3). Sie kann somit nicht auf diese Fragen eingehen, wenn sie nicht auch mit dem Antrag auf Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts befasst ist. Der Zugang zu einer Regelung der strittigen Punkte ist somit verschlossen, wenn die Eltern die gemeinsame Erklärung bereits abgegeben haben, wobei man ja weiss, dass dieses Dokument keine eingehenden Regeln über die Punkte, die es behandeln sollte, enthalten muss. Um diese Regelung zu erreichen, verweist der Reformtext die Eltern, die etwas leichtfertig gehandelt haben, vor die Kinderschutzhbehörde, doch wird diese nur daran Interesse zeigen, wenn eine «wesentliche Änderung der Verhältnisse» eingetreten ist (Art. 298d Abs. 1).

Dieser strukturelle Mangel wird erst recht sichtbar, wenn man hinzufügt, dass Art. 298b Abs. 3 ausdrücklich die «Klage auf Leistung des Unterhalts» vorbehält, aus dem einfachen Grund, weil diese Klage nicht zur sachlichen Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden gehört und es am politischen Willen fehlt, die komplexen Probleme der doppelten Intervention in Familiensachen der Gerichtsbehörden einerseits, und der Schutzbehörden andererseits, zu lösen.⁸¹ Wenn der Unterhalt der Streitpunkt darstellt oder wenn die Mutter ganz einfach über einen Vollstreckungstitel verfügen will, so werden sich die Komplikationen und die Kosten verdoppeln, weil zwei Verfahren parallel zu führen sind. Sind nur noch die Alimente zu regeln, so werden sich die Eltern vor der Kindesschutzbehörde eher komisch vorkommen: sie haben dieser Behörde nichts zu sagen, ausser, dass der Unterhalt noch streitig sei. Die Behörde wird in der Regel zum Schluss kommen, dass die Unterhaltsfrage, auch wenn sie noch so streitig ist, das Kindeswohl nicht in Gefahr bringt, zumal damit zu rechnen ist, dass der Unterhaltsrichter diese Frage so ausgewogen wie möglich entscheiden wird, wie das zu seiner Aufgabe gehört. Sie wird damit die gemeinsame elterliche Sorge ohne weitere Nachprüfung verfügen und feststellen, dass es keine weiteren strittigen Punkte mehr gibt. Das Verfahren wird sich so als sinnlos erweisen und von den Betroffenen als Schikane empfunden werden. 61

Die Parallelität dieser beiden Verfahren lässt eine Konkurrenz zwischen diesen beiden Behörden entstehen. Die eine, sollte sie nicht warten, bis sich die andere entschieden hat? Und welche hat die Priorität? Die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Rollenverteilung der Eltern in der Kindeserziehung sollten zuerst feststehen, denn die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge stellt sehr oft eine Folge der Aufteilung der Betreuung des Kindes dar. Wenn aber der Unterhalt allein streitig ist, dann ist diese Reihenfolge von den Parteien schwer zu verstehen und zu akzeptieren. 62

Es scheint, dass sich die Kindesschutzbehörde zumindest auf eine Diskussion der Unterhaltsfrage einlassen und den Unterhaltsvertrag genehmigen kann, so wie sie das im Falle der Änderung des Scheidungsurteils tun kann (Art. 134 Abs. 3). Die Botschaft meint, dass sie nicht rechtskräftig entschei- 63

⁸¹ Man sei des Weiteren verwiesen auf die Art. 134, 179, 275 und 298d, in ihrer neuen Version; BBI 2011, 9094 f., 9101; AB SR 2013, 8 f. Die Botschaft gibt sich damit zufrieden, auf die Schwierigkeiten einer Revision der Zivilprozessordnung hinzuweisen (BBI 2011, 9101), wie wenn das ein Grund dafür wäre, um überhaupt nie die Komplexität des Gerichts- und Behördensystems im schweizerischen Familienrecht anzugehen.

den könne, was die behördliche Genehmigung wie in Art. 287 ZGB nicht ausschliessen würde.⁸² Die Kindesschutzbehörden werden zu beachten haben, dass dann, wenn sie in dem ihnen gegebenen engen Rahmen über die Ratifikation einer Vereinbarung über den Unterhalt entscheiden, ihre Zuständigkeit bei internationalen Fällen nicht vom Haager Abkommen von 1996 abhängt, sondern von der Lugano Konvention (Art. 2, 5 Ziff. 2). Das anzuwendende Recht ergibt sich aus dem Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.⁸³

8. Spiegeleffekt zur Regelung für geschiedene Eltern: Ungleichbehandlung

- 64 Die beiden Gruppen von Elternpaaren – geschiedene und nicht verheiratet getrennt lebende – sind in verschiedener Hinsicht vergleichbar. Sieht man von der rechtlichen Natur ihrer Beziehung ab, so befindet sich das Kind in einer fast identischen Situation, verbunden mit zwei Eltern, die getrennt leben. Deshalb sollten eigentlich die jeweils geltenden Regelungen der Zuweisung der elterlichen Sorge im Wesentlichen dieselben sein. Dem ist nicht so: Für die nicht verheirateten Paare genügt die gemeinsame Erklärung und wenn sich ein Elternteil weigert, so erhält der andere Elternteil die Sorge von der zuständigen Behörde, unabhängig davon, wie die «übrigen strittigen Punkte» zu regeln sind. Für das geschiedene Paar gilt das nicht: «Das Gericht soll für die Regelung der elterlichen Sorge immer dann zuständig sein, wenn sich die Frage in einem eherechtlichen Verfahren stellt»⁸⁴ und es prüft dann auch alle andern Auswirkungen auf die Beziehung zum Kind, im Hinblick auf eine umfassende Regelung. Man hätte das eine oder das andere System für beide Fallgruppen wählen sollen.
- 65 Wenn die Regelung für den Scheidungsfall eher «schwerfällig» erscheinen mag, so ist sie für das nicht verheiratete und getrennt lebende Paar eher «leicht». Der Gesetzgeber wollte das Schwergewicht auf die gemeinsame elterliche Sorge legen, ohne die Schutzbedürfnisse des Kindes mit einzubeziehen. So regelt der Scheidungsrichter die Obhut und die Betreuung, soweit dies notwendig ist, doch ist nichts dergleichen vorgesehen, wenn es bei nicht verheirateten und getrennt lebenden Eltern um die Abgabe der gemeinsa-

⁸² BBI 2011, 9105.

⁸³ Vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211.213.01).

⁸⁴ BBI 2011, 9094.

men Erklärung geht, und auch dann, wenn die gemeinsame Sorge bei der Kindesschutzbehörde beantragt wird, so interessiert sich diese für diese Nebenfragen nur insoweit, als sie noch «strittig» sind. Schlimmer noch: Während dem sich der Scheidungsrichter um den Unterhalt des Kindes kümmert, hat die Abgabe der gemeinsamen Erklärung der nicht verheirateten keinerlei Prüfung dieser Frage zur Folge⁸⁵, und wenn sich die Eltern vor der Kindesschutzbehörde befinden, so kann diese mit einer Unterhaltsklage gar nicht befasst werden. Hat das nicht verheiratete Paar zunächst zusammen gelebt und sich erst später getrennt, dann wird die Situation nicht neu überprüft, ausser wenn ein Begehren gestützt auf eine «wesentliche Änderung der Verhältnisse» eingereicht wird (Art. 298d). Indessen ist das Schutzbedürfnis des Kindes nicht verheirateter und getrennt lebender Eltern dasselbe wie dasjenige des Kindes geschiedener Eltern.⁸⁶

9. Verfügung mit dem Vaterschaftsurteil

Eigenartigerweise wird es für den Vater vor dem mit der Vaterschaftsklage befassten Gericht am einfachsten sein, um zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu gelangen. Wird die Klage vom Gericht gutgeheissen, «so verfügt es die gemeinsame elterliche Sorge» (Art. 298c). Es bleibt gewiss der übliche Vorbehalt, dass zur «Wahrung des Kindeswohls» an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten sei. Doch wie wird sich das Gericht auf eine solche negative Beurteilung einlassen? Das wird eine Ausnahme sein. 66

⁸⁵ Der Nationalrat wollte eine Korrektur anbringen, indem er für die nicht verheirateten Eltern, die nicht in Hausgemeinschaft leben, im Zusammenhang mit der Abgabe ihrer Erklärung zusätzlich verlangen wollte, «einen von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde genehmigten Vertrag über den Unterhalt und den persönlichen Verkehr vorzulegen» (AB NR 2012, 1647). Die Absicht war sicher zu begrüssen. Sie wurde bekämpft unter Hinweis auf den Grundsatz der Gleichheit mit den verheirateten Eltern, von denen eine solche Regelung nicht verlangt wird, weil sie sich selbst organisieren, weshalb die nicht verheirateten Eltern nicht in eine schwierigere Situation gebracht werden dürften (SEYDOUX-CHRISTE, AB SR 2013, 11). Dabei bleibt unbeachtet, dass sich der Vorschlag des Nationalrats nur an die nicht verheirateten und getrennt lebenden Paare richtete, deren Situation nicht etwa einfach mit den verheirateten Paaren, sondern mit den geschiedenen Eltern vergleichbar ist, welche über einen rechtlich ausgefüllten Schutzrahmen verfügen. Der gleiche Irrtum liegt der Behauptung zugrunde, dass der Vorschlag eine «deutliche Schlechterstellung von nichtverheirateten Eltern gegenüber verheirateten Eltern» mit sich bringe (SOMMARUGA, AB SR 2013, 11). Der Nationalrat hat sich davon beeindrucken lassen und auf diese Ergänzung verzichtet (AB NR 2012, 702 f.), die ohnehin noch hätte überarbeitet werden müssen, um praktikabel zu sein.

⁸⁶ Vgl. GERBER/HASHEER, Schweizer Bulletin der Kinderrechte 2012 Nr. 2 S. III/IV.

- 67 Der Grundsatz ist rein dem Konzept verhaftet, ohne Sinne für die Realität. Dieser Vater, der sich in die Erziehung des Kindes einmischen wird, ist ein Vater, der sich geweigert hat, das Kind anzuerkennen, und das noch im Verlauf des Prozesses, wenn ihm die sicheren Beweise für seine Vaterschaft vorliegen. Schlimmer noch: Dieses gemeinsame Sorgerecht wird durch die einfache Feststellung des Gerichts begründet, ohne dass dabei noch allfällige «Nebenpunkte» geprüft werden. Art. 298c enthält keinen Hinweis auf die Obhut, die Betreuung oder die persönlichen Beziehungen. Andererseits kann dieses Gericht normalerweise mit einer Unterhaltsklage befasst werden, die mit der Vaterschaftsklage verbunden wird. Aber wie soll sich das Gericht über den Unterhalt aussprechen, wenn die Modalitäten der Betreuung nicht geregelt sind, ja obwohl weder um die Ansicht der Mutter noch um diejenige des Kindes bzw. dessen Vertreters nachgefragt worden ist?
- 68 Die Eidgenössischen Räte haben versucht, diese Situation zu korrigieren, doch hatten sie dabei keine geschickte Hand. Es sollte eine Parallelität zwischen dem Vaterschaftsurteil und der Kindesanerkennung hergestellt werden, insofern, als in diesen beiden Fällen die Abgabe der gemeinsamen Erklärung von Mutter und Vater möglich sein soll. Art. 298a Abs. 1 wurde entsprechend ergänzt. Hätte man den Gedanken voll zur Geltung gebracht, so hätte man den Art. 298c streichen sollen. Werden beide Regeln beibehalten, so ergibt sich die absurde Situation, dass es zwei Wege gibt, zur gemeinsamen Sorge zu gelangen, von denen der eine den andern aufhebt. Verfügt das Gericht dieses Sorgerecht, wie es das in der Regel tun wird, dann braucht es keine gemeinsame Erklärung mehr. Kommt es jedoch zum Schluss, dass das Kindeswohl gegen eine solche Lösung spricht, so hindert nichts im Gesetz die Eltern, den Weg des Art. 298a Abs. 1 zu beschreiten und die gemeinsame Erklärung abzugeben. Ist hingegen die Mutter mit dem Entscheid des Vaterschaftsrichters zufrieden, dann bleibt es für den Vater dabei. Denn in diesem Fall ist die Verneinung der gemeinsamen Sorge rechtskräftig entschieden worden; daran sind die Parteien gebunden, unter Vorbehalt wichtiger neuer Tatsachen. Unter diesem Vorbehalt ist auch der Weg zur Kindesschutzbehörde, mit dem Begehren, dass sie das gemeinsame Sorgerecht nach Art. 298b Abs. 2 verfüge, verschlossen.
- 69 Es ist im Übrigen nicht an den Fall gedacht worden, wo die Erklärung, das Kind anzuerkennen, vor dem Vaterschaftsrichter abgegeben wird, womit das Verfahren gegenstandslos wird (Art. 260 Abs. 3 ZGB, 71 Abs. 2 IPRG). Es wäre am einfachsten gewesen, wenn dieser Richter auch die gemeinsame Sorgeerklärung entgegennehmen könnte. Das wird sich auch deshalb als ein

Nachteil erweisen, weil die Eltern, im Anschluss an die Kindesanerkennung vor dem Richter, ihre Erklärung nicht mehr beim Zivilstandsbeamten abgeben können, weil dieser sie nur entgegennimmt, wenn sie «zusammen» mit der Kindesanerkennung erfolgt. Es steht den Eltern somit noch der Weg zur Kindesschutzbehörde bevor.

10. Streichung von Art. 309 ZGB

Man wird auch mit der Angst von Müttern zu rechnen haben, dass sie den Zugang des Vaters zum Sorgerecht nicht verhindern können. Die Mütter werden erfahren, dass es in gewissen Fällen einen Ausweg gibt, den man eigentlich nicht erwartet hätte. Mit der Streichung von Art. 309 wird auch auf die Ernennung eines Beistands, der für die Feststellung der Vaterschaft zu sorgen hat, verzichtet. Die Idee hinter diesem Kreidestrich ist, dass es gelte, die Autonomie der nicht verheirateten Mütter zu respektieren und ihnen das «Unbehagen» zu ersparen, wenn sie auf der Grundlage von Art. 309 angesprochen werden. Die Botschaft lässt glauben, dass die Aufhebung dieser Bestimmung «nichts am Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ändert», so wie es in Art. 119 Abs. 2 lit. g BV und Art. 8 EMRK verankert wird, wobei die Erwähnung von Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 KRK untergeht.⁸⁷ Man könnte meinen, das sei richtig, da die Mutter ja die Initiative zur Vaterschaftsklage oder zur Ernennung eines Beistands, der das für das Kind tut, ergreifen kann. Es ist auch angemerkt worden, dass eine zu Art. 308 Abs. 2 beschlossene Änderung den Schutz des Kindes in diesem Punkt sichern könne, da es nun auch zum Auftrag des Beistandes wird, die «Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft» zu übernehmen.⁸⁸

Der Schein trügt: Das Hinübergleiten dieser Funktion des Beistands vom Art. 309 zum Art. 308 bedeutet, dass man von einer von Amtes wegen erfolgenden Tätigkeit zu einer Regelung übergeht, bei der die Behörde nach eigenem Ermessen nur noch tätig wird, sofern «es die Verhältnisse erfordern». Heute ist es nicht einfach zu wissen, auf welche Umstände es ankommen wird, denn in Anbetracht von Art. 309 hat sich die Frage gar nicht gestellt. Fest steht jedenfalls, dass die Vaterschaftsklage nicht mehr von Amtes wegen eingereicht wird, sobald die Behörde von der Geburt eines Kindes ohne

⁸⁷ BBI 2011, 9108.

⁸⁸ Darauf ist im Ständerat hingewiesen worden (SEYDOUX-CHRISTE, AB SR 2013, 15), während dem der Nationalrat darüber keine Diskussion geführt hat (AB NR 2012, 1656).

Vater Kenntnis erhält.⁸⁹ Die Mütter, deren Autonomie man sichern wollte, werden in dieser Hinsicht eine wichtige, ja entscheidende Rolle übernehmen. Den Behörden wird es kaum gelingen, die Vaterschaftsklage im Namen des Kindes systematisch durchzusetzen, denn das ist ja gerade eine Praxis, die auf Art. 309 beruht, den der Gesetzgeber nicht mehr will. Die Behauptung, das sei mit dem Völkerrecht und den Kindesrechten vereinbar, ist somit falsch, weil der Staat nichts mehr vorsieht, um dem Kind die Feststellung seiner Vaterschaft in jedem Fall zu sichern.⁹⁰

- 72 Mit der Streichung von Art. 309 wird ein Grundpfeiler der Kindesrechtsrevision von 1978 gekippt: Jedes Kind soll einen Vater haben. Der schweizerische *Ordre public* wird in entsprechender Weise abgeschwächt. Die neue Reform fügt so eine deutliche Anregung an die Mütter hinzu, den Vaterschaftsprozess möglichst zu vermeiden, ja gar dem biologischen Vater fälschlicherweise nahe zu legen, das Kind auch nicht anzuerkennen, denn das wird der beste Weg sein, um den Vater von der Sorge um das Kind abzuhalten und zu vermeiden, dass er ihrem Lebensweg und demjenigen des Kindes zu nahe tritt. Es würde nicht überraschen, wenn eine ältere Praxis wieder aufleben würde, dass die Mütter den Namen des Vaters nicht bekannt geben; unter dem neuen Recht wird das einfacher sein: Man wird ihnen die Frage schon gar nicht stellen. Das ist nun doch eine erstaunliche Auswirkung, von der niemand sagen will, er sei darauf stolz. Man wird sagen, man habe das nicht voraussehen können. Man wollte es nicht sehen.

⁸⁹ Entsprechend wird der Zivilstandsbeamte, der den Eintrag eines Kindes ohne Vater vornimmt, nicht mehr wie heute gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a ZStV der Kindesschutzbehörde Meldung erstatten können, weil diese nicht mehr von Amtes wegen zur Herstellung der Vaterschaft zu handeln hat und da es ihr auch nicht obliegt, von Amtes wegen bei der Mutter nachzufragen, welches ihre Bedürfnisse sind und ob die Verhältnisse die Ernennung eines Beistands erfordern, denn das wollte der Gesetzgeber ja gerade nicht mehr.

⁹⁰ Vgl. im gleichen Sinn REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 766.

III. Was wird aus der Obhut?

A. Heute: Konfusion zwischen rechtlicher und tatsächlicher Obhut

Die Obhut wird heute als ein Begriff betrachtet, der die Pflege und Erziehung des Kindes erfasst, sowie die Aufnahme in der eigenen Hausgemeinschaft. Im Gesetz kommt das dadurch zum Ausdruck, dass das Kind die häusliche Gemeinschaft der Eltern nicht verlassen darf (Art. 301 Abs. 3 ZGB); damit wird auch der Fall eines Umzugs erfasst. Rechtlich genauer wird daraus das Recht hergeleitet, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Dieser Aspekt ist der Hauptgrund dafür, dass man auch von einer «rechtlichen Obhut» spricht. 73

Grundsätzlich gehört diese rechtliche Obhut zur elterlichen Sorge. In gewissen Fällen wird allerdings die Erziehung in der Hausgemeinschaft nicht durch den Inhaber der elterlichen Sorge gewährt. Man denke an den Fall, wo bei einer Scheidung die gemeinsame elterliche Sorge beibehalten wird, aber mit der Massgabe, dass das Kind unter der Obhut eines der Eltern leben wird. Dieser Elternteil verfügt dabei über die tatsächliche und die rechtliche Obhut, während dem der andere Elternteil vom Obhutsrecht nur den Rest behält, der nach dem Entzug der faktischen Obhut noch verbleibt (unter Vorbehalt einer sog. alternativen Obhut). 74

Ist das Kind bei Dritten unterzubringen, wird das Obhutsrecht den Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge entzogen, ohne dass es den Pflegeeltern übertragen wird; diese halten sich an die faktische Obhut. Denn die «rechtliche Obhut» knüpft an das Sorgerecht an und kann nicht übertragen werden; sie kann entzogen, nicht aber weitergegeben werden.⁹¹ Um eine Rechtslücke zu vermeiden, geht das Obhutsrecht ausnahmsweise auf die Kindesschutzbehörde über, die damit über alle Elemente dieses Rechts verfügt, die man in der faktischen Obhut der Pflegefamilie nicht findet.⁹² 75

⁹¹ BGE 128 III 9 ff, 11. Wie die Lehre berichtet, «kann auch auf das Obhutsrecht weder verzichtet, noch kann darüber frei verfügt werden» und «es steht einem Elternteil nur dann zu, wenn er auch Inhaber der elterlichen Gewalt ist» (STETTLER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 3/2, 233; MEIER/STETTLER, Nr. 803). Vgl. auch DUREL, ZKE 2013, 186-189.

⁹² BGE 128 III 10.

- 76 In ihrem Inhalt unterscheiden sich die beiden Begriffe vor allem darin, dass die «rechtliche Obhut» das Recht miteinschliesst, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, während dem dies für die «faktische Obhut» nicht zutrifft. Die Person, die mit der Obhut betreut ist, kann zwar ihre Obhutspflicht in ihrer Hausgemeinschaft erfüllen, aber sie fügt nicht über das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Im Falle der gemeinsamen elterlichen Sorge, bei der gemäss dem Modell das Kind von einem Elternteil alleinerziehend betreut wird, kann nur der Begriff der «tatsächlichen Obhut» passen, weil die «rechtliche Obhut» ebenso wie die elterliche Sorge gleichmässig verteilt ist. Dieses Rechtsgebilde steht etwas schief, denn sobald die faktische Obhut einem Elternteil zusteht, so wird die «rechtliche Obhut» in einer Weise eingegrenzt, die mit der «Obhut» eigentlich nur noch wenig zu tun hat.
- 77 In der Praxis der Kindesentführungen ist noch eine andere Fallgruppe entstanden, die die Aufteilung zwischen «rechtlicher» und «faktischer» Obhut in einem noch anderen Licht erscheinen lässt. Als Illustration dient der Fall, wo einer der Eltern bei der Scheidung das alleinige Sorgerecht erhält, jedoch mit der geographischen Einschränkung, dass er den Lebens- und Aufenthaltsort des Kindes nicht weiter als über ein bestimmtes Gebiet verlegen darf, welches eine bestimmte schweizerische Region oder das ganze schweizerische Territorium erfassen kann. Im letzteren Fall geht es darum, einen Wegzug ins Ausland zu vermeiden («ne exeat order» oder «non removal clause»).
- 78 Im internationalen Verhältnis kann der Elternteil, der zwar nicht über das Sorgerecht verfügt, dessen Ausübung aber geographisch beschränkt worden ist, die Verletzung seines Rechts geltend machen, wenn der sorgeberechtigte Elternteil den festgelegten territorialen Rahmen überschreitet und den Aufenthalt des Kindes ins Ausland verlegt. Gemäss Art. 5 des Kindesentführungsübereinkommens von 1980 wird das, was man in der Schweiz als «tatsächliche Obhut» bezeichnet, zu einem Recht, dessen Missachtung im Sinne des Abkommens widerrechtlich ist; und das ist so, obwohl dieses Recht nur im Sinne einer Reflexwirkung vom Verbot hergeleitet wird, mit dem Kind wegzuziehen, welches sich an den Elternteil richtet, der Träger des Sorgerechts und der dazugehörenden rechtlichen Obhut ist. Diese Auslegung oder «Konstruktion» ist in der Schweiz und in den meisten andern Vertragsstaa-

ten klar anerkannt.⁹³ Allerdings muss man eingestehen, dass die rechtliche Grundlage dafür kaum klar definiert und für den Einzelnen und die Rechtsanwälte sehr wenig «sichtbar» ist. Insofern wären Fortschritte wünschbar.

Der Zeitpunkt für Klärung ist gekommen. Es ist schwierig zu verstehen, warum eine «faktische Obhut» unabhängig von einer «rechtlichen Obhut» bestehen kann, und warum ein Elternteil, dem die elterliche Sorge und die rechtliche Obhut entzogen wurde, doch über einen Anteil an diesem Recht verfügen kann, um den Wegzug des Kindes ins Ausland zu verhindern. 79

B. Das neue Recht: Obhut und Betreuung

1. Die rechtliche Obhut wird zur Obhut

Die vom Gesetzgeber gewählte neue Lösung besteht darin, das Aufenthaltsbestimmungsrecht von der rechtlichen Obhut zu lösen und an die elterliche Sorge als besonderes Element anzuknüpfen (Art. 301a Abs. 1). Teilen die beiden Eltern das elterliche Sorgerecht, so tragen sie auch beide das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, unabhängig von der Zuweisung der Obhut. Da dieser Begriff weder das Recht, das Kind an einem bestimmten Ort zu lokalisieren, noch das Recht, diesen Ort zu verlegen, beinhaltet, wird er faktisch und deckt sich damit weitgehend mit der faktischen Obhut. 80

Diese faktische Obhut folgt in der grossen Zahl der Fälle nicht der Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Die in den letzten Jahren mit dem gemäss Art. 133 Abs. 3 ZGB gewählten gemeinsamen Sorgerecht gemachten Erfahrungen zeigen, dass es nur eine kleine Minderheit von Elternpaaren gibt, die die Obhut nach dem Modell einer «Duo-Elternschaft» oder einer «alternierenden Obhut» leben. Die Mehrzahl der Eltern teilen sich ihre Rollen 81

⁹³ Vgl. BGE 133 III 694 ff., 697; 136 III 358, 362; BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 186; DUREL, ZKE 2013, 178 f., 205-210. Ein Fall, der auch hier hinzu gehört, betrifft geschiedene Eltern, die das Sorgerecht teilen, mit der Massgabe, dass die Kinder den Aufenthalt der Mutter teilen, während dem Vater ein umfassendes Besuchsrecht zusteht, dessen Ausübung (in Polen) bei einem Wegzug der Kinder in die Schweiz unmöglich geworden ist (vgl. BGER, 13. Juli 2012 (5A_479/2012, E. 4.4.3 und 4.5), Semaine judiciaire 2013 I, 29); ein gewisser Kontrast entsteht gleichwohl, wenn man diese Rechtsprechung mit dem Tschechenfall vergleicht (BGE 136 III 358 f.), wo das Bundesgericht ein solches Recht des in der Schweiz verbliebenen Vaters nicht anerkennen wollte, obwohl sich dieser nach der Abreise der Mutter mit den Kindern nach Prag gleichermaßen wie der polnische Vater in dem 2012 beurteilten Fall benachteiligt befinden musste.

so auf, wie wenn es nur ein elterliches Sorgerecht gäbe, während der andere Partner sich mit den persönlichen Beziehungen begnügt, die allerdings eher weit und flexibel bestimmt werden, wie das den Lebensumständen von Eltern entspricht, die sich gemeinsam um die Erziehung ihrer Kinder kümmern.⁹⁴ Der Gesetzgeber will nicht über diese Realitäten hinausgehen. Er will zwar die gemeinsame elterliche Sorge fördern, aber es soll dabei bleiben, «dass die gemeinsame elterliche Sorge die Eltern auf kein bestimmtes Rollenmodell verpflichtet».⁹⁵ Das bedeutet insbesondere, dass dieses Sorgerecht nicht einen Anspruch nach sich zieht, sich tatsächlich während der Hälfte der Zeit um das Kind zu kümmern, zum Beispiel im Sinne einer wechselnden Obhut.⁹⁶

- 82 Es wird somit so häufig wie bisher oder gar noch mehr notwendig sein, zu bestimmen, wer von den Eltern die «Obhut» innehat. Da deren Zuteilung nicht dem Schema der Ausübung des elterlichen Sorgerechts folgt, muss sie unabhängig von diesem bestimmt und angewendet werden. Das gilt demgegenüber nicht für das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das direkt mit der Sorge verbunden bleibt. Die Zuteilung der Obhut bewirkt somit nicht, dass der andere Elternteil seinen Anteil an der Entscheidung über den Lebensort des Kindes verlieren würde.
- 83 Was die Terminologie anbetrifft, so war die Meinung, dass die «rechtliche Obhut» ihren wesentlichen Bestandteil verliert, wenn man von ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht abtrennt. Diesem Obhutsrecht verbleibt die «faktische Obhut», aber darüber hinaus bleibt der Begriff leer. Deshalb lag der Schritt nahe, auch auf den Begriff der «faktischen Obhut» zu verzichten, und nur noch von der «Obhut» zu sprechen, was im deutschen Text wenig hervorsteicht, während dem im französischen Sprachgebrauch der Wechsel vom «droit de garde» zur einfachen «garde» deutlicher hervortritt.⁹⁷ Indessen dürfen diese begrifflichen Elemente nicht überschätzt werden. Denn die «faktische Obhut» ist ebenso sehr ein Rechtsbegriff wie die «rechtliche Obhut». Naheliegend ist der Vergleich mit dem gewöhnlichen Aufenthalt, von dem oft

⁹⁴ Vgl. SCHNEIDER SCHÜTTEL, AB NR 2012, 1627.

⁹⁵ BBI 2011, 9094.

⁹⁶ Die Gegenthese wird von WIDRIG, AJP 2013, 905, 909, vertreten, mit dem blossen Hinweis auf die Gleichbehandlung der Eltern, den Schutz des Familienlebens und das Kindeswohl, ohne in irgendeiner Art den Nachweis zu erbringen, warum diese Lebensart gegenüber der Verankerung des Kindes in der häuslichen Gemeinschaft eines der Eltern den Vorrang beanspruchen soll.

⁹⁷ LÜSCHER, AB NR 2012, 1635.

gesagt wird, es handle sich um einen Tatsachenbegriff, obwohl es ein Rechtsbegriff ist. Was für die «faktische Obhut» charakteristisch ist, ist der ausschliessliche Bezug auf Tatsachen, die sich auf die Erziehung und Pflege des Kindes in der Hausgemeinschaft beziehen. Diese Obhut ist notwendigerweise ein Recht, das seinem Träger die Befugnis gibt, über die Mittel zu entscheiden, mit denen die bestmögliche Erziehung erreicht werden kann.

2. Die Betreuung

a. Der Begriff

Wenn man sich darauf beschränkt hätte, das Aufenthaltsbestimmungsrecht von der rechtlichen Obhut loszulösen, so wäre mit der Absicht, die gemeinsame elterliche Sorge im Familienleben zu verstärken, nur ein bescheidenes Resultat erzielt worden. Wenn dieses Sorgerecht beiden Eltern zugeteilt wird und die Obhut nur bei einem von ihnen verbleibt, so ist man weit vom Ziel entfernt. Es sollte der Elternteil, der auch seinen Anteil am Sorgerecht hat, mit einer Rolle betraut werden können, die zwar nicht einer eigentlichen Obhut entspricht, die aber doch über die einfachen persönlichen Beziehungen hinausgeht. Das erklärt den Gebrauch des neuen Begriffs der «Betreuung» («prise en charge»). 84

Der Begriff ist nicht definiert und seine Verwendung im neuen Text nicht immer einheitlich. Er ist notwendigerweise in der Obhut enthalten, handelt es sich doch dabei um die weitestgehende Betreuung. Die Besonderheit besteht darin, dass die Betreuung auch für andere Personen als nur den Obhutsinhaber zutrifft. Das gilt vor allem für den andern Elternteil, der nicht über die Obhut, aber über das gemeinsame Sorgerecht verfügt, und der deshalb für eine Betreuung des Kindes verantwortlich sein kann, die über die persönlichen Beziehungen hinausgeht.⁹⁸ Deshalb verwenden die meisten Bestimmungen, die auf die «Betreuung» bzw. die «Betreuungsanteile» verweisen, diesen Begriff im Sinne einer Alternative mit den persönlichen Beziehungen, 85

⁹⁸ Die Betreuung kann auch Dritten anvertraut werden. Sie beruht auf einem tatsächlichen Verhältnis, das das Kind mit einer Person in Beziehung setzt, die weder über ein Sorgerecht noch über die Obhut verfügt. Zu denken ist an die grosse Zahl von Fällen von Kindern, die den Grosseltern, einer Kinderkrippe oder Tagesmüttern, usw. anvertraut sind.

wobei die beiden Begriffe mit dem Wörtchen «oder» verbunden sind.⁹⁹ Allerdings gibt es Überschneidungen. Die Betreuung beschlägt den Anteil jedes der Eltern, wie das der französische Text deutlicher sagt, während dem die persönlichen Beziehungen einen der Eltern betreffen, der nicht die Obhut innehat. Das bedeutet, dass die persönlichen Beziehungen den ganzen Anteil an der Betreuung abdecken, dass diese aber auch über das hinausgehen kann, was man gewöhnlich zum Besuchs- und Kontaktrecht zählt.

- 86 Insofern als der Begriff nicht definiert ist, wird er in der Praxis erst in Anbetracht der konkreten Lösungen Gestalt annehmen, die die Eltern vereinbaren. Der Grundsatz als solche ist allerdings nicht unwichtig: derjenige Elternteil, der über die gemeinsame elterliche Sorge, nicht aber über die Obhut verfügt, kann nicht einfach auf die blossen persönlichen Beziehungen reduziert werden. Er kann einen intensiveren Kontakt einfordern, der einen aktiven Anteil an der Pflege und Erziehung des Kindes miteinschliesst. Ebenso wie die persönlichen Beziehungen Rechte und Pflichten für beide Teilnehmenden – den Elternteil und das Kind – miteinschliessen, so gilt auch für die Betreuung, dass der betroffene Elternteil ein Recht und eine Verantwortung trägt, während dem das Kind über das Recht und die Pflicht verfügt, sie zu entgegnen und zu akzeptieren.
- 87 In Anbetracht der weiterhin imperativen Fassung von Art. 133 («Das Gericht regelt»), ist die Frage der Betreuung von Amtes wegen zu beurteilen (Abs. 1 Ziff. 3). Besteht keine Aussicht auf eine Einigung der Eltern, so entscheidet das Gericht (Art. 298 Abs. 2). Die Teilung der Aufgaben wird damit am besten durch die richterliche Behörde gelöst, die über die nötige Erfahrung verfügt.
- 88 Mit einer solchen Klärung ist nicht zu rechnen, wenn die gemeinsame elterliche Sorge bei nicht verheirateten Eltern auf einer blossen Erklärung beruht, die bei der zuständigen Behörde abgegeben wird und in keiner Weise nachgeprüft wird. Gewiss sollte die Betreuung in dieser Erklärung auch geregelt werden (Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2), doch kann man unschwer voraussehen, dass es sich dabei in den meisten Fällen um tote Buchstaben handeln wird, vor allem dann, wenn das Familienumfeld konfliktbeladen ist oder werden könnte. Kommt die gemeinsame elterliche Sorge kraft Erklärung nicht zu-

⁹⁹ Diese Bestimmungen verweisen auf «den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile»: Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3, 134 Abs. 4, 298 Abs. 2, 298a Abs. 2 Ziff. 2, 298d Abs. 2. In Art. 301a Abs. 5 ist die Erwähnung der Betreuung unterlassen worden.

stande und wird sie alsdann vor der Kindesschutzbehörde beantragt, so kann diese die Betreuungsanteile festlegen, aber auch nur, wenn diese «strittig» sind (Art. 298b Abs. 3). Nachher kann die Frage noch bei einer «Änderung der Verhältnisse» vor dieselbe Behörde gebracht werden (Art. 298d Abs. 2), doch trifft das gerade auf den Fall nicht zu, wo sich die Verhältnisse nicht oder nur unwesentlich geändert haben, die Eltern aber schlicht über keine brauchbare Regelung verfügen. Es bleiben dann nur Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ZGB, wo allerdings die Betreuung nicht besonders erwähnt ist.

b. Auswirkungen auf den Unterhalt

Die Auswirkungen, die die Betreuung auf die Festlegung der Unterhaltsbeiträge haben wird, sind nicht zu unterschätzen. Denn der Unterhalt ist heute eine Reflexwirkung des Umstands, dass ein Elternteil nicht die Obhut ausübt. Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge wird die Betreuung hinzugefügt, denn der Elternteil, der ohne Obhutsrecht an dieser Sorge Anteil hat, kann das Kind auch anders als durch blosse Unterhaltsleistungen betreuen. Das kann ihn veranlassen, eine intensivere Betreuung des Kindes und im Gegenzug eine Verminderung seines Unterhaltsbeitrags zu verlangen. Er kann sich auch einer Erhöhung der Unterhaltsleistung mit dem Argument widersetzen, dass er eine erweiterte Betreuung übernehmen will. Der mit der Obhut betraute Elternteil wird öfter als bisher einem Dilemma gegenüber stehen: Verlangt er mehr Alimente, so wird man ihm antworten, dass seine Bedürfnisse ja geringer wären, wenn der andere Elternteil seinen Anteil an der Betreuung erhöhen würde. Diese Antwort kommt nicht nur vom andern Elternteil, dem die Mittel ausgehen, sondern auch von der Behörde, die um die Bevorschussung von Alimenten angefragt wird. Es wird nicht ausreichen, zu sagen, das sei unmöglich in Anbetracht der Beziehungen zwischen den Eltern. Der Druck könnte so stark werden, dass eine Änderung der Aufteilung der Betreuung des Kindes gefunden werden muss, allenfalls vor der Behörde. Die gemeinsame elterliche Sorge beinhaltet somit einen ziemlich unbestimmten Anteil an der Betreuung des Kindes, den der nicht mit der Obhut betraute Elternteil zu übernehmen hat, vor allem dann, wenn sein Unterhaltsbeitrag in Anbetracht seiner finanziellen Verhältnisse eher bescheiden ausfällt.

89

- 90 Die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Werts der Kindesbetreuung kann bei der Bestimmung der Unterhaltsleistung im Sinne einer Kostenrechnung sinnvoll sein. Der Vorentwurf einer Änderung des Unterhaltsrechts, der im Juli 2012 in die Vernehmlassung ging, will denn auch diesen Grundsatz festhalten (Art. 285 Abs. 2 VE), der als solcher nicht eigentlich neu ist. Indessen muss man im Zuge der Verallgemeinerung der gemeinsamen elterlichen Sorge darauf achten, dass die Aufteilung zwischen Obhut und Betreuung des Kindes und deren Einfluss auf die Unterhaltsbeiträge noch gerecht bleibt.
- 91 Dadurch, dass sich die Kosten der Betreuung auf die Unterhaltsleistung auswirken, werden diese beiden Werte zu kommunizierenden Gefässen. Die Intensität der Betreuung des Kindes durch den nicht obhutsberechtigten Elternteil und die dabei auftretenden Veränderungen wirken sich auf den Beitrag am Unterhalt aus, den dieser Elternteil zu leisten hat. Für den Elternteil, der die Obhut ausübt, gilt dasselbe, doch ist dies weniger gut sichtbar. Es ist davon auszugehen, dass die vom Elternteil ausgeübte Obhut als solche eine Betreuung des Kindes darstellt. Das neue Recht ist nicht gerade klar in dieser Hinsicht, denn es wird einerseits auf die Obhut, und andererseits auf die persönlichen Beziehungen oder die Betreuung verwiesen. Indessen lässt sich in den neuen Bestimmungen ersehen, dass von den «Betreuungsanteilen» die Rede ist, wobei in der französischen Version deutlicher hervortritt, dass es sich um die Teilnahme jedes der Eltern an der Betreuung handelt. Insofern als die Obhut einen Teil der Betreuung darstellt, so ist sie bei der Bestimmung des Unterhalts in zweifacher Hinsicht zu beachten. Zum einen beinhaltet die Obhut den Unterhalt des Kindes, der im Wege der Pflege und Erziehung «in natura» geleistet wird, und zum andern ergänzt die Betreuung diesen Unterhalt durch einen wirtschaftlichen Wert, der bei der Festlegung des vom andern Elternteil zu erbringenden Unterhalts mit zu berücksichtigen ist.
- 92 Es lässt sich aber auch feststellen, dass die ausgewogenere Aufteilung der Betreuung des Kindes durch beide Eltern, die dem neuen Recht zu Grunde liegt, diesen Begriff für die Zwecke der Bestimmung des Unterhalts je länger je weniger praktikabel erscheinen lässt. Das geltende Recht definiert den Unterhaltsbeitrag unter anderem mit Hilfe des Beitrags des nicht obhutsberechtigten Elternteils (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Die laufenden Revisionen entwickeln sich in Richtung einer gewissen Verwässerung des Begriffs der Betreuung, die sich auf beide Eltern verteilt, ohne dass man wissen kann, wie sich diese Aufteilung auf das tägliche Leben und im Sinne einer Kostenbe-

rechnung auswirken wird, zumal es im Verlaufe der Zeit oft Änderungen geben wird, ohne dass man sich jedes Mal an den Richter wenden kann, um die ausstehenden Zahlungen zu revidieren. Die Unsicherheit wird gross sein, doch entspricht sie der Idee einer grösseren Flexibilisierung, die die Aufteilung der Rollen im Rahmen des gemeinsamen Sorgerechts mit sich bringt. Das muss aber auch bedeuten, dass sich der Begriff der Betreuung als Kostenelement zur Berechnung des Unterhaltsbeitrags untauglich erweist. Insofern hat der Vorentwurf zum Unterhaltsrecht die eigentliche «ratio» des neuen Sorgerechts nicht aufgenommen.

Zur Unsicherheit kommt hinzu, dass man sich fragen muss, ob das neue Familienmodell nicht die für die Aufteilung der Unterhaltspflicht wesentlichen Massstäbe verändert. Die Reform in Richtung gemeinsame elterliche Sorge wird die entsprechenden Kosten der Betreuung des Kindes durch beide Eltern mit einbeziehen. Das könnte zur Folge haben, dass die Unterhaltspflicht des andern, nicht obhutsberechtigten Elternteils abnimmt, unter Hinweis darauf, dass dieser Elternteil ja ohnehin seinen Anteil an der Betreuung trägt, und damit auch die damit einberechneten Kosten. 93

Diese Auswirkung kann heute nur als eine mögliche Entwicklung in Richtung einer Abschwächung der wirtschaftlichen Situation der Eltern, die die Obhut ausüben, gesehen werden, wobei es sich in der grossen Mehrzahl um die Mütter handelt. Wie wenn das als Ziel in Aussicht genommen wäre, ist auch gleich vorgeschlagen worden, den Umfang und die Dauer der Betreuung der Kinder als Faktor beim Entscheid über den angemessenen Unterhaltsbeitrag an den geschiedenen Ehegatten zu streichen (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB). Dieser Ehegatte wird nur noch auf einen Beitrag an seine Kosten der Betreuung des Kindes rechnen können (Art. 285 Abs. 2 VE). Der die Obhut ausübende Elternteil riskiert somit nicht nur, vom andern Elternteil weniger zu erhalten, weil dieser seinen Anteil an der Betreuung mit einberechnet, sondern er wird auch auf eine Vergütung seiner Kosten nur im Rahmen seines Anteils an der Betreuung rechnen können und nicht mehr in dem Umfang, wie das der Scheidungsrichter für angemessen hält. Dieser Unterhaltsanteil fällt dahin, sobald das Kind volljährig wird oder nicht mehr betreut werden muss, ohne dass auf die eigene Situation des obhutsberechtigten Elternteils Rücksicht genommen wird, der ja dann zu alt geworden sein kann oder auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr eingliederungsfähig ist. Muss das Kind bei Dritten untergebracht werden, so dient der Unterhaltsanteil der Betreuung durch den obhutsberechtigten Elternteil als Entschädigung, womit diesem Elternteil nichts mehr übrig bleibt. 94

- 95 Der Vorschlag ist schockierend, wenn man ihn im Hinblick auf einen gewissen Respekt vor dem Ehepartner betrachtet, der Opfer einer Scheidung geworden ist, die eine angemessene Entschädigung nach sich ziehen soll. Er wird vorgebracht unter dem alleinigen Blickwinkel der Gleichbehandlung von Kindern geschiedener Eltern mit Kindern von nicht verheirateten und getrennt lebenden Eltern. Er missachtet aber den Anspruch auf Schutz des Ehegatten, der einer Auflösung seiner Ehe gegenüber steht. Diesen Schutz kann man nicht mit dem Argument entziehen, dass er den Partnern eines nicht verheirateten Paares nicht zusteht.
- 96 Der dem Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB innewohnende Schutzgedanke geht über die Vergütung für die Kosten der Betreuung des Kindes hinaus. Dies schon deshalb, weil ein angemessener Betrag zuzusprechen ist, der somit höher als die arithmetisch nach den Bedürfnissen des Kindes berechnete Summe sein kann. Insbesondere kann dieser Beitrag über die tatsächlichen Betreuungskosten des Kindes in vielen Fällen insofern hinausgehen, als die Mutter eine Verminderung oder eine Unterbrechung ihrer beruflichen Tätigkeit in Kauf nimmt, welche ihr einen höheren Lohn einbringt, als er diesen Kosten entspricht. Auf der Ebene der mittleren und gut gestellten Bevölkerungsschicht wird damit eine deutliche Verminderung der Unterstützung eintreten, auf die die Mütter für die Zeit nach der Scheidung rechnen konnten. Da sie meist keine andere Wahl haben werden, wird ihr Lebensniveau und dasjenige ihrer Kinder sinken, mit der Folge, dass die am wenigsten Begüterten zu den bereits zahlreichen Ein-Eltern-Familien zählen werden, die unter der Armutsgrenze leben.
- 97 Die von der Bundesverwaltung in Aussicht genommene Lösung wird den Druck auf die Mütter erhöhen, zusätzlich zur Familienpflicht einer Arbeit nachzugehen, auch wenn eine externe Kinderbetreuung zu vernünftigen Kosten lange nicht immer verfügbar ist. Man kann sich fragen, ob dies zur Funktion des Familienrechts gehört.¹⁰⁰ Wenn man findet, das sei eine wünschbare Politik, dann darf man gleichwohl nicht übersehen, dass die Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt bei weitem nicht so vielversprechend sind, dass die Mütter in ihrer Situation angemessen leben können. In den Kreisen,

¹⁰⁰ Klärung wird auch insofern nötig sein, als der Bundesrat eine Lösung vorschlägt, die in die gegensätzliche Richtung deutet. Nach dem Entwurf vom 29. Mai 2013 betreffend Vorsorgeausgleich bei Scheidung kann der Richter dem berechtigten Ehegatten mehr als die Hälfte der Austrittsleistung zusprechen, «wenn er nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut» (Art. 124b Abs. 3 ZGB, BBl 2013, 4887 ff., 4919, 4961).

die sich nach den grossen Prinzipien richten, wird man sagen, dass die geschiedenen Mütter den Preis dafür zu zahlen haben, dass ein weiterer positiver Schritt im Hinblick auf die vollständige Gleichheit von Mann und Frau getan werden kann, wie das weit herum vertreten wird und auch da, wo man sich noch als «Feministen» zu bezeichnen wagt.

Um erst recht deutlich werden zu lassen, dass der Beitrag für die Betreuung des Kindes nichts mehr mit den Bedürfnissen der geschiedenen Frauen zu tun haben wird, soll dieser Beitrag nicht mehr diesen Elternteil, sondern das Kind zum Gläubiger haben, mit all den Unannehmlichkeiten, die die Verwaltung des Kindesvermögens durch die beiden geschiedenen Eltern mit gemeinsamer Sorge mit sich bringt.¹⁰¹ 98

Im Übrigen sind auch die kollisionsrechtlichen Aspekte noch nicht beachtet worden. Das auf den Unterhalt des geschiedenen Ehegatten und auf denjenigen des Kindes anzuwendende Recht ist nicht immer das gleiche.¹⁰² Das kann zu Ungleichheiten führen, wenn das schweizerische Unterhaltrecht den Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf die tatsächlichen Kosten der Kindesbetreuung reduzieren will, während dem das für die Wirkungen der Scheidung massgebende Recht eine dem Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB entsprechende oder eine noch günstigere Regelung kennt. Umgekehrt kann das für den Unterhalt des Ehegatten nach der Scheidung geltende Recht das schweizerische Recht sein (alsdann ohne den Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6), während dem das ausländische Recht, das für den Unterhalt des Kindes gilt, den geschiedenen Ehegatten wirtschaftlich über dem Niveau der tatsächlichen Kosten für die Betreuung des Kindes schützen will, diese Frage aber ausschliesslich zu den Wirkungen der Scheidung zählt, wofür aber ein anderes Recht massgebend ist. 99

Der eigentliche Sinn des Begriffs der Betreuung wird sich zeigen, wenn die Reform des Unterhaltsrechts zur Debatte steht. Man wird nun zunächst die gemeinsame elterliche Sorge verwirklichen, um den Weg für die «Rückkehr der Väter» zu ebnen. Wenn das einmal feststeht, wird man die Rechnung machen und sehen, was für die «Rückkehr der Mütter» noch übrig bleibt. Es wird damit zu rechnen sein, dass die egalitaristischen Feministinnen den Müttern erklären werden, dass sie nun ertragen müssen, was die Väter er- 100

¹⁰¹ Vgl. die Kritiken von HAUSHEER, AJP 2013, 345–348; RUMO-JUNGO/HOTZ, FamPra.ch 2013, 7 f.

¹⁰² Vgl. Art. 4 und 8 des Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211.213.01).

halten haben, um mit diesen in Gleichheit gleichzuziehen. Bis dann wird der Armutsockel der Ein-Elter-Familien die Höhe von 30% überstiegen haben.

- 101 Für die verbleibende Zeit muss man sich mit einem Begriff der Betreuung befassen, der weitgehend inhaltslos ist. Dazu gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme. Es gilt nämlich noch danach zu fragen, was diese Betreuung als Entscheidungsgewalt mit sich bringt.

IV. Wer entscheidet?

- 102 Die Frage ist weit. Die Sorge um das Kind beinhaltet für die Eltern die Befugnis, Entscheide über das soziale Leben, die Pflege und die Erziehung des Kindes zu treffen. Diese Entscheide müssen im Innenverhältnis der Eltern und in ihrer Beziehung zu Dritten beurteilt werden.
- 103 Bevor man sich der Ausübung dieser Befugnis zuwendet, gilt es deren Inhalt zu kennen. Das Bundesgericht meint, das schweizerische Recht enthalte keine Definition der elterlichen Sorge.¹⁰³ Das neue Recht macht das nicht besser. Das schweizerische Recht umfasst allerdings auch das Haager Übereinkommen von 1996, welches in Art. 1 § 2 die elterliche Verantwortung umschreibt als «die elterliche Sorge und jedes andere entsprechende Sorgeverhältnis, das die Rechte, Bedürfnisse und Pflichten der Eltern, des Vormunds oder eines anderen gesetzlichen Vertreters in Bezug auf die Person oder das Vermögen des Kindes bestimmt». Die elterliche Sorge gehört somit zur elterlichen Verantwortung. Diese beiden Begriffe entsprechen sich in ihrem Inhalt, auch wenn gewisse sprachliche Unterschiede als sensibel erscheinen mögen. Es geht hier nicht um die Debatte darüber, ob man nun den einen oder den andern Begriff bevorzugen sollte. Das bleibt künftigen Juristen und Politikern vorbehalten.¹⁰⁴

¹⁰³ BGer, 5. Dezember 2011 (5A_497/2011, E. 2.1.2); BGer, 10. August 2012 (5A_369/2012, E. 3.1).

¹⁰⁴ Man kann immerhin anfügen, dass eine schlaue inspirierte Feder den eigentlich ungewollten Ausdruck in den neuen Art. 298a Abs. 2 Ziff. 1 eingeflochten hat, ist doch dort von der Erklärung der Eltern die Rede, «gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen». Solange die Dominanz aus der Deutschschweiz in der Bundesverwaltung und der Politik andauert, wird man nicht mit Verständnis für die in der französischen Sprache lebenden Bürger rechnen können, die endlich vom Begriff der «autorité parentale» erlöst werden möchten, so wie das die Alemannen im Jahre 2000 bereits durchgesetzt haben. Da die verschiedenen Sprachversionen so oder so nicht übereinstimmen, besteht kein Hindernis, um den Begriff der «elterlichen Verantwortung» al-

Das Übereinkommen bestimmt auch das auf die Ausübung der elterlichen Verantwortung anzuwendende Recht. Gemäss Art. 17 handelt es sich um das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes; bei einem Aufenthaltswechsel gilt das Recht des neuen Aufenthalts. Ob der betreffende Staat das Abkommen ebenfalls an das Abkommen gebunden ist oder nicht, ist ohne Bedeutung (Art. 20). 104

Was gilt nach schweizerischem Recht? Das geltende Recht sagt dazu kaum etwas, was sich noch mit den alten Zeiten erklären lässt, wo die Gewalt über die Kinder noch als ein Freiraum der Eltern verstanden wurde. Deren Machtbereich ist deshalb kaum umschrieben, wobei Art. 301 Abs. 1 ZGB nur die Pflege und Erziehung erwähnt und es im Übrigen den Eltern überlässt, die «nötigen Entscheidungen» zu treffen. Der Inhalt dieser Entscheidungen wird nur im negativen Sinne angesprochen, auf dem Umweg über die Situationen, bei denen ein Entzug der elterlichen Sorge durch die zuständige Behörde gerechtfertigt ist. Das neue Recht lässt diesen Grundsatz unberührt und belässt den Art. 301 Abs. 1 ebenso wie Art. 311 ZGB, dem noch der Fall der Gewalttätigkeit angefügt worden ist (Ziff. 1). 105

Die Erweiterung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf getrennt lebende Paare hat indessen nach zusätzlichen Regeln gerufen, die auch für die in Gemeinschaft lebenden Paare gelten. Denn was bringt das gemeinsame Sorgerecht, wenn der ausserhalb der Hausgemeinschaft mit dem Kind lebende Elternteil keine Gewähr dafür hat, dass er an den das Leben seines Kindes betreffenden Entscheiden teilnehmen kann? Einer dieser Entscheide betrifft die Festlegung des Aufenthalts des Kindes – darauf wird zurückzukommen sein. Wie kann im Übrigen die Mitbestimmung des Elternteils konkret gestaltet werden, der das Kind nicht in seiner Wohnung betreut? Es sind zwei Seiten zu betrachten. Zum einen muss diesem Elternteil seine Anteilnahme durch ein Zustimmungserfordernis in Bezug auf die zu treffenden Entscheide gesichert werden, und zum andern muss der Elternteil, der sich um das Kind kümmert, verpflichtet werden, mit seinem früheren Partner zu kooperieren und dessen Einverständnis einzuholen. 106

lein im französischen (und italienischen) Text aufzunehmen (was von Nationalrat VISCHER auch vorgeschlagen wurde, AB NR 2012, 1633).

107 Das Eidgenössische Parlament hat wenig Interesse daran gezeigt, die Entscheidungsmacht der Eltern genau zu definieren. Hingegen ist sehr darauf Gewicht gelegt worden, dass eine Regel über den Grundsatz ins Gesetz aufgenommen wird. So ist der vom Bundesrat vorgeschlagene Absatz 1^{bis} von Art. 301 ZGB nicht geändert worden, wohl wissend, dass diese Bestimmung noch zu zahlreichen Diskussionen in den Familien und den Gerichtssälen Anlass geben wird. Es handle sich um ein «Kernstück» der Vorlage¹⁰⁵, das lautet:

Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein entscheiden, wenn:

1. die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist;
2. der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist.

108 Für die Einen kann diese Bestimmung epische Debatten anregen¹⁰⁶, während dem sie für die Andern ganz simpel zu verstehen ist. Die divergierenden Positionen, die man bei ersten Reaktionen beobachten kann, dürften sich dadurch erklären lassen, dass der Gesetzestext lückenhaft erscheint, wenn man ihn nicht in den Zusammenhang mit den Begriffen der elterlichen Sorge und Betreuung stellt. Liest man, so fragt man sich: Muss man das beim Wort nehmen – oder nicht?

109 Der neue Absatz stellt eine Ausnahme zum ersten Absatz dar, der die Entscheidungsmacht von Vater und Mutter als Inhaber der elterlichen Sorge für die «nötigen Entscheidungen» statuiert, womit unterstellt ist, dass gemeinsam entschieden wird. Demgegenüber betrifft der Absatz 1^{bis} die Befugnis eines Elternteils, «allein» zu entscheiden. Damit befindet man sich notwendigerweise in einer Situation mit gemeinsamer elterlicher Sorge, denn ohne diese wäre der Grundsatz nach Absatz 1 völlig ausreichend.

¹⁰⁵ CANTIENI, in Aktuelle Reform, FamPra.ch 2012, 641.

¹⁰⁶ So für CANTIENI, in Aktuelle Reform, FamPra.ch 2012, 641: «Da unklar bleibt, was damit gemeint ist, eröffnet der Vorschlag meiner Meinung nach Tür und Tor für diesbezügliche Auseinandersetzungen.» RÜETSCHI, *ibidem*, 631, meint: «Natürlich schafft eine solche Regelung wieder neue Möglichkeiten, sich zu streiten.»

Die neue Regel ist einfach zu verstehen, wenn man das liest, was sie ausdrücklich festhält: Der Elternteil entscheidet allein in Angelegenheiten, die alltäglich oder dringlich sind; in allen andern Fällen entscheidet er allein, wenn der andere Elternteil nicht zu erreichen ist¹⁰⁷. Auf dem Wege der Auslegung sollte man den Fall des Elternteils hinzufügen, der zwar erreichbar ist, der aber nicht antwortet oder sich weigert, Stellung zu nehmen. 110

Kontrovers diskutieren lassen sich hingegen Fälle, die nicht angeführt sind, sofern man annimmt, dass der «a contrario»-Schluss nicht möglich ist: Der Entscheid betrifft nicht etwas Alltägliches und kann zuwarten, und der andere Elternteil lehnt ab oder macht einen anderen Vorschlag. Die Mutter möchte ihr Kind in einen Kurs über Leistungssport, einen Sprachkurs in Option, einen Segelturn auf der Hochsee oder eine Zahnbehandlung, die gut für das Kind, aber auch nicht unabdingbar ist, anmelden, oder andere Dinge unternehmen, die nicht zum Alltag gehören. Die Mutter könnte natürlich eine Stellungnahme hinausschieben, bis die Sache dringend wird und dann allein entscheiden. Doch ist das keine Haltung, die allgemein eingenommen werden kann. Wird es somit immer einen gemeinsamen Entschluss brauchen in allen Fällen, die nicht in die beiden aufgezählten Kategorien fallen, mit der Folge, dass keine Entscheid gefällt werden kann, mit dem Ergebnis, dass die in Aussicht genommene Tätigkeit abgelehnt ist und nicht stattfinden kann? Und was soll der obhutsberechtigte Elternteil tun, wenn er sich zu wiederholten Malen, ja gar systematisch einer Ablehnung seitens des andern Elternteils gegenüber sieht, der kaum anderes im Sinne haben kann, als Obstruktion zu betreiben? Man könnte tausende von Konflikts-Situationen aufzählen, bei denen der Absatz 1^{bis} in die Sackgasse führen würde. Das kann nicht seine «ratio legis» sein. 111

Liest man die parlamentarische Debatte, so ergibt sich, dass man nicht dramatisieren sollte.¹⁰⁸ Diese Bestimmung soll nicht zu Blockaden führen, die das Leben für Mutter und Kind unmöglich machen. Der Hauptzweck, auf den mehrfach hingewiesen wurde, besteht darin, dass der andere Elternteil im ganzen Entscheidungsprozess konsultiert werden soll, mit Ausnahme der im Absatz 1^{bis} aufgeführten Fälle.¹⁰⁹ Die Bestimmung bekäme dadurch einen 112

¹⁰⁷ In der heutigen Zeit werden diese Fälle selten sein. Man denke etwa an einen Gefängnisauferhalt oder die Abreise in ein entferntes und kaum zugängliches Land.

¹⁰⁸ Vgl. AB NR 2012, 1648–1652.

¹⁰⁹ Vgl. AB NR 2012, 1650: Will die Mutter eine Stelle antreten und muss sie deshalb das Kind in die Krippe geben, so kann sich der andere Elternteil nicht der Arbeitsaufnahme durch die Mutter wi-

durchaus verständlichen und gerechten Sinn, der mit der Grundidee der gemeinsamen elterlichen Sorge übereinstimmt. Besser wäre es gewesen, das auch zu sagen. So wie er steht, sagt der Text, dass die Fälle gemäss Ziffern 1 und 2 die einzigen sind, die den Weg für eine «allein» getroffene Entscheidung eröffnen. In den andern Fällen ist der Entscheid gemeinsam oder es gibt ihn nicht. Damit tritt man aber zu kurz.

- 113 Art. 301, zu dem der neue Absatz gehört, beschlägt die Definition des Inhalts der elterlichen Sorge. Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf den Inhalt der Obhut und sie beschlägt auch nicht die Begriffe der Betreuung oder der persönlichen Beziehungen. Die Entscheide, die im Zusammenhang mit diesen Sub-Elemente der elterlichen Sorge zu treffen sind, gehören zu diesen Begriffen und nicht zu Art. 301. Deshalb zählen die Entscheide, die zur Natur der Obhut, der Betreuung und der persönlichen Beziehungen gehören, zur autonomen Entscheidungsbefugnis des betreffenden Elternteils. In dem solchermaßen bestimmten Rahmen entscheidet er selbst, wobei er den andern Elternteil sobald als möglich zu informieren hat.
- 114 Man beachte auch, dass sich der Absatz 1^{bis} an den Elternteil wendet, «der das Kind betreut». Da dieser Elternteil die übereinstimmende Meinung des andern einholen soll, muss es sich notwendigerweise um eine Situation handeln, wo die beiden Eltern die Betreuung teilen und im Übrigen die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Dazu kommt, dass der andere Elternteil deshalb anzusprechen ist, weil der Elternteil, der allein entscheiden möchte, weiter gehen will, als seine Befugnisse ihm ohnehin erlauben würden. Hält die Mutter die Obhut inne, so entscheidet sie über alle Aspekte der Betreuung des Kindes, die damit gedeckt sind. Sie fixiert zum Beispiel die Klavierstunden während der Woche und sie entscheidet über die Pläne für die Ferien, die sie zusammen mit dem Kind verbringt. Der Vater, der die Betreuung über das Wochenende oder zu bestimmten Zeiten während der Woche übernimmt, entscheidet über das Musikprogramm in diesem «Zeitfenster», ebenso wie er die Art der mit dem Kind geteilten Ferien bestimmt. Demgegenüber entscheidet die Mutter nicht allein über eine Musiklektion zu einem Zeitpunkt, wo der Vater das Kind betreut, und sie wird auch die Ferien mit dem Kind nicht so verbringen, dass ein Konflikt mit den Plänen des Vaters entsteht. Und dieser kann eine Musikstunde auf den Samstag legen, aber soll nicht

dersetzen, doch soll er die Gelegenheit erhalten, eine andere Lösung für die Betreuung des Kindes vorzuschlagen (SOMMARUGA).

entscheiden, sie auf den Montag zu verlegen, wenn das Kind wieder bei der Mutter ist, ohne deren Einverständnis einzuholen.

Es ergibt sich damit, dass jeder Elternteil das Einverständnis des andern Elternteils einholen muss, wenn er eine Entscheidung treffen will, die über seinen Verantwortungsbereich hinausgeht und die Situation des andern Elternteils berührt. Dafür gibt der Absatz 1^{bis} die massgebende Richtlinie. Darüber hinaus gibt es aber noch die Entscheide, die wichtig sind und die den Kompetenzbereich, der zur Obhut oder zur Betreuung gehört, überschreiten und die deshalb direkt an die elterliche Sorge anknüpfen. Dafür bringt der Absatz 1^{bis} eine ergänzende Regel, die allerdings ohnehin schon im Absatz 1 enthalten ist.¹¹⁰ Demgemäss braucht es für den Entscheid, dass das Kind Geigenstunden besuchen soll und nicht Gesang üben oder Leichtathletik betreiben soll, das Einverständnis des andern Elternteils, wenn dieser mit vernünftigen Aufwand zu erreichen ist. Wenn es aber gilt, das Datum und die Stunde der Lektionen festzulegen, dann handelt jeder Elternteil im Rahmen der Grenzen seiner Betreuungsbefugnis.

Für diejenigen, die im Absatz 1^{bis} eine Quelle für nicht enden wollende Kontroversen sehen wollen (die Hunderte von Rechtsanwälten mit dem ihnen eigenen Talent ausnützen werden), lässt sich einiges entdramatisieren. Diejenigen, die das gleich von Anfang an richtig verstanden haben, sehen sich bestätigt, wobei sie sich allerdings fragen sollten, ob diese Bestimmung auch wirklich notwendig war. Sie sollten das erst recht machen, weil es in diesem Zusammenhang ja gar keinen spezifischen Rechtsweg gibt (im Unterschied zu Art. 301a Abs. 2). Die Eltern, die sich ohnehin verstehen, brauchen diese Regel nicht; für die andern bringt sie mangels Rechtsweg keine Lösung, sondern nur Streit. Macht das Sinn?

Der Bundesrat wollte noch mit der Feststellung besänftigend wirken, dass der Absatz 1^{bis} ja «bloss die Situation im Innenverhältnis beschreibt», da gegenüber Dritten Art. 304 ZGB gilt, der keine Änderung erfährt.¹¹¹ Wenn dem so ist, warum dann das Ganze? Das Verhältnis der Eltern würde nicht auch das Kind und damit die Ausübung der elterlichen Sorge betreffen? Die Drit-

¹¹⁰ Man kann sich allerdings noch fragen, ob es nicht wichtige Entscheide gibt, die man gleichwohl als alltäglich im Sinne von Ziff. 1 des Absatz 1^{bis} betrachten kann. Es liesse sich an die Bemessung der Insulindosen denken, die einem an Diabetes erkrankten Kind abzugeben sind: Das ist durchaus alltäglich für die Eltern, aber doch wichtig, ja lebenswichtig für die Gesundheit des Kindes, womit man ausserhalb der Obhut und Betreuung durch einen der Eltern steht.

¹¹¹ BBI 2011, 9107.

ten, die gegebenenfalls wissen, dass die Eltern die gemeinsame Sorge teilen, könnten noch ihren guten Glauben einwenden, um die Zustimmung des andern Elternteils zu vermuten? Bereits unter dem heute geltenden Recht müssen Dritte wissen, dass wichtige Rechtsgeschäfte das Einverständnis beider Eltern voraussetzen, und dass man bei nicht verheirateten oder getrennt lebenden Eltern besonders vorsichtig sein muss.¹¹² Unter dem neuen Recht muss den Dritten die Regelung im Absatz 1^{bis} von Art. 301 ZGB bekannt sein. Sie werden somit wissen, dass die Anforderungen an das Einverständnis beider Eltern strenger geworden sind.

- 118 Es bleibt ein Entscheid, der bei weitem wichtiger ist als das, was im Absatz 1^{bis} von Art. 301 ZGB behandelt wird, und der geradezu im Zentrum der Reform des elterlichen Sorgerechts steht.

V. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht

- 119 Der Wegzug des Kindes mit dem obhutsberechtigten Elternteil kann in gewissen Fällen für den andern Elternteil sehr schmerzhaft sein. Die Reise- und Kommunikationsmöglichkeiten stellen sicher eine Erleichterung dar, aber das kann den physischen Kontakt und die Nähe zum Kind nicht ersetzen. Die elterliche Bindung verliert einen Teil ihrer Substanz, auch wenn sich der zurückgelassene Elternteil nach seinen besten Fähigkeiten alle Mühe gibt, um den Kontakt aufrecht zu erhalten. Die Frage des Aufenthalts des Kindes stellt sich also nicht in isolierter Weise.
- 120 Die Gesellschaft ist im Wandel. Früher war die Ehe eine auf Dauer aufgebaute Beziehung. Dem ist heute nicht mehr so, oder fast nicht, da es je länger je weniger «lebensprägende» Ehen gibt. Da tritt das Kind wie als eine Art der Substitution hinzu, gestützt auf die Idee, dass es eine nahe Beziehung zu seinen beiden Eltern beibehalten können muss, was indirekt als Reflexwirkung bedeutet, dass sich diese weder vom Kind noch voneinander entfernen sollten.

¹¹² HEGNAUER, Nr. 26.29.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass der Gesetzgeber den Hauptteil vom Obhutsrecht entfernen will, nämlich das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Das führt dazu, dass die rechtliche Obhut praktisch auf die faktische Obhut reduziert wird, weshalb künftig nur noch schlicht von der Obhut («garde») die Rede sein soll. 121

Das hat allerdings nicht zur Folge, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht dadurch autonom wird. Es wird direkt an die elterliche Sorge angeknüpft. Wenn diese beiden Eltern gehört, so gehört ihnen dieses Recht auch gemeinsam. Das glaubt man jedenfalls, wenn man die Texte liest. Die Realität ist nicht so einfach. Doch das muss in Etappen beurteilt werden. 122

Es gilt zunächst den neuen Art. 301a über die «Bestimmung des Aufenthaltsortes» zu lesen, der als Umzugs- oder Zügelartikel bezeichnet wird: 123

- ¹ Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.
- ² Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn:
 - a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder
 - b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat.
- ³ Übt ein Elternteil die elterliche Sorge allein aus und will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so muss er den anderen Elternteil rechtzeitig darüber informieren.
- ⁴ Dieselbe Informationspflicht hat ein Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will.
- ⁵ Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde.

Der Vorschlag des Bundesrates, dem der Nationalrat ursprünglich gefolgt war, unterschied sich im Wesentlichen in zwei Punkten. Zum einen verlangte er in Absatz 2, dass ein Elternteil ebenfalls die Zustimmung des andern Elternteils einholen muss, wenn er seinen eigenen Aufenthalt wechselt. Im Üb-

rigen enthielt dieser Vorschlag nicht die Absätze 3 bis 5. Man spricht von einem «Kernartikel» des Reformprojekts.¹¹³

A. Der Grundsatz

1. Die gesetzliche Feststellung

- 124 Nach Absatz 1 von Art. 301a schliesst die elterliche Sorge das Recht ein, «den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen». Bei gemeinsamer elterlicher Sorge steht dieses Recht beiden Eltern zu. Das bedeutet auch, dass der Elternteil, der allein entscheidet, den Aufenthaltsort des Kindes zu verlegen, das Recht des andern Elternteils, darüber zu entscheiden, verletzt, so wie er auch sein eigenes Recht nicht beachtet, da dieses ja nur beiden Eltern gemeinsam zugehört. Es besteht kein Raum, um die Regelung über die Entscheidung, die ein Elternteil im Sinne von Absatz 1^{bis} allein ausüben kann, zu übernehmen, denn der Art. 301a stellt insofern eine «lex specialis» dar.
- 125 Man muss auch an den Bezug zur Art der Zuweisung der elterlichen Sorge im Auge behalten, und insbesondere die Voraussetzung, nach der einer der Eltern, wenn sie geschieden oder nicht verheiratet sind, dieses Sorgerecht vom Richter oder der zuständigen Behörde allein zugewiesen erhalten kann: die Wahrung des Kindeswohls muss das verlangen (Art. 298 Abs. 1, 298b Abs. 2, 298c). Das bedeutet, dass die Absicht eines Elternteils, über einen Wechsel im Aufenthalt des Kindes allein entscheiden zu wollen, keinen Grund darstellt, um den andern Elternteil daran zu hindern, an der gemeinsamen elterlichen Sorge teilzunehmen. Denn das Recht dieses andern Elternteils, bei einer solchen Entscheidung dabei zu sein, stellt keine Störung der Art dar, dass sie ihm zum Schutze des Kindeswohls entzogen werden sollte. Der Grundsatz von Art. 301a Abs. 1 hat des Weiteren zur Folge, wie die Botschaft erläutert, dass es dem Eheschutzgericht verwehrt ist, «den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig das Recht, über den künftigen Aufenthalt des Kindes zu befinden, einem Elternteil allein zu überlassen»¹¹⁴. Dieses Sorgerecht stellt eine Einheit dar; man

¹¹³ MARKWALDER, AB NR 2012, 1652.

¹¹⁴ BBI 2011, 9107.

kann davon nicht ein wesentliches Element wegstreichen, wie besonders das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.¹¹⁵

Leben die Eltern getrennt, so stellen sich zwei Fragen: (1) Wie ist im Verhältnis zwischen den Eltern vorzugehen, wenn sich die Idee eines Wegzugs des Kindes mit einem Elternteil profiliert? (2) Was kann die zuständige Behörde entscheiden? 126

Zu diesen Fragen trat eine neue hinzu: Sollte man nicht den Fall, wo sich der andere Elternteil entfernt, der nicht über die Obhut verfügt, gleich behandeln wie den Fall, wo das Kind mit seinem obhutsberechtigten Elternteil wegzieht? Denn die Beziehung zwischen diesem andern Elternteil und dem Kind ist doppelter Natur, Rechte und Pflichten verbindend, weshalb es keinen Unterschied macht, ob nun das Kind seinen Aufenthalt von Freiburg nach Chiasso verlegt, oder ob eines seiner Elternteile denselben Weg zurücklegt, da die Unannehmlichkeiten der gegenseitigen Entfernung ja in der Regel dieselben sind. Hier findet die Parallelität allerdings auch ihr Ende. Denn dieser Elternteil wäre alsdann in seiner Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt, wofür das Familienrecht keine Grundlage hergibt, zu Recht oder zu Unrecht.¹¹⁶ Die Obhut bzw. nach dem neuen Recht die elterliche Sorge enthält ein Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, aber keiner dieser Begriffe enthält ein Recht des Kindes oder des andern Elternteils, die Wahl des Lebensortes durch einen Elternteil mit zu bestimmen. Der Vorschlag des Bundesrates ist damit in den Eidgenössischen Räten festgefahren. 127

2. Die Verneinung des eigenen Prinzips durch das Gesetz

Stellt man sich auf den erwähnten Grundsatz, der noch durch Art. 301 Abs. 1 ergänzt wird, so ist für die Verlegung des Aufenthalts des Kindes eine Entscheidung beider Träger der elterlichen Sorge notwendig. Indessen zeigt der Absatz 2 von Art. 301a, dass dem nicht so ist. Es gibt nämlich nur zwei Fälle, wo der die elterliche Sorge gemeinsam ausübende Elternteil (der auch über die Obhut verfügt), die Zustimmung des andern Elternteils erhalten muss. Es gibt keinen Bezug zum ersten Absatz, zu dem sich der Absatz 2 in klarem 128

¹¹⁵ Es ist keine Erläuterung zum Begriff des Aufenthalts gegeben worden. Es muss sich nicht unbedingt um einen gewöhnlichen Aufenthalt handeln, wie REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 760, meinen. Allerdings ist eine Abreise in die Ferien nicht erfasst. Die Idee ist der «Umzug». Man kann sich an den Begriff des Aufenthalts in Art. 25 Abs. 1 ZGB anlehnen.

¹¹⁶ Cf. REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 762 f.

Widerspruch befindet. Wenn beide Eltern wirklich über das Aufenthaltsbestimmungsrecht verfügen sollen, dann würde das nach deren beiden Einverständnis in allen Fällen verlangen. Wenn man nicht so weit gehen will, dann wird der Grundsatz entsprechend inhaltslos – eine Täuschung.

- 129 Der eigenartige Eindruck, den Art. 301a schafft, entspringt zwei Zielen, die manchmal nicht vereinbar sind. Zum einen will man beruhigen, indem man unterstreicht, dass die gemeinsame elterliche Sorge einen Elternteil nicht an der Wahrnehmung ihrer Niederlassungsfreiheit hindern soll¹¹⁷. Diese Absicht ist im Parlament mit Nachdruck wiederholt worden.¹¹⁸ Dies soll allerdings nur insofern gelten, «als der neue Aufenthaltsort keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat»¹¹⁹. Diese beiden Ziele können in gewissen Fällen nebeneinander bestehen. Aber in andern Fällen kann die Verlegung der Niederlassung in «Freiheit» nicht anders möglich sein, als die Wahrnehmung der elterlichen Sorge des andern Elternteils zum Kind zu beeinträchtigen.¹²⁰
- 130 Zum Anfang, wenn man der Frage gegenübersteht, muss man den Absatz 2 lesen und den Absatz 1 vergessen, zumindest für eine gewisse Zeit.

B. Die Fälle, bei denen die Zustimmung des anderen Elternteils verlangt wird

1. Neuer Aufenthaltsort des Kindes im Ausland

- 131 Die erste Situation, die zu beurteilen ist, betrifft die Absicht des obhutsberechtigten Elternteils, den Aufenthalt des Kindes (und seinen eigenen) ins Ausland zu verlegen (Abs. 2 lit. a).¹²¹ Dazu braucht es die Zustimmung des andern Elternteils, der ebenfalls am Sorgerecht Anteil hat.

¹¹⁷ BBI 2011, 9093.

¹¹⁸ Vgl. AB NR 2012, 1654 (SOMMARUGA), 1655 (VON GRAFFENRIED); AB SR 2013, 5 (STADLER), 13 (SEYDOUX-CHRISTE), 14 (SOMMARUGA).

¹¹⁹ BBI 2011, 9093.

¹²⁰ Der Art. 301a ist denn auch als «hochgradig widersprüchlich» beurteilt worden: REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 761.

¹²¹ Es wird hier nicht auf den Fall eingegangen, dass das Kind allein ins Ausland ziehen soll. Der Fall ist selten und die Probleme im Wesentlichen dieselben, ausser dann, wenn es sich um eine Unterbringung bei Dritten handelt (vgl. Art. 33 des Haager Übereinkommens von 1996).

Über die Modalitäten der Zustimmung steht im Gesetz nichts. Sie kann somit auch mündlich oder stillschweigend erfolgen, wobei zu beachten ist, dass der Beweis des Einverständnisses dann manchmal schwierig zu erbringen ist. Das Gesetz schreibt auch nicht vor, dass die Zustimmung vor dem Umzug des Kindes gegeben werden müsse. Zwar heisst es, dass der Wechsel des Aufenthaltsorts der Zustimmung bedarf, doch wird damit eine nachträgliche Zustimmung nicht ausgeschlossen. 132

Der Wille des Gesetzgebers geht klar dahin, dass es eine Entführung zu verhindern gilt und dass die neue Regel bestätigt, dass der Elternteil, der sie nicht beachtet, eine widerrechtliche Entführung im Sinne des Haager Übereinkommens von 1980 zu verantworten hat. Die Absicht ist richtig, doch um sie umzusetzen, hätte der Grundsatz von Absatz 1 bei weitem ausgereicht. Die Anforderung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthalts des Kindes muss mit den gleichen Voraussetzungen des Abkommens in Bezug gesetzt werden, welche bei einer Zustimmung zum Umzug zur Folge haben, dass das Kind nicht zurückgeführt werden muss. Es trifft zwar zu, dass diese Voraussetzungen nicht direkt mit der Definition der Widerrechtlichkeit der Entführung verbunden sind, doch ist es nahe liegend, darauf im Rahmen des Buchstabens a von Art. 301a Abs. 2 Rücksicht zu nehmen, da diese Bestimmung bezweckt, einem Fall vorzubeugen, bei dem das Kind gemäss dem Übereinkommen in die Schweiz zurückgeführt werden müsste. Der Art. 13 Abs. 1 lit. a des Abkommens anerkennt die Zustimmung und die nachträgliche Genehmigung als Gründe, um die Rückkehr zu verweigern. Diese Bedingungen müssen strikt ausgelegt werden.¹²² Davon sollte man sich im Rahmen der Anwendung des Zustimmungserfordernisses von Art. 301a Abs. 2 leiten lassen, denn es soll dem einen oder andern Elternteil nicht die Möglichkeit eröffnet werden, mit den Unklarheiten eines Einverständnisses herumspringen, das nicht klar und deutlich gegeben worden ist.¹²³ 133

¹²² Vgl. BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 247 f.

¹²³ Ebenfalls sollte man den Fall ausklammern, wo in Anbetracht der Nähe des neuen Lebensortes des Kindes in der Grenzregion keinerlei Beeinträchtigung der Ausübung der Obhut oder der Betreuung auftreten kann. Das Bundesgericht hat allerdings eine widerrechtliche Entführung angenommen, als die zurückgelegte Distanz von Frankreich nach der Schweiz nur 10 km betrug und die Kinder tatsächlich dem Arbeitsort des Vaters näher kamen, so dass keine eigentliche Verletzung der Elternrechte des Vaters festzustellen war (BGE 134 III 88 ff., AJP 2008, 478). Man sollte erwarten können, dass das Bundesgericht einen solchen unglücklichen Entscheid nicht wiederholen wird.

- 134 Da das Erfordernis der Zustimmung den Zweck verfolgt, eine Kindesentführung zu vermeiden, sollte davon abgesehen werden, wenn sich der betroffene Elternteil um die wirkliche Ausübung seines auf die elterliche Sorge gestützten Betreuungsrechts gar nicht richtig gekümmert hat. Denn in einem solchen Fall handelt es sich auch nicht um eine Entführung, die nach dem Abkommen die Rückkehr des Kindes veranlassen kann (Art. 3 Abs. 1 lit. b, 13 Abs. 1 lit. a). Ein solcher Elternteil soll auch nicht über ein Vetorecht gegenüber dem Wegzug des Kindes verfügen.
- 135 Indessen wird das neue Recht vor den ausländischen Behörden zu erläutern sein. Das Übereinkommen definiert als eine widerrechtliche Entführung das Verhalten, mit dem das «Sorgerecht» im Sinne von Art. 5 lit. a verletzt wird, wozu das Recht gehört, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wobei die französische Originalversion nicht etwa von «autorité parentale», sondern vom «droit de garde» spricht. Es wird also darzulegen sein, dass dieses staatsvertragliche «droit de garde» als autonomer Rechtsbegriff das umfasst, was im neuen Recht zum elterlichen Sorgerecht gehört, und dass die «Sorge für die Person des Kindes» auch zumindest teilweise zu diesem Recht gehört (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Im Blick auf die Originalsprache wird somit paradoxerweise zu erklären sein, dass das Aufenthaltsrecht, das in der Schweiz dem Obhutsrecht entzogen und der elterlichen Sorge zugeteilt wurde, gleichwohl noch ein «droit de garde» im Sinne der Konvention darstellt.

2. Umzug in der Schweiz

- 136 Die andere Situation ist neu. Es geht darum, dass man die gleiche Anforderung der Zustimmung des andern Elternteils vorsieht, wenn «der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat» (lit. b). Man überträgt somit das Verbot, ins Ausland zu ziehen, auf das schweizerische Territorium, allerdings mit der zusätzlichen Voraussetzung, dass dabei mit «erhebliche Auswirkungen» auf die Ausübung der elterlichen Sorge des andern Elternteils zu rechnen ist, wobei eigenartigerweise weder die Betreuung des Kindes, noch die Änderungen, die sich in Bezug auf die Unterhaltskosten ergeben können, erwähnt sind. Wenn man allein die Frage nach dem Aufenthalt des Kindes betrachtet, so ist eine solche Anforderung rechtlich möglich, denn der Entscheid darüber gehört ja zur gemeinsamen elterlichen Sorge.

Die Antwort lautet anders, wenn man die Situation so betrachtet, wie sie normalerweise in der Praxis auftritt, wenn das Kind mit dem obhutsberechtigten Elternteil gemeinsam umzieht. Worin liegt die rechtliche Grundlage dafür, dass sich der andere Elternteil nicht nur dem Wegzug des Kindes, sondern auch der Abreise des Elternteils widersetzen kann, der sich um das Kind kümmert? Das elterliche Sorgerecht gibt dafür nichts her, denn dieses ist nur für die Lokalisierung des Aufenthalts des Kindes einschlägig, nicht aber für die Bestimmung des Lebensortes des Elternteils, der die Obhut ausübt. Der neue Art. 301a bezieht sich ausschliesslich auf die Wirkungen der elterlichen Sorge auf den Aufenthalt des Kindes; dieser Begriff, der allein zum Kindesrecht gehört, gibt keine rechtliche Grundlage dafür her, um den Wegzug eines Elternteils ohne die Zustimmung des andern zu verhindern. Das bedeutet, dass die im Absatz 2 verlangte Zustimmung auf das Kindeswohl abgestützt sein muss. Insoweit als der andere Elternteil seine Weigerung auf Gründe stützen wollte, die mit der Situation des Kindes und seiner Beziehung zum Kind nichts zu tun haben, würde er den Rahmen sprengen, innerhalb dessen sein Recht zur Ablehnung rechtsgültig sein kann. Wenn etwa mit dem Veto zum Umzug hauptsächlich beabsichtigt ist, den obhutsberechtigten Elternteil am Wegzug zu hindern, obwohl dieser dafür gute Gründe hat, wie eine neue Arbeitsstelle, die Rückkehr in den Herkunftskanton oder die Absicht, eine neue Familie zu gründen, so hat die Ablehnung keinerlei rechtliche Grundlage, solange als nicht feststeht, dass unter den Umständen des konkreten Falles die Wahrung des Kindeswohls danach verlangt, dass der Umzug nicht stattfindet, trotz den guten Absichten, die dem Projekt des obhutsberechtigten Elternteils zu Grunde liegen. Es ist damit zu rechnen, dass diese Fragen zu Kontroversen Anlass geben werden, und dass sich die Eltern damit noch vor dem Richter oder der Kindesschutzbehörde auseinandersetzen werden. Darauf wird zurückzukommen sein.

Es ist hier sogleich anzufügen, dass es sich bei der Zustimmung des andern Elternteils im Sinne des Absatz 2 von Art. 301a nicht einfach um eine Rechtshandlung geht, die dem freien Willen dieses Elternteils überlassen bleibt. Dieses Einverständnis zählt zur Ausübung der elterlichen Sorge, zu der das Aufenthaltsbestimmungsrecht gehört. Dieses Recht ist gleich wie die Sorge selbst als «Pflichtrecht» zu verstehen¹²⁴ – ein Konzept, das der Gesetzgeber nicht ändern wollte¹²⁵. Die Zustimmung zum Aufenthaltswechsel

¹²⁴ Vgl. BGE 136 III 356.

¹²⁵ BBI 2011, 9087; AB SR 2013, 6 (SOMMARUGA).

ist gleichermassen rechtlich eingerahmt. Das bedeutet, dass dieses Erfordernis nicht so umgesetzt werden darf, dass es die Autonomie des obhutsberechtigten Elternteils in einer Weise einschränkt, dass dessen Beziehung zum Kind Schaden nehmen würde, wenn er daran gehindert wäre, sein Lebensprojekt zu verwirklichen.

- 139 Der Umzug des Kindes setzt die Zustimmung nur voraus, wenn er «erhebliche Auswirkungen» haben sollte. Es handelt sich um einen Tatsachenbegriff. Die Auswirkungen sind nur erheblich, wenn sie die Beziehung zwischen dem Kind und dem andern Elternteil beeinträchtigen. Es geht nicht einfach um eine Frage der Distanz oder der geographischen Entfernung. Neben der Distanz kann auch der Wechsel in eine andere Sprachregion ein seriöses Problem schaffen¹²⁶; das Kind, das seinen Aufenthalt mit seiner Tessiner Mutter von Luzern nach Bellinzona verlegt, könnte seinen Umgang mit der deutschen Sprache verlieren, auch wenn sich der Vater aus dem Luzern noch so Mühe gibt. Wenn dieser Vater aber seinen Anteil an der Betreuung des Kindes oder sein Besuchsrecht nur in begrenztem Masse ausübt, so sind auch die Auswirkungen des Umzugs des Kindes im gleichen Verhältnis weniger erheblich.¹²⁷
- 140 Absatz 2 stellt das Erfordernis der Zustimmung vor den Moment, wo der Umzug stattfinden soll. Es wird sich damit eine Quelle für unangenehme Streitigkeiten über die Natur und Intensität der Beziehungen zwischen dem Kind und dem andern Elternteil eröffnen.

3. Die Entscheidung des Gerichts oder der Behörde

a. Zweck

- 141 Absatz 2 von Art. 301a lässt noch hoffen, dass das Hindernis der Weigerung des andern Elternteils durch die «Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde» überwunden werden kann oder gar, dass bei vollendeten Tatsachen ein solcher Entscheid die Rückkehr an den Ausgangspunkt anordnen kann. Nach welchem Recht und gestützt auf welche Bedingungen wird die mit einem Antrag auf Gutheissung des Wechsels des Aufenthalts des Kindes befasste Behörde entscheiden? Gewiss wird immer wie eine Ba-

¹²⁶ Vgl. BGE 136 III 357.

¹²⁷ Vgl. auch DUREL, ZKE 2013, 218.

nalität darauf verwiesen, der Entscheid habe sich «dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren»¹²⁸. Diese Richtschnur ist aber ungenügend, weil auch die persönliche und wirtschaftliche Situation des obhutsberechtigten Elternteils betroffen ist. Unter dem Blickwinkel des Kindeswohls können mehrere Lösungen ins Auge gefasst werden, die alle die Person des Kindes respektieren. Das Kind allein kann also nicht den Grund dafür liefern, warum die Zustimmung zum Wegzug gegeben oder verweigert werden soll.

Die Beurteilung dieser Frage wird davon auszugehen haben, ob mit «erheblichen Auswirkungen» des Umzugs des Kindes auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil zu rechnen ist. Solche Auswirkungen reichen nicht unbedingt dafür aus, die Abreise des Kindes zu verneinen, um dessen Wohl zu wahren. Diese Auswirkungen können oft vermieden oder zumindest dadurch unerheblich gemacht werden, dass die Regelung der Ausübung des Sorgerechts angepasst wird – wie das in Absatz 5 vorgesehen ist, worauf noch zurückzukommen sein wird. Ist trotz der Mühe um solche Anpassungen doch mit einem erheblichen Verlust an der Substanz der Beziehung des andern Elternteils zum Kind zu rechnen, so wird die Abwägung unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gegenüberstellen, zum einen die Auswirkungen einer Ablehnung des Umzugs für den obhutsberechtigten Elternteil und, als Reflexwirkung, für das Kind, und zum andern die Folgen für die Beziehung des andern Elternteils zum Kind für den Fall, dass das Projekt gutgeheissen wird. Abgesehen von Ausnahmefällen wird diese Abwägung mit einer Gutheissung des Wechsels des Aufenthaltsorts des Kindes enden. Vergleicht man das Gewicht der beidseitig anstehenden Unannehmlichkeiten, so wird sich der Verzicht des obhutsberechtigten Elternteils auf sein Projekt in der Regel als schwerwiegender erweisen als die Anpassungen, die auf der Seite der Beziehungen zwischen dem Kind und dem andern Elternteil erfolgen sollten. Das bedeutet aber auch, dass die Interessen dieses andern Elternteils dann überwiegen müssen, wenn es beim Umzug im Wesentlichen darum geht, ihm eine Sanktion zu erteilen, indem seine Möglichkeiten zur Betreuung und zum Besuch des Kindes eingegrenzt werden.¹²⁹ Solche Fälle gibt es, doch gehören sie zur kleinen Minderzahl der Situationen.

142

¹²⁸ BBI 2011, 9108.

¹²⁹ Das Bundesgericht hat solche Fälle schon unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs beurteilt, wenn etwa der alleinige Obhutsinhaber ins Ausland ziehen will, ohne dafür einen plausiblen Grund zu haben oder wenn der einzige Zweck darin besteht, Kontakte zwischen dem Kind

- 143 Es mag aber sein, dass der blosser Text von Absatz 2 diese Auslegung nicht unbedingt stützt. Ursprünglich war ja der Bundesrat der Meinung, dass es auch denkbar sei, «dass das Gericht einen Wegzug verbietet oder für diesen Fall eine Um- bzw. Fremdplatzierung des Kindes anordnet».¹³⁰ Die oberflächliche Analyse lässt erschrecken. Man wollte also eine Mutter daran hindern, von Freiburg nach Graubünden zu ziehen, wo sie eine Arbeit gefunden hat, und, wenn das nicht gelingt, ihr das Kind wegnehmen, mit der Folge einer Platzierung bei Dritten? Man wollte das Kind von seiner Mutter trennen und, wenn der Vater nicht verfügbar ist, es letztlich beiden Eltern vorenthalten, und das unter dem Vorwand des Kindeswohls? Was für eine Geisteshaltung muss doch diejenigen beeinflussen, die für den Bundesrat die Feder führen!
- 144 Glücklicherweise ist diese drakonische Vision in den Beratungen der Eidgenössischen Räte gleich mehrfach korrigiert worden. Zum einen ist eingewendet worden, dass es in unserem kleinräumigen Land mit gut ausgebauter Verkehrsinfrastruktur mit gutem Willen und unter Anpassung der persönlichen Prioritäten möglich sein muss, «faktisch die gemeinsame elterliche Sorge auch bei grösseren geografischen Distanzen wahrzunehmen».¹³¹ Das Bundesgericht hatte bereits festgehalten, dass der blosser Tatbestand der Einschulung an neuen Ort, im In- oder Ausland, für sich genommen kein Nachteil für das Kind mit sich bringt, auch wenn das Integrations- und Sprachschwierigkeiten mit sich bringt.¹³²
- 145 Hinzugekommen sind Stimmen, die zur Einsicht in die Realitäten mahnten. «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.»¹³³ Das im Absatz 2 enthaltene Recht ist somit nicht an eine Sanktion gekoppelt, welche dessen Beachtung garantieren würde.¹³⁴

und dem andern Elternteil zu vereiteln (BGE 136 III 357 f.; BGer, 10. August 2012 (5A_369/2012, E. 3.1)).

¹³⁰ BBI 2011, 9108.

¹³¹ MARKWALDER, AB NR 2012, 1652.

¹³² BGE 136 III 358.

¹³³ SOMMARUGA, AB SR 2013, 14, AB NR 2012, 1654, 1655. In gleichem Sinne: STADLER, AB SR 2013, 5; SEYDOUX-CHRISTE, AB SR 2013, 13.

¹³⁴ REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 763 f.

Unter diesen Umständen lässt sich fragen: Was soll dann der Entscheid, den ein Elternteil gemäss Absatz 2 einholen kann? Ein solcher Schritt kann sicher dazu dienen, einen Antrag zu unterstützen, der letztlich auf eine befriedigende Neuregelung der Beziehungen abzielt, ohne sich dabei Illusionen darüber zu machen, dass der Umzug abgelehnt werden könnte. Das wollte eine Minderheit im Ständerat anstreben, doch blieb sie ohne Erfolg. Der Absatz 2 wäre gestrichen und der Absatz 1 mit einer Regel ergänzt worden, wonach sich die Eltern im Falle eines geplanten Wechsels des Aufenthalts über die Regelung ihrer Beziehungen einigen, und wenn das nicht möglich ist, das Gericht oder die Kindesschutzbehörde beigezogen werden kann.¹³⁵ 146

Neben dieser strategischen Absicht ist noch auf zwei ergänzende Zwecke aufmerksam zu machen. 147

b. Massnahmen zur Verhinderung des Wegzugs

Absatz 2 von Art. 301a betrifft einen sehr punktuellen Entscheid. Es wird vom Gericht oder der Behörde nicht verlangt, dass die Ausübung der elterlichen Sorge allgemein überprüft werden soll, sondern nur, ob der Plan, den Aufenthaltsort des Kindes zu verlegen, gutzuheissen ist oder nicht. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass das Interesse des Kindes zwingend danach verlangt, dass es seinen Lebensort behalten kann und nicht wegziehen muss. Das gilt für das Kind, das kurz vor dem Abschluss einer Schulphase oder einer Lehre steht oder das bald volljährig wird. Man kann auch an das Kind denken, das in der Nähe einer Klinik wohnt, wo es eine unverzichtbare Pflege erhält, die man ihm nicht leisten könnte, wenn es zu weit weg von einem ärztlichen Spitzendienst leben müsste. Es gibt auch den im Gefängnis lebenden Vater, für den der Wegzug des Kindes bedeuten würde, dass seine Besuche weniger häufig sein werden und schwieriger zu organisieren sind. Sollte der obhutsberechtigte Elternteil am Wegzug festhalten, kann die 148

¹³⁵ «Wird die elterliche Sorge von den Eltern gemeinsam oder von einem der beiden Elternteile ausgeübt und will ein Elternteil seinen Aufenthaltsort oder jenen des Kindes wechseln, so einigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über den persönlichen Verkehr und die direkten Kontakte des Kindes mit den beiden Elternteilen und über die Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge durch den andern Elternteil. Können sie sich trotz Mediation nicht einigen, kann das Gericht oder die Kindesschutzbehörde beigezogen werden.» (AB NR 2013, 13). Abgesehen von Details und dem Hinweis auf die Mediation entsprach dieser Text einem Vorschlag, den 20 Professoren des Familienrechts aus allen Schweizerischen Rechtsfakultäten eingereicht haben. Im gleichen Sinne im Hinblick auf das französische Recht, SOSSON, FamPra.ch 2013, 419 f.

damit befasste Behörde einen ablehnenden Entscheid treffen. Doch wird es nicht dabei bleiben. Denn das blosse behördliche Veto kann das Risiko einer Abreise nicht ausräumen. Es wird deshalb eine Schutzmassnahme zu verfügen sein, mit der dem obhutsberechtigten Elternteil untersagt wird, den Lebensort des Kindes über einen bestimmten Raum hinaus zu verlegen. Dabei verlässt die Behörde aber den Art. 301a Abs. 2 und entscheidet auf der Grundlage von Art. 307 ZGB.¹³⁶

- 149 Eine andere Massnahmen ist in der Praxis zur Prävention von Kindesentführungen entstanden. Gilt es, den Wegzug des Kindes ins Ausland zu verhindern, so kann die Behörde anordnen, dass das Kind das schweizerische Territorium nicht verlassen darf und sie kann ihren Entscheid mit den nötigen Schutz- und Präventivanordnungen ergänzen.¹³⁷ Dafür verfügt sie über eine Rechtsgrundlage, denn in einem solchen Fall besteht das Risiko, dass die Beziehung zum andern Elternteil abbricht oder unglücklich beeinträchtigt wird, weil das Kind einer anderen Regelung unterworfen sein könnte, wenn die elterliche Sorge und alles, was dazu gehört, vor einem ausländischen Gericht nach einem andern Recht geregelt werden sollte. Deshalb sieht das Haager Übereinkommen von 1980 ein Rückführverfahren vor und deshalb können Massnahmen getroffen werden, damit es gar nicht soweit kommt, oder schlimmer noch, dass keine Entführung in einen Nicht-Vertragsstaat erfolgt, wobei die Rückkehr leider oft nur noch der Hoffnung überlassen bleibt. In einer solchen Situation kann die Behörde ihre Zustimmung zum Wegzug verweigern. Doch wird ein solcher Entscheid nur wenig Eindruck machen, wenn er nicht durch Massnahmen ergänzt ist, die einer zwangsweisen Abreise präventiv entgegenwirken. Das Schweigen des Gesetzgebers zu solchen Massnahmen oder zur blossen Möglichkeit, dass sie von der Behörde in einem Fall im Zusammenhang mit dem Buchstaben a von Absatz 2 getroffen werden können, ist zu bedauern. Wichtig ist der Hinweis, dass sie den Gesetzgeber zwar nicht interessiert haben, dass sie aber deswegen nicht etwa abgeschafft worden sind. Es gilt auch hier, dass die Abreise nach dem Absatz 2 von Art. 301a verweigert werden kann, dass jedoch die Massnahmen, die die Wirksamkeit dieses Entscheids schützen, von Art. 307 Abs. 3 ZGB abhängen. Solche Anordnungen sind jedoch besser vor dem Moment

¹³⁶ BGE 136 III 358 f.

¹³⁷ Vgl. BGE 135 III 574 f.; 136 III 357–359, 362; BGer, 30. März 2011 (5A_830/2010, E. 4); BGer, 10. August 2012 (5A_369/2012, E. 3); BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 18.

zu treffen, wo die Wegzugspläne Form annehmen und einen Antrag nach Art. 301a Abs. 2 zur Folge haben.

c. Welche Sanktion im Falle der Verweigerung?

Wie bereits erwähnt, gibt es keine Sanktion. Der Gesetzgeber hat deutlich gemacht, dass es nicht darum gehen kann, einen Umzug zu verhindern, und dass deshalb auch nicht daran zu denken ist, Massnahmen für die Rückkehr zu treffen. Art. 301a sieht keine solche Massnahmen vor, und der Absatz 5 befasst sich allein mit der Anpassung an die neue Situation. Das Gesetz legt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern fest, aber es zeigt keinen Rechtsweg auf, um eine Rückkehr zum «status quo ante» durchzusetzen. Absatz 2 eröffnet die Gelegenheit, von der zuständigen Behörde eine ablehnende Reaktion einzuholen, doch enthält deren Entscheid keinen Zusatz darüber, dass die Rückkehr einzuleiten ist, sollten die Adressaten nicht Folge leisten. 150

Wollte man so weit gehen, dann müssten Umstände von solcher Schwere eintreten, dass die Rückkehr des Kindes als Kindeschutzmassnahme unausweichlich ist. Das ist eher unwahrscheinlich, wenn die Behörde ihren ablehnenden Entscheid nicht bereits mit einer begleitenden Massnahme ergänzt hat, die die Abreise des Kindes wirksam verhindern soll. 151

Auf der internationalen Ebene ist es anders, denn dort zieht die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts in den Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens von 1980 eine im Allgemeinen wirksame Sanktion nach sich. Die Rückkehr des Kindes stützt sich dann aber auf dieses Abkommen und nicht auf Art. 301a. Diese Bestimmung beschränkt sich darauf, jedem Inhaber des elterlichen Sorgerechts dieses Recht zu geben, dessen Verletzung eine Widerrechtlichkeit nach Art. 3 des Abkommens mit sich bringt. 152

Einmal an diesem Punkt angelangt, so scheint es so, dass der Entscheid, den Wegzug nicht gutzuheissen, ohne direkte Sanktion stehen bleibt, abgesehen von Schutzmassnahmen, die sich auf Art. 307 ZGB stützen. Darauf wird zurückzukommen sein. 153

Das Erwachen könnte schmerzlich sein. Denn man wollte diese Weigerung doch mit einem Mittel ergänzen, das dessen Respekt erzwingen kann. Da der Absatz 2 des Art. 301a den Wechsel des Aufenthalts des Kindes von der Zustimmung des andern Elternteils oder einer behördlichen Entscheidung abhängig macht, hält er auch von Gesetzes wegen fest, dass die Nicht- 154

Beachtung dieses Erfordernisses den Wegzug des Kindes widerrechtlich macht.¹³⁸ Man fragt sich allerdings, was der Nutzen einer solchen Regel sein soll, wenn man ihr durch vollendete Tatsachen ausweichen kann und auch keine Anordnung zur Rückkehr an den Ausgangspunkt ergehen wird.

- 155 Indessen ist gesagt worden, das sei nützlich für den Strafrichter.¹³⁹ In der Tat gilt es, neben dem Art. 301a den Art. 220 StGB über das «Entziehen von Minderjährigen» nicht aus den Augen zu verlieren. Der dort definierte Straftatbestand, der eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe nach sich zieht, wird sich nicht mehr auf denjenigen beziehen, der «eine minderjährige Person dem Inhaber des Obhutsrecht entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben», sondern auf die Handlung des Täters, der «eine minderjährige Person dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben». Statt den Ausdruck «Obhutsrecht» durch «Obhut» zu ersetzen, wie das bei Art. 25 ZGB geschah, wird der Tatbestand direkt an das Aufenthaltsbestimmungsrecht geknüpft.¹⁴⁰ Es könnte sich daraus ergeben, dass der Straftatbestand darin besteht, dass der Absatz 2 von Art. 301a ZGB verletzt worden ist, weil ein Umzug stattgefunden hat, der nicht vorgängig vom andern Elternteil oder der Behörde gutgeheissen worden ist.
- 156 Die neuere Rechtsprechung zu Art. 220 StGB hat das Kriterium der elterlichen Sorge ins Zentrum gerückt.¹⁴¹ Das Besuchsrecht ist als solches nicht geschützt, ausser dann, wenn es gerichtlich geregelt worden ist.¹⁴² Um von Art. 220 StGB erfasst zu werden, muss die Beeinträchtigung des Besuchsrechts für das Opfer zumindest einen Eingriff in gewisse Anrechte bedeuten, die zur elterlichen Sorge gehören.¹⁴³ Das Bundesgericht hat aber auch deut-

¹³⁸ Vgl. SOMMARUGA, AB SR 2013, 14, in Beantwortung eines Minderheitsvorschlags, der den Absatz 2 von Art. 301a nicht enthielt, es bestehe insofern eine Lücke – was nicht zutrifft, denn der Vorschlag hielt am Absatz 1 fest, der hierfür völlig ausreicht.

¹³⁹ SOMMARUGA, AB SR 2013, 14.

¹⁴⁰ Es scheint sich nicht um einen Irrtum zu handeln. Die Berichterstatterin erläuterte, dass der Austausch geschehe, wie das bereits vorhin getan wurde (SEYDOUX-CHRISTE, AB SR 2013, 16), womit an den Ersatz von «droit de garde» durch «garde» im französischen Text von Art. 25 ZGB verwiesen werden sollte, doch wurde in diesem letzteren Zusammenhang auch ausgeführt, dass der Ausdruck «droit de garde» durch den Begriff des Aufenthaltsbestimmungsrechts ersetzt werde (*ibidem*, 7).

¹⁴¹ Vgl. zuletzt die Zusammenfassung in BGer, 19. November 2012 (2C_397/2012, E. 4.3.3), Semaine judiciaire 2013 I, 136.

¹⁴² BGE 136 III 360 f.

¹⁴³ Zit. BGer, 19. November 2012 (2C_397/2012, E. 4.3.3), Semaine judiciaire 2013 I, 139.

lich gemacht, dass durch diese Begriffe letztlich vor allem das Recht, den Aufenthalt oder den Wohnsitz des Kindes zu bestimmen, geschützt werden soll.¹⁴⁴ Um dem Straftatbestand des Art. 220 StGB in seiner neuen Fassung einen vernünftigen Sinn zu geben, sollte das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur in den Grenzen, die ihm tatsächlich in Art. 301a ZGB gesetzt sind, anerkannt werden. Diese Grenzen ergeben sich aus dem Absatz 2 von Art. 301a, der dieses Recht von der doppelten Bedingung abhängig macht, dass weder die Zustimmung des andern Elternteils noch ein positiver Entscheid der Behörde erhältlich war. Es wäre nicht richtig, den Straftatbestand an die blosse Nicht-Beachtung von Art. 301a Abs. 1 anzuknüpfen, denn insofern gibt es keinerlei Anwendungsnorm, da dafür Absatz 2 allein gilt. So wie es das Bundesgericht erwähnt hat, kann man nicht strafrechtlich verfolgen, was zivilrechtlich erlaubt ist.¹⁴⁵ Der bessere Rat wäre gewesen, das auch so zu sagen, statt eine Unzahl von Drohungen mit dem Art. 220 StGB zu provozieren, ohne zu beachten, was da eigentlich gemeint ist, nur weil sich damit ein Familienstreit erst recht vertiefen lässt. Letzten Endes könnte es die strafrechtliche Waffe sein, die die familienrechtliche Aufenthaltsregelung von Art. 301a erst richtig griffig werden lässt. Um da zu bestehen, wird dem obhutsberechtigten Elternteil nichts anderes übrig bleiben, als sich möglichst schnell einer Anpassung der familienrechtlichen Beziehungen zu unterwerfen (Abs. 5), und zwar so, dass er nachträglich auch die Genehmigung des Wegzugs erhält (Abs. 2).

C. Der Elternteil ohne elterliche Sorge

Der Umkehreffekt von Art. 301a Abs. 1 kommt voll zum Tragen, wenn nur ein Elternteil die elterliche Sorge innehat. Will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so entscheidet er allein. Alles, was Absatz 3 von ihm verlangt, ist, den andern Elternteil «rechtzeitig» zu informieren. Da er diese Information geben soll, wenn er den Wechsel vornehmen «will», lässt sich annehmen, dass er das vor dem Umzug tun muss. Besser wäre gewesen, das auch zu sagen. Die Tatsache, dass das nicht geschah und dass der recht unbestimmte Ausdruck «rechtzeitig» verwendet wird, zeigt, dass der nicht sorgeberechtigte Elternteil nicht intervenieren soll, um den Wegzug zu verhindern, ob dieser in der Schweiz oder ins Ausland erfolgt. Die Informationspflicht gilt

¹⁴⁴ BGE 136 III 360, 361.

¹⁴⁵ BGE 136 III 361.

als Anregung zum Dialog der Eltern, um die nötigen Anpassungen in den Beziehungen zum Kind vorzunehmen und sich gegebenenfalls an die zuständige Behörde zu wenden. Das kann allenfalls auch noch nach dem Umzug geschehen. Der obhutsberechtigte Elternteil wird sicher nicht auf den Entscheid der Behörde warten, bis er sein Projekt umsetzt. Das Fehlen einer an sich zu bedauernden vorgängigen Information stellt somit keinen Grund dar, um die Verlegung des Aufenthaltsorts des Kindes hinauszuzögern. Der Absatz 3 stellt eine Regel über das «gute Verhalten» dar, die keine Folge oder Sanktion nach sich zieht, wenn sie nicht beachtet wird. Im Übrigen wird der andere Elternteil, wenn er regelmässig sein Besuchs- und Kontaktrecht ausübt, ohnehin von den Vorbereitungen für den Umzug Wind bekommen.

- 158 Absatz 3 ist wichtig durch das, was er nicht ausdrücklich sagt. Neben seinem Recht, informiert zu werden, hat der andere Elternteil am Entscheid, den Aufenthalt des Kindes zu verlegen, keinen Anteil. Er kann über das Recht auf persönliche Beziehungen, ja darüber hinaus über eine gewisse Verantwortung an der Betreuung verfügen, aber der Entscheid über den Wegzug des Kindes ist ihm völlig entzogen.
- 159 Die Wahl des Gesetzgebers steht insoweit fest, doch bleibt ein Fall, der Probleme schafft. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass gegenüber einem allein sorgeberechtigten Elternteil vorgesehen werden kann, dass er sein Obhutsrecht nicht über die Grenzen eines bestimmten Territoriums ausüben darf, wobei es sich um eine bestimmte Region oder um die ganze Schweiz handeln kann. Diese Anweisung schafft als Reflexwirkung einen Anspruch des andern Elternteils, der nicht sorge- oder obhutsberechtigt ist, denn er ist deren Nutzniesser. Er soll deshalb deren Einhaltung verlangen können, unter Vorbehalt einer späteren Änderung, gestützt auf eine Einigung der Eltern oder kraft richterlichem Entscheid.
- 160 Das neue Recht sagt kein Wort zu dieser Möglichkeit. Sie scheint nicht positiv als eine Modalität des Sorgerechts berücksichtigt worden zu sein, das einem Elternteil allein zusteht, denn es heisst für den Fall der Scheidung, dass diese Sorge «alleinig», ja «exclusive» sei, wobei der Sinn dieser Begriffe nicht erläutert wird, sind sie doch beide überflüssig. Man wird die Lösung des Problems deshalb wohl im Zusammenhang mit der Obhut regeln müssen, mit der Massgabe, dass dann, wenn dies als Schutz- und Präventivmassnahme notwendig erscheint, die Obhut nur innerhalb gewisser territorialer Grenzen ausgeübt werden darf. Das lässt dann als Reflexwirkung in der Person des andern Elternteils einen Anspruch darauf entstehen, dass diese

Anordnung auch respektiert wird. Das wäre ein Recht «ad hoc», denn nach dem Verschwinden des Begriffs der rechtlichen Obhut kann man es nicht mehr daran anhängen. Es wird sich sicher gemäss einer weithin dominierenden Praxis um ein «droit de garde» im Sinne von Art. 5 der Kindesentführungskonvention von 1980 handeln. Noch muss es aber möglich sein, einen solchen Anspruch auch nach dem neuen Recht anzunehmen (was bedingt, dass in diesem Punkt keine «e contrario» Lesung von Art. 301a Abs. 1 erfolgt). Das ist weniger sicher, zumal die Bedingungen für eine Schutzmassnahme nach Art. 307 nicht immer erfüllt sind. Will man davon ausgehen, dass eine solche Einschränkung des Wohnbereichs des Kindes nicht mit dem elterlichen Sorgerecht verbunden werden kann, weil dieses «exklusiv» ist, so könnte man daran anknüpfen, dass das Gesetz die Obhut nicht anders definiert als mit dem Hinweis, es handle sich um einen tatsächlichen Begriff. Das schafft Raum für eine Anordnung, dass der obhutsberechtigte Elternteil den Ort seiner mit dem Kind geteilten Hausgemeinschaft nicht über ein gewisses Territorium hinaus verlegen darf. Eine solche Massnahme macht nur Sinn, wenn die daran interessierten Personen, nämlich der andere Elternteil und allenfalls das Kind, sich darauf berufen können. Es besteht deshalb doch noch ein Hoffnungsschimmer, dass die Eltern ohne Sorgerecht (in der Regel die Väter) einen minimalen Rechtsschutz erhalten, bevor ihnen ihre Kinder unglücklich ins Ausland entschwinden. Es wäre ganz besonders bedauerlich, wenn diesen Vätern der Schutz des Entführungsabkommens von 1980 entzogen würde, weil man annehmen wollte, dass das schweizerische Recht kein solches Sorgerecht im Sinne von Art. 5 kennt, das allein darauf beschränkt ist, an der Entscheidung über den Aufenthalt des Kindes teilzunehmen, und das nach dem neuen nationalen Recht nicht zum Begriff des Sorgerechts gehört.

Das Übergangsrecht könnte dem Problem noch ein besonderes Gewicht 161 geben, weil nach dem neuen Recht die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes unmittelbar zum Sorgerecht und nicht zur Obhut gehört. Der Begriff des Obhutsrechts wird verschwinden und mit ihm die daran anknüpfende Modalität der territorialen Begrenzung der Ausübung dieses Rechts, auch wenn diese Anweisung früher gerichtlich festgehalten wurde.

Im Grunde lässt sich die hier beim nicht sorgeberechtigten Elternteil auftretende Schutzlücke auf die These zurückführen, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht an das elterliche Sorgerecht gebunden werden müsse, ohne auch zulassen zu wollen, dass dieses Recht auch davon unabhängig bestehen kann. Der Elternteil, der über kein Sorgerecht verfügt, riskiert, dass er 162

nichts mehr zu sagen haben wird, obwohl er über das Recht auf persönliche Beziehungen zum Kind verfügt und er deshalb ein legitimes Interesse daran hat, dass diese Beziehungen nicht übermässig durch den einseitigen Entschluss des sorgeberechtigten Elternteils beeinträchtigt werden.¹⁴⁶ Der Irrtum lässt sich mit Hilfe einer theoretischen Beobachtung illustrieren: Jeder Bestandteil der Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern enthält eine räumliche Dimension, ohne die sich dessen Wirkungen nicht umsetzen lassen. Die elterliche Sorge, die Obhut, die Betreuung und das Besuchsrecht lassen sich nur sinnvoll umsetzen, wenn das Kind und der betroffene Elternteil nicht voneinander geographisch zu sehr entfernt sind. Will man diese Beziehung mit jedem ihrer Elemente schützen, so muss vermieden werden, dass eine solche Entfernung eintritt. Das neue Recht tut dies in Bezug auf die elterliche Sorge, mit der das Aufenthaltsbestimmungsrecht verknüpft ist, aber es tut das nicht für die anderen Elemente der Kindesbeziehung und vor allem das Recht auf persönlichen Kontakt.

- 163 Im Austausch zu seinem Recht, informiert zu werden, will Absatz 4 dem Elternteil, der am Entscheid über den Aufenthalt keinen Anteil hat, die «gleiche Informationspflicht» auferlegen, wenn er selbst seinen Wohnsitz wechseln will. Der obhutsberechtigte Elternteil scheint nur mässig von dieser Obliegenheit betroffen zu sein, da seine Informationspflicht ja schon in derjenigen betreffend den Wechsel des Aufenthalts des Kindes im Sinne von Absatz 2 enthalten ist; die Information wird somit noch in den andern Fällen zu liefern sein, wenn es sich um einen Wegzug auf kurze oder mittlere Distanz handelt. Allerdings muss man sich doch fragen, ob es sich hier nicht eher um eine Ehwirkung handelt, die von Art. 159 erfasst ist. Lässt es sich im Falle eines geschiedenen oder eines nicht verheirateten aber getrennt lebenden Paares rechtfertigen, eine solche Informationspflicht einzuführen, die ja die blossе Beziehung zum Kind bei weitem überschreitet? Man hat offenbar nicht daran gedacht, was allerdings auch nicht schlimm ist, denn die entsprechende Obliegenheit bringt keinerlei Sanktion mit sich, wenn die Information nicht ans Ziel gelangt.

¹⁴⁶ Vgl. auch REUSSER/GEISER, ZBJV 2012, 762, 764.

D. Die Anpassung der bestehenden Regelung

Da der Umzug des Kind bei fehlender Genehmigung nach Absatz 2 nicht zu verhindern ist und auch nicht rückgängig gemacht werden kann, wenn er bereits vollzogen ist, so bleibt nur noch die Aufgabe, die vollendeten Tatsachen in eine neue Regelung umzugliessen. Der Widerschall dieser Realität ist der Absatz 5 von Art. 301a, der zur Regelung der Situation «a posteriori» anleitet, nichts mehr. Es kommt nur dann zu einer Entscheidung, wenn sich die Eltern nicht verständigen können, um «eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge» zu erzielen, womit hauptsächlich eine Regelung «ex post» zu verstehen ist. Das Wort «Anpassung» bezieht sich auf eine Handlung in der Folge einer andern. Es geht nicht um eine Handlung mit dem Zweck, eine andere zu verhindern. Die Behörde wird angesprochen, um die Auswirkungen eines Wechsels des Aufenthalts des Kindes zu regeln, nicht etwa, um einzuschreiten, damit der Wechsel nicht erfolgt. Das gilt erst recht in den Fällen gemäss Absatz 3 und 4. 164

Wie sich das bereits aus Absatz 2 ergibt, bedeutet die Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge nicht, dass die Wirkungen einer Handlung zu korrigieren oder zu beseitigen wären, die bereits stattgefunden hat; es geht darum, diese Auswirkungen zu regeln. Absatz 5 hat somit nicht zum Zweck, eine rechtliche Grundlage für eine Anordnung zur Rückkehr zu geben, ebenso wenig wie der Absatz 2 in den dort anvisierten Fällen. 165

In Anbetracht der neuen Situation, die vom andern Elternteil manchmal als ein «fait accompli» empfunden wird, sind die Eltern deutlich angewiesen, sich über die Regelung der Folgen zu verständigen. Gelingt das nicht und besteht über gewisse Punkte noch ein Konflikt, der die Intervention einer Behörde notwendig macht, so kann einer von ihnen oder es können sich beide zusammen an den Richter (Scheidung oder Eheschutzmassnahmen) oder an die Kindesschutzbehörde wenden. Die ganze Palette der Wirkungen des Kindesverhältnisses kann so überprüft werden: elterliche Sorge, Obhut, persönliche Beziehungen, Unterhalt. Dazu gehört je nach Fall auch die Betreuung, die in den im Gesetz genannten Begriffen nicht immer enthalten ist. 166

Am Rande sei angemerkt, um es nicht zu kompliziert werden zu lassen, dass die Anpassung der Familienverhältnisse an die neue Niederlassung eines Teils der Mitglieder nicht nur die Situation des Kindes betrifft. Sind die Eltern verheiratet und leben nunmehr getrennt, so ist auch dieser Aspekt zu regeln. Das kann ein anderes Verfahren mit sich bringen, für das die zuständige Behörde und allenfalls auch der Gerichtsstand nicht gleich sind. Es gibt keinen 167

Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und die «Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren» (Art. 127 ZPO) ist in ihrer Handhabung unsicher.

- 168 Es versteht sich, dass dies in internationalen Fällen nicht einfacher ist, zumal die Schutzmassnahmen für das Kind und dessen Unterhalt nicht den gleichen Regeln über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht folgen.
- 169 Absatz 5 täuscht somit den Leser: Sehr oft entscheidet über die Anpassung der rechtlichen Situation nicht «das Gericht oder die Kindesschutzbehörde», sondern beide, und es ergeht nicht eine Entscheidung, sondern mehrere, deren Koordination nicht immer einfach ist.

E. Möglichkeit für antizipierende Entscheide?

- 170 Da Art. 301a das Schwergewicht auf die Anpassung an den Wechsel des Aufenthalts des Kindes legt, der bereits erfolgt ist, ist es nicht überraschend, dass man kaum oder nur mit der Lupe erkennen kann, ob es auch eine Möglichkeit gibt, um bereits antizipierend, bevor ein Konflikt ausbricht, eine Genehmigung zu einem Umzug zu erhalten, oder umgekehrt eine Weigerung, zusammen mit den ergänzenden Massnahmen, um einen Wegzug zu verhindern.

1. Die vorgeifende Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts

- 171 Absatz 2 enthält keine Definition des Zeitpunkts, wann die Zustimmung des andern Elternteils eingeholt und gegeben werden sollte. Das sollte eigentlich vor der Ausführung des Projekts geschehen. Normalerweise wird das gar einige Zeit vorher sein, wenn die Idee beim obhutsberechtigten Elternteil Gestalt annimmt. Wenn der interessierte Elternteil den andern um die Zustimmung angeht, so wird von ihm nicht verlangt, konkret anzugeben, an welchem Ort er sich in Zukunft mit dem Kind niederzulassen gedenkt. Gewiss muss der andere Elternteil in die Lage versetzt werden, dass er seine Situation abschätzen kann, wissend, was ihn erwartet. Dafür reicht es aber aus, dass er eine ungefähr bestimmte Information erhält. Im Grunde ist der Inhalt der Einigung und der vorangehenden Offerte von den Umständen und dem Willen der Parteien abhängig. Wenn etwa der andere Elternteil damit einverstanden ist, dass sich der obhutsberechtigte Elternteil mit dem Kind «in Europa» umzieht, so ist es nicht nötig, noch ein Projekt für einen Wegzug in ein

bestimmtes europäisches Land oder an einen bestimmten Ort vorzulegen. Der Vorschlag für einen Wechsel des Aufenthalts des Kindes muss so genau sein, wie das für den andern Elternteil akzeptabel ist. Das bedeutet auch, dass das Projekt schon einige Zeit vor der Realisierung «auf den Tisch» gelegt werden kann, wenn der andere Elternteil das unter diesen Bedingungen bejahen kann. Das Einverständnis kann somit zu jedem Zeitpunkt erfolgen, der vor der konkreten Umsetzung des Wechsels liegt, und zwar insbesondere bereits im Moment der Scheidung oder, bei einem nicht verheirateten und getrennt lebenden Paar, im Moment der Abgabe der gemeinsamen Erklärung vor dem Zivilstandsamt oder der Kindesschutzbehörde.

Das ruft dann nach der weiteren Frage, ob es auch möglich sein kann, die Behörde gleichermassen antizipierend anzusprechen. Zu denken ist einmal an den Fall, wo der andere Elternteil bereits lange Zeit bevor die Idee eines Umzugs konkret geworden ist, begrüsst worden ist, wobei dieser erste Kontakt eine Ablehnung bewirkte: ist es möglich, unmittelbar danach bei der Behörde Antrag zu stellen? Der Absatz 2 enthält keinerlei zeitliche Limite, die dies verhindern würde. Er hindert einen Elternteil, der der Weigerung des andern Elternteils gegenüber steht, nicht daran, bei der Behörde Antrag zu stellen, um sicher zu sein, dass er rechtens handelt, wenn in der Zukunft eine Absicht zum Wegzug konkrete Formen annehmen sollte, sei dies aus persönlichen (neuer Partner) oder beruflichen (neue Stelle) Gründen. Das Gericht oder die Kindesschutzbehörde muss deshalb vor jeder konkreten Umsetzung eines Plans zum Umzug mit dem Kind mit einem Ersuchen befasst werden können, wobei allerdings der Antrag einigermaßen bestimmt gefasst sein muss, damit er in einen Entscheid aufgenommen werden kann. Es geht nicht an, dass entschieden werden soll, dass irgendein Umzug des Kindes genehmigt sei. Es muss ein bestimmter Rahmen vorgegeben werden, der geographisch oder nach Sprachregion umschrieben ist, was einen Wegzug ins Ausland nicht ausschliesst, sofern er vernünftig eingegrenzt ist. Denn die Behörde muss auch die Situation des andern Elternteils beachten, der nicht mit einem Wegzug des Kindes an einen Ort oder ein Land rechnen muss, wo er seinen Anteil an der Betreuung und den persönlichen Beziehungen nicht mehr erleben kann. 172

Absatz 2 erhebt die vorgängige Anfrage des andern Elternteils, seine Zustimmung zu geben, nicht zur Voraussetzung für das Eintreten auf ein dem Richter oder der Kindesschutzbehörde vorgelegtes Begehren. Man hätte besser eine solche im Voraus erfolgende Konsultation vorgeschrieben, denn die Behörde wird ohnehin die Ansicht des andern Elternteils kennen wollen. 173

Stimmt dieser zu, dann wird das Begehren hinfällig. In der Praxis wird der antragstellende Elternteil mit den Kosten für ein sinnloses Begehren belastet werden, so dass er sich das nächste Mal anders verhalten wird.

- 174 Die Situation stellt sich aber anders dar im Rahmen eines laufenden Verfahrens, wie eine Scheidung, wenn jeder Ehegatte auf seine Art seine Begehren stellt, zu denen auch der Antrag gehören kann, den Wegzug des Kindes zu bewilligen – sogleich oder in der nahen Zukunft. Da die vorgängige Konsultation des andern Elternteils keine Eintretensvoraussetzung darstellt, kann ein solches Begehren auf einfache Weise in die Gesamtbeurteilung der Scheidungsfolgen einbezogen werden. Das bestätigt aber auch, dass der Absatz 2 keinerlei Hindernis enthält, dass die darin vorgesehene Entscheidung vom Scheidungsrichter gefällt wird. Der Umstand, dass diese weder in Art. 133 noch in Art. 298 erwähnt ist, stellt dem auch nicht im Weg, denn der Absatz 2 von Art. 301a stellt diesbezüglich ohnehin eine «lex specialis» dar.
- 175 Die Materialien zeigen, dass diese Situation tatsächlich in die Überlegungen einbezogen worden ist. Im Zusammenhang mit Art. 298 Abs. 2, der dem Scheidungsrichter überträgt, bei Meinungsdivergenzen der Eltern die Obhut und die persönlichen Beziehungen zu regeln, erläutert die Botschaft, dass der Richter dann auch ermächtigt ist, «Fragen nach dem Aufenthaltsort und der Betreuung des Kindes zu regeln».¹⁴⁷ Die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes erscheint so als eng verbunden mit der Obhut. Diese Frage kann in Bezug auf den Zeitpunkt der Scheidung geregelt werden, doch hindert nichts den Richter, auch über einen Wechsel dieses Aufenthalts zu befinden, wenn ein genügend bestimmtes und plausibles Projekt besteht, das in unmittelbarer oder naher Zukunft geplant ist, statt die Parteien auf ein späteres Verfahren über die Änderung des Scheidungsurteils zu verweisen.¹⁴⁸ Gleichermassen wird sich auch die Kinderschutzbehörde verhalten, wenn sie mit einem Gesuch um die gemeinsame elterliche Sorge betraut ist, und alsdann die gleiche Frage zu den «übrigen strittigen Punkten» gehört (Art. 298b Abs. 3).

¹⁴⁷ BBI 2011, 9103.

¹⁴⁸ Es besteht kein Grund dafür, das Einverständnis der Eltern oder den Entscheid des Richters auf die Fälle einzugrenzen, wo der neue Aufenthalt vom bisherigen nicht weit entfernt ist, wie das DIETRICH, *Anwaltsrevue* 2012, 342, vertritt. Denn in einem solchen Fall muss ohnehin nach Absatz 2 keine Zustimmung eingeholt werden.

2. Ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts?

Dem Art. 301a ist kein Hinweis auf die Möglichkeit eines solchen Entzugs zu entnehmen, handelt es sich doch um ein Recht, das nach der neuen Konzeption mit der elterlichen Sorge eng verbunden ist. Die Frage ist wichtig, um die Bedeutung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu verstehen. 176

Für den Gesetzgeber ist die Antwort klar: Dieses Recht kann von der elterlichen Sorge nicht abgetrennt werden. Der Scheidungsrichter kann das nicht tun, etwa so, dass von zwei gemeinsam über das Sorgerecht verfügenden Eltern nur einer das Recht hätte, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.¹⁴⁹ 177

Die Antwort erscheint gleichwohl leicht absurd in Anbetracht von Absatz 2 des Art. 301a. Denn diese Bestimmung macht ja gerade nichts anderes, als in den dort nicht aufgeführten Fällen einem Elternteil das Recht zu entziehen, seine Zustimmung zum Wechsel des Aufenthalts zu verweigern. Und wenn es auf sein Einverständnis ankommt, so kann dieses noch wirkungslos gemacht werden, wenn die Behörde dem Umzug zustimmt. In diesen Fällen gibt es schlicht kein Aufenthaltsbestimmungsrecht mehr oder, wenn man das lieber so sieht, dieses Recht wird völlig inhaltslos. 178

Folgt man dem Grundsatz, so wird man sich mit Entscheiden im Zusammenhang mit der Ausübung der elterlichen Sorge und der Betreuung des Kindes begnügen müssen. Die Botschaft erläutert in der Tat, dass sich die gegenüber dem Grundsatz von Art. 301a möglichen Ausnahmen aus Art. 298 Abs. 2 und 298b Abs. 3 ergeben.¹⁵⁰ Damit bleibt man bei antizipierenden Entscheiden. Da das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Sorgerecht nicht als Ganzes entzogen werden kann, entscheidet der Scheidungsrichter oder die Kinderschutzhilfe über den Ort, wo das Kind leben wird, in Bezug auf einen in der Zukunft anstehenden Fall des Umzugs. Das stimmt mit Art. 301a Abs. 2 überein, zumal diese Bestimmung ausdrücklich auf die Entscheidung des «Gerichts» verweist und damit klarstellt, dass die Scheidung oder die Regelung der Ehegemeinschaft Gelegenheiten sind, um die massgebenden Regeln im Falle eines – gegenwärtigen oder zukünftigen – Wechsels des Aufenthalts des Kindes festzulegen. In den Grenzen, in denen diese antizipierende Genehmigung erlassen und definiert wird, wird das Aufent-

¹⁴⁹ BBI 2011, 9107.

¹⁵⁰ BBI 2011, 9107.

haltsbestimmungsrecht gleichermassen eingegrenzt. Die Konstruktion ist zwar indirekt, und es wäre besser gewesen, das direkt auszudrücken. Das Ergebnis steht aber so oder so, und das zählt letztlich.

F. Möglichkeit für Rückführanordnungen?

- 180 Wenn Art. 301a den Gang zur Behörde erwähnt, dann geschieht das nie zu Zwecken der Korrektur. Wie gesehen, Absatz 5 gibt dazu keinen Anlass. Gestützt auf Absatz 2 gibt die Behörde ihr Einverständnis zum Umzug, oder sie verweigert es, aber sie wird nicht einen Elternteil, der seinen Plan durchgeführt hat, zurückkehren lassen. Der Behörde sind die Hände gebunden. Für den Gesetzgeber war das eine unterlegte Idee, die den Art. 301a akzeptabel macht: Man statuiert das Recht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, seine Zustimmung zu geben oder nicht, aber man schützt sein Recht nicht.
- 181 Die Frage hätte es verdient, vertieft und ohne Leidenschaft geprüft zu werden, denn es geht um ein an sich legitimes Interesse. Was soll eine gemeinsame elterliche Sorge bewirken, zu der das Aufenthaltsbestimmungsrecht gehört, wenn dieses Recht mit keiner Massnahme zur Vollstreckung ergänzt wird? Es soll gewiss das überwiegende Interesse des obhutsberechtigten Elternteils respektiert werden, um zum Beispiel eine neue Arbeitsstelle anzutreten oder sich dem Ort der Herkunft oder der Familie zu nähern, aber man muss auch an die Fälle denken, wo der Wegzug unmittelbar den Zweck verfolgt, sich vom früheren Partner zu entfernen und Brücken abubrechen, ohne jede Rücksicht auf das Interesse des Kindes, den Kontakt in der Nähe mit dem andern Elternteil aufrecht zu halten. Dieses Interesse wird vom Art. 301a nicht geschützt; die Ablehnung des Wegzugs genügt nicht. Man wird sich somit wie bisher mit dem Art. 307 ZGB zufrieden geben müssen, mit dem Risiko, dass man sich noch mit dem – falschen – Argument auseinandersetzen muss, der Art. 301a als «lex specialis» enthalte diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen. Es handelt sich um ein schlichtes Schweigen, das man bedauern kann.
- 182 In einem Fall ist das Bedauern jedenfalls ernst zu nehmen. Wenn das Kind ins Ausland weggeführt worden ist, ohne die Zustimmung des andern Elternteils einzuholen oder dessen Weigerung zu beachten, so besteht die Antwort des Gesetzgebers einzig darin, dass dieser Elternteil dann die Rückführung des Kindes nach dem Haager Übereinkommen von 1980 veranlassen kann. Dieser Elternteil wird so an die Behörden im ausländischen Staat verweisen,

wo das Kind hingeführt worden ist. Das erlaubt oft, die Rückkehr des Kindes zu erreichen, doch ist das Verfahren nicht immer so zügig wie man das haben möchte. Bis es soweit ist, was tun die schweizerischen Behörden?

Eigentlich sollte man im neuen Recht eine Antwort finden. Dem ist nicht so. Es ist keine repressive Massnahme im Hinblick auf die Rückkehr des Kindes vorgesehen und offenbar hat man auch nicht daran gedacht, eine solche vorzusehen, wenn auch nur für den Fall des Wegzugs über die Grenze ohne das Einverständnis des andern Elternteils, bei dem man doch der Meinung ist, er sei widerrechtlich.¹⁵¹ Man hätte somit erwarten können, dass es möglich sein wird, vor einer schweizerischen Behörde einen Antrag auf Rückführung zu stellen, um diesen widerrechtlichen Zustand zu berichtigen. Das ist nicht vorgesehen. Man findet auch keine Regel, wonach eine gerichtliche Behörde einen Entscheid erlassen kann, der feststellt, dass der Wegzug des Kindes widerrechtlich war, und den der Antragsteller vor der mit dem Rückführbegehren befassten ausländischen Behörde vorzeigen kann, wie das Art. 15 des Abkommens vorsieht. 183

Man soll nicht denken, das sei unmöglich oder unnütz, da es nach dem Wegzug des Kindes den schweizerischen Behörden an der Zuständigkeit fehle, um Massnahmen zu treffen, da der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes sich nun nicht mehr in der Schweiz befinde und auch die *perpetuatio fori* nicht gelte. Das wäre nicht zutreffend. Bis es zum Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts bei Entführungsfällen kommt, braucht es einige Zeit.¹⁵² Das reicht in der Regel für eine erste Rückkehr-Verfügung. Aber es gibt mehr. In der Praxis ist bisher erst wenig beachtet worden, dass bei Entführungen ins Ausland die schweizerische Behörde am bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt auf der Grundlage von Art. 7 des Haager Übereinkommens von 1996 eine Zuständigkeit zum Schutz des verletzten Elternteils behält, die zumindest für die Dauer eines Jahres erlaubt, Massnahmen zu treffen, solange die ausländische Behörde des Zufluchtsstaates über das Rückführbegehren nicht ent- 184

¹⁵¹ Die Botschaft meint dazu, dass im Übrigen Art. 220 StGB Anwendung finde (BBI 2011, 9108). Dieser Ratschlag ist reichlich ungeschickt, denn die Androhung einer Strafklage spielt dem Entführer vor der ausländischen Behörde das gewichtige Argument in die Hand, dass die Rückführung des Kindes verweigert werden müsse, wofür auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts als Illustration dienen kann (vgl. BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 260, und die zitierten Urteile).

¹⁵² Vgl. BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 29-31.

schieden hat.¹⁵³ Die schweizerischen Behörden können somit die Rückführung des Kindes anordnen oder gar die Obhut dem verletzten Elternteil zuweisen. Das ist nicht ohne Erfolgsaussichten, denn es handelt sich um eine Schutzmassnahme nach dem genannten Abkommen, deren Anerkennung in den andern Vertragsstaaten geschützt ist, unter dem Vorbehalt des Ordre public. Damit es soweit kommt, sollte man aber im schweizerischen Recht über eine gesetzliche Grundlage verfügen. Es wäre besser gewesen, eine solche Regel zu schaffen, denn nunmehr verbleibt nur die allgemeine Norm des Art. 307 ZGB, die in der Praxis zu diesem Zweck nur selten herbei gezogen wird.

- 185 Es sei bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen, dass im Unterschied zu dem, was man oft zu hören bekommt, das Haager Abkommen von 1980 (mit seinem kleinen Bruder, dem Abkommen von Luxemburg¹⁵⁴) nicht das einzige Instrument ist, um die Rückkehr eines entführten Kindes zu erreichen. Das Haager Übereinkommen von 1996 kann dafür auch eingesetzt werden, wozu die auf Art. 7 gestützte «fortgesetzte» Zuständigkeit dienen kann. Der wichtigste Unterschied, gerade im Hinblick auf die Wirksamkeit der Entscheidung, besteht darin, dass diese Übereinkommen den Ordre public vorbehält, was beim Abkommen von 1980 (unter Vorbehalt von Art. 20) nicht der

¹⁵³ Die Bestimmung ist nicht ganz einfach zu verstehen. Vgl. BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, Art. 85 Nr. 34-37; BGer, 20. August 2012 (5A_509/2012, E. 3-7); BGer, 11. Februar 2013 (5A_848/2012, E. 2).

¹⁵⁴ Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20. Mai 1980 (SR 0.211.230.01). Es sei angemerkt, dass der Gesetzgeber die kurze Frist von 10 Tagen bei Beschwerden, die sich auf das Haager Übereinkommen von 1980 stützen, auch auf Beschwerden gegen Rückführungsentscheide im Zusammenhang mit dem Luxemburger Abkommen ausdehnt. Indessen befasst sich dieses Übereinkommen auch mit der Anerkennung von Sorgerechtsentscheiden ausserhalb der Entführungsfälle (Art. 10), welche wesentlich schwierigere Fragen aufwerfen als die blossen Entführungssituationen. Die Botschaft erwähnt diese wichtige Bestimmung nicht (BBI 2011, 9110), obwohl sie in der Praxis die einzige Bestimmung ist, die angerufen wird. Man könnte gewiss im Sinne der Botschaft vorschlagen, dass die verkürzte Beschwerdefrist nur bei Entscheiden über die Rückführung eines Kindes gelten soll. Indessen befasst sich das Abkommen von Luxemburg nicht mit solchen Entscheiden, sondern mit der Anerkennung von ausländischen Entscheiden über das Sorgerecht. Der Umstand, dass Art. 302 Abs. 1 lit. a ZPO das summarische Verfahren vorsieht, hat mit der Beschwerdefrist vor dem Bundesgericht nichts zu tun. Überdies wendet die Rechtsprechung das Luxemburger Abkommen in Verbindung mit dem Haager Kindesschutzübereinkommen von 1996 an (BGer, 31. März 2011, (5A_131/2011, E. 3), FamPra.ch 2011, 727, vgl. Bem. BUCHER, SZIER 2012, 335; BGer, 15. August 2012 (5A_291/2012, E. 2.2)). Für dieses letztere Abkommen gilt aber die 30 Tage Frist. Welche Frist soll dann vorgehen?

Fall ist. Indessen ist es auch in einem sensiblen Bereich wie dem Schutz von Kindern in Entführungsfällen keineswegs so sicher, dass sich dieses Hindernis im Einzelfall nicht überwinden lässt, wenn im Ausland die Vollstreckung einer Rückführmassnahme verlangt wird.

VI. Zusammenfassung

Die allgemeine Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist nicht so einfach wie das in der Politik verbreitet wird. Die anstehende Reform bedeutet im Scheidungsfall, dass die gemeinsame Sorge gewiss allen Eltern zugänglich ist, auch ohne das Einverständnis des andern Ehegatten. Indessen geht das nicht von selbst, denn es findet von Fall zu Fall eine systematische Prüfung gemäss dem Kindeswohl statt. Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren wird es schwierig sein, die gemeinsame Sorge bei Paaren durchzusetzen, die sie nicht wollen. 186

Bei den nicht verheirateten Paaren wird es das gemeinsame Einverständnis brauchen und wenn es daran fehlt, so findet ebenfalls eine Prüfung im Hinblick auf das Kindeswohl statt. Das Kind von nicht verheirateten Eltern kommt somit in den Vorzug deren gemeinsamer Sorge, wenn sie das wollen, doch es wird in eine gewisse Unsicherheit geboren. Die Erklärung der Eltern, das Kind in gemeinsamer elterlicher Sorge zu erziehen und seinen Unterhalt zu leisten, stösst ins Leere, denn es wird niemand deren Inhalt nachprüfen. Keine Behörde wird sich daran interessieren. 187

Die Eltern, die das Sorgerecht teilen, müssen gewiss alle wichtigen Entschiede gemeinsam treffen, aber sie müssen sich auch über die weniger wichtigen Fragen einigen, sofern sie nicht alltäglich oder dringend sind: eine wenig klare Regelung und Quelle von Streit, auch wenn die Juristen einen Weg finden werden, damit sie in vernünftigem Sinne verstanden werden kann. 188

Das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, wird ausschliesslich an das Sorgerecht angeknüpft. Ist dieses beiden Eltern gemeinsam, so ist das Einverständnis beider Eltern erforderlich. Will der eine von ihnen mit dem Kind wegziehen, so gibt es für den andern Elternteil, auch wenn er die Zustimmung verweigert, kein Mittel, um sein Recht durchzusetzen – abgesehen davon, dass er vor den Richtern im nahen oder fernen Ausland die Rückführung des Kindes verlangen kann, dessen Wegzug er nicht verhin- 189

dern konnte, oder noch mit der Strafklage nach Art. 220 StGB drohen kann. Gehört die Sorge nur einem Elternteil, so kann der andere Elternteil zusehen, wie das Kind abreist, ohne dass er etwas unternehmen kann, ausser wenn die Rechtspraxis die Schutzmassnahmen bestätigt, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat.

- 190 Eine komplizierte und wenig klare Reform, die das gesteckte Ziel nicht erreicht. Man hätte vom Gesetzgeber mehr erwarten dürfen. Die Familien und Kinder werden dafür den Preis bezahlen. Wenn man ihnen nur bessere Juristen geben könnte!

Literaturverzeichnis

Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, Podiumsdiskussion von 16. Februar 2012 in Basel, FamPra.ch 13 (2012), 627–656.

BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011 (mit Nachtrag: www.andreasbucher-law.ch).

BÜCHLER ANDREA/CANTIENI LINUS/SIMONI HEIDI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda, FamPra.ch 8 (2007), 207–228.

CANTIENI LINUS, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Bern 2007, 174–189.

DIETRICH ANNKA, Gemeinsame elterliche Sorge - Revision des Zivilgesetzbuches, Anwaltsrevue 15 (2012), 340–342.

DUREL BASTIEN, Obhuts- bzw. Sorgerecht und internationale Kindesentführung, ZKE 68 (2013), 174–220.

DUTOIT BERNARD, Le droit international privé de la famille et des droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait chic, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, 143–156.

GERBER MONIQUE/HAUSHEER ANNA, 100 Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB, Schweizer Bulletin der Kinderrechte 2012 Nr. 2 S. III/IV.

HAUSHEER HEINZ, Der Konkretisierungsbedarf bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und/bzw. Generalklauseln des Privatrechts, AJP 22 (2013), 336–348.

HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts, 5.Aufl., Bern 1999.

MEIER PHILIPPE, L'autorité parentale conjointe, l'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne: quels effets sur le droit suisse ?, ZKE 2010, 246–256.

DERS., L'enfant en droit suisse: quelques aspects de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, FamPra.ch 14 (2013), 255–310.

MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 4. Aufl., Genf 2009.

REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, Ungereimtheiten im Gesetzesentwurf für eine Neuregelung, ZBJV 148 (2012), 758–772.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA/HOTZ SANDRA, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, FamPra.ch 14 (2013), 1–32.

Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), BBl 2011, 9077–9120.

SOSSON JEHANNE, Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge, FamPra.ch 14 (2013), 410–427.

STETTLER MARTIN, *Das Kindesrecht*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 3/2, Basel 1992, 233.

WIDRIG MARTIN, Alternierende Obhut, AJP 22 (2013), 903–911.