

Kinderbelange in familienrechtlichen Verfahren

Anwaltspraktikantenkurs, Leitung Prof. Dr. Regina Aebi-Müller

Christophe Herzig

RA Dr. iur., CAS Kindsvertretung/Verfahrensbeistandschaft

Lehrbeauftragter, Rechts- und zertifizierter Kinderanwalt

Dozent FernUni Schweiz

Co-Präsident Kinderanwaltschaft Schweiz

**Leitung Institut für Kinds- und Opfervertretung,
Bern (www.kindsvertretung.ch)**



Übersicht Referat

1. Grundlagen

2. Kinderbelange im Einzelnen

A. Sorgerecht

B. Obhut und Betreuung



C. Kindesunterhalt

D. Kontaktrecht

E. Aufenthaltsbestimmungsrecht

1. Grundlagen



- Scheitert eine Ehe mit Kindern, so gilt es die **Kinderbelange zu regeln**.
 - Das **Eheschutzrecht** ist in Art. 171 ff. ZGB geregelt. Kommt es zum Getrenntleben, so bestimmt Art. 176 ZGB, dass die Kinderbelange zu regeln sind (vgl. Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 i.V.m. Art. 270 ff. ZGB)
 - Im **Scheidungsrecht** bestimmt Art. 133 Abs. 1 ZGB, dass das Scheidungsgericht die Elternrechte und –pflichten nach den Bestimmungen über die Wirkung des Kindesverhältnisses regelt. Insbesondere regelt es:
 1. die elterliche Sorge (vgl. Art. 296 ff. ZGB)
 2. die (faktische) Obhut (und damit im Ergebnis den zivilrechtlichen Wohnsitz)
 3. den persönlichen Verkehr (vgl. Art. 273 ff. ZGB) oder die Betreuungsanteile; und
 4. den Kindesunterhaltsbeitrag (vgl. Art. 276 ff., insb. Art. 285 ZGB)
-  Gericht muss alle für das **Kindeswohl** wichtigen Umstände beachten **und**, soweit tunlich, **die Meinung des Kindes berücksichtigen** (Abs. 2).
-  Meinung des Kindes? **Kindesanhörung** (Art. 298 ZPO) & **Kinderanwalt** (Art. 299 f. ZPO) (vgl. zum Kindeswohl auch Art. 11 Abs. 1 BV und Art. 3 UNO-KRK; zum Partizipationsrecht des Kindes Art. 12 UNO-KRK und die Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz).

Prozessmaximen bzw. –grundsätze

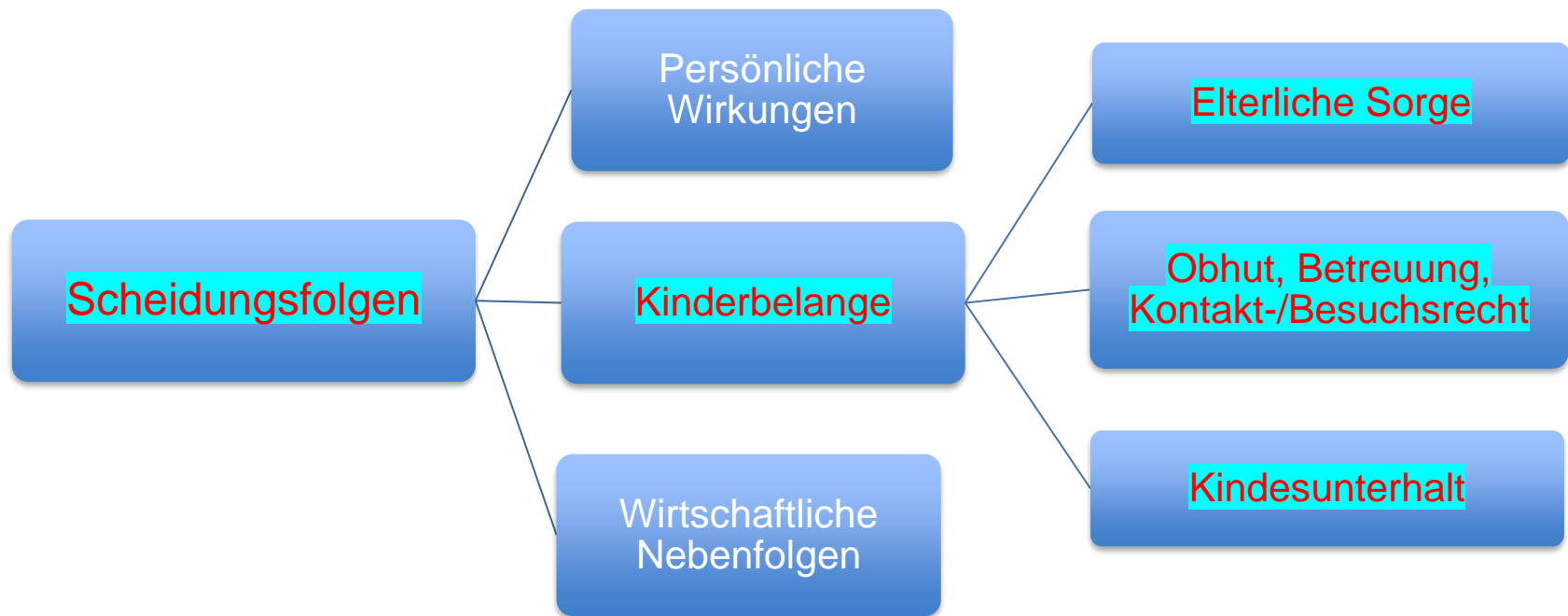
- **Dispositionsmaxime:** Das Gericht ist an die Anträge bzw. Rechtsbegehren gebunden und darf dem Kläger nicht mehr zusprechen, als er verlangt und nicht weniger, als der Beklagte anerkennt.
 - Nachehelicher Unterhalt, Güterrecht, Wohnung der Familie
- **Offizialmaxime:** Das Gericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Die Parteien müssen aber trotzdem Anträge stellen.
 - **Kinderbelange** (U‘halt, elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht)
 - Vorsorgeausgleich

Betrifft konkrete Anträge bzw. Verantwortung für Klage

- **Verhandlungsmaxime:** Die Parteien haben dem Gericht die Grundlagen für das Urteil zu liefern (Sachverhalt behaupten und beweisen, und zwar genügend konkret)
 - Anwendungsbereich analog Dispositionsmaxime
- **Untersuchungsmaxime:** Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.
 - Anwendungsbereich analog Offizialmaxime

Betrifft Klärung des Sachverhalts, d.h. die Grundlage des Entscheids

2. Kinderbelange im Einzelnen



A. Sorgerecht

(Art. 296 ff. ZGB)

Elterliche Sorge während der Ehe

- **Elterliche Sorge** als unverfügbares Pflichtrecht der Eltern, die für das minderjährige Kind notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen sowie es zu vertreten und sein Vermögen zu verwalten.
- **Während der Ehe** üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus. Dies trifft regelmässig auch noch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu.
 - Falls nötig, kann aber das Eheschutzgericht ausnahmsweise die elterliche Sorge einem Elternteil alleine zuteilen, vgl. Art. 176 Abs. 3 ZGB.
 - Zu regeln ist zudem bei Aufhebung des Haushalts die tatsächliche Betreuung.

Elterliche Sorge

- **Begriff** (siehe oben)
- **Ziel**
 - Kind soll in die Selbständigkeit geführt werden.
 - Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes (Art. 296 Abs. 1 ZGB)
- **Mögliche Inhaber**
 - Rechtliche Eltern (sofern nicht minderjährig, vgl. Art. 327a ZGB)
 - Nicht: Pflegeeltern, Stiefeltern, bloss genetischer Vater

Eltern sind verheiratet

Elterliche Sorge wird durch beide Ehegatten/Eltern gemeinsam ausgeübt.

Bei Scheidung

- bleibt es nach neuem Recht im Regelfall (so die Gesetzesmaterialien) bei der gemeinsamen Sorge.
- Wenn das Kindeswohl es erfordert, wird die elterliche Sorge einem Elternteil zugeteilt (vgl. inachstehende Folien).

Eltern sind nicht verheiratet

- Ab der Geburt ist die unverheiratete, volljährige Mutter Inhaberin der elterlichen Sorge.
- Sobald das Kindesverhältnis zum Vater hergestellt ist, gilt Folgendes:

Gemeinsame Erklärung der Eltern z.Hd. der KESB (Art. 298a Abs. 2 ZGB).

Entscheidung der KESB auf Antrag eines Elternteils (Art. 298b Abs. 1 ZGB).

Gemeinsames Sorgerecht, sofern dies nicht dem Kindeswohl widerspricht.

Merke:

- Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass kein Elternteil das Kind alleine vertreten darf (vgl. Art. 304 ZGB).
- Stirbt ein Elternteil, dem die elterliche Sorge zustand, gelangt Art. 297 ZGB zur Anwendung.

Bei **Scheidung** sind zwei Lösungen denkbar:

- **Gemeinsame elterliche Sorge als Regel**

- Setzte nach früherem Recht einen gemeinsamen Antrag und eine entsprechende Vereinbarung unter den Eltern voraus. Dadurch hatte der bisher hauptsächlich betreuende Elternteil (idR die Mutter) ein gewisses Druckmittel in der Hand.
- Sollte seit dem 1.7.2014 der Regelfall sein, auch ohne entsprechende Vereinbarung.

- **Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil als restriktive Ausnahme**

- Insbesondere bei andauernden (chronifizierten) und unüberbrückbaren Konflikten, die sich negativ auf das Kindeswohl auswirken (und praktisch sämtliche Kinderbelange betreffen).
- Weitere Bsp.: dauernde Abwesenheit, Desinteresse am Kind oder nach strafrechtlichen Verfehlungen gegenüber dem Kind.
- Nicht schon bei grosser räumlicher Distanz!

Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Alleinzuteilung

- Ein Ausnahmegrund kann insbesondere ein **schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt** oder eine **anhaltende Kommunikationsunfähigkeit** sein.
- Auch in solchen Fällen kommt eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts nur in Frage, wenn sich die zwischen den Eltern bestehenden Probleme **auf die Kinderbelange als Ganzes beziehen und das Kindeswohl konkret beeinträchtigen**.
- Schliesslich ist eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nur dort am Platz, wo Aussicht darauf besteht, mit der Zuteilung der Alleinsorge an einen Elternteil eine Entlastung der Situation herbeizuführen.
- Damit ist zwangsläufig eine Prognose darüber verbunden, wie sich das Verhältnis zwischen den Eltern entwickeln wird.
- Demnach ist stets **aufgrund einer tatsachenbasierten Sachverhaltsprognose zu prüfen, ob das gemeinsame Sorgerecht eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls befürchten lässt**.

Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Alleinzuteilung

- Auch **ohne Vorliegen eines Elternkonfliktes** ist die gemeinsame Sorge zu verweigern, **wo ein Elternteil weder Zugang zu aktuellen Informationen über das Kind noch persönlichen Kontakt zum Kind** hat. Denn seine Verantwortung für das Kind kann nur sinnvoll wahrnehmen, wer dessen Bedürfnisse kennt.
Ein **Elternteil, der dauerhaft über keinen irgendwie gearteten Zugang zum Kind verfügt, kann keine Entscheidungen zum Wohl des Kindes treffen, auch nicht in gemeinsamer Sorge.**
Allein die **geographische Distanz** zwischen den Eltern ist **freilich noch kein Grund** zur Annahme, dass eine gemeinsame Ausübung des Sorgerechts nicht in Frage kommt und im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz einem Elternteil die Alleinsorge zuzuweisen wäre.

(vgl. zusammengefasste Rechtsprechung in BGer 5A_106/2019, E. 5.4, Urteil vom 16.03.2020)

Grundlegende Entscheide zur Sorgerechtsnovelle

- BGE 141 III 472 – erster Leitentscheid zur Sorgerechtsnovelle
- BGE 142 III 1 (Kooperationsfähigkeit)
- BGE 142 III 197 (Schwerwiegender Dauerkonflikt/ Tatsachenbasierte Sachverhaltsprognose nötig)
- BGE 142 III 56 (Entfernung zwischen Eltern für sich alleine irrelevant)
- BGer 5A_412/2015 (Urteil vom 26.11.2015)
- BGer 5A_781/2015 (Urteil vom 14.03.2016)
- BGer 5A_89/2016 (Urteil vom 02.05.2016)
- BGer 5A_81/2016 (Urteil vom 02.05.2016)
- BGer 5A_186/2016 (Urteil vom 02.05.2016)
- BGer 5A_22/2016 (Urteil vom 02.09.2016)
- BGer 5A_345/2016 (Urteil vom 17.11.2016)
- BGer 5A_455/2016 (Urteil vom 12.04.2017)
- BGer 5A_320/2017 (Urteil vom 17.10.2017)
- BGer 5A_214/2017 (Urteil vom 14.12.2017)
- BGer 5A_106/2019 (Urteil vom 16.03.2020; Kriterien nochmals zusammengefasst)

B. Obhut und Betreuung

Obhut und Betreuung

- **Früher** war es üblich, dass ein Elternteil das Kind überwiegend betreut (und gleichzeitig Inhaber der elterlichen Sorge war) und der andere nur ein Besuchsrecht ausübte.
- Das neue Recht (seit 1. Juli 2014) zielt auf eine gleichmässige(re) Betreuung, ohne dazu Vorgaben zu machen. Die sorgeberechtigten Eltern haben sich darauf zu **einigen**.
- Möglich sind **verschiedene Modelle**, wobei sich fragt, ob sie auch gerichtlich angeordnet werden können:
 - Aufteilung nach Wochentagen (z.B. Mo-Do Mutter, Fr-So Vater)
 - Pendelmodell (1 Woche Mutter, 1 Woche Vater)
 - Nestmodell
 - Überwiegende Betreuung bei einem Elternteil, Besuchsrecht des anderen
 - ...

Kriterien für Zuteilung der Obhut

- **Erziehungsfähigkeit** der Eltern.
 - **Persönliche Beziehungen** zwischen dem Kind und den Eltern.
 - Möglichkeit der **unmittelbaren Betreuung** und Pflege durch einen Elternteil.
 - **Persönlichkeit** von Eltern und Kindern.
 - **Stabilität der Lebensverhältnisse** (u.a. Schule, Sozialkontakte usw.)
 - Bereitschaft eines Elternteils, dem Kind den **Kontakt** zum nicht sorgeberechtigten Elternteil zu **ermöglichen**.
 - Alle übrigen für das Kindeswohl wichtigen Umstände, u.a. werden Geschwister idR nicht getrennt, Alter des Kindes
 - **Zuteilungswunsch** des Kindes (ab 12-14 Jahren idR entscheidend).
- Keine starren Regeln – massgeblich sind immer die gesamten Umstände des Einzelfalls – das Gericht hat erheblichen Ermessensspielraum!

C. Kindesunterhalt

**(vgl. Art. 133 Abs. 1 Ziff. 4, 276-295 ZGB und
Art. 296 ff., 301a, 303 ZPO)**

- Nicht spezifische scheidungsrechtliche Bestimmungen, sondern Bestimmungen des **Kindesrechts**; Kindesunterhalt ist aber auch bei Scheidung aktuell und Teil des Scheidungsurteils.
- **Merke:**
 - Kindesunterhalt ist vom nachehelichen Unterhalt zu unterscheiden und **im Urteil separat auszuweisen!**
 - Falls eine Betreuung des Kindes nötig ist (Schulstufenregel!), ist **zwingend zuerst der Kindesunterhalt** (Bar- und dann Betreuungsunterhalt) zu berechnen, erst dann der Ehegatten-/Scheidungsunterhalt (BGer 5A_384/2018 E. 4.3)!
- Die Kinderunterhaltspflicht **erlöscht nicht mit Volljährigkeit**, sondern mit Abschluss der angemessenen Ausbildung! Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung **sollte** i.d.R. im Scheidungsurteil der Unterhalt **über die Volljährigkeit hinaus festgelegt werden** (vgl. auch Art. 133 Abs. 3 ZGB)!

Pro Memoria revidiertes Kindesunterhaltsrecht:

- Betreuungsunterhalt; i.K. seit 1. Januar 2017
- Die Kosten der Betreuung – persönliche oder Drittbetreuung – sind neu Teil des Kindesunterhalts; nArt. 276 und nArt. 285 Abs. 2 ZGB.

Wesentliche „Vorfragen“ bei der Bemessung des Betreuungsunterhalts

- Welcher Elternteil betreut die Kinder? Ist die Betreuung (an Arbeitstagen) zwischen den Eltern aufgeteilt?
 - Welchen Betreuungsbedarf haben die Kinder (vgl. nächste Folie)?
 - Wurden die Kinder vor der Trennung (bzw. zum Urteilszeitpunkt) persönlich betreut oder wird ein Teil der Betreuung durch Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) übernommen?
 - Falls **persönliche Betreuung** (über die Schulstufenregel hinaus) gelebt wurde: Kontinuität für eine angemessene Übergangszeit!
 - Falls **Fremdbetreuung** (über die Schulstufenregel hinaus) in Anspruch genommen wurde (z.B. schon für Vorschulkinder): Auch hier gilt Kontinuität, d.h. die Fremdbetreuung kann fortgeführt (später entsprechend der Schulstufenregel ausgebaut) werden.
- **Grundsatz der Elternautonomie + Kontinuitätsprinzip!**

- **Ausgangsfrage:** Wie lange und in welchem Umfang braucht ein Kind im konkreten Fall persönliche Betreuung? Dazu **BGer 5A_384/2018 E. 4.7:**
 1. Objektivierbare Bedürfnisse des Kindes (kindbezogene Gründe)
 2. Kontinuitätsprinzip, weil die Eltern am besten Wissen, welches Betreuungskonzept für ihr Kind das beste ist (elternbezogene Gründe)
 3. Existenz adäquater Drittbetreuungsstrukturen (umgebungsbezogene Gründe).
- **Regelbildung** (für Ziff. 1) beim gesunden, normal entwickelten Kind:
 - Bis zur obligatorischen Einschulung (bis Kindergarten!): Persönliche Betreuung.
 - Ab der Einschulung 50% Erwerbstätigkeit zumutbar (ab Kindergarten!).
 - Ab Sekundarstufe I: 80% Erwerbstätigkeit zumutbar.
 - Ab Vollendung des 16. Altersjahrs: 100% Erwerbstätigkeit zumutbar.
 - Abweichung nach pflichtgemäßem richterlichen Ermessen!

Bemessung des Betreuungsunterhalts

(vgl. BGE 144 III 481; 144 III 377; BGer 5A_454/2017)

- Der Betreuungsunterhalt gilt die (indirekten) Kosten ab, die «einem Elternteil dadurch entstehen, dass er aufgrund einer persönlichen Betreuung des Kindes davon abgehalten wird, durch Arbeitserwerb für seinen Lebensunterhalt aufzukommen [...].»
(BGE 144 III 481 E. 4.3)
- Für die Berechnung ist gemäss Bundesgericht die **Lebenshaltungskostenmethode** anzuwenden (BGE 144 III 377 E. 7).
- **Studieren Sie** bitte die **angegebenen Bundesgerichtsentscheide**.
- **Literaturtipp:** Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung, in: Jusletter 3. Mai 2021

- Der Barunterhalt ist im Verhältnis der **Leistungsfähigkeit der Eltern** zu verteilen.
- Bei einem „klassischen“ Betreuungsmodell ist ggf. dem „Naturalunterhalt“ Rechnung zu tragen, d.h. dem Umstand, dass *ein* Elternteil auch ausserhalb der normalen Arbeitszeiten Naturalleistungen erbringt (Wäsche, Einkauf, Hilfe bei den Hausaufgaben, Taxidienste, Krankendienste usw.).
- Die konkrete Berechnung ist gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung **immer nach der zweistufigen Methode** zu berechnen
- **Studieren Sie hierfür:** BGer 5A_311/2019 vom 11.11.2020, ferner BGer 5A_583/2018 und 5A_727/2018).
- **Literaturtipp:** Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung, in: Jusletter 3. Mai 2021

D. Kontaktrecht

(persönlicher Verkehr: Art. 273 ff. ZGB)

- **Pflichtrecht zwischen dem Kind und dem nicht obhuts- bzw. nicht sorge- bzw. betreuungsberechtigten Elternteil.**
 - U.U. ist auch ein Dritter berechtigt (z.B. Grosseltern, frühere Pflegeeltern; vgl. Art. 274a ZGB)

- **Inhalt:** Jegliche Art von Kontakt zwischen Kind und dem betreffenden Elternteil,
 - insbesondere Besuchsrecht, aber auch
 - telefonischer, schriftlicher, Mail-Verkehr, Skype, usw.

- **Der persönliche Verkehr soll „angemessen“ sein,**
 - d.h. Abstimmung auf Umstände des Einzelfalls (Alter und Gesundheit des Kindes, Beziehung zwischen Eltern und Kind, Wohnsituation usw.).
- **Schranken gemäss Art. 274 ZGB:**
 - Keine Beeinträchtigung des Kontaktrechts bzw. der Beziehung zum anderen Elternteil.
 - Einschränkung des Kontaktrechts bei Gefährdung des Kindeswohls.
 - Merke: Ein völliges Absehen vom Besuchsrecht ist nur in Extremfällen zulässig!

(vgl. hierzu vertiefend auch HERZIG/STEINBACH, Das im sozialen Nahraum traumatisierte Kind: Implikationen für die rechtliche, sozialarbeiterische und psychologische Praxis, Unter besonderer Berücksichtigung des persönlichen Verkehrs, FamPra.ch 2/2019, S. 499 ff.)

E. Aufenthaltsbestimmungsrecht

(Art. 301 f., 310 ZGB)

Bestimmung des (gewöhnlichen) Aufenthaltsortes

- Bis zum 1.7.2014 umfasste der **Begriff der Obhut** auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht (inkl. Verbringen des Kindes ins Ausland).
- Neu ist das **Recht, über den Aufenthaltsort zu bestimmen**, grds. untrennbar mit der elterlichen Sorge verbunden, vgl. Art. 301a ZGB. Konkret bedarf der Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes der Zustimmung des andern Elternteils oder (subsidiär) der KESB/des Gerichts, wenn
 - der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder
 - der Wechsel erhebliche Auswirkungen auf die elterliche Sorge/Betreuung/persönlichen Verkehr hat.
- **Informationspflicht** bei Alleinsorge eines Elternteils oder Wohnsitzwechsel eines Elternteils ohne Kind.

Beispiel

Nach der Scheidung vor drei Jahren haben die Eltern das gemeinsame Sorgerecht über den mittlerweile 11-jährigen Sohn behalten. Beide Eltern haben gleichmässig die Betreuung sichergestellt, die Mutter jeweils in der ersten, der Vater in der zweiten Wochenhälfte.

Nun will die Mutter von Oberried (BE) nach Sent (GR) zu ihrem neuen Partner ziehen, während der Vater in Oberried wohnhaft bleibt.

Die Eltern können sich nicht einigen, wie die Betreuung künftig zu regeln ist.

Darf die Mutter das Kind nach Sent mitnehmen? Was kann der Vater allenfalls dagegen unternehmen?

Variante: Die Mutter will mit dem Kind nach Portugal ziehen.

Lösungsskizze

Es geht um den sog. **Zügelartikel** (Art. 301a ZGB)

Prüfen, ob VSS von Art. 301a Abs. 2 lit. b erfüllt sind. Erhebliche Auswirkungen werden zu bejahen sein, weshalb es grds. die Zustimmung des anderen Elternteils braucht. Subsidiär kann bei anhaltender Uneinigkeit das Gericht/die KESB gegebenenfalls zustimmen. Da gleichmässige Betreuung, stellt sich Frage, ob Vater bereit wäre, Kind «ganz» zu betreuen. Falls ja, gilt es zu prüfen, bei welchem Elternteil (inkl. Umfeld; Peer beim 11-Jährigen i.d.R. wichtig und auch was er möchte, dürfte vorliegend entscheidend sein) das Kind «besser» aufgehoben ist.

Variante: Die Mutter will mit dem Kind nach Spanien ziehen => lit. a von Art. 301a Abs. 2 ZGB (sinngemäss wie oben)

Literaturtip: CHRISTENER TRECHSEL/HERZIG, Herausforderung Mobilität bei gemeinsamer elterlicher Sorge. Der sogenannte Zügelartikel – Versuch einer Auslegeordnung, FamPra.ch Bd. 25, Bern 2018, S. 229 ff.

Vorgehen bei Uneinigkeit der Eltern

- Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern grundsätzlich alles, was das Kind betrifft, **gemeinsam entscheiden**.
- **Alltägliche oder dringliche Entscheidungen** kann jeder Elternteil jedoch alleine treffen (Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB).
- Was geschieht, wenn sich die Eltern **in einer nicht alltäglichen Entscheidung uneinig** sind?
 - Ein behördlicher Eingriff bei Uneinigkeit ist nur möglich, wenn das **Kindeswohl gefährdet** ist: Die KESB ist nicht dazu da, den Eltern die Entscheidungen abzunehmen. Eltern sind an Beratungsstellen zu verweisen.
 - Bei **ernsthaften Streitigkeiten** ist aber an einen behördlichen Entscheid (Weisung) zu denken oder daran, für die betreffende Angelegenheit das Entscheidungsrecht einem Elternteil alleine zuzuteilen, d.h. den anderen diesbezüglich vom Sorgerecht auszuschliessen.
Evtl. drängt sich die Bestellung eines Beistandes bzw. einer Beiständin auf.
 - Bei **andauernden und schweren Konflikten** ist unter Umständen die elterliche Sorge einem Elternteil zuzuteilen.

**Herzlichen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit und viel Glück
bei der Prüfung!**



Institut für Kind§vertretung
