



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht

INKRAFTSETZUNG REVISION ELTERLICHE SORGE

BERICHT BJ

BERN, MAI 2014

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
I. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge ab dem 1. Juli 2014	4
1. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung der Eltern auf dem Zivilstandsamt (Art. 298a Abs. 4 nZGB)	5
2. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung der Eltern vor der KESB (Art. 298a Abs. 4 nZGB)	6
3. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch Entscheid der KESB (Art. 298b nZGB)	7
II. Übergangsrecht: Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch Entscheid der KESB oder des Gerichts nach Art. 12 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 5 Schlusstitel nZGB	9
III. Gemeinsame elterliche Sorge und AHV-Erziehungsgutschriften	10
IV. Gemeinsame elterliche Sorge und internationale Sachverhalte	11
1. Anerkennung ausländischer Entscheide und Regeln über die elterliche Sorge in der Schweiz	11
2. Anerkennung schweizerischer Entscheide und Regeln über die elterliche Sorge im Ausland	12
V. Entscheidungsbefugnis des Elternteils, der das Kind betreut (Art. 301 Abs. 1^{bis} nZGB)	12
1. Ziel der Bestimmung	12
2. Der Elternteil, der das Kind betreut	12
3. Alltägliche und dringliche Entscheidungen	13
4. Zuständigkeit und Verfahren	13
VI. Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 301a nZGB)	14
1. Entstehungsgeschichte der Bestimmung	14
2. Ein «neuer» Begriff	14
3. Ziel der Bestimmung	15
4. Inhalt der Bestimmung	15
5. Zuständigkeit und Verfahren	16

Einleitung

1.

Während der Gespräche über das Inkrafttreten der Neuregelung der elterlichen Sorge (gemeinsames Sorgerecht als Regelfall) haben die Konferenz der Kantone für Kindes und Erwachsenenschutz (KOKES) und mehrere Kantone darum gebeten, das ursprünglich für den 1. Januar 2014 vorgesehene Datum für das Inkrafttreten aufgrund der erheblichen Überlastung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) zu verschieben. Vorgebracht wurden auch die verschiedenen offenen Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung des neuen Rechts.

Bundesrätin Simonetta Sommaruga hat als Kompromiss vorgeschlagen, das Inkrafttreten auf den 1. Juli 2014 festzusetzen, was vom Bundesrat am 29. November 2013 angenommen wurde. Um den Besorgnissen und Anliegen der KESB Rechnung zu tragen, hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga zudem das Bundesamt für Justiz (BJ) damit beauftragt, für die Kantonsbehörden, die das neue Recht ab dem 1. Juli 2014 anwenden müssen, **eine Informationsveranstaltung zu organisieren**.

2.

Zu diesem Zweck hat das BJ die Behörden in einem ersten Schritt angefragt, die konkreten Probleme bei der Umsetzung des neuen Rechts anzugeben. Die Anfrage richtete sich in erster Linie an die KESB, aber auch an die Gerichte.

Gleichzeitig hat das BJ zur Besprechung der eingegangenen Fragen eine Expertengruppe mit Fachleuten des Familienrechts der Gerichte, der KESB und des akademischen Bereichs gebildet.

3.

Ein Grossteil der schweizerischen KESB sowie einige Gerichte haben auf die Anfrage des BJ geantwortet.

Die überaus zahlreichen Fragen an das BJ wurden, möglichst im Originalwortlaut und ohne vorgängige Auswahl, im Dokument «Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge. Fragenkatalog» transparent zusammengefasst. Das Dokument, das die Grundlage für den vorliegenden Bericht darstellt, wird auf der Webseite des BJ aufgeschaltet, damit die betroffenen Fachkreise es als Arbeitsgrundlage für ihren künftigen Austausch und die Entwicklung ihrer Praxis verwenden können.

In der Folge wurde der Fragenkatalog der vom BJ konsultierten Expertengruppe übergeben. Diese Gruppe setzt sich aus folgenden Personen zusammen: Linus Cantieni (Präsident KESB Kreis Bülach Süd), Florence Krauskopf (Richterin der zivilrechtlichen Abteilung, Kantonsgericht Genf), Philippe Meier (Professor an der Universität Lausanne), Matteo Pedrotti (Bezirksrichter, Tessin), Diana Wider (Generalsekretärin KOKES), Pia Zeder (Präsidentin KESB Luzern).

4.

Bei der Durchsicht der Fragen hat sich herausgestellt, dass sich mehrere Fragen auf genaue Weisungen für die Anwendung des Gesetzes sowie die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und von Generalklauseln beziehen. Dazu ist Folgendes zu sagen:

4.1 Das BJ übt nicht die Aufsicht über die Kinderschutzbehörden oder über die Gerichte aus. Demnach darf es keine Weisungen erlassen oder Empfehlungen zuhanden dieser Behörden aussprechen.

4.2 Das BJ darf nicht angeben, wie das Gesetz auszulegen ist. Für die Auslegung des Gesetzes sind die Schutz- und Gerichtsbehörden und in letzter Instanz das Bundesgericht zuständig, das mit seiner Rechtsprechung zur Rechtsentwicklung und zur Anpassung des Rechts an Veränderungen beiträgt.

Aus diesen Gründen wird darauf verzichtet, im vorliegenden Dokument auch nur «Denkanstösse» zu geben, denn dadurch könnte der Auslegung der neuen Bestimmungen durch die zuständigen Behörden vorgegriffen werden. Nur so kann die dem Schweizer Rechtsstaat zugrundeliegende Gewaltentrennung beachtet werden und lässt sich sicherstellen, dass die Kinderschutzbehörden und die Gerichte über den nötigen Ermessensspielraum verfügen, um im Einzelfall flexibel entscheiden zu können.

Folglich beantwortet das BJ im vorliegenden Dokument nicht alle Fragen und erstattet nicht detailliert Bericht über die Ansichten, die anlässlich der Sitzung mit der Expertengruppe am 2. April 2014 geäußert wurden. Der vorliegende Bericht ist somit eine Bestandesaufnahme der Analyse des BJ und drückt nicht die persönliche oder gemeinsame Sicht der zurate gezogenen Expertinnen und Experten aus, auch wenn die Diskussionen mit ihnen selbstverständlich zu den Überlegungen des Bundesamtes beigetragen haben.

Ziel dieses Bericht ist es, die Fragen zur Umsetzung der Gesetzesbestimmungen aufzugreifen und den Willen des Gesetzgebers so wiederzugeben, wie er in der Botschaft sowie während der Annahme der Bestimmungen durch das Parlament formuliert wurde, wobei auf die Protokolle der parlamentarischen Beratungen¹ und der Diskussionen in den Kommissionen für Rechtsfragen abgestützt wird. Denn gleich wie der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung zählt auch deren Entstehungsgeschichte zu den Elementen, die bei der Auslegung des Gesetzes berücksichtigt werden (BGE 137 III 470 E. 6.4).

I. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge ab dem 1. Juli 2014

Grundsätzlich stehen die Kinder ab der Geburt unter der gemeinsamen elterlichen Sorge des Vaters und der Mutter (Art. 296 Abs. 2 nZGB). Dies ist der Fall, wenn der Vater und die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes miteinander verheiratet sind. Sind der Vater und die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so üben sie die elterliche Sorge nur dann gemeinsam aus, wenn sie vorgängig zusammen mit der Anerkennung des Kindes eine entsprechende gemeinsame Erklärung abgegeben haben (Art. 298a Abs. 4 nZGB). Liegt keine gemeinsame Erklärung vor, steht die elterliche Sorge allein der Mutter zu (Art. 298a Abs. 5 nZGB).

In folgenden Fällen kann die gemeinsame elterliche Sorge jedoch auch nach der Geburt vereinbart werden:

- Wenn das Kindesverhältnis (durch Anerkennung oder Vaterschaftsurteil) bereits festgestellt worden ist:
 - von Gesetzes wegen durch Heirat der Eltern (Art. 259 Abs. 1 ZGB);
 - durch die Abgabe einer gemeinsamen Erklärung der Eltern vor der KESB (Art. 298a Abs. 4 nZGB);

¹ Die Ausführungen der Parlamentarierinnen und Parlamentarier sowie von Bundesrätin Simonetta Sommaruga werden nicht übersetzt.

- durch Verfügung der Kindesschutzbehörde (Art. 298b nZGB).
- Wenn das Kindesverhältnis noch nicht festgestellt worden ist:
 - durch die Abgabe einer gemeinsamen Erklärung der Eltern vor dem Zivilstandsamt zusammen mit der Anerkennung des Kindes (Art. 298a Abs. 4 nZGB);
 - durch ein Gerichtsurteil im Rahmen einer Vaterschaftsklage (Art. 298c nZGB).

Da die elterliche Sorge bis zur Volljährigkeit des Kindes dauert (Art. 296 Abs. 2 nZGB), kann die gemeinsame elterliche Sorge bis zur Volljährigkeit des Kindes vereinbart werden.

1. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung der Eltern auf dem Zivilstandsamt (Art. 298a Abs. 4 nZGB)

«Die Erklärung, die elterliche Sorge gemeinsam ausüben zu wollen, kann [...] gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten abgegeben werden, sofern sie gleichzeitig mit der Anerkennung des Kindes erfolgt; sie ist damit auch schon vor der Geburt des Kindes möglich. [...] Für das Zivilstandsamt entsteht dabei kein zusätzlicher Aufwand. Es hat die gemeinsame Erklärung der Eltern über die gemeinsame elterliche Sorge nicht zu überprüfen. Die konkrete Umsetzung ist in der Zivilstandsverordnung zu regeln. Aus Beweisgründen ist die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge auf einem Formular abzugeben, das beide Eltern unterzeichnet haben.»²

Gemäss der revidierten Art. 11b Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 Bst. b^{bis} Zivilstandsverordnung (ZStV)³ muss die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge von den Eltern persönlich und schriftlich gegenüber der Zivilstandsbeamtin respektive dem Zivilstandsbeamten abgegeben werden. Dabei haben die Eltern gemeinsam auf dem Zivilstandsamt zu erscheinen. Die Erklärung erfolgt direkt im Anschluss an die vom Vater abgegebene Erklärung über die Anerkennung des Kindes auf einem separaten Formular. Mittels Unterschrift bezeugen die Eltern, dass sie die gemeinsame elterliche Sorge vereinbaren und bestätigen, dass sie sich über die in Art. 298a Abs. 2 nZGB aufgeführten Punkte verständigt haben.⁴ Das Formular wird vierfach erstellt: ein Exemplar für die Mutter, eines für den Vater, eines für das Zivilstandsamt und eines für die KESB. Ein Exemplar dieses Formulars wird der zuständigen KESB zusammen mit der Mitteilung der Kindesanerkennung zugestellt (Art. 50 Bst. c^{bis} nZStV).

Weitere Pflichten des Zivilstandsamtes?

Die Zivilstandsbeamtin respektive der Zivilstandsbeamte hat keine weitere Pflicht als die Entgegennahme der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge und allenfalls der Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften (s. auch Art. 11b Abs. 2 nZStV).

Bekommen die Eltern dann keine Auskunft über Inhalt und Auswirkungen der gemeinsamen elterlichen Sorge?

Informationen zum Prozedere einer Vaterschaftsanerkennung und zur Möglichkeit der gleichzeitigen Abgabe der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge sind auf

² Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011 (im Folgenden: Botschaft elterliche Sorge), BBl 2011 9077, hier 9104.

³ SR 211.112.2

⁴ S. Erläuterungen zu den Änderungen der ZStV und der ZStGV vom 14. Mai 2014. Ab dem 1. Juli 2014 wird ausserdem auf der Webseite des BJ das Merkblatt Nr. 152.3 über die Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf dem Zivilstandsamt in der Schweiz verfügbar sein.

entsprechenden Merkblättern⁵ zusammengefasst. Diese werden den Eltern bei Bedarf durch das Zivilstandsamt vor dem Termin der Kindesanerkennung abgegeben. Wünschen die Eltern eine Beratung vor der Abgabe der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge, so müssen sie sich an die KESB wenden (Art. 298a Abs. 3 nZGB).

Beratung durch die KESB (Art. 298a Abs. 3 nZGB)

Der Anspruch auf eine Beratung durch die Kindesschutzbehörde vor der Abgabe der gemeinsamen Erklärung wurde vom Ständerat eingefügt. Zuvor hatte der Nationalrat beschlossen, dass nicht miteinander verheiratete Eltern, die im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung nicht in Hausgemeinschaft leben, für die gemeinsame elterliche Sorge zusätzlich zur gemeinsamen Erklärung eine von der KESB genehmigte Vereinbarung über den Unterhalt und den persönlichen Verkehr vorlegen müssen.⁶ Angesichts des diskriminierenden Charakters dieser Anforderung ist der Ständerat dem Nationalrat nicht gefolgt.⁷ Anstatt die Eltern dazu zu verpflichten, eine von der KESB genehmigte Vereinbarung zu schliessen, hat es der Ständerat vorgezogen, nicht miteinander verheirateten Eltern, die die Auswirkungen der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge besser verstehen wollen, vor der Abgabe der gemeinsamen Erklärung die Möglichkeit einer Beratung durch die KESB zu bieten, und zwar unabhängig davon, ob sie im Konkubinat leben oder nicht. Diese Beratung umfasst eine allgemeine Anleitung zum Inhalt und zur Abfassung einer Elternvereinbarung (inkl. Berechnungsmethoden für Unterhalt). Dabei ist festzuhalten, dass die KESB nicht alle nicht miteinander verheirateten Eltern, die eine gemeinsame Erklärung abgeben, beraten müssen, sondern nur jene, die dies wünschen.

2. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung der Eltern vor der KESB (Art. 298a Abs. 4 nZGB)

Erfolgt die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge losgelöst von der Anerkennung des Kindes, so ist sie an die KESB am Wohnsitz des Kindes zu richten. Auch in diesem Fall ist sie aus Beweisgründen schriftlich abzugeben. Die KOKES stellt ein Formular für die Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge vor der KESB zur Verfügung. Eine detaillierte Regelung der Verhältnisse zwischen den Eltern im Sinne der heutigen Vereinbarung nach Art. 298a Abs. 1 ZGB ist auch zulässig. Eine solche Vereinbarung ist aber nicht Bedingung zur Entgegennahme der Erklärung durch die KESB. Die KESB wird deshalb den Inhalt der von den Eltern getroffenen Vereinbarung nicht prüfen. Falls die Eltern dies wünschen, kann die KESB aber die Vereinbarung bezüglich den Unterhalt genehmigen (Art. 287 ZGB).

Wann wird die KESB von Amtes wegen tätig?

Die KESB wird von Amtes wegen handeln, wenn sie eine Kindeswohlgefährdung vermutet: In einem solchen Fall werden Abklärungen vorgenommen und die geeigneten Massnahmen getroffen (Art. 307 ff. ZGB). Die KESB wird zudem im Zusammenhang mit der Anrechnung der Erziehungsgutschriften von Amtes wegen tätig (Art. 52^{bis} Abs. 3 der neuen Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, nAHVV; siehe dazu III. unten).

⁵ Merkblatt über die Kindesanerkennung in der Schweiz (Nr. 152.1) und Merkblatt über die Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf dem Zivilstandsamt in der Schweiz (Nr. 152.3). Auch die KOKES wird ein Merkblatt über die gemeinsame elterliche Sorge zur Verfügung stellen.

⁶ AB 2012 N 1647

⁷ AB 2013 S 11 (siehe insbes. Ständerätin Anne Seydoux-Christe und Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

Wenn die Eltern eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge bei der KESB nach der Scheidung oder lange Zeit nach der Geburt abgeben, ergibt es sich dann, dass der Unterhaltstitel, welcher damals durch das zuständige Gericht oder durch die genehmigte Vereinbarung ergangen ist, hinfällig wird?

Nein. Wenn die Eltern die geltende Aufteilung der Kosten für den Kindesunterhalt ändern wollen, so können sie eine neue Vereinbarung schliessen und gegebenenfalls von der KESB genehmigen lassen (Art. 287 ZGB). Eine von den Eltern abgeschlossene und von der KESB nicht genehmigte Vereinbarung stellt einen Titel für die provisorische Rechtsöffnung dar, eine genehmigte Unterhaltsvereinbarung hingegen einen Titel für die definitive Rechtsöffnung, mit dem gegebenenfalls die Alimentenbevorschussung eingefordert werden kann. Die Genehmigung der Vereinbarung durch die KESB ist allerdings nicht mehr eine Voraussetzung für die gemeinsame elterliche Sorge. Können sich die Eltern über die Änderung der Aufteilung der Kosten für den Kindesunterhalt nicht einigen, so muss ein Elternteil das Gericht gestützt auf Art. 286 ZGB anrufen.

3. Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch Entscheid der KESB (Art. 298b nZGB)

Weigert sich ein Elternteil, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, so kann der andere Elternteil die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes anrufen. Gemäss Art. 298b Abs. 2 (Entscheid der KESB) – sowie Art. 298c (Entscheid über die Vaterschaftsklage) und Art. 298 Abs. 1 (Scheidung und andere eherechtliche Verfahren) nZGB – wird die gemeinsame elterliche Sorge der Regelfall⁸:

«Ainsi le juge [...] octroiera l'autorité parentale conjointe aux deux parents, afin que chacun se sente investi et reconnu dans son rôle et ses responsabilités de parent.»⁹ «Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall werden sich die Perspektive der Gerichte und der Kindesschutzbehörden sowie die Perspektive der Eltern in grundsätzlicher Art und Weise verändern. Die Gerichte respektive die Kindesschutzbehörden haben nicht mehr abzuklären, ob die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge gegeben sind, sondern allenfalls im Einzelfall, ob die Voraussetzungen für deren Entzug erfüllt sind. [...] Die Entscheidung über die elterliche Sorge soll nicht mehr für den Positionskampf zwischen den Eltern missbraucht werden können.»¹⁰ «Die neue Regelung bringt die Verpflichtung der Eltern, die Verantwortung gegenüber ihren Kindern gemeinsam wahrzunehmen. Sie müssen ihre Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft unter Beweis stellen. Gerichte können Eltern, die sich nicht einig sind, zu einem Mediationsversuch auffordern. Das neue Erwachsenen- und Kindesschutzrecht gibt auch der Kindesschutzbehörde diese Befugnis. Die Eltern sollen daran erinnert werden, dass eine Scheidung oder eine Trennung zwar das Ende ihrer Beziehung ist, aber nicht das Ende ihrer gemeinsamen Elternschaft. Die Kinder haben ein Recht auf Mutter und Vater.»¹¹

Es gibt aber Situationen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge nicht zum Wohl des Kindes ist. Die KESB kann deshalb einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge übertragen, «wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist» (Art. 298b Abs. 2 nZGB).

⁸ Botschaft elterliche Sorge, BBI **2011** 9092.

⁹ AB **2012** N 1629–1630 (Nationalrätin Francine John-Calame).

¹⁰ AB **2013** S 6 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

¹¹ AB **2013** S 5 (Ständerat Claude Janiak).

Wann ist die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge «zur Wahrung des Kindeswohls nötig»?

Die Botschaft verweist hier auf die Gründe für den Entzug der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB.¹² Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde zur Generalklausel noch Folgendes ausgeführt: «Artikel 298 Absatz 1 ZGB ist ja als offene Generalklausel ausgestaltet worden und lässt deshalb Raum für weitere Fälle. Das Gericht kann und muss allfällige Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen.»¹³ Auf die Frage, ob die «Konfliktrichtigkeit einer Beziehung» ein Kriterium für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge sein könnte¹⁴, hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga wie folgt geantwortet: «Es soll auch kein Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge angeordnet werden, nur weil ein Elternteil den anderen während des Scheidungsverfahrens vielleicht beleidigt hat. Es geht um die folgende Art von Konflikten: Wenn zum Beispiel ein Elternteil den anderen auf schikanöse Art und Weise mit unnötigen Klagen überzieht, die beispielsweise Entscheidungen, die das Kind betreffen, zum Gegenstand haben, und dieser andauernde Konflikt sich nicht nur auf den Elternteil, sondern auch auf das Kind auswirkt, dann kann das durchaus auch ein Grund sein für den Entzug bzw. die Nichterteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Das Kriterium wird immer wieder sein, ob es einen Einfluss hat auf das Kind oder sich auf es auswirkt und ob man hier mit dem Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge eine Verbesserung für die Situation des Kindes herbeiführen kann.»¹⁵

Die gleichen Überlegungen gelten in Bezug auf den Entscheid des Gerichts im Rahmen einer Scheidung oder eines anderen eherechtlichen Verfahrens (Art. 298 Abs. 1 nZGB)¹⁶ sowie im Rahmen der Vaterschaftsklage (Art. 298c nZGB)¹⁷.

Kann die KESB die gemeinsame elterliche Sorge gegen den Willen der Eltern anordnen?

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde diese Frage insbesondere für den Fall gestellt, in welchem der Vater nie Vater sein wollte und behauptet, kein Interesse an einer Beziehung zum Kind zu haben.¹⁸ Bundesrätin Simonetta Sommaruga hat wie folgt geantwortet: «auch wenn man Vater wird und man das vielleicht nicht wollte, hat man Verantwortung und auch Pflichten» und «man [muss] sehr genau abklären, ob es wirklich auch zum Wohle des Kindes sein kann, wenn die gemeinsame elterliche Sorge gegen den expliziten Willen des Vaters angeordnet wird»¹⁹. Dabei ist daran zu erinnern, dass die gemeinsame elterliche Sorge ein Pflicht-Recht ist, auf das ein Elternteil nicht einfach verzichten kann. Da für Verfahren in Kinderbelangen der Untersuchungs- und Officialgrundsatz gilt (Art. 446 Abs. 1 ZGB, anwendbar gestützt auf den Verweis in Art. 314 Abs. 1 ZGB und Art. 296 Zivilprozessordnung, ZPO²⁰), kann es die Schutz- oder Gerichtsbehörde nicht einfach bei der Erklärung des Elternteils belassen: Bevor sie einen Entscheid fällt, muss sie den betreffenden Elternteil befragen, um die Gründe für sein mangelndes Interesse an der Ausübung der elterlichen Sorge zu kennen, und den Sachverhalt im konkreten Fall erforschen. Die alleinige elterliche Sorge wird einem Elternteil übertragen, nur wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298b Abs. 2 nZGB).

¹² BBI 2011 9105

¹³ AB 2012 N 1638 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

¹⁴ AB 2012 N 1645 (Nationalrätin Jacqueline Fehr).

¹⁵ AB 2012 N 1646 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

¹⁶ Botschaft elterliche Sorge, BBI 2011 9103.

¹⁷ Botschaft elterliche Sorge, BBI 2011 9106.

¹⁸ AB 2012 N 1644–1645 (Nationalrat Daniel Jositsch) und AB 2012 N 1645 (Nationalrätin Jacqueline Fehr).

¹⁹ AB 2012 N 1646 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

²⁰ SR 272

Die gleichen Überlegungen gelten in Bezug auf den Entscheid des Gerichts im Rahmen einer Scheidung oder eines anderen eherechtlichen Verfahrens (Art. 298 Abs. 1 nZGB) sowie im Rahmen der Vaterschaftsklage (Art. 298c nZGB).

Problem der geteilten Zuständigkeit zwischen KESB und Gericht, wenn die Eltern über die Unterhaltsfrage strittig sind

Wenn ein Elternteil sich weigert, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, kann der andere Elternteil gemäss Art. 298b Abs. 1 nZGB die KESB anrufen. Zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge, ist die KESB für die Regelung der Obhut (und des persönlichen Verkehrs) bzw. für die Regelung der Betreuungsanteile (Art. 298b Abs. 3 nZGB) zuständig. Im Rahmen dieses Verfahrens haben dann die Eltern auch die Möglichkeit, eine Unterhaltsvereinbarung zu schliessen, die mit der Genehmigung durch die KESB verbindlich wird (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Soweit jedoch Uneinigkeit hinsichtlich des Unterhaltsbeitrags besteht, muss eine Unterhaltsklage an das Gericht eingereicht werden (Art. 298b Abs. 3 nZGB). Die gleiche Zuständigkeitsordnung gilt bei Veränderung der Verhältnisse (Art. 298d nZGB) und bei der Neuregelung der Kinderbelange nach Art. 301a Abs. 5 nZGB. In diesen Fällen ist damit eine Koordination der beiden Verfahren notwendig. Diese Situation ist unbefriedigend und alle Experten sind der Meinung, dass hier eine Korrektur wünschenswert ist.

Aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlagen kommt folgendes Vorgehen in Frage: Ist die Unterhaltspflicht bzw. die Höhe der Unterhaltspflicht bereits im Moment der Trennung strittig, erscheint es naheliegend, dass im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens vor der KESB eine Unterhaltsklage beim Gericht nach Art. 279 ZGB eingereicht wird. Das Gericht hat dann die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen und damit die beklagte Partei sofort zu verpflichten, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu zahlen (Art. 303 Abs. 1 ZPO). Unabhängig davon bleibt die KESB für die Regelung der elterlichen Sorge sowie aller anderen Kinderbelange zuständig. Spätestens sobald das Verfahren vor der KESB beendet ist, kann das Gericht den Unterhaltsbeitrag definitiv festlegen – nicht auszuschliessen ist jedoch auch der umgekehrte Fall, was insbesondere bei Rechtsmittelverfahren in einem oder beiden Verfahren denkbar ist. Damit dieses System funktionieren kann, ist es somit unabdingbar, dass alle betroffene Behörde sich absprechen und die Verfahren koordinieren (im Kanton Zürich sollen etwa auch die Friedensrichterinnen und Friedensrichter einbezogen werden).

II. Übergangsrecht: Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch Entscheid der KESB oder des Gerichts nach Art. 12 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 5 Schlusstitel nZGB

Art. 12 Abs. 4 und 5 SchlIT nZGB gibt dem Elternteil ohne Sorgerecht die Möglichkeit, innerhalb eines Jahres seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen. Der Vater, der die elterliche Sorge nicht erlangt hat, weil er mit der Kindesmutter nicht verheiratet war, kann sich somit an die KESB wenden. Der Elternteil, der die elterliche Sorge bei einer Scheidung verloren hat, kann sich ans Gericht wenden, wenn die Scheidung im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts weniger als fünf Jahre zurückliegt (Abs. 5). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheids über das Sorgerecht. In beiden Fällen findet Art. 298b Abs. 2 nZGB sinngemäss Anwendung. Das Gericht respektive «Die Kindesschutzbehörde entscheidet in der Folge so,

wie wenn sich die Eltern erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts scheiden liessen beziehungsweise das Kind erst nach diesem Zeitpunkt auf die Welt käme.»²¹

Ist nach Ablauf dieser einjährigen Frist eine Änderung der Zuteilung der elterlichen Sorge absolut ausgeschlossen?

Nein. Nach Ablauf dieser Frist kann das Gericht oder die KESB die Zuteilung der elterlichen Sorge jedoch nur ändern, «wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse» seit dem letzten Entscheid über die Zuteilung der elterlichen Sorgen bzw. seit der Geburt des Kindes «zum Wohl des Kindes nötig ist» (Art. 134 Abs. 1 ZGB und Art. 298d Abs. 1 nZGB).

III. Gemeinsame elterliche Sorge und AHV-Erziehungsgutschriften

Am 14. Mai 2014 hat der Bundesrat neue Bestimmungen für die Anrechnung von Erziehungsgutschriften verabschiedet, die auf **1. Januar 2015** in Kraft treten.²²

Mit der Änderung des ZGB wird die gemeinsame elterliche Sorge zur Regel. Trotzdem ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft häufig nur ein Elternteil seine Erwerbstätigkeit einschränkt, um die gemeinsamen Kinder zu betreuen, und dadurch Einbussen im Hinblick auf die künftigen AHV-Leistungen hat. Die bisher geltende Regelung, wonach die Erziehungsgutschriften bei gemeinsamer elterlicher Sorge grundsätzlich hälftig aufgeteilt werden, ist somit in vielen Fällen nicht mehr angemessen.

Neu wird deshalb eine Behörde die Anrechnung der Erziehungsgutschriften bei gemeinsamer elterlicher Sorge geschiedener oder nicht miteinander verheirateter Eltern regeln müssen. Die neue Bestimmung in der AHV-Verordnung sieht vor, dass das Gericht oder die KESB bei jedem Entscheid über die gemeinsame elterliche Sorge, über die Zuteilung der Obhut oder über die Betreuungsanteile gleichzeitig auch über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften befindet. Dabei ist demjenigen Elternteil die ganze Erziehungsgutschrift anzurechnen, der voraussichtlich den überwiegenden Teil der Betreuungsleistung für die gemeinsamen Kinder erbringen wird. Die Erziehungsgutschrift ist hälftig anzurechnen, wenn anzunehmen ist, dass beide Eltern in gleichem Umfang Betreuungsleistungen für die gemeinsamen Kinder erbringen werden.

Kommt die gemeinsame elterliche Sorge aufgrund einer gemeinsamen Erklärung der Eltern vor dem Zivilstandsamt oder vor der KESB zustande, so müssen die Eltern gleichzeitig eine Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften treffen oder innert drei Monaten eine solche Vereinbarung bei der KESB des Wohnsitzes der Mutter einreichen. Geschieht dies nicht, wird die KESB von Amtes wegen über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften entscheiden.

Wie wird die KESB ab dem 1. Januar 2015 vorgehen müssen, wenn die Eltern keine Vereinbarung über die Erziehungsgutschriften getroffen haben?

Neu teilt das Zivilstandsamt der KESB nebst der Anerkennung eines minderjährigen Kindes die gleichzeitig abgegebene Erklärung der Eltern über die gemeinsame elterliche Sorge mit (Art. 50 Abs. 1 Bst. c^{bis} nZStV). Das dafür bereitgestellte Formular enthält einen Abschnitt, in dem die Eltern die Anrechnung der Erziehungsgutschriften vereinbaren können. Somit wird die KESB erfahren, ob die Eltern vor dem Zivilstandsamt auch eine Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschrift abgeschlossen haben. Ist dies nicht der Fall und reichen die Eltern nicht innerhalb der dreimonatigen Frist bei der KESB eine solche

²¹ Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9109.

²² Das BSV ist daran, ein Merkblatt über die Erziehungsgutschriften auszuarbeiten. Dieses wird ab dem 1. Juli 2014 verfügbar sein.

Vereinbarung ein, so erhält die KESB die Möglichkeit, die Eltern aufzufordern, ihr die vorgesehenen Betreuungsverhältnisse mitzuteilen, damit sie über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften nach den in Art. 52^{bis} Abs. 2 nAHVV festgehaltenen Grundsätzen von Amtes wegen entscheiden kann. Gleichzeitig können die Eltern darüber informiert werden, dass die Erziehungsgutschrift in vollem Umfang der Mutter angerechnet wird, wenn sie ihrer Auskunftspflicht nicht nachkommen.

Es gilt hier zu präzisieren, dass die KESB diese Pflicht erst **ab dem 1. Januar 2015** wahrnehmen müssen. Und nur wenn die gemeinsame elterliche Sorge nach diesem Datum erklärt wird. Wird die gemeinsame elterliche Sorge vor dem Zivilstandsamt oder vor der KESB **vor dem 1. Januar 2015** begründet und haben die Eltern dabei keine Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften getroffen, muss die KESB nicht tätig werden. Gemäss Art. 52f Abs. 2^{bis} AHVV²³ wird in diesem Fall die Erziehungsgutschrift bis zum 31. Dezember 2014 hälftig aufgeteilt.

Können die Eltern bereits vor dem 1. Januar 2015 eine Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften abschliessen?

Ja. Bereits nach geltendem Recht können die Eltern schriftlich vereinbaren, welchem Elternteil die ganze Erziehungsgutschrift angerechnet werden soll (Art. 52f Abs. 2^{bis} AHVV). Da die Anrechnung der Erziehungsgutschrift jeweils pro Kalenderjahr erfolgt (Art. 29^{sexies} Abs. 3 AHVG²⁴), werden unterjährige Änderungen in der Anrechnung erst im Folgejahr wirksam. Eine im Jahr 2014 abgeschlossene Vereinbarung entfaltet ihre Wirkung mithin erst ab dem 1. Januar 2015.

Was gilt dann für Eltern, die die elterliche Sorge bereits gemeinsam ausüben und keine Vereinbarung getroffen haben?

Bis zum 31. Dezember 2014 wird die Erziehungsgutschrift hälftig aufgeteilt (Art. 52f Abs. 2^{bis} AHVV). Ab dem 1. Januar 2015, nach dem Inkrafttreten der neuen Regelung, wird die Erziehungsgutschrift hingegen in vollem Umfang der Mutter angerechnet (Art. 52f^{bis} Abs. 6 nAHVV).

Vielen Eltern war die bisherige Regelung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften nicht bekannt. Können sie nun rückwirkend vereinbaren, dass die ganze Erziehungsgutschrift auch für die Vergangenheit einem Elternteil angerechnet werden soll?

Nein, eine rückwirkende Vereinbarung über die Anrechnung ist nicht möglich. Änderungen bei der Anrechnung der Erziehungsgutschriften werden erst im Folgejahr wirksam, sie können also nur für die Zukunft vorgenommen werden.

IV. Gemeinsame elterliche Sorge und internationale Sachverhalte

1. Anerkennung ausländischer Entscheide und Regeln über die elterliche Sorge in der Schweiz

Genügt die Anerkennung des Kindes im Ausland für den Erhalt der gemeinsamen elterlichen Sorge in der Schweiz, wenn diese Rechtswirkung nach dem Recht des betreffenden Staates vorgesehen ist?

Wenn diese Rechtswirkung nach dem Recht des Staates, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Anerkennung seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte, vorgesehen ist, dann ja.²⁵ Denn

²³ SR 831.101

²⁴ SR 831.10

²⁵ In einigen Ländern gilt automatisch die Regel der gemeinsamen elterlichen Sorge, sobald das Kind anerkannt wird.

die nach dem Recht dieses Staates von Gesetzes wegen zugewiesene elterliche Verantwortung besteht nach dem Umzug des Kindes in die Schweiz fort (Art. 85 Abs. 1 IPRG²⁶; Art. 16 Ziff. 3 HKsÜ²⁷).

2. Anerkennung schweizerischer Entscheide und Regeln über die elterliche Sorge im Ausland

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen schweizerische Entscheide bzw. Rechtslagen zur elterlichen Sorge im Ausland anerkannt werden, richtet sich nach dem internationalen Privatrecht des betreffenden Landes bzw. nach den internationalen Übereinkommen, welche dieses Land mit der Schweiz verbinden.²⁸

V. Entscheidungsbefugnis des Elternteils, der das Kind betreut (Art. 301 Abs. 1^{bis} nZGB)

1. Ziel der Bestimmung

«Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, im Prinzip gemeinsam regeln. Kein Elternteil hat dabei einen irgendwie gearteten Vorrang oder Stichentscheid.»²⁹ Dies ist indes fast unmöglich, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr zusammen leben. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, «dass die gemeinsame elterliche Sorge auch und gerade dann funktionieren muss, wenn die Eltern nicht (mehr) zusammenleben und Absprachen deshalb möglicherweise schwieriger werden»³⁰, hat der Gesetzgeber als flankierende Massnahme eine Bestimmung vorgeschlagen, gemäss welcher der Elternteil, der das Kind betreut, allein über alltägliche oder dringliche Angelegenheiten entscheiden kann.

2. Der Elternteil, der das Kind betreut

Im Rahmen der Diskussionen in den Rechtskommissionen wurde die Frage gestellt, ob es nicht besser gewesen wäre, alltägliche und dringliche Angelegenheiten dem obhutsberechtigten bzw. dem hauptbetreuenden Elternteil zu überlassen. Nach Diskussionen ist man zum Schluss gekommen, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut sachgerechter ist. Die Entscheidungsbefugnis soll mit der tatsächlichen Betreuung auf den betreuenden Elternteil übergehen. Wird ein Kind zum Beispiel hauptsächlich von der (obhutsberechtigten) Mutter betreut und verbringt es das Wochenende beim Vater, ist es nicht sinnvoll, wenn die Mutter weiterhin über alle alltäglichen Angelegenheiten entscheidet, beispielsweise über die Ernährung, die Bekleidung und die Freizeitgestaltung während des Wochenendes. Überhaupt nicht umsetzbar wäre diese Lösung bei den dringlichen Angelegenheiten, wenn diese nur vom betreuenden Elternteil entschieden werden können, da der andere Elternteil von den betreffenden Umständen in der Regel keine unmittelbare Kenntnis hat. Dementsprechend ist an der Sitzung des Ständerats vom 4. März 2013 Folgendes präzisiert worden: «L'article 301 alinéa 1^{bis} prévoit au chiffre 1 que le parent qui

²⁶ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR **291**).

²⁷ Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (HKsÜ; SR **0.211.231.011**).

²⁸ Vgl. dazu die Webseite des Bundesamts für Justiz: https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/gesellschaft/internationaler_kinderschutz.html.

²⁹ Botschaft elterliche Sorge, BBl **2011** 9106.

³⁰ Botschaft elterliche Sorge, BBl **2011** 9093.

s'occupe de l'enfant de manière concrète, factuelle, peut prendre seul les décisions courantes ou urgentes qui le concernent.»³¹

3. Alltägliche und dringliche Entscheidungen

In der Botschaft hat der Bundesrat Folgendes klargestellt: «Der Entwurf verzichtet bewusst auf eine Aufzählung der Entscheidungen, welche zwingend die Zustimmung des anderen Elternteils benötigen, wie es zum Teil auch von der Wissenschaft vorgeschlagen worden ist. Wir sind der Meinung, dass es der Praxis überlassen werden soll, jene Bereiche zu definieren, die alltäglichen Charakter haben. [...] Bei der Beurteilung dessen, was alltägliche und dringliche Angelegenheiten sind, gilt ein objektiver Massstab. Es spielt deshalb keine Rolle, was ein Elternteil subjektiv für wichtig erachtet. So hat es ein Elternteil, obwohl selber Vegetarier, hinzunehmen, dass das Kind beim anderen Elternteil Fleisch isst.»³²

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga einige Beispiele gemacht: «Als *alltäglich* im Sinn dieser Bestimmung gelten z. B. Entscheidungen über die Ernährung, die Bekleidung und die Freizeitgestaltung des Kindes; ich würde auch den Haarschnitt [...] mal darunter nehmen. Dringlich ist z. B. eine notfallmässige Spitalbehandlung, aber nicht eine Kieferbehandlung oder eine Zahnbehandlung, die sich über längere Zeit planen lässt und die dann auch Folgen hat. Zahnkorrekturen, Sie kennen das, haben beträchtliche Kostenfolgen und Auswirkungen über Jahre. *Nicht alltäglichen Charakter* haben Angelegenheiten, die z. B. zu einem Wechsel der Schule oder der Konfession des Kindes führen, aber wie gesagt auch medizinische Eingriffe oder andere Dinge, die das Leben des Kindes in einschneidender Weise prägen, wie beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport. Solche Entscheide müssen die Eltern gemeinsam treffen.»³³

Es wurde auch die Frage des Entscheides über eine Drittbetreuung gestellt: Darf z. B. die obhutsberechtigte Mutter ohne Zustimmung des anderen Elternteils das Kind zwei bis drei Tage in die Kindertagesstätte geben? Auf diese Frage hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga Folgendes geantwortet: «Ich möchte das so präzisieren: Wenn es mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbunden ist und das Kind zwei oder drei Tage neu oder zusätzlich in die Kita gegeben wird, macht es aus Sicht des Bundesrates durchaus Sinn, dass das mit dem Vater des Kindes besprochen wird, dass er hier auch mit einbezogen wird, weil es auch die Möglichkeit geben soll, dass der Vater diesen Teil der Betreuung übernimmt. Das hat also erhebliche Auswirkungen auch auf die Organisation, auf die Ausübung der elterlichen Sorge. Deshalb ist es sinnvoll, dass der Vater hier mitreden kann. Wie gesagt, vielleicht ergibt sich eine andere Möglichkeit, die im Interesse und zum Wohle des Kindes ist. Was sicher nicht möglich und nicht die Meinung des Bundesrates ist, ist der Fall, dass ein Vater verhindern kann, dass die Mutter eine Erwerbstätigkeit aufnimmt und das Kind deswegen in eine Fremdbetreuung gibt. Das ist sicher nicht der Sinn, und das ist auch nicht zum Wohle des Kindes.»³⁴

4. Zuständigkeit und Verfahren

Über Streitigkeiten zwischen den Eltern entscheidet das Gericht, wenn sich die Fragen in einem eherechtlichen Verfahren stellen. Ausserhalb solcher Verfahren wenden sich die

³¹ AB 2013 S 12 (Ständerätin Anne Seydoux-Christe).

³² Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9106 f.

³³ AB 2012 N 1650 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

³⁴ AB 2012 N 1650 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

Eltern an die KESB. Die Eltern müssen sich jedoch bewusst sein, dass das Gericht oder die KESB nicht dafür da sind, jedes Mal, wenn sie sich in einer Frage betreffend das Kind nicht einig sind, zu intervenieren. Eine behördliche oder gerichtliche Intervention erfolgt nur, wenn der Konflikt der Eltern gleichzeitig eine Gefährdung des Kindeswohls bedeutet (Art. 307 ff. ZGB).³⁵ «Der Entscheid der Behörde hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren, und das Kind ist grundsätzlich auch anzuhören.»³⁶ Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass die angerufene Behörde die Eltern in geeigneten Fällen zu einem Mediationsversuch auffordern kann (Art. 297 Abs. 2 ZPO und Art. 314 Abs. 2 ZGB).

VI. Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 301a nZGB)

1. Entstehungsgeschichte der Bestimmung

«Le Tribunal fédéral a établi en 2010 que le parent titulaire du droit de garde pouvait décider seul du lieu de résidence de l'enfant [37]. Pour donner du sens à la présente révision, le Conseil fédéral a décidé dans son projet d'abandonner la notion de droit de garde, et de la remplacer par celle de «droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant», que l'on retrouve à l'article 301a du Code civil dans le projet du Conseil fédéral. Ce droit sera une composante à part entière de l'autorité parentale et appartiendra donc en principe aux deux parents.»³⁸

2. Ein «neuer» Begriff

«In Umschreibung des Gehalts der gemeinsamen elterlichen Sorge regelt der Entwurf den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes und seiner Eltern in einem neuen Artikel 301a ZGB. Damit soll für eine wesentliche Frage, nämlich für die Frage des Wohnsitzes, geklärt werden, wie die gemeinsame elterliche Sorge funktionieren soll. Dieser Artikel führte auch dazu, dass die ganze Terminologie im Kindesrecht definiert und geklärt wurde, auch im Zuge unserer Kommissionsarbeiten. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht soll das Obhutsrecht – auf Französisch heisst es «droit de garde» – ablösen. Im Gegensatz dazu bleibt die Obhut – auf Französisch «garde»; auf Deutsch wurde früher gelegentlich von der «faktischen Obhut» gesprochen – bestehen. Die Obhut haben die Eltern inne, die mit dem Kind in Hausgemeinschaft leben.»³⁹ «Il en ressort que, dans le nouveau projet, la notion de droit de garde a été abandonnée. En revanche, on a maintenu la notion de «garde», mais entendue au sens de «garde de fait». Disposera donc de la garde de fait, le parent chez lequel l'enfant habitera, mais disposeront du droit de déterminer son lieu de résidence les titulaires de l'autorité parentale, en principe les deux parents. Pour que cela ressorte clairement du texte de loi, il est nécessaire de corriger les articles 25 et 310 du Code civil ainsi que les articles 299, 300 et 301 du Code de procédure civile actuel, qui parlent de «droit de garde». Il devra désormais y être question de «garde» tout court.»⁴⁰

³⁵ Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9106.

³⁶ AB 2012 N 1650 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

³⁷ BGE 136 III 353, E. 3.2; siehe ebenfalls Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9108

³⁸ AB 2012 N 1635 (Nationalrat Christian Lüscher).

³⁹ AB 2012 N 1625–1626 (Nationalrat Alec von Graffenried). Siehe ebenfalls das Dokument des BJ vom 11. Juni 2012 zu den Begriffen «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltsort», auf der Website der Kommissionen für Rechtsfragen («Berichte») unter folgendem Link veröffentlicht: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Seiten/default.aspx>

⁴⁰ AB 2012 N 1635 (Nationalrat Christian Lüscher).

3. Ziel der Bestimmung

«Die gemeinsame elterliche Sorge soll die Eltern auch nicht am Zügeln bzw. an der Wahrnehmung ihrer Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) hindern. Dies gilt allerdings nur insofern, als der neue Aufenthaltsort keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat.»⁴¹ «Es ist [...] in keiner Art und Weise das Ziel dieser Bestimmung, einem Elternteil, der umziehen will, diesen Umzug verbieten zu lassen. [...] Aber bei einer gemeinsamen elterlichen Sorge sind eben auch die Interessen der Kinder zu berücksichtigen, und es soll überprüft werden, ob diese auch nach einem Wohnsitzwechsel ausreichend gewahrt werden. Wenn das nicht der Fall ist, dann muss das Gericht oder die Kinderschutzbehörde eine Anpassung der getroffenen Lösung vornehmen. [...] Sofern sich das aufgrund des Wegzuges eines Elternteils als notwendig erweist, kann das Gericht deshalb etwa den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes genehmigen und bei Bedarf gleichzeitig die bestehenden Regelungen über den persönlichen Verkehr und den Unterhalt anpassen. Denkbar ist auch, dass es für den Fall, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil wegzieht, die bestehenden Regelungen über den persönlichen Verkehr und den Unterhalt anpasst.»⁴²

4. Inhalt der Bestimmung

Art. 301a nZGB wurde von der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats zum Teil geändert und dem Plenum des Ständerats anlässlich der Sitzung vom 4. März 2013 wie folgt erläutert:

«L'**alinéa 1** prévoit que les parents qui exercent l'autorité parentale conjointement doivent décider ensemble chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter. C'est donc le principe. L'**alinéa 2**, tel qu'il est prévu par la majorité, règle la situation où l'un des parents entend modifier le lieu de résidence de l'enfant, et l'on ne parle là que du lieu de résidence de l'enfant. En principe, l'accord de l'autre parent est nécessaire si ce nouveau lieu de résidence est à l'étranger ou si le déménagement a des conséquences significatives pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent. En cas de désaccord, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant tranche. Le principe de base est que si le parent exerçant conjointement l'autorité parentale souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant, il faut un accord entre les parents. En cas de désaccord, c'est le juge ou l'autorité de protection de l'enfant qui tranche. [...] A ce sujet et à propos de la proposition de la minorité Savary, qui insiste beaucoup sur la médiation – principe que nous soutenons tous, mais peut-être pas de la même manière ni avec le même enthousiasme –, je relève que le Code de procédure civile prévoit déjà la possibilité de recourir à la médiation également dans le cadre de l'autorité de protection de l'enfant. La majorité de la commission estime qu'il s'agit d'un outil important, et même très important en cas de litige, mais qu'il n'y a pas lieu de l'imposer de manière systématique comme le souhaite la minorité. Enfin, le but de l'alinéa 2 n'est pas d'empêcher un des parents de déménager, mais bien d'inciter les parents à réfléchir ensemble avant le déménagement aux conséquences de celui-ci sur l'exercice de l'autorité parentale conjointe et sur le règlement des relations avec l'enfant ou son entretien.»⁴³ Dazu ist zu sagen, dass Abs. 2 Bst. b vorher bereits vom Nationalrat geändert worden war. Dieser hatte entschieden, dass es für jeden Wechsel des Aufenthaltsortes, der erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat, der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung einer Behörde bedarf. «Es geht [...] darum, dass bei einem Wechsel des Aufenthaltsortes auch der vereinbarte persönliche Verkehr eines

⁴¹ Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9093.

⁴² AB 2012 N 1654 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

⁴³ AB 2013 S 13 (Ständerätin Anne Seydoux-Christe).

Elternteils mit dem Kind berücksichtigt werden muss. Wenn wir das Kindeswohl ins Zentrum stellen, dann dürfen wir hier unseres Erachtens das wichtigste Recht des Kindes, jenes auf die Betreuung durch beide Elternteile, nicht beiseiteschieben. Beide, Mutter wie Vater, sind gleich wichtig für das Kind. Es kann nicht sein, dass durch einen Wohnortswechsel der persönliche Verkehr zwischen einem Elternteil und dem Kind de facto vereitelt wird.»⁴⁴ «L'**alinéa 3** vise la situation du parent qui exerce seul l'autorité parentale et qui souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant. Il peut le faire, mais il doit informer en temps utile l'autre parent. L'**alinéa 4** concerne le parent qui souhaite modifier son propre lieu de résidence, mais qui n'a pas la garde de l'enfant. Ce parent doit également informer l'autre parent. A l'**alinéa 5** [...] il est dit que «au besoin, les parents s'entendent, dans le respect du bien de l'enfant, pour adapter le régime de l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et l'entretien. S'ils ne peuvent pas s'entendre, la décision appartient au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant.»⁴⁵ Da eine alternierende Obhut bei einem Umzug ins Ausland oder einem Umzug in der Schweiz mit erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr wahrscheinlich nicht möglich ist, wird die Beteiligung an der Betreuung des Kindes in Abs. 5 nicht ausdrücklich erwähnt.⁴⁶

5. Zuständigkeit und Verfahren

Nach Art. 315a ZGB entscheidet bei einem Wechsel des Aufenthaltsorts während eherechtlicher Verfahren das Gericht. Das Gericht kann auch durch ein Begehren auf Abänderung des Scheidungsurteils angerufen werden (Art. 134 ZGB). Sind die Eltern nicht verheiratet, so ist, mit Ausnahme des Entscheids über den Unterhalt, die KESB zuständig. Es ist zu wünschen, dass sich die Behörden so einrichten, dass sie den Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsorts rasch treffen können.

Was geschieht, wenn ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes ohne Zustimmung des anderen Elternteils oder ohne Genehmigung der Behörde wechselt?

In der Botschaft elterliche Sorge wurde bereits Folgendes erläutert: «Verlegt der Elternteil den Wohnsitz des Kindes eigenmächtig in einen Vertragsstaat des Haager Kindesentführungsübereinkommens⁴⁷ oder des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens⁴⁸, so kann der andere Elternteil ein Rückführungsverfahren wegen internationaler Kindesentführung einleiten⁴⁹.»⁵⁰ Im Übrigen gilt Art. 220 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs⁵¹ (Entziehen von Minderjährigen).

⁴⁴ AB 2012 N 1653 (Nationalrat Pirmin Schwander).

⁴⁵ AB 2013 S 13 (Ständerätin Anne Seydoux-Christe).

⁴⁶ In der Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013 hat sich der Bundesrat zum Verhältnis zwischen der gemeinsamen elterlichen Sorge und der alternierenden Obhut (1.6.2; BBl 2014 564) sowie zu den Begriffen der alleinigen/alternierenden/geteilten Obhut (siehe Erläuterungen zu Art. 276 E-ZGB; BBl 2014 571) geäußert.

⁴⁷ Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02).

⁴⁸ Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01).

⁴⁹ <http://www.bj.admin.ch>, Stichwort: Internationale Kindesentführungen.

⁵⁰ Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9108.

⁵¹ StGB; SR 311.0.

Welche Auswirkungen hat das neue Recht für den Elternteil, dem die Obhut vor dem 1. Juli 2014 zugeteilt worden ist? Kann er sich noch auf das «Obhutsrecht» berufen und mit dem Kind ins Ausland ziehen, ohne die Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen, wenn dieser auch die elterliche Sorge ausübt?

Nein. Ab dem 1. Juli 2014 umfasst die elterliche Sorge auch das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen: Übt ein Elternteil die elterliche Sorge gemeinsam mit dem anderen aus, so darf er den Aufenthaltsort des Kindes nur mit dessen Zustimmung oder gestützt auf eine Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde wechseln (vgl. Art. 301a Abs. 1 und 2 nZGB in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 SchIT nZGB).