



Annina Schreiner
M.A. HSG in Law,
Rechtsanwältin und Notarin
Telefon +41 58 258 14 00
annina.schreiner@bratschi-law.ch



Pascal Diethelm
lic. iur. HSG, Fachanwalt SAV Familienrecht,
Rechtsanwalt und Notar
Partner
Leiter Practice Group Familie und Erbschaft
Telefon +41 58 258 14 00
pascal.diethelm@bratschi-law.ch

Gemeinsame elterliche Sorge seit dem 1. Juli 2014 als Regel

Durch die am 1. Juli 2014 neu in Kraft getretenen Bestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ist die gemeinsame elterliche Sorge nicht mehr nur während der Ehe, sondern auch bei der Scheidung oder bei unverheirateten Eltern der Regelfall. Wegleitend ist stets das Kindeswohl.

1. Entstehung des Kindesverhältnisses

Nur Eltern, die ein rechtliches Kindesverhältnis begründet haben, können Inhaber der elterlichen Sorge sein. Für Mutter und Kind entsteht das Kindesverhältnis mit der Geburt. Ist der Vater mit der Kindesmutter verheiratet, wird das Kindesverhältnis zwischen ihm und dem Kind ebenfalls mit der Geburt von Gesetzes wegen begründet, wogegen bei unverheirateten Eltern das Kindesverhältnis zum Vater mit der Anerkennung des Kindes durch den Vater entsteht oder indem die Vaterschaft mittels Vaterschaftsklage durch ein Gericht festgestellt wird.

2. Inhalt der elterlichen Sorge – Abgrenzung von der Obhut

Der Inhaber der elterlichen Sorge ist verantwortlich für die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes und muss die dafür nötigen Entscheide mit Blick auf das Kindeswohl treffen. Konkret beinhaltet dies die Bestimmung des Aufenthaltsorts, die religiöse Erziehung bis zum 16. Altersjahr, die Zusammenarbeit mit der Schule bzw. der Ausbildungsstätte, die Verwaltung des Kindesvermögens, die Vornamensgebung sowie die gesetzliche Vertretung des Kindes.

Unter dem gemeinsamen Sorgerecht müssen sich die Parteien über die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse in Bezug auf das Kind unter altersgerechtem Einbezug des Kindes einigen können. Wichtige und weitreichende Entscheide zum Lebensverlauf des Kindes müssen von den Eltern folglich gemeinsam getroffen werden. Doch müssen die Eltern selbst dann nicht immer gemeinschaftlich handeln; der betreuende Elternteil geniesst eine gewisse Entscheidungsautonomie, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist oder der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand erreicht werden kann. Welche alltäglichen Belange von einem Elternteil alleine entschieden werden können, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei ein objektiver Beurteilungsmassstab anzulegen ist. Grundsätzlich gehören dazu Angelegenheiten, die

mit der täglichen Betreuung und Versorgung des Kindes zusammenhängen und die Ausübung der Elternrechte durch den anderen Elternteil nicht betreffen wie die Bekleidung oder Freizeitgestaltung. Dringliche Belange liegen vor, wenn Gefahr im Verzug ist und ein Zuwarten mit einer Entscheidung dem Kindeswohl widerspräche. Da es sich um eine Ausnahmeregelung im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge handelt, ist von einer restriktiven Annahme alltäglicher und dringlicher Angelegenheiten auszugehen.

Der Begriff der Obhut umfasst seit dem 1. Juli 2014 nur noch die faktische und nicht mehr auch die rechtliche Obhut. Das bedeutet, dass die Obhut nur noch das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind in einer Hausgemeinschaft und dessen tatsächliche Betreuung umfasst, aber nicht mehr die Bestimmung seines Aufenthaltsorts, welche neu an die elterliche Sorge gekoppelt ist.

Will ein Elternteil bei gemeinsamer elterlicher Sorge den Wohnsitz ins Ausland verlegen oder hat der Wechsel des Wohnsitzes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs bzw. der Betreuung, bedarf der Entscheid der Zustimmung des anderen Elternteils bzw. im Streitfall der zuständigen Behörde. Dabei ist die Latte für die Verweigerung eines Wohnsitzwechsels innerhalb der Schweiz hoch anzusetzen.

Bei alleiniger elterlicher Sorge haben sich die Eltern über einen Wohnsitzwechsel hingegen nur gegenseitig zu informieren.

3. Entstehung der gemeinsamen elterlichen Sorge

3.1 Bei verheirateten Eltern

Für die Mutter sowie für den mit der Mutter verheirateten Vater entsteht die elterliche Sorge mit der Geburt des Kindes, sofern sie volljährig sind, nicht unter umfassender Beistandschaft stehen oder von einem früheren Entzug der elterlichen Sorge betroffen sind. Sie üben folglich von Gesetzes wegen die elterliche Sorge über ihre unmündigen Kinder gemeinsam aus. Bei Trennung oder Scheidung entscheidet das zuständige Gericht, wobei die elterliche Sorge den Eltern nach neuem Recht grundsätzlich gemeinsam belassen wird.

Gemäss Art. 12 Abs. 4 und 5 SchIT ZGB kann sich ein Elternteil, dem bei der Scheidung vor dem 1. Juli 2014 die elterliche Sorge entzogen wurde, innert Jahresfrist mit dem Antrag auf Verfügung der gemeinsamen elterlichen Sorge an die zuständige Behörde – mithin an das für die Abänderung des Scheidungsurteils zuständige Gericht – wenden, wenn die Scheidung am 1. Juli 2014 weniger als fünf Jahre zurücklag. Bei Einigkeit der Eltern hingegen kann eine gemeinsame Erklärung jederzeit bei der KESB abgegeben werden. Sie ist nicht an die vorgenannte Jahresfrist gebunden.

3.2 Bei unverheirateten Eltern

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, kommt die elterliche Sorge vorerst nur der Mutter zu. Eine Anerkennung des Kindes durch den Vater bewirkt noch keine andere Zuteilung. Vor oder nach der Geburt kann der Vater des Kindes jedoch anlässlich der Kindeserkennung beim Zivilstandsamt zusammen mit der Mutter die gemeinsame elterliche Sorge erklären, indem die Eltern

zum Ausdruck bringen, dass sie bereit und in der Lage sind, zusammen die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und sich über die Obhut, den persönlichen Verkehr (bei alleiniger Obhut eines Elternteils) bzw. die Betreuungsanteile (bei alternierender Obhut beider Eltern) sowie den Unterhaltsbeitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils verständigt haben. Entgegen der Regelung nach dem alten Recht ist es nicht mehr erforderlich, einen schriftlichen Unterhalts- und Betreuungsvertrag vorzulegen. Ebenso wenig ist eine inhaltliche Überprüfung vorgesehen. Die Eltern müssen dazu persönlich auf dem Zivilstandsamt erscheinen und zu Beweis Zwecken ein entsprechendes Formular unterzeichnen.

Auch nach erfolgter Anerkennung des Kindes durch den Vater bzw. gutgeheissener Vaterschaftsklage mit alleiniger Sorgerechtszuteilung an einen Elternteil, können die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge erklären, wobei die Erklärung diesfalls gegenüber der KESB am Wohnsitz des Kindes abgegeben werden muss. Diese Möglichkeit steht auch einem Elternteil alleine zu, wenn sich die Eltern bezüglich der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht einig sind. Die KESB gibt dem anderen Elternteil auf eine solche einseitige Erklärung hin die Möglichkeit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme und hört das betroffene Kind ab seinem 6. Altersjahr grundsätzlich an. Im Anschluss verfügt die KESB die gemeinsame elterliche Sorge, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zuzuteilen ist (vgl. Ziff. 4 nachfolgend). Die KESB entscheidet auch über die übrigen strittigen Punkte mit Ausnahme des Unterhalts, welcher bei Uneinigkeit der Eltern nur vom Gericht mittels einer Unterhaltsklage verbindlich geregelt werden kann. Gegen diesen Entscheid der KESB steht den Parteien das Rechtsmittel an das Gericht offen.

Im Rahmen einer gutzuheissenden Vaterschaftsklage entscheidet das Gericht auch über die gemeinsame elterliche Sorge sowie die damit verbundenen strittigen Nebenpunkte.

Analog zum geschiedenen Elternpaar kann der nicht sorgeberechtigte Elternteil bei der KESB am Wohnsitz des Kindes – Ausnahmefälle vorbehalten – bis am 30. Juni 2015 die Verfügung der gemeinsamen elterlichen Sorge beantragen, wozu er einen schriftlichen Antrag und eine Bestätigung über die Vaterschaft einzureichen hat. Wiederum ist bei Einigkeit der Eltern die Erklärung nicht an die Jahresfrist gemäss Art. 12 Abs. 4 SchIT ZGB gebunden. Ebenso wenig bei Kindern, die nach dem 1. Juli 2014 geboren wurden.

3.3 Änderung der Zuteilung der elterlichen Sorge ausserhalb der Übergangsbestimmungen sowie bei neurechtlich verfügbarer alleiniger oder gemeinsamer elterlicher Sorge

Die Zuteilung der elterlichen Sorge kann ausserhalb der Übergangsbestimmungen sowie bei neurechtlich verfügbarer alleiniger oder gemeinsamer elterlicher Sorge neu geregelt werden, wenn sich eine Neuregelung wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes aufdrängt. Die Anforderungen an eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse sind hoch anzusetzen, so dass für eine Neuzuteilung sehr triftige Gründe wie beispielsweise eine Krankheit oder die Vernachlässigung des Kindes vorliegen müssen.

Sind sich geschiedene Eltern über die Neuregelung der elterlichen Sorge einig, haben sie der KESB eine gemeinsame Erklärung einzureichen, wobei die KESB auch in strittigen Fällen über Belange des persönlichen Verkehrs oder Betreuungsanteile entscheiden kann. In den übrigen Fällen entscheidet das für die Abänderung des Scheidungsurteils zuständige Gericht.

Bei unverheirateten Eltern ist ausschliesslich die KESB zuständig.

4. Ausnahme vom Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge – alleinige elterliche Sorge

4.1 Allgemeines

Der einseitige Antrag eines Elternteils auf gemeinsame elterliche Sorge ist nach Massgabe von Art. 298b ZGB inhaltlich einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, und es gilt insbesondere abzuklären, ob nicht zur Wahrung des Kindeswohls einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zuzuteilen ist. Oberste Richtschnur ist stets die Wahrung des Kindeswohls.

Die gemeinsame elterliche Sorge entspricht einerseits dann nicht dem Kindeswohl, wenn ein Grund für die Entziehung der elterlichen Sorge wie Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit, Vernachlässigung des Kindes, ernstliche Pflichtverletzung oder Ähnliches vorliegt und dieser Grund eine Gefährdung des Kindeswohls zur Folge hat. Andererseits rechtfertigen es vor allem auch fehlende Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft, ein Dauerkonflikt zwischen den Eltern oder eine Situation offenbaren Rechtsmissbrauchs, auf eine gemeinsame elterliche Sorge zu verzichten. Es genügt mit anderen Worten, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl abträglich ist, weil die Eltern zwar alleine, nicht jedoch gemeinsam zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge in der Lage sind. In solchen Fällen muss die elterliche Sorge bei einem Elternteil allein verbleiben. Im Zweifelsfall kommt der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht automatisch der Vorrang zu. Vielmehr kann und muss die elterliche Sorge immer dann einem Elternteil allein zugewiesen werden, wenn dadurch das Kindeswohl besser gewahrt werden kann.

4.2 Gründe, die gegen eine gemeinsame elterliche Sorge sprechen

4.2.1 Dauerkonflikt zwischen den Eltern

Eine gemeinsame elterliche Sorge kommt dann nicht in Frage, wenn ein chronifizierter Elternkonflikt das Kindeswohl beeinträchtigt. Stehen die Eltern in einem Dauerkonflikt um das Kind, kann dies dessen Entwicklung beeinträchtigen, indem das Kind unter anderem in einen Loyalitätskonflikt geraten kann und bei ihm Gefühle der Unsicherheit und der Ohnmacht hervortreten. Im schlimmsten Fall können Dauerkonflikte die Eltern gar derart absorbieren, dass sie die Vernachlässigung des Kindes verursachen, weil sie zu sehr mit sich selber beschäftigt sind. So muss eine alleinige elterliche Sorge selbst dann angeordnet werden, wenn durch diesen Entscheid der elterliche Konflikt noch intensiviert würde, wenn aufgrund eines Dauerstreits beispielsweise wichtige Entscheide bezüglich des Kindes nicht fristgerecht erfolgen oder dem Kind überbürdet würden, sofern bei al-

leiniger elterlicher Sorge diesem Erfordernis des fristgerechten, unter altersentsprechendem Einbezug des Kindes gefassten Entscheides genüge getan würde. Anhaltende massive Elternkonflikte sowie aggressives Konfliktverhalten sind folglich als mögliche Gründe für die alleinige elterliche Sorge zu prüfen.

4.2.2 Fehlende Kooperationsfähigkeit und fehlender Kooperationswille

Wie ausgeführt müssen Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge die für das Kind wegleitenden Entscheidungen gemeinsam treffen. Beim Erfordernis der Kooperationsfähigkeit und des Kooperationswillens geht es folglich insbesondere darum, dass die Eltern miteinander sprechen können und sprechen wollen. Muss mangels Kooperationsbereitschaft oder Kooperationsfähigkeit davon ausgegangen werden, dass sich die Eltern in wesentlichen Punkten nicht werden einigen könnten, ist zum Wohle des Kindes von der Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge abzusehen. Dies insbesondere dann, wenn eine direkte Kooperation aufgrund von Erfahrungen von häuslicher Gewalt, Stalking oder anderen von Gewalt geprägten Beziehungen nicht mehr gegeben oder kontraproduktiv ist, weil seitens des betroffenen Elternteils befürchtet wird, in der Vergangenheit Geschehenes werde sich künftig wiederholen. Sind die Eltern im gelebten Alltag trotz Verpflichtung nicht in der Lage, einen Konsens zu finden und damit die gemeinsame elterliche Sorge zu leben, fehlt es bereits an der minimal erforderlichen Kooperation. Kommunikations- und Interaktionsstörungen der Eltern schliessen eine gemeinsame elterliche Sorge jedenfalls aus, wenn die elterlichen Entscheide infolge jenes Konfliktes ungebührlich lange brauchen, bis sie gefällt werden.

4.2.3 Offenbarer Rechtsmissbrauch

Die schikanöse Ausübung des Sorgerechts gegenüber dem andern Elternteil führt zu einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge. Besteht ein Elternteil nur deshalb auf der gemeinsamen elterlichen Sorge, um den anderen Ehegatten zu überwachen oder Macht über ihn auszuüben, liegt ein Fall eines offenbaren Rechtsmissbrauchs vor. Oft ist diese Konstellation in Fällen häuslicher Gewalt anzutreffen.

4.2.4 Kindeswohlgefährdungen aufgrund der Persönlichkeit der Elternteile

Unter bestimmten Voraussetzungen sind Kindeswohlgefährdungen mit so hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass es gerechtfertigt ist, keine gemeinsame elterliche Sorge zuzulassen. Dies ist einerseits der Fall, wenn der besuchsberechtigte Elternteil zum überwiegenden Teil verantwortlich für den elterlichen Konflikt ist. Nimmt der besuchsberechtigte Elternteil systematisch und unkorrigierbar eine Gegenposition zu dem ein, was der obhutsberechtigte Elternteil befindet, entspricht eine gemeinsame elterliche Sorge nicht dem Kindeswohl. Andererseits kann der Grund für eine Verweigerung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch beim obhutsberechtigten Elternteil liegen. So erklären sich misshandelte Frauen gelegentlich ausserstande, mit dem Ex-Partner auch nur im selben Raum zu sitzen, geschweige denn mit ihm über Belange der Kinder zu diskutieren. Bei solchen Ausgangssituationen erscheint es sinnvoll, diesen Müttern die alleinige elterliche Sorge zuzuteilen.

5. Regelung der Erziehungsgutschriften

Erziehungsgutschriften dienen bei der Berechnung der Altersrente als Ausgleich für die durch die Kinderbetreuung unter Umständen eingetretene Einkommenseinbusse. Wenn also ein Elternteil sich der Betreuung des Kindes widmete, keiner Erwerbstätigkeit nachging und infolge dessen eine geringere Altersrente zu gewärtigen hätte, wird diesem Umstand durch die Erziehungsgutschriften Rechnung getragen.

Die Erziehungsgutschriften knüpfen an die elterliche Sorge an und werden bei alleiniger elterlicher Sorge eines Elternteils vollumfänglich diesem bzw. bei gemeinsamer elterlicher Sorge verheirateter Eltern beiden Elternteilen je hälftig angerechnet.

Während bis zum 31. Dezember 2014 nicht verheiratete oder geschiedene Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge schriftlich vereinbaren konnten, welchem Elternteil die AHV-Erziehungsgutschriften angerechnet werden sollen, sofern sie keine hälftige Aufteilung der Erziehungsgutschriften wünschten, ist seit dem 1. Januar 2015 gleichzeitig mit der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge beim Zivilstandsamt oder der KESB am Wohnsitz der Mutter eine Vereinbarung betreffend Erziehungsgutschriften zu treffen oder innerhalb von drei Monaten nach Abgabe der Erklärung der KESB nachzureichen. Treffen die Eltern keine entsprechende Vereinbarung, regelt die KESB die Anrechnung der Erziehungsgutschriften neu von Amtes wegen und teilt sie entweder vollumfänglich dem einen Elternteil zu oder rechnet sie beiden Elternteilen je zur Hälfte an. Eine andere Regelung durch die KESB ist nicht vorgesehen. Für die Aufteilung der Erziehungsgutschriften ist zu berücksichtigen, welcher Elternteil im Hinblick auf die Kinderbetreuung seine Erwerbstätigkeit mehr einschränkt. Mangels Vereinbarung durch die Eltern oder Regelung durch die KESB werden die Erziehungsgutschriften nicht verheirateter oder geschiedener Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge seit dem 1. Januar 2015 von Amtes wegen zu 100% der Mutter angerechnet, selbst wenn bis zum 31. Dezember 2014 mangels Vereinbarung der Eltern eine hälftige Aufteilung vorgenommen wurde.

Bratschi Wiederkehr & Buob AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 75 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Basel Lange Gasse 15 CH-4052 Basel Telefon +41 58 258 19 00 Fax +41 58 258 19 99 basel@bratschi-law.ch	Bern Bollwerk 15 Postfach 5576 CH-3001 Bern Telefon +41 58 258 16 00 Fax +41 58 258 16 99 bern@bratschi-law.ch	Lausanne Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne Téléphone +41 58 258 17 00 Téléfax +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi-law.ch	St. Gallen Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen Telefon +41 58 258 14 00 Fax +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi-law.ch	Zug Industriestrasse 24 CH-6300 Zug Telefon +41 58 258 18 00 Fax +41 58 258 18 99 zug@bratschi-law.ch	Zürich Bahnhofstrasse 70 Postfach 1130 CH-8021 Zürich Telefon +41 58 258 10 00 Fax +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi-law.ch
--	---	---	---	---	--