

## Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung

*Andrea Büchler, Prof. Dr., Professorin an der Universität Zürich*

*Sandro Clausen, lic. iur., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich*

---

**Stichwörter:** *Scheidungsverfahren, Kindeswohl, gemeinsame elterliche Sorge, Alleinzuteilung Sorgerecht, Erziehungsunfähigkeit, elterlicher Dauerkonflikt, Kooperations- und Kommunikationsunfähigkeit, alternierende Obhut, Betreuungsanteile, Elternvereinbarungen.*

**Mots clefs :** *Procédure de divorce, intérêt de l'enfant, autorité parentale conjointe, attribution exclusive de l'autorité parentale, incapacité parentale, conflit parental permanent, incapacité à coopérer et à communiquer, garde alternée, parts de prise en charge, conventions parentales.*

---

### I. Einleitung

Die Scheidungsrate in der Schweiz bewegt sich seit Jahren auf einem konstant hohen Niveau und gehört zu den höchsten in Europa. Von besonderer Tragweite sind Scheidungen von Ehepartnern, die auch Eltern sind. Jedes Jahr sind mehrere Tausend minderjährige Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen. Für sie stellt die Elternscheidung vielfach ein krisenhaftes Lebensereignis dar, das mit zahlreichen mehr oder weniger weit gehenden Veränderungen ihrer Lebensbedingungen verbunden ist. Im familiären Reorganisationsprozess nach der Trennung nimmt die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung einen entsprechend hohen Stellenwert ein. Ob und inwiefern sich die für die Kinder nachteiligen Scheidungsfolgen durch ein bestimmtes Sorgemodell begrenzen lassen, wird in der juristischen und kinderpsychologischen Forschung seit langem untersucht. Auch der schweizerische Gesetzgeber geht nunmehr davon aus, dass das Wohl der Kinder in der Regel am besten gewahrt ist, wenn ihre Eltern das Sorgerecht nach der Scheidung gemeinsam ausüben. Am 1. Juli 2014 ist das neue Recht der elterlichen Sorge in Kraft getreten. Das grundlegend revidierte Recht hatte zum Ziel, die gemeinsame elterliche Sorge auch geschiedener Eltern als Regelfall zu etablieren.<sup>1</sup> Einem seit Jahren geforderten Para-

digmenwechsel entsprechend sollten Vater und Mutter gleichbehandelt werden. Ebenso sollte der kindliche Anspruch verwirklicht werden, dass beide Eltern die Verantwortung für seine Erziehung und Entwicklung gemeinsam übernehmen. Wie die neuen Gesetzesbestimmungen zu verstehen und anzuwenden sind, war bereits im Vorfeld der Inkraftsetzung umstritten. Der Wortlaut des Gesetzes und unterschiedliche Interpretationsansätze in den Gesetzesmaterialien führten zu diversen Unklarheiten. Das Bundesgericht hatte inzwischen Gelegenheit, wichtige durch die Gesetzesrevision aufgeworfene Fragen zu klären. Vor allem und hauptsächlich hat die höchstrichterliche Rechtsprechung die Kriterien vorgegeben, die für die Alleinzuteilung des

Sorgerechts zu beachten sind. Der vorliegende Beitrag will die bisher ergangene Rechtsprechung nachzeichnen und aufarbeiten. Es soll ein umfassender Überblick über die aktuellen und wichtigsten Entwicklungen in Praxis und Lehre bezüglich der Sorgerechtsregelung gegeben werden.

## II. Elterliche Sorge und Scheidung der Eltern

### 1. Grundlagen

Im Scheidungsverfahren regelt das Gericht die Elternrechte und -pflichten nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Insbesondere regelt es die elterliche Sorge, die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile und den Unterhaltsbeitrag (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Materielle Vorgaben für die Regelung der Kinderbelange macht die Gesetzesbestimmung nicht. Immerhin verpflichtet sie die Scheidungsgerichte, alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände zu beachten und einen gemeinsamen Antrag der Eltern und – soweit tunlich – die Meinung des Kindes zu berücksichtigen. Der revidierte Art. 133 ZGB hat primär einen zuständigkeitsrechtlichen Charakter: Das Gericht ist im Rahmen des Scheidungsverfahrens zuständig für die Regelung sämtlicher Elternrechte und Elternpflichten. Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend.<sup>2</sup> Soweit sich im konkreten Einzelfall zusätzlicher Regelungsbedarf ergibt, ist das Scheidungsgericht ebenfalls für die entsprechenden Anordnungen zuständig. Im Übrigen aber handelt es sich bei Art. 133 ZGB um eine reine Verweisungsnorm.<sup>3</sup> Die Gesetzessystematik sollte laut Botschaft betonen, dass die Scheidung grundsätzlich keine Änderung in Bezug auf

---

FamPra.ch 2018 - S. 3

die elterliche Sorge bewirkt.<sup>4</sup> Zweifellos entspricht es der Stossrichtung der Gesetzesnovelle, dass die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern nach der Scheidung grundsätzlich unangetastet bleiben soll. Mit Recht wird in der Lehre zuweilen bedauert, dass der vom Gesetzgeber gewollte Vorrang des gemeinsamen Sorgerechts im Gesetzestext nur unzureichend zum Ausdruck kommt.<sup>5</sup>

### 2. Regelung des Sorgerechts bei Scheidung

In Art. 298 ZGB wird das Grundprinzip des neuen Sorgerechts verwirklicht. Das Gericht überträgt in einem Scheidungsverfahren die elterliche Sorge einem Elternteil alleine, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Für geschiedene Eltern hat der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht damit tatsächlich als Regelfall ausgestaltet.<sup>6</sup> Das neue Sorgerecht schwächt das institutionelle Denken erheblich ab, das die Scheidung mit einer Gefährdung des Wohls der davon betroffenen Kinder gleichsetzte und eine staatliche Intervention als erforderlich erachtete.<sup>7</sup> Im Mittelpunkt der eherechtlichen Verfahren stehen demgegenüber die Reorganisation der Familie und die konkrete Regelung der Kinderbetreuung in der nach der Trennung veränderten Familiensituation.<sup>8</sup> Dabei geht der Gesetzgeber von der Annahme aus,

dass den Interessen der Kinder am besten gedient ist, wenn die elterliche Sorge auch nach der Scheidung von beiden Elternteilen ausgeübt wird.<sup>9</sup> Im Sinne einer rechtstatsächlichen Vermutung kann dabei angenommen werden, dass die Belassung der elterlichen Sorge bei beiden Elternteilen in der Regel für das Kind vorteilhafter ist.<sup>10</sup> Ganz ohne staatlichen bzw. gerichtlichen Entscheid kommt das neue Sorgerecht dennoch nicht aus. Die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts gilt im Scheidungsfall nicht automatisch: Das Scheidungsgericht hat stets zu prüfen, ob das gemeinsame Sorgerecht der Eltern mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.<sup>11</sup> Auf diese Kindeswohlprüfung darf im Scheidungsverfahren nicht verzichtet werden.<sup>12</sup> Die Gesetzesrevision hat weder am Primat des Kindeswohls noch daran etwas geändert, dass die Regelung der Kinderbelange der Disposition der Parteien entzogen und der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist (Offizial- und Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 ZPO).<sup>13</sup> In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Ideal des gemeinsamen Sorgerechts mit Recht hochgehalten. Die höchstrichterlichen Urteile verdeutlichen mit der wünschbaren Deutlichkeit, dass das gemeinsame Sorgerecht den Grundsatz und die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge die eng begrenzte Ausnahme

bildet.<sup>14</sup> Im Sinne eines normativen Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist damit von einem grundsätzlichen Vorrang der gemeinsamen elterlichen Sorge auszugehen.<sup>15</sup>

### 3. Das Kindeswohl

Art. 298 Abs. 1 ZGB hält fest, dass einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zu übertragen ist, wenn dies zur *Wahrung des Kindeswohls* nötig ist. Die gesetzliche Formulierung lässt in verschiedener Hinsicht unterschiedliche Interpretationen zu. Anlass zu heftigen Kontroversen in der Lehre gaben vor allem die Gründe, welche die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge rechtfertigen können. Während darauf an anderer Stelle zurückzukommen sein wird, soll hier zunächst auf den für die Kindeswohlprüfung massgeblichen Blickwinkel eingegangen werden. Das Schrifttum war sich nicht einig bezüglich des Anspruchsniveaus, an welchem sich die Kindeswohlprüfung orientieren soll.<sup>16</sup> Im Kern ging es um die Frage, ob die elterliche Sorge stets dann einem Elternteil alleine zugewiesen werden muss, wenn dadurch das Kindeswohl besser gewahrt wäre als bei gemeinsamem Sorgerecht. Bei der Beantwortung beriefen sich einzelne Meinungsäusserungen auf den Vorrang des verfassungsrechtlich geschützten Kindeswohls, welchem bei der Auslegung der Gesetzesbestimmungen Rechnung zu tragen sei. Bei der Scheidung sei deshalb – so die Folgerung – immer jene Lösung zu bevorzugen, welche dem Kindeswohl am besten entspreche.<sup>17</sup> Als Folge dieser Herangehensweise wären die Vorteile und Nachteile der einzelnen Sorgerechtsformen gegeneinander abzuwägen und die unter dem Aspekt des Kindeswohls günstigste Sorgerechtszuteilung vorzunehmen. Dass die Alleinzuteilung für das Kind die bessere Lösung wäre, genügt nach Auffassung anderer Stimmen in

der Lehre unter dem revidierten Recht jedoch gerade nicht mehr, um vom Grundsatz des gemeinsamen Sorgerechts abzuweichen. Vielmehr sei die elterliche Sorge nur dann nicht bei beiden Elternteilen zu belassen, wenn die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspreche,<sup>18</sup> und es sei folglich zu prüfen, ob das Kindeswohl ausnahmsweise die Zuteilung an einen Elternteil gebiete.<sup>19</sup> Nicht mehr nötig sei es hingegen, positiv darzulegen, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes entspreche,<sup>20</sup> und schon gar nicht sei eine Abwägung vorzunehmen, ob das gemeinsame oder das alleinige Sorgerecht für das Kind besser sei.<sup>21</sup>

Den in der Literatur überwiegend vertretenen Standpunkt hat das Bundesgericht inzwischen übernommen. Es hat betreffend den massgeblichen Prüfungsmassstab klargestellt, dass die Alleinsorge nicht schon dort ausgesprochen werden dürfe, wo sie dem Kindeswohl am besten gerecht würde.<sup>22</sup> Zur Begründung zog das Bundesgericht den Willen des Gesetzgebers heran, der das Konzept der freien richterlichen Sorgerechtszuteilung ausdrücklich verworfen habe.<sup>23</sup> In der parlamentarischen Beratung wurde in der Tat diskutiert, ob die Zuteilung des Sorgerechts der freien Überprüfung des Scheidungsgerichts überlassen werden sollte.<sup>24</sup> Der Vorschlag fand keine

Zustimmung.<sup>25</sup> Dem Bundesgericht ist darin beizupflichten, dass einzig eine eingeschränkte Beurteilungsdichte bei der Kindeswohlprüfung dem gesetzgeberischen Bekenntnis zum gemeinsamen Sorgerecht gerecht wird. Wenn in jedem Einzelfall überprüft würde, ob dem Kindeswohl bei gemeinsamer oder bei alleiniger elterlicher Sorge besser gedient wäre, liesse sich der angestrebte Paradigmenwechsel nicht verwirklichen.<sup>26</sup> Denn es ist leicht auszumachen, dass die freie richterliche Sorgerechtszuteilung – wovon auch deren Befürworter ausgehen<sup>27</sup> – häufiger zu einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge führen würde. Das aber wollte die Gesetzesrevision offenkundig nicht: Eine Art «Gleichwertigkeit» des alleinigen Sorgerechts mit dem gemeinsamen Sorgerecht sollte nicht hergestellt werden.<sup>28</sup> Die neuen Bestimmungen sind als Vorgabe an die Scheidungsgerichte zu verstehen, dem Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge in der Praxis zum Durchbruch zu verhelfen. Das ändert nichts daran, dass das Kindeswohl<sup>29</sup> die einzige Maxime bei der Sorgerechtszuteilung bleibt.<sup>30</sup> Die Wahrung des Kindeswohls ist selbstverständliche Voraussetzung für die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts, aber eben auch ausreichend. Dass sich eine andere Lösung ebenso gut begründen liesse oder allenfalls gar vorzuziehen wäre, genügt für die Alleinzuteilung des Sorgerechts nicht.<sup>31</sup> Das Ideal des gemeinsamen Sor-

gerechts wird dadurch keineswegs über das Kindeswohl gestellt. Indessen verschiebt sich der Fokus der Beurteilung: Die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge ist anzuordnen, wenn die Weiterführung des gemeinsamen Sorgerechts aus Gründen des Kindeswohls nicht zu

verantworten wäre.<sup>32</sup> Die Alleinzuteilung des Sorgerechts rechtfertigt sich nur dann, wenn die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge das Kindeswohl gefährdet.<sup>33</sup> Nur dann ist es im Sinne des Gesetzestextes *zur Wahrung des Kindeswohls nötig*, die alleinige elterliche Sorge einem Elternteil zu übertragen.<sup>34</sup>

### III. Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge

#### 1. Allgemeines

Im Scheidungsverfahren wird den Eltern im Regelfall die gemeinsame elterliche Sorge belassen: Das Scheidungsgericht belässt beiden Elternteilen die elterliche Sorge, wenn eine solche Regelung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Nach dem Gesetzeswortlaut müsste sich das Scheidungsgericht zur Zuteilung des Sorgerechts an sich nicht zwingend äussern.<sup>35</sup> Das Scheidungsgericht hat aber – wie gesagt – in jedem Fall zu prüfen, ob nicht aus Gründen des Kindeswohls von der gemeinsamen elterlichen Sorge abgewichen werden muss. Wird diese Frage verneint, erscheint es nach wie vor angebracht, dass das Gericht die gemeinsame elterliche Sorge im Schei-

---

FamPra.ch 2018 - S. 9

ungsurteil durch einen Zuteilungsentscheid beiden Elternteilen belässt.<sup>36</sup> Ebenso hat das Gericht trotz gemeinsamer Vereinbarung formell die übrigen Elternrechte und Elternpflichten zu regeln.<sup>37</sup> Da die gemeinsame elterliche Sorge auch gegen den Willen eines Ehegatten bei beiden Elternteilen belassen werden kann, muss kein gemeinsamer Antrag mehr eingereicht werden.<sup>38</sup> Bezüglich der materiellen Regelung der Kinderbelange verweist Art. 133 Abs. 1 ZGB vollumfänglich auf die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses.

#### 2. Die Regelung der Obhut

Unter dem neuen Recht umfasst der Begriff der Obhut nur noch das faktische Zusammensein mit dem Kind und damit dessen Betreuung im Alltag.<sup>39</sup> Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge steht die konkrete Ausgestaltung des Modells zur täglichen Betreuung des Kindes noch nicht fest. Die Betreuungsarbeit kann eher einseitig verteilt sein oder von beiden Elternteilen mehr oder weniger gleichmässig übernommen werden. Dass die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, bedeutet nicht zwingend, dass sie sich auch die Betreuungs- und Erziehungsaufgaben

---

FamPra.ch 2018 - S. 10

teilen.<sup>40</sup> Einen Anspruch auf gleichmässige Betreuung kann aus dem gemeinsamen Sorgerecht mit Rücksicht auf das Kindeswohl nicht abgeleitet werden.<sup>41</sup> Andererseits ergibt sich aus der gemeinsamen elterlichen Sorge auch keine unmittelbare Pflicht zur Kinderbetreuung.<sup>42</sup> Wird

das Kind von beiden Elternteilen zu ungefähr gleichen zeitlichen Anteilen<sup>43</sup> betreut, spricht die Rechtsprechung von einer alternierenden Obhut.<sup>44</sup> Gemäss dem seit 1. Januar 2017 in Kraft stehenden Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB prüft das Gericht im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Beim Entscheid über die Obhut oder die Betreuungsanteile ist das Recht des Kindes zu berücksichtigen, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Art. 298 Abs. 2<sup>bis</sup> ZGB). Mit diesen Neuerungen waren allerdings keine materiellen Rechtsänderungen verbunden.

Das Modell der alternierenden Obhut dürfte ebenso viele Befürworter wie Kritikerinnen haben, die ihre jeweiligen Standpunkte zuweilen kategorisch vertreten. Es liegt eine kaum mehr überblickbare Anzahl von kinderpsychologischen Studien zu diesem Forschungsgegenstand vor. Das Bundesgericht liegt gewiss nicht falsch,

---

FamPra.ch 2018 - S. 11

wenn es nüchtern festhält, es liessen sich Meinungen finden, die sich sowohl für als auch gegen dieses Betreuungsmodell aussprechen.<sup>45</sup> An dieser Stelle soll diese Diskussion nicht weitergeführt und weder das eine noch das andere Betreuungskonzept propagiert werden. Gewiss richtig liegt das Bundesgericht jedenfalls auch, wenn es für jeden Einzelfall eine konkrete Prüfung verlangt, ob die alternierende Obhut in Frage kommt und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträgt. In zwei neueren Leitentscheiden<sup>46</sup> hat das höchste Gericht Kriterien definiert, die beim Entscheid über die alternierende Obhut zu beachten sind. Das Gericht hat gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht.<sup>47</sup> Dies ist grundsätzlich zunächst einmal nur der Fall, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind.<sup>48</sup> Es kann von vornherein nicht im Interesse des Kindes sein, in substantiellem Umfang von einem Elternteil betreut zu werden, der dazu gar nicht in der Lage ist. Angesichts der erforderlichen organisatorischen Massnahmen und gegenseitigen Informationen setzt die praktische Umsetzung der alternierenden Obhut weiter voraus, dass die Eltern fähig und gewillt sind, miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren.<sup>49</sup> Das Betreuungsmodell der al-

---

FamPra.ch 2018 - S. 12

ternierenden Obhut stellt diesbezüglich hohe Anforderungen an die Eltern.<sup>50</sup> Die alternierende Obhut eignet sich nicht, wenn das Kind dadurch weiterhin dem Konflikt der Eltern ausgesetzt würde oder die ständigen Wechsel zu belastend wären.<sup>51</sup> Wäre bei einem Elternkonflikt gar die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge vertretbar gewesen, liegt die alternierende Obhut nicht im Kindesinteresse.<sup>52</sup> Gegen eine alternierende Obhut spricht neben starker Zerstrittenheit<sup>53</sup> auch eine «bloss minimale Kooperation» der Eltern<sup>54</sup> oder die kategorische Ablehnung jeglicher Kooperation durch einen Elternteil.<sup>55</sup>

Beim Entscheid über die alternierende Obhut sind ferner die geografische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind allenfalls mit sich

---

FamPra.ch 2018 - S. 13

bringt, zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Aus rein praktischen Überlegungen erweist sich die alternierende Obhut als undurchführbar, wenn die geografische Distanz zwischen den Elternwohnorten zu gross ist.<sup>57</sup> Für das Kind ist diejenige Lösung zu wählen, die unter den gesamten Umständen die notwendige Stabilität der Beziehungen gewährleistet.<sup>58</sup> Unter diesem Aspekt drängt sich die alternierende Obhut auf, wenn beide Eltern bereits während des Zusammenlebens massgeblich an der Pflege und Erziehung beteiligt waren oder es schon während des Getrenntlebens alternierend betreut haben.<sup>59</sup> Bleibt der kindliche Alltag ausserhalb beider Elternhaushalte weitgehend gleich, spricht dies für die alternierende Obhut.<sup>60</sup> Zusätzliche Gesichtspunkte sind schliesslich die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld.<sup>61</sup> Nicht zuletzt ist auch dem Wunsch des Kindes Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig

---

FamPra.ch 2018 - S. 14

ist.<sup>62</sup> Je älter das Kind ist und je eindeutiger seine Meinungsäusserung ausfällt, desto mehr Gewicht sollte diesem bei der Entscheidungsfindung eingeräumt werden.<sup>63</sup>

Spricht die Abwägung der skizzierten Kriterien im Ergebnis für die alternierende Obhut, kann diese auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden.<sup>64</sup> Besonders zu beachten ist bei alternierender Obhut die Frage des Wohnsitzes des Kindes. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz des Kindes am Wohnsitz des (gemeinsam sorgeberechtigten) Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht. Der Wohnsitz lässt sich bei alternierender Obhut jedoch weder vom Sorgerecht noch vom Obhutsrecht ableiten, da daraus zwei zivilrechtliche Wohnsitze resultieren würden.<sup>65</sup> Bei gleichmässiger Betreuungsaufteilung führt auch die Anknüpfung an den Aufenthaltsort nicht zum Ziel, weil sich dieser und damit auch der Wohnsitz immer wieder ändern würden.<sup>66</sup> Für die Bestimmung des Wohnsitzes ist daher an den Ort der engsten Beziehungen des Kindes anzuknüpfen.<sup>67</sup> Die Wohn-

---

FamPra.ch 2018 - S. 15

sitzfrage ist dabei nach möglichst objektiven Kriterien zu beantworten.<sup>68</sup> In der Praxis sollten die Eltern entscheiden, wo sich der Wohnsitz des Kindes befindet. Können sie sich darüber nicht einigen oder lässt sich der Ort der engsten Bindungen nicht feststellen, sollte das Gericht – auch wenn das Gesetz dies nicht vorsieht – den Aufenthaltsort und damit den Wohnsitz des Kindes bestimmen können.<sup>69</sup> Liegt die alternierende Obhut demgegenüber nicht im Wohl des Kindes,

ist einem Elternteil die alleinige Obhut zuzuteilen. Dabei bleiben die Kriterien anwendbar, welche die Praxis zur Obhutszuweisung in einem Eheschutzverfahren und zur Sorgerechtszuteilung im Scheidungsverfahren entwickelt hat.<sup>70</sup>

### 3. *Die Regelung der Betreuungsanteile oder des persönlichen Verkehrs*

Das Scheidungsgericht hat gemäss Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile zu regeln, wobei sich die Regelungsbereiche gegenseitig ausschliessen.<sup>71</sup> Der Begriff der Betreuungsanteile wurde erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen ins Gesetz aufgenommen und soll verwendet werden, wenn beiden Elternteilen neben der elterlichen Sorge auch die elterliche Obhut zusteht.<sup>72</sup> Üben die Eltern die Obhut gemeinsam aus, haben sie sich folglich über die Aufteilung der Betreuung zu einigen bzw. ist diese vom Gericht autoritativ zu regeln.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber hat auf eine weitere Normierung zu den Betreuungsanteilen verzichtet. Zu deren Regelung sind deshalb die Bestimmungen über den persönlichen Verkehr analog heranzuziehen.<sup>74</sup> In diesem Rahmen ist auch zu bestimmen, ob und inwiefern Kontakte zwischen Elternteil und Kind ausserhalb der jeweiligen

---

FamPra.ch 2018 - S. 16

Betreuungszeiten stattfinden sollen.<sup>75</sup> Wird die elterliche Obhut nicht gemeinsam ausgeübt, haben der obhutsberechtigte Elternteil und das Kind gegenseitig Anspruch auf persönlichen Verkehr, es ist mithin ein Besuchsrecht festzulegen.<sup>76</sup>

### 4. *Elternvereinbarungen über Entscheidungsbefugnisse*

Die Eltern leiten mit Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge treffen die Eltern sämtliche die Kinder betreffenden Entscheidungen grundsätzlich gemeinsam.<sup>77</sup> Um sicherzustellen, dass die notwendigen Entscheide auch im Falle elterlicher Konflikte gefällt werden können, hat der Gesetzgeber in Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB Regeln aufgestellt, wann ein Elternteil alleine entscheiden kann. Diese konkretisierungsbedürftige Normierung der Alleinentscheidungsbefugnisse führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen. Es stellt sich unter anderen die Frage, ob Eltern gemeinsam für sich bestimmen können, welche Fragen sie nur miteinander zu entscheiden haben. Der Anwendungsbereich der alltäglichen Angelegenheiten könnte sowohl eingeschränkt als auch erweitert werden. Unproblematisch erscheint die Erweiterung der Alleinentscheidungsbefugnisse eines Elternteils.<sup>78</sup> Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vereinbarungsinhalts werden der gesetzgeberische Wille sowie die Ausgestaltung der elterlichen Sorge als Pflichtrecht angeführt.<sup>79</sup> Beide Gründe vermögen angesichts der hochzuhaltenden Elternautonomie nicht zu überzeugen. Es muss primär den Eltern überlassen bleiben, den aus ihrer Sicht angemessenen Ausgleich zwischen Entscheidungsfreiheiten und Mitentscheidungsbefugnissen zu finden. Zurückhaltender



zu beurteilen ist, ob in umgekehrter Richtung die vom Gesetz dem obhutsberechtigten Elternteil zugewiesenen Alleinentscheidungskompetenzen eingeschränkt werden dürfen. Einer Einschränkung der Alleinentscheidungsbefugnisse des die Obhut innehabenden Elternteils steht der Zweckgedanke der Norm entgegen. Mit der Zuweisung von Alleinentscheidungskompetenzen sollte gewährleistet werden, dass gewisse für das Kind zu fällende Entscheidungen durch elterliche Konflikte nicht blockiert werden. Es liegt letztlich im Interesse des Kindeswohls, dass in diesen Bereich selbst bei unterschiedlichen Ansichten der Eltern tatsächlich Entscheidungen getroffen werden können. Dieses Anliegen würde bis zu einem gewissen Grad un-

---

FamPra.ch 2018 - S. 17

terlaufen, wenn der Kreis der Alleinentscheidungskompetenzen durch die Eltern restriktiver gefasst werden könnte.

#### **IV. Übertragung des alleinigen Sorgerechts**

##### *1. Die Generalklausel von Art. 298 Abs. 1 ZGB*

Im Scheidungsverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Über den Sinngehalt dieser Bestimmung wurde in der Lehre intensiv und kontrovers diskutiert. Wer die bundesrätliche Botschaft konsultiert, liest, dass die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge nicht gegeben seien, wenn einem Elternteil zur Wahrung der Interessen des Kindes die elterliche Sorge zu entziehen ist.<sup>80</sup> Und weiter: Die (gemeinsame) elterliche Sorge dürfe einem Elternteil nur dann vorenthalten werden, wenn die Kindesschutzbehörde Anlass hätte, sie ihm andernfalls gleich wieder zu entziehen.<sup>81</sup> Damit wurde konkret die Interventionsschwelle für den Entzug der elterlichen Sorge gemäss Art. 311 ZGB oder Art. 312 ZGB angesprochen. Zu Unsicherheiten führte hingegen die parlamentarische Debatte. Wiederholt war dort die Rede davon, dass auch in anderen Fällen von der gemeinsamen elterlichen Sorge abgewichen werden könne.<sup>82</sup> Namentlich die bundesrätlichen Ausführungen im Parlament betonten, dass der Gesetzgeber die Bestimmung als offene Generalklausel habe ausgestalten wollen, welche Raum für weitere Anwendungsfälle lasse.<sup>83</sup> Genannt wurden etwa tiefgehendes Misstrauen oder wiederholtes Streiten oder schikanöses Prozessieren gegen den anderen Ehegatten um das Kind betreffende Entscheidungen.<sup>84</sup> Die Lehre war sich – soweit ersichtlich – darin einig, dass es mit den Entzugsgründen von Art. 311 ZGB nicht sein Bewenden haben konnte.<sup>85</sup> In seinem ersten Leitentscheid zum neuen Sorgerecht<sup>86</sup> ist das Bundesgericht der Lehre gefolgt. Mit fundierter und überzeugender Begründung befand das

---

FamPra.ch 2018 - S. 18

höchste Gericht, dass auch andere bzw. weniger gravierende Gründe als die in Art. 311 ZGB genannten die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge rechtfertigen können.<sup>87</sup> Welches diese Gründe

sind und wie hoch die Schwelle für die Alleinzuteilung des Sorgerechts jeweils anzusetzen ist, hat das Bundesgericht seither in einer reichhaltigen Praxis präzisiert.

## 2. *Elterlicher Dauerkonflikt*

Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern gemeinsam für das Wohl ihres Kindes zu sorgen und es zu erziehen haben (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB).<sup>88</sup> Weiter haben die Eltern die Aufgabe, die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Sämtliche wichtige Entscheidungen im Leben ihres Kindes haben die Eltern gemeinsam zu treffen. Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge setzt voraus, dass die Eltern ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können.<sup>89</sup> In diesem Sinne haben die Eltern im wohlverstandenen Interesse des Kindes möglichst verständlich zusammenzuwirken. Eigene Interessen haben die Eltern zurückzustecken und Konflikte untereinander sollten tunlichst vermieden werden. Das ist nicht wenig verlangt und gelingt auch längst nicht allen getrennt lebenden Eltern. Elterliche Auseinandersetzungen können ein Ausmass erreichen, dass die pflichtgemässe Wahrnehmung der elterlichen Sorge erheblich erschwert oder gar verunmöglicht.<sup>90</sup> Beim Kind können Loyalitätskonflikte oder Gefühle der Unsicherheit und der Ohnmacht ausgelöst werden, in gravierenden Fällen besteht sogar die Gefahr der Vernachlässigung des Kindes durch seine stark mit sich selber beschäftigten Eltern.<sup>91</sup>

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt in Übereinstimmung mit der Lehre, dass ein schwerwiegender *elterlicher Dauerkonflikt* die Alleinzuteilung des Sorgerechts erforderlich machen kann.<sup>92</sup> In solchen Fällen drohten nämlich zwangsläufig Belastungen des Kindes oder die Verschleppung wichtiger Entscheidungen,

---

FamPra.ch 2018 - S. 19

beispielsweise im Zusammenhang mit einer notwendigen medizinischen Behandlung.<sup>93</sup> Welcher Art ein solcher Elternkonflikt sein muss, hat das Bundesgericht ebenfalls gesagt: Es muss ein *erheblicher* und *chronischer* Konflikt vorliegen, punktuelle Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten genügen nicht.<sup>94</sup> Eine wichtige Einschränkung macht das Bundesgericht betreffend den Gegenstand des elterlichen Streites: Der Konflikt muss sich auf wesentliche Bereiche der elterlichen Sorge und auf verschiedene Lebensbereiche des Kindes beziehen,<sup>95</sup> das heisst, er muss die Kinderbelange als Ganzes erfassen: Ein Konflikt hinsichtlich einzelner Fragen genügt nicht und erst recht nicht genügt, wenn sich der Streit ausschliesslich um die Regelung des Sorgerechts dreht.<sup>96</sup> Sodann rechtfertigt sich ein Abweichen vom gemeinsamen Sorgerecht nur, wenn sich der Dauerkonflikt negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von der Alleinzuteilung des Sorgerechts eine Verbesserung erwartet werden kann.<sup>97</sup> Damit will das Bundesgericht den Ausnahmecharakter des alleinigen Sorgerechts betonen. Es setzt die Schwelle für die Alleinzuteilung hoch an. Um die elterliche Sorge aufgrund eines chronischen Elternkonflikts einem Elternteil zuzuteilen, verlangt das Bundesgericht eine tatsachenbasierte Sachverhaltsprognose, dass mit der gemeinsamen elterlichen Sorge eine erhebliche

Beeinträchtigung des Kindeswohls einhergehen würde und die Alleinsorge die Abwendung einer voraussehbaren Verschlechterung für das Kind verspricht.<sup>98</sup>

In seinem Leitentscheid BGE 141 III 472 ff. schützte das Bundesgericht die Alleinzuteilung des Sorgerechts im Falle von Eltern, deren heftig geführter Nachtrennungskonflikt sich immer mehr verstärkte, chronifizierte und auf die verschiedenen Lebensbereiche des Kindes erstreckte. Die Eltern hatten sich rund um das Kind gegenseitig mit Anzeigen und Strafklagen eingedeckt und beide auch eingeräumt, dass sie nicht miteinander kommunizieren und sich über grundlegende Fragen hinsichtlich der Kinderbelange nicht einigen können.<sup>99</sup> Die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge wurde sodann bestätigt bei einem heftigen und seit Jahren über die Kinder ausgetragenen und zunehmend akzentuierten Nachscheidungskonflikt mit fehlender Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft, wobei die Kinder den Kontakt zum Vater zunehmend ablehnten, «Ruhe vor dem Elternkonflikt» haben wollten und durch den chronischen Elternkonflikt unmittelbar negativ beeinflusst waren.<sup>100</sup> Die Krite-

---

FamPra.ch 2018 - S. 20

rien für die Alleinzuteilung des Sorgerechts waren nach Auffassung des Bundesgerichts auch erfüllt bei einem chronifizierten Elternkonflikt, der sich auf verschiedene Lebensbereiche des Kindes erstreckte und dazu geführt hat, dass in der Vergangenheit keine gemeinsamen Entscheide getroffen werden konnten; beim stark unter dem Streit leidenden Kind wurde zudem eine psychische Störung diagnostiziert.<sup>101</sup> Die Aufhebung der gemeinsam ausgeübten elterlichen Sorge wurde vom Bundesgericht schliesslich nicht beanstandet bei Eltern, die sich seit Jahren in erheblichem Ausmass über verschiedenste Kinderbelange stritten, wobei sich die Streitereien nach Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts verschärften; zwischen den Eltern bestand nicht einmal ein minimales Einvernehmen, was nach Einschätzung des Gerichts nicht zuletzt auf das auffällige Verhalten des Vaters zurückzuführen war; dieser hatte das Kind wiederholt instrumentalisiert und die Zusammenarbeit bei der Behandlung der bei diesem diagnostizierten Aufmerksamkeits- und Hyperaktivitätsstörung verweigert.<sup>102</sup> Alle referierten Entscheide sind in der Sache sicherlich richtig: die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge war jeweils wohlbegründet.

Das gilt ebenso für das Urteil *5A\_292/2016* vom 21. November 2016, mit welchem das Bundesgericht die gemeinsame elterliche Sorge trotz eines chronischen Elternkonflikts beiden Eltern belassen hat: Weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht gingen davon aus, dass die gemeinsame elterliche Sorge den Konflikt der Eltern verschlimmern würde. Für den Urteilsspruch waren zwei Gesichtspunkte entscheidend: Einerseits hatten die Eltern bisher trotz ihren Streitereien tragfähige Lösungen gefunden, andererseits ging es um ein 14-jähriges Kind, das entsprechend selbstständig geworden war und damit vermehrt seinen eigenen Willen durchsetzen konnte; zwischen dem Kind und den beiden Elternteilen bestand eine gute Beziehung und beide Elternteile verfügten auch über die für die Ausübung des Sorgerechts notwendigen Entscheidungsgrundlagen; Entscheidungen zur beruflichen Laufbahn des Kindes waren für die Wünsche und Ambitionen der Eltern zweitrangig; mit der Vorinstanz erwartete das Bundesgericht von der gemeinsamen elterlichen Sorge eher positive Auswirkungen, zumal der Mutter eine eingeschränkte Erziehungsfähigkeit attestiert wurde.<sup>103</sup> Dieser im Ergebnis nicht zu kritisierende

Entscheid soll hier primär angeführt werden, weil er gleich mehrere Kriterien erwähnt, die im Zusammenhang mit chronischen Elternkonflikten den Ausschlag für oder gegen die gemeinsame elterliche Sorge geben können: Es handelt sich dabei einmal um das persönliche

---

FamPra.ch 2018 - S. 21

Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern. Dass eine gelebte und tragfähige Beziehung zwischen Kind und beiden Eltern besteht, mag als Indiz dafür betrachtet werden, dass sich der elterliche Konflikt nicht nachteilig auf das Kindeswohl auswirkt. Andererseits fällt auf, dass für die Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts auch eine nicht unwesentliche Rolle spielt, welcher Elternteil in welchem Ausmass die Konfliktsituation mitverursacht. Gehen die Schwierigkeiten – soweit sich das tatsächlich erstellen lässt – in erster Linie vom die Alleinzuteilung des Sorgerechts beantragenden Elternteil aus, wird bei gemeinsamer Sorge tendenziell eine Verbesserung für das Kind angenommen. Dies gilt insbesondere, wenn die Erziehungsfähigkeit dieses Elternteils nicht uneingeschränkt bejaht werden kann.<sup>104</sup> Wohingegen die alltägliche Erziehungs- und Betreuungsaufgaben primär von einem Elternteil wahrgenommen und die Konflikte mehrheitlich vom anderen Elternteil verursacht wurden, wird von einem gemeinsamen Sorgerecht eher abgesehen. Besonderes Augenmerk scheint das Bundesgericht schliesslich auf das Alter des Kindes zu richten. Negative Auswirkungen des Elternkonflikts auf das Kindeswohl werden vor allem bei kleinen Kindern angenommen, wenn typischerweise eine Verschleppung von wichtigen Entscheidungen droht.<sup>105</sup> Ob sich eine solche Unterscheidung akkurat ziehen lässt, erscheint zweifelhaft. Auch in jugendlichem Alter befinden sich Kinder in einer sehr sensiblen Phase, in welcher beträchtliche Spannungen zwischen den Eltern ihr Wohl erheblich beeinträchtigen können (z. B. Ausbildungsweg/Berufswahl). Zudem muss eine zunehmende Selbstständigkeit einen Jugendlichen nicht weniger anfällig machen für Instrumentalisierungsversuche der Eltern zur eigenen Interessendurchsetzung. Im jugendlichen Alter dürften Kinder zudem verstärkt in allenfalls wegen Uneinigkeit der Eltern notwendige Verfahren involviert werden.<sup>106</sup>

Andere höchstrichterliche Entscheidungen mögen die nicht aktenkundige Betrachterin hingegen im Ergebnis zumindest überraschen. Zu erwähnen wäre hier zunächst das vom Bundesgericht selbst als «Grenzfall» bezeichnete Urteil 5A\_81/2016 vom 2. Mai 2016: Zwischen den Eltern lag seit den ersten Lebensmonaten des Kindes das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters im Streit, über welches in materiell- und vollstreckungsrechtlicher Hinsicht wiederholt prozessiert wurde. Die Mutter traute dem Vater die Betreuung des Kindes nicht zu und konnte das Kind nicht loslassen, sodass dieses im Zusammenhang mit den Besuchen des Vaters eine erhebliche Trennungsangst entwickelte. Für das Bundesgericht war ausschlaggebend, dass sich der elterliche Konflikt bislang im Wesentlichen auf das Besuchsrecht konzentriert hatte. Das Gericht konnte sich auch schwer vorstellen, dass konträre Ansichten über Fragen rund um die Lebensplanung nicht längst im ansonsten heftig und in grundsätzlicher Weise ausgetragenen elterlichen Konflikt Eingang gefunden hätten. Das Bun-

---

FamPra.ch 2018 - S. 22

desgericht traute den Eltern die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge zu und erinnerte sie abschliessend an ihre Verpflichtung, ein kooperatives Verhalten an den Tag zu legen, die

zumutbaren Anstrengungen bei der gegenseitigen Kommunikation zu unternehmen und das Kind aus dem elterlichen Konflikt herauszuhalten.<sup>107</sup> Aus Sicht des Kindeswohls erscheint der Entscheid problematisch, da vor dem Hintergrund des heftigen Elternkonflikts, ihrer grundsätzlichen Uneinigkeit und dem evidenten Misstrauen negative Auswirkungen für das Kind befürchtet werden mussten, sobald die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben und die potentiellen Konfliktfelder entsprechend breiter würden. Offensichtlich zweifelte auch das Bundesgericht ernsthaft daran, dass insbesondere der Mutter tatsächlich am Kindeswohl und nicht vielmehr an blosser Obstruktion gelegen war.<sup>108</sup> Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge konnte immerhin das unbefriedigende Ergebnis vermieden werden, dass mit einseitiger Obstruktion das gemeinsame Sorgerecht letztlich hätte vereitelt werden können. Noch mehr Bedenken weckt ein weiteres höchstrichterliches Urteil: Im Entscheid *5A\_22/2016* vom 2. September 2016 teilte das Bundesgericht in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides die elterliche Sorge über ein Kind den Eltern gemeinsam zu. Dass das Verhältnis zwischen den Eltern seit Jahren in hohem Masse mit Konflikten belastet war und die Eltern nur mit Mühe bzw. mit Unterstützung des Beistandes miteinander kommunizieren konnten, war gar nicht erst umstritten. Ebenfalls fest stand, dass das inzwischen neunjährige Kind unter verschiedenen Symptomen litt, die nach Einschätzung einer Kinderpsychiaterin auf den heftigen Elternkonflikt zurückzuführen waren. Unangefochten blieb schliesslich, dass der Vater der Mutter seit Jahren mangelnde Erziehungsfähigkeit vorwarf und der Mutter durch alle Instanzen hindurch das Obhutsrecht zu entziehen versuchte. Das Bundesgericht konnte selbst bei dieser Ausgangslage keine Anhaltspunkte dafür ausmachen, dass die gemeinsame elterliche Sorge die Belastungen des Kindes verstärken würde; es vermisste im vorinstanzlichen Urteil konkrete Feststellungen darüber, dass sich der Elternkonflikt auf gemeinsam zu regelnde Kinderbelange ausweiten und der Wechsel zur gemeinsamen elterlichen Sorge also zu einer Verschlechterung der Situation führen würde.<sup>109</sup> Es macht Mühe zu erkennen, inwiefern das gemeinsame Sorgerecht in der geschilderten Konstellation mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist.<sup>110</sup> Das

---

FamPra.ch 2018 - S. 23

Bundesgericht räumt ein, dass die Konfliktfelder bei gemeinsamer elterlicher Sorge potentiell breiter seien.<sup>111</sup> Die Vorinstanz ging aufgrund des Misstrauens des Vaters davon aus, dass sich die Probleme mit der gemeinsamen elterlichen Sorge verstärken würden, weil dem Vater «gleichsam ein zusätzliches Einfallstor in die Erziehungsaufgabe der Mutter geöffnet würde».<sup>112</sup> Diese vielleicht nicht ganz geglückte und dem Bundesgericht offensichtlich übel aufgestossene<sup>113</sup> Erwägung zielt jedoch auf den eigentlichen Kern der Problematik ab. Es ist kaum zu sehen, wie ein gemeinsames Sorgerecht zwischen sich gegenseitig nichts zutrauenden Eltern zum Wohle des Kindes funktionieren könnte. Die Befürchtung, die Konflikte könnten sich verstärken, wenn die Eltern in sämtlichen Lebensbereiche gemeinsame Entscheidungen fällen müssen, erscheint angesichts der Vorgeschichte entgegen der Ansicht des Bundesgerichts nicht einfach «abstrakt», sondern im Gegenteil konkret und naheliegend. Die offenkundigen Differenzen der Eltern hinsichtlich ihrer Erziehungsfähigkeiten können wohl auch nicht als irrelevant bezeichnet werden mit dem Hinweis, diese Spannungen beträfen primär die alltägliche Pflege und Erziehung des Kindes, mithin die elterliche Obhut.<sup>114</sup> Die gemeinsame Erziehungsaufgabe geht über die tägliche

Betreuung des Kindes hinaus. Hinzu kommt, dass hier nicht einfach unterschiedliche Erziehungsstile vorlagen. Die Eltern trauten sich gegenseitig nicht zu, verantwortungsvoll für das Kind zu sorgen. Es ist absehbar, dass sich dieses Misstrauen auch bei der Entscheidungsfindung bezüglich der Lebensplanung des Kindes zeigen wird. So gesehen dürfte auf der Hand liegen, dass ein Zusammenwirken der Eltern bei anstehenden Entscheidungen bezüglich des Kindes nicht möglich sein wird. Da die gemeinsame elterliche Sorge den streitenden Eltern mehr Reibungsflächen bietet, erscheint die vom Bundesgericht für die Alleinzuteilung verlangte Verschlechterung der Situation des Kindes voraussehbar. Wie die Appelle an die Verantwortung und Kooperation der Eltern belegen,<sup>115</sup> bestand auch für das Bundesgericht die Gefahr, dass sich der Streit um das Sorgerecht «früher oder später» erneut entfachen werde. Nicht zu überzeugen vermag auch das Urteil *5A\_609/2016* vom 13. Februar 2017, wobei weniger das Ergebnis, sondern vielmehr die Begründung stört. Zwischen den Eltern bestanden seit der Schwangerschaft der Mutter und damit seit vielen Jahren erhebliche Konflikte, eine adäquate und dem Kindeswohl dienende Kommunikation zwischen den Eltern fand nicht statt. Ein im Verlauf des Verfahrens in Auftrag gegebenes Gutachten kam zum Schluss, dass mangels Kooperationsbereitschaft und Kommunikationsfähigkeit der derzeit nicht positiv beeinflussbaren Eltern auch künftig Konflikte zu erwarten seien. Das Bundesgericht anerkannte wie schon in ande-

---

FamPra.ch 2018 - S. 24

ren Urteilen, dass die potentiellen Konfliktfelder bei alleinigem Sorgerecht weniger breit seien, als wenn beide Elternteile Mitinhaber des Sorgerechts seien. Die Regelung des persönlichen Verkehrs als bisher hauptsächlich zur Eskalation führender Streitpunkt bestehe – fuhr das Bundesgericht fort – aber auch bei alleiniger elterlicher Sorge der Mutter. Aufgrund des Informations- und Auskunftsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils müssten die Eltern zudem auch bei alleinigem Sorgerecht in einem gewissen Mass zusammenwirken, und auch wenn der Elternkonflikt alle Kinderbelange betreffe, werde sich das zusätzliche Konfliktpotential<sup>116</sup> bei gemeinsamer elterlicher Sorge in Grenzen halten. Aus diesen Gründen sei – so das Fazit des Bundesgerichts – mit der gemeinsamen elterlichen Sorge keine erhebliche Verschärfung des Elternkonflikts und folglich keine stärkere Beeinträchtigung des Kindeswohls zu erwarten.<sup>117</sup> Gerne hätte man erfahren, woher das Bundesgericht seinen Optimismus geschöpft hat. Die aus dem Urteil ersichtlichen Vorzeichen lassen jedenfalls wenig Gutes erahnen. Eine Kooperationsbereitschaft der Eltern war – gutachterlich abgeklärt – auch nicht in Ansätzen vorhanden. Die Mutter hatte vor Bundesgericht geltend gemacht, eine Zusammenarbeit zwischen den Eltern erscheine aktuell kaum möglich. Diesen Einwand meinte das Bundesgericht aber ungeprüft lassen zu können, weil sich dieser Umstand auch bei alleiniger Sorge der Mutter in nicht unerheblichem Mass auf das Kindeswohl auswirke. Diese Argumentation greift zu kurz. Wenn sie es darauf anlegen, können sich Eltern selbstverständlich auch im Rahmen der Ausübung von Informations- und Mitspracherechten weiter bekämpfen. Ein wie auch immer geartetes Informations- bzw. Mitspracherecht ist indessen qualitativ etwas grundlegend anderes als ein mit der gemeinsamen Sorge verknüpftes Mitentscheidungsrecht. Die vom Bundesgericht unter dem Aspekt des Kindeswohls vor allem erkannte Gefahr, dass wichtige Entscheidungen verschleppt oder überhaupt nicht getroffen werden können, besteht nämlich nicht. Wenn aber ein Zusammenwirken der Eltern absehbar nicht möglich ist, erscheint eine das gemeinsame Sorgerecht ausschliessende Gefährdung des Kindeswohls geradezu offensichtlich. Insofern

macht es entgegen der Ansicht des Bundesgerichts<sup>118</sup> eben doch einen entscheidenden Unterschied, ob der Einbezug in die Entscheidungsfindung im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge oder über das Informations- und Auskunftsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils erfolgt. Die Eltern mögen noch so oft und

---

FamPra.ch 2018 - S. 25

noch so eindringlich an ihre elterlichen Pflichten erinnert werden: Wenn sie ihre elterliche Verantwortung – aus welchen Gründen auch immer – nicht gemeinsam zum Wohl ihres Kindes wahrnehmen können oder nicht wahrnehmen wollen, gefährden sie dessen Wohl. Das gemeinsame Sorgerecht scheint deshalb kaum angemessen.

Was das Bundesgericht meint, wenn es die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge als Ausnahmefall verstanden haben will, veranschaulicht schliesslich der Entscheid *5A\_903/2016* vom 17. Mai 2017.<sup>119</sup> Zu befinden war über das gemeinsame Sorgerecht von Eltern, deren Kommunikation in empfindlicher Weise gestört und deren Kontakte untereinander von Feindseligkeit und Unmut gezeichnet waren.<sup>120</sup> Dem Bundesgericht fehlte es in sachverhaltlicher Hinsicht an einer konkret festgestellten Beeinträchtigung des Kindeswohls. Wie das kantonale Instanzgericht ging zwar auch das Bundesgericht davon aus, dass sich die Kommunikation zwischen den Parteien angesichts der elterlichen Streitereien über Alltagsangelegenheiten auch in bedeutsamen Kinderbelangen weiterhin schwierig gestalten könnte. Gemäss der erstinstanzlichen Einschätzung war die Kommunikation zwischen den Eltern rund um die Trennung in den Jahren 2012 und 2013 schwer gestört und durch das Verhalten der Eltern einem Teufelskreis ähnlich fast gänzlich unmöglich geworden. Die Kommunikationsdefizite waren nach Auffassung des Gerichts derart ausgeprägt, dass die Errichtung einer Beistandschaft für sinnvoll erachtet wurde, um zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Eltern einen geschützten Rahmen für den Austausch der notwendigen Informationen und die gemeinsame Entscheidungsfindung zu schaffen. Für das Bundesgericht war indessen entscheidend, dass die nach wie vor andauernden Spannungen zwischen den Eltern das Wohl der beiden Söhne nicht konkret gefährden würden, etwa im Sinne von psychischen Belastungen.<sup>121</sup> Als unbestritten galt vor Bundesgericht sodann, dass die Kinder nicht in die elterlichen Konflikte einbezogen wurden.<sup>122</sup> Vergeblich machte die Mutter vor Bundesgericht auch auf die Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts und bei der Umsetzung der von einem Sohn besuchten Ergotherapie aufmerksam. Nach Ansicht des Bundesgerichts vermochte sie aber nicht aufzuzeigen, dass sich die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge günstig auf die Abwicklung des Besuchsrechts oder auf besondere Angelegenheiten wie die Organisation einer Therapie auswirken würde.<sup>123</sup> Dabei verwies das

---

FamPra.ch 2018 - S. 26

Bundesgericht – wie schon die Vorinstanz – wiederum auf die umfassenden Mitsprache- und Auskunftsrechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils, welche dazu führten, dass sich an der Situation auf Elternebene auch im Falle einer Alleinsorge voraussichtlich kaum etwas ändern würde.<sup>124</sup> Dem Urteil mag vor dem Hintergrund der aus der Entscheidung ersichtlichen

Familienbiografie<sup>125</sup> im Ergebnis beizupflichten sein.<sup>126</sup> Die Entscheidungsbegründung erscheint dennoch nicht restlos kohärent. An sich richtig ist, dass von der Alleinsorge eine Verbesserung bzw. Entspannung erwartet werden müsste. Fraglich ist es aber, wenn im Urteil prognostiziert wird, im Szenario einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge drohten die Elternkonflikte erneut zu eskalieren, weil sich der nicht sorgeberechtigte Elternteil dadurch ausgeschlossen fühlen könnte.<sup>127</sup> Einerseits wäre hier auf die im Entscheid andernorts hervorgehobene Bedeutung der Auskunfts- und Anhörungsrechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils zu verweisen, die zu dessen Einbezug in Kinderangelegenheiten verpflichten. Wenn aber schon in diesem Szenario mit einer Konflikteskalation gerechnet werden muss, steht das gemeinsame elterliche Sorgerecht nicht unbedingt unter guten Vorzeichen. Andererseits ist der drohenden Konfliktverschärfung entgegenzuhalten, dass bei alleinigem Sorgerecht die in Kinderbelangen notwendige Entscheidungsfindung gewährleistet ist. Dass sich ein Elternteil aufgrund einer ihm nicht genehmen Sorgerechtsentscheidung in seiner Verantwortung für das Kind zurückgesetzt fühlt, darf bei der Frage nach dem gemeinsamen Sorgerecht jedenfalls nicht den Ausschlag geben. Insgesamt wäre im besprochenen Fall eine andere Lösung wohl ebenso vertretbar gewesen, zumal die Gerichte einräumten, dass sich die Kommunikation zwischen den Eltern auch in bedeutsamen Kinderbelangen weiterhin schwierig gestalten könnte.<sup>128</sup>

---

FamPra.ch 2018 - S. 27

### 3. *Fehlender Kooperationswille/Fehlende Kooperationsfähigkeit*

Für das Funktionieren der gemeinsamen elterlichen Sorge zentral ist gerade in wichtigen Erziehungsfragen die Kooperationsfähigkeit der Eltern. Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, im Prinzip gemeinsam regeln.<sup>129</sup> Kooperationswille und Kooperationsfähigkeit stellen ein Kernelement der gemeinsamen Sorge dar.<sup>130</sup> Das Bundesgericht geht auch unter dem neuen Recht davon aus, dass das gemeinsame Sorgerecht ohne gegenseitige Kommunikation nicht in effektiver Weise und zum Vorteil des Kindes ausgeübt werden kann. Ein Abweichen vom Grundsatz rechtfertigt sich nach der bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch bei anhaltender Kommunikationsunfähigkeit, sofern sich diese auf die Kinderbelange als Ganzes bezieht und sich negativ auf das Kindeswohl auswirkt.<sup>131</sup> Die Alleinzuteilung des Sorgerechts ist auch bei Kommunikationsunfähigkeit nur dann zulässig, wenn diese geeignet ist, die Beeinträchtigung des Kindeswohls zu beseitigen oder zumindest zu lindern.<sup>132</sup> Die Entfernung zwischen den Elternteilen ist für sich genommen kein Grund für die Alleinzuteilung des Sorgerechts.<sup>133</sup> Die Ausübung der elterlichen Sorge setzt auch nicht zwingend voraus, dass sich die Eltern persönlich sehen.<sup>134</sup> Angesichts der modernen Kommunikationskanäle ist eine persönliche Begegnung der Eltern entbehrlich, auch wenn sie im Interesse des Kindes ebenso wünschbar wäre wie ein persönlicher Austausch.<sup>135</sup> Fehlende Kooperationsfähigkeit oder fehlende Kooperationswilligkeit kann aber das Kindeswohl gefährden. Das Kind gerät zwangsläufig in einen Loyalitätskonflikt, wenn jede es betreffende Einzelfrage von den Kinderschutzbehörden oder den Gerichten entschieden werden muss.<sup>136</sup> Negative Auswirkungen sind zudem auf der Eltern-Kind-Ebene zu befürchten.<sup>137</sup>



Die elterliche Sorge hat im Familienrecht vor allem mit Entscheidungsbefugnissen zu tun.<sup>138</sup> Eine vollständige Blockade in der elterlichen Kommunikation kann dazu führen, dass notwendige Entscheide nicht mehr getroffen werden können.<sup>139</sup> Nach der Rechtsprechung zum früheren Recht wurde die gemeinsam ausgeübte Sorge

---

FamPra.ch 2018 - S. 28

auf einen Elternteil übertragen, sofern Kooperationswille und Kooperationsfähigkeit nicht mehr bestanden.<sup>140</sup> Diese Praxis kann für das geltende Recht nicht unbesehen übernommen werden, da der Gesetzgeber die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall ausgestaltet hat.<sup>141</sup> Zu beachten ist im Weiteren, dass sich die Problematik unter dem neuen Recht bis zu einem gewissen Grad entschärft hat. Mit der Einräumung von Alleinentscheidungsbefugnissen im Sinne von Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB kann jeder Elternteil alltägliche und dringliche Entscheidungen ohne Absprache mit dem anderen Elternteil fällen. Zudem kann fehlender Kooperation bezüglich einzelner Kinderbelange durch eine hoheitliche Regelung etwa der Obhut oder der Betreuung begegnet werden.<sup>142</sup> Damit kann sichergestellt werden, dass die defizitäre Elternkooperation den gewöhnlichen Alltag des Kindes nicht tangiert.<sup>143</sup> Problematisch wird eine fehlende Kooperationsbasis allerdings dann, wenn im Leben des Kindes wichtige Entscheide z. B. über Schuleintritt und Berufswahl oder über medizinische Behandlungen anstehen. Es ist freilich Zurückhaltung geboten bei der Annahme, dass sich die Eltern künftig bei solchen Angelegenheiten nicht zu einer gemeinsamen Entscheidung werden durchringen können.<sup>144</sup> Muss dennoch davon ausgegangen werden, ist zu überlegen, ob die negativen Auswirkungen auf das Kindeswohl durch Alleinzuteilung einer spezifischen Entscheidungskompetenz behoben werden können.<sup>145</sup>

In seinem Leitentscheid BGE 142 III 197 stützte das Bundesgericht die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an die Mutter bei Eltern, die auch im Ansatz nicht einvernehmlich handeln konnten. Das Bundesgericht befand, es fehle in jeder Hinsicht an den Voraussetzungen für eine effektive Ausübung des Sorgerechts, weil das Kind seit etlichen Jahren keinen Kontakt mehr zu seinem Vater hatte und dieser auch sonst zufolge mütterlicher Blockade vollständig aus dem Leben der Tochter ausgeschlossen wurde.<sup>146</sup> Das gemeinsame Sorgerecht wäre nach Auffassung des Bundesgerichts eine bloss formale Hülse, weil der Vater keinerlei physischen Zugang zum Kind hatte und auch weitgehend vom Informationsfluss über das Kind abgeschnitten gewesen sein dürfte.<sup>147</sup> Die Alleinzuteilung bestimmter Entscheidungsbefugnisse hätte nichts geholfen, weil ein einvernehmliches Zusammenwirken im Grundsatz nicht möglich war.<sup>148</sup> Der aus Gründen des Kindeswohls nahezu unausweichliche

---

FamPra.ch 2018 - S. 29

Entscheid vermag im Ergebnis nicht zu befriedigen. Er offenbart die Schwierigkeit, dass ein Elternteil durch anhaltende Kooperationsverweigerung die gemeinsame elterliche Sorge vereiteln kann.<sup>149</sup> Der sich verweigernde Elternteil wird für sein unkooperatives Verhalten gleichsam mit der Alleinzuteilung «belohnt», wenn eine Übertragung des Sorgerechts aufgrund der gegebenen

Situation nicht in Frage kommt.<sup>150</sup> Das Bundesgericht hat unter diesem Aspekt jedoch zutreffend betont, dass für die Sorgerechtszuteilung nicht die «Schuldfrage» auf der Elternebene, sondern ausschliesslich das Kindeswohl entscheidend sei.<sup>151</sup> Sanktionsgedanken gegenüber dem nicht kooperationswilligen Elternteil dürfen für den Sorgerechtsentscheid nicht relevant sein.<sup>152</sup> In der Tat würde eine Sorgerechtszuteilung an den anderen Elternteil für das Kind regelmässig den Verlust der hauptsächlichen Beziehungs- und Bezugsperson bedeuten und sich aus Kindeswohlüberlegungen nicht verantworten lassen.<sup>153</sup> Es wird in der Praxis wenig anderes übrig bleiben, als solche unbehaglichen Situationen hinzunehmen.<sup>154</sup>

Im Übrigen sind aus der Praxis – soweit ersichtlich – keine Fälle bekannt, in welchen das gemeinsame Sorgerecht aufgrund gravierender Kommunikationsschwierigkeiten verweigert worden wäre. In *BGer, 5A\_345/2016* vom 17. November 2016 stand zu beurteilen, ob die gemeinsame elterliche Sorge Eltern zugeteilt werden könne, deren Kommunikation nachhaltig gestört war. Die Eltern gingen sich konsequent aus dem Weg und wollten sich nicht sehen; ihr Kind litt aufgrund der Unfähigkeit der Eltern zu direkter Kommunikation unter einem Loyalitätskonflikt.<sup>155</sup> Für das Bundesgericht war entscheidend, dass für das 13-jährige Mädchen in der nächsten Zeit keine besonderen Entscheidungen anstünden, welche bei gemeinsamer elterlicher Sorge nicht zu lösen wären bzw. für das Kind zu einer untragbaren Situation führen würden; da das Besuchsrecht einschliesslich der durch die Grossmutter vermittelten Übergaben funktioniere und eine gute Eltern-Kind-Beziehung bestehe, sah das Bundesgericht keinen Grund, weshalb nicht auch für anstehende Entscheidungen in der Lebensplanung des Kindes eine Lösung gefunden werden könnte.<sup>156</sup> Mit einer erheblich gestörten Kommunikation auf der Elternebene hatte sich auch das Obergericht

---

FamPra.ch 2018 - S. 30

Zürich im Urteil *LC160038* vom 25. Oktober 2016 zu befassen: Die Kommunikation zwischen den Parteien war schwer gestört und wurde durch das Verhalten der Parteien – einem Teufelskreis ähnlich – fast gänzlich unmöglich; betroffen waren verschiedene Streitpunkte, die vom Obergericht nach ihrem Charakter gewichtet wurden; soweit nicht alltägliche, sondern für die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zentrale Fragen betroffen waren, konnten in der Vergangenheit letztlich tragfähige Lösungen gefunden werden; unüberbrückbare Differenzen bezüglich der Kinderbelange konnte das Gericht nicht feststellen; neben diesen Anzeichen für ein positives Zusammenwirken war sodann relevant, dass die Kinder von den Eltern nicht in die Konflikte einbezogen wurden.<sup>157</sup> Die Kooperationsfähigkeit der Eltern war auch fraglich im Urteil *LC150032* des Zürcher Obergerichts vom 29. April 2016. Der Entscheid betrifft zwar ein Abänderungsverfahren, die wesentlichen Erwägungen gelten aber auch für das Scheidungsverfahren. Die Kommunikation der Eltern beschränkte sich auf ein Minimum, besprochen wurde nur, was für die Ausübung des Besuchsrechts notwendig war. Gewisse Entscheidungen wurden von der hauptbetreuenden Mutter alleine getroffen. Immerhin war anerkannt, dass der Vater zumindest «in letzter Zeit» über die Kinder betreffende Angelegenheiten informiert worden war. Das Obergericht sah darin mit der Vorinstanz eine genügende Basis, um über Fragen der gemeinsamen elterlichen Sorge zu reden und beschliessen zu können.<sup>158</sup> Auch

diese Entscheidungen verdienen mit Blick auf den Ausnahmecharakter des alleinigen Sorgerechts Zustimmung.

#### 4. Weitere Gründe für die Alleinzuteilung des Sorgerechts

Im Vorfeld der Gesetzesnovelle wurden verschiedene andere Gründe thematisiert, die ein Abweichen vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge gestatten sollten. Auch die Lehre diskutierte darüber, ob die gemeinsame elterliche Sorge für einen Elternteil unzumutbar oder das Beharren auf dem gemeinsamen Sorgerecht rechtsmissbräuchlich sein könne.<sup>159</sup> Weil einzig das Kindeswohl Massstab für die Sorgerechtszuteilung sei, hat sich das Schrifttum dagegen ausgesprochen, dass eine persönliche Unzumutbarkeit zu einem Absehen von der gemeinsamen elterlichen Sorge führen dürfe.<sup>160</sup> Die Praxis hatte allerdings Ausnahmesituationen zu beurteilen, bei denen es tatsächlich einem Elternteil schlechterdings nicht zumutbar gewesen wäre, das Sorgerecht zusammen mit dem anderen Elternteil auszuüben. Das Obergericht Zürich entschied, dass einer Mutter die Ausübung des Sorgerechts nicht zugemutet werden dürfe mit einem Vater, der die beiden Kinder vor vielen Jahren

---

FamPra.ch 2018 - S. 31

ins Ausland entführt und seither nichts unternommen hatte, um die Kinder wieder in die Schweiz zurückzukehren zu lassen.<sup>161</sup> Der Entscheid wurde in *BGer, 28. 3. 2017, 5A\_744/2016*, bestätigt, wobei das Bundesgericht – sachlich nüchtern – für entscheidend ansah, dass zwischen den Parteien über den Aufenthaltsort der Kinder keinerlei Einigkeit bestehe.<sup>162</sup> Praktisch bislang ohne Relevanz geblieben ist die Anrufung eines Rechtsmissbrauchs. Das erstaunt nicht. Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen beansprucht wird, die dieses Institut nicht schützen will.<sup>163</sup> Der Rechtsmissbrauch muss offenbar sein, was von Lehre und Rechtsprechung nur äusserst zurückhaltend angenommen wird.<sup>164</sup> Um die gemeinsame Sorge zu verweigern, müsste einem Elternteil rechtsgenügend nachgewiesen werden können, dass er eigentlich gar keine Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes, sondern stattdessen ausschliesslich etwa den anderen Elternteil überwachen möchte.<sup>165</sup> Ein solcher Nachweis dürfte in der Praxis kaum je gelingen, soweit die Zweckentfremdung – was auch schon vorgekommen sein soll<sup>166</sup> – nicht ausdrücklich anerkannt wird.

Eine weitere in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung diskutierte Frage ist inzwischen höchstrichterlich geklärt. Das Bundesgericht hat anlässlich einer öffentlichen Sitzung entschieden, dass das Scheidungsgericht die elterliche Sorge auf einen entsprechenden Antrag der Eltern auch nur einem Elternteil zuteilen darf, wenn dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.<sup>167</sup> Das Bundesgericht bezieht sich zur Begründung zunächst auf den gesetzgeberischen Willen, im Scheidungsrecht einvernehmliche Regelungen zwischen den Eltern zu unterstützen.<sup>168</sup> Der Berücksichtigung des gemeinsamen Antrages der Eltern – fährt das Bundesgericht fort – stelle das Gesetz im ersten Satz von Art. 133 Abs. 2 ZGB allerdings die Vorschrift voran, wonach

das Scheidungsgericht bei der Regelung der Elternrechte und -pflichten alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände zu beachten habe.<sup>169</sup> Im Ergebnis befand das Bun-

---

FamPra.ch 2018 - S. 32

desgericht, es fehlten konkrete Anzeichen dafür, dass das Kindeswohl mit der von den Eltern beantragten Alleinzuteilung der elterlichen Sorge gefährdet sein könnte.<sup>170</sup> Die bundesgerichtlichen Erwägungen enthalten im Weiteren interessante Überlegungen zum Verhältnis zwischen Art. 298 ZGB und Art. 133 ZGB. In Teilen der Lehre wurde ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Normen ausgemacht, weil in Art. 133 Abs. 1 ZGB vorgesehen ist, dass das Scheidungsgericht einen gemeinsamen Antrag der Eltern auf Alleinzuteilung des Sorgerechts zu berücksichtigen habe.<sup>171</sup> Einen eigentlichen Gegensatz zwischen den beiden Bestimmungen besteht indessen nicht. Im Grunde beantworten sie letztlich zwei unterschiedliche Fragen. Art. 133 Abs. 2 ZGB verdeutlicht, dass bei der Regelung der Kinderbelange eine Einigung der Eltern vorrangiges Ziel ist, weil eine staatliche Intervention im Sinne der kindeschutzrechtlichen Maximen der Subsidiarität und Komplementarität gegenüber eigenem elterlichen Handeln zurückzutreten habe.<sup>172</sup> In diesem Sinne ist einem gemeinsamen Antrag der Eltern zu entsprechen, wenn dieser mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist.<sup>173</sup> Angesichts des Pflichtcharakters des Sorgerechts wird ein solcher Antrag alleine nicht genügen.<sup>174</sup> Es wird jedoch sehr sorgfältig geprüft werden müssen, ob es im Wohl des Kindes liegt, die gemeinsame elterliche Sorge gegen den ausdrücklichen Willen der Eltern zu verfügen.<sup>175</sup> Dies wird namentlich nicht der Fall sein, wenn ein Elternteil die Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes nicht übernehmen will und ihm das Sorgerecht regelrecht aufgezwungen werden müsste.<sup>176</sup> Demgegenüber enthält Art. 298 Abs. 1 ZGB die materielle Vor-

---

FamPra.ch 2018 - S. 33

gabe, die Alleinzuteilung des Sorgerechts anzuordnen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Das Bundesgericht stellt klar, dass Art. 298 Abs. 1 ZGB von seinem Gehalt her auf Fälle zugeschnitten sei, in denen die Eltern über die elterliche Sorge entzweit seien, und das Scheidungsgericht nicht daran hindere, die elterliche Sorge unter Beachtung aller für das Kindeswohl wichtigen Umstände gestützt auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern einem Elternteil alleine zuzuweisen.<sup>177</sup> Art. 298 Abs. 1 ZGB erhalte im Scheidungsverfahren nur dann eine selbstständige Bedeutung, soweit diese Norm in ihrem Tatbestand stillschweigend voraussetze, dass sich die Eltern hinsichtlich der elterlichen Sorge gerade nicht auf einen gemeinsamen Antrag haben einigen können.<sup>178</sup>

##### *5. Alleinzuteilung des Sorgerechts und Regelungsbedarf*

Sind die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge nicht erfüllt, hat das Scheidungsgericht die elterliche Sorge einem Elternteil alleine zuzuweisen. Besteht der Grund in der Unfähigkeit eines Elternteils im Sinne von Art. 311 ZGB, so teilt das Gericht die elterliche Sorge

dem anderen Elternteil zu.<sup>179</sup> Scheitert das gemeinsame Sorgerecht aus anderen Gründen, so ist die elterliche Sorge nach den bereits für das alte Recht gültigen Kriterien zuzuteilen.<sup>180</sup> Mit der Zuteilung der elterlichen Sorge sind auch die weiteren Kinderbelange zu regeln.

## V. Schluss und Ausblick

Das neue Sorgerecht eröffnet den Eltern und den Scheidungsgerichten vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Eltern-Kind-Beziehungen nach der Scheidung. Das neue Recht kann nun bereits auf eine längere Anwendung in der Praxis zurückblicken. Das gesetzgeberische Hauptanliegen wurde von der Rechtsprechung übernommen. Es ist begrüssenswert, dass das Bundesgericht sich dafür einsetzt, dem Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge Nachachtung zu verschaffen. Insbesondere wird dem Willen des Gesetzgebers Rechnung getragen, der die Alleinsorge nicht schon dort angeordnet haben wollte, wo sie dem Kindeswohl am besten dienen würde. Das Bundesgericht hat die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge zu Recht zum Ausnahmefall erklärt, die nur unter eng gefassten Vorausset-

---

FamPra.ch 2018 - S. 34

zungen angeordnet werden darf. Die Voraussetzungen für die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechts bei einem schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikt oder bei anhaltender Kommunikationsunfähigkeit werden von Bundesgericht sehr hoch angesetzt. Der Blick auf die jüngst veröffentlichte Rechtsprechung illustriert, dass der Anwendungsbereich für das alleinige Sorgerecht zunehmend restriktiver gefasst wird. Selbst langjährige und heftige Elternkonflikte mit unbestreitbar negativen Folgen für das betroffene Kind führen nicht immer zu einer Alleinzuteilung des Sorgerechts. Den Kreis der äusserst konfliktbeladenen Familienkonstellationen, welche die erforderliche Schwelle für die alleinige Zuweisung der elterlichen Sorge nicht erreichen, darf man sich gross vorstellen. Ob dabei der gesetzgeberische Grundgedanke zuweilen nicht zu hoch gehalten wird, ist fraglich. Welche Idealvorstellungen den Paradigmenwechsel beim Sorgerecht auch begleitet haben mögen, die gemeinsame elterliche Sorge muss sich letztlich im Alltag bewähren und sich an den Interessen des davon unmittelbar betroffenen Kindes messen lassen. Die gemeinsame elterliche Sorge bürdet den Eltern eine hohe Verantwortung auf. Es ist durchaus richtig und wichtig, die Wahrnehmung der Sorge für das Kind von den Eltern einzufordern. Denn wie schreibt doch das Zürcher Obergericht in einzelnen seiner Entscheidungen: *«Kinder können sich ihre Eltern nicht aussuchen; die Eltern hingegen haben einander ausgesucht.»*<sup>181</sup> Wirklich erzwungen werden kann die Übernahme einer gemeinsamen Elternverantwortung allerdings nicht. Wo entsprechende Ermahnungen die einzige greifbare Aussicht auf ein verständiges elterliches Zusammenwirken im Interesse des Kindes sind, wird die gemeinsame elterliche Sorge letztlich aufs Geratewohl angeordnet. Die gemeinsame elterliche Sorge bietet sich streitenden Eltern eine Vielzahl von Konfliktfeldern. Einzelne Streitpunkte zwischen den Eltern werden durch eine Regelung auf der entsprechenden Stufe oder durch Zuweisung von Alleinentscheidungsbefugnissen gewiss entschärft werden können. Hat der Streit die Ebene von sachlichen Differenzen in Einzelfragen jedoch längst verlassen, sind immer wieder aufbrechende Streitereien mit nachteiligen Folgen für das Kind absehbar. Dann aber liegen die Grundvoraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht nicht vor und das Kindeswohl verlangt

nach einer klaren Zuordnung von Verantwortlichkeiten. Es ist nicht zu hoffen, dass sich die Gerichte bald wieder mit hoffnungslos zerstrittenen Eltern befassen müssen, die das Sorgerecht trotz allen wohlmeinenden Appellen nicht gemeinsam ausüben können. Falls es aber doch zu zahlreichen Abänderungsverfahren kommen wird, dürfte eine etwas grössere Zurückhaltung bei der Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Scheidungsverfahren die unvermeidliche Folge sein.

-----  
FamPra.ch 2018 - S. 35

---

**Zusammenfassung:** *Die gemeinsame elterliche Sorge ist im schweizerischen Recht seit 1. Juli 2014 gesetzlich verankert. Die Gesetzesrevision fusst auf der Annahme, dass dem Wohl der minderjährigen Kinder am besten gedient ist, wenn die Eltern das Sorgerecht auch nach der Scheidung gemeinsam ausüben. Das Bundesgericht hat inzwischen umstrittene und für die Anwendung der neuen Bestimmungen wichtige Fragen geklärt. Es hat das gemeinsame Sorgerecht mit der wünschbaren Deutlichkeit zum Regelfall erklärt. Die Schwelle für die Zuteilung des alleinigen Sorgerechts hat das Bundesgericht demgegenüber hoch angesetzt. Der vorliegende Beitrag zeichnet die ergangene Rechtsprechung nach und analysiert die sie tragenden Kernüberlegungen. Unter Bezugnahme auf konkrete Einzelfallentscheidungen werden die Gründe thematisiert, die nach der bundesgerichtlichen Praxis die Alleinzuteilung des Sorgerechts zulässig machen. Bei einer kritischen Würdigung ergeben sich unter dem Aspekt des Kindeswohls gewisse Vorbehalte gegenüber der im Grundsatz gewiss begrüssenswerten Rechtsprechung. Nicht immer mag sich die Überzeugung einstellen, dass sich die Idealvorstellung der gemeinsamen Elternverantwortung in der Lebenswirklichkeit auch tatsächlich sinnvoll und Kindeswohlverträglich umsetzen lässt.*

**Résumé :** *L'autorité parentale conjointe est inscrite dans la loi suisse depuis le 1er juillet 2014. La révision de la loi est fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents, même après le divorce, est le mieux à même de respecter le bien des enfants mineurs. Le Tribunal fédéral a entre-temps clarifié quelques questions controversées et importantes pour l'application des nouvelles dispositions. Il a souligné, avec la clarté requise, que l'autorité parentale conjointe devait être la règle. A l'inverse, il a placé la barre pour octroyer l'autorité parentale exclusive assez haut. Cette contribution retrace la jurisprudence qui a été rendue et analyse les considérations centrales qui la sous-tendent. En se référant à des décisions rendues dans des cas concrets, elle aborde les raisons qui autorisent l'attribution exclusive de l'autorité parentale, selon la pratique du Tribunal fédéral. Cette analyse critique émet certaines réserves en ce qui concerne le bien de l'enfant par rapport à cette jurisprudence, en soi souhaitable dans son principe. La vision idéale d'une responsabilité parentale conjointe n'emporte pas toujours la conviction qu'elle est aussi réellement judicieuse et compatible avec le bien de l'enfant lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la réalité quotidienne.*

---

- 1 Botschaft zu einer Änderung des Zivilgesetzbuches vom 16. November 2011 (Elterliche Sorge), BBl 2011 9077 9087 f.: das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall wurde in den parlamentarischen Beratungen mitunter als «Kernpunkt» (AmtlBull NR 2012 N 1639 Votum NR von Graffenried) bzw. als «Herzstück» (AmtlBull NR 2012 N 1626 Votum NR Lüscher) bezeichnet.
- 2 FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 3; vgl. auch BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 6, der als Anwendungsfall besondere Anliegen des Kindes aufgrund seiner persönlichen oder gesundheitlichen Entwicklung nennt.
- 3 Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge. Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Jusletter vom 11. August 2014, N 4; Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 1, 2; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 1.

- 4 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9101; angesichts des Stellenwertes des gemeinsamen Sorgerechts vermissen einzelne Stimmen im Schrifttum in der Gesetz gewordenen Vorlage eine ausdrückliche Bestimmung, die festhielte, dass die Scheidung keine Auswirkungen auf die elterliche Sorge habe, siehe etwa Bucher, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Rumo-Jungo/Fountoulakis (Hrsg.), Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen. Familien- und migrationsrechtliche Aspekte, Zürich 2013, 1, 8 f.
- 5 Bucher (Fn. 4), 1, 8 f.; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel, 2014, 328; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 1; im Schrifttum wird mitunter dennoch ein Regel-Ausnahme-Verhältnis angenommen, vgl. Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 5; Choffat, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe: une promise déçue?, SJ 2015 II, 167, 178.
- 6 FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 2; BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 4; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 1; Bucher (Fn. 4), 9; Geiser, Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Gerichte, AJP 2015, 1099, 1102; OFK/Maranta, Art. 298 ZGB, N 2; zur Rechtslage bei unverheirateten Eltern vgl. Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 5.
- 7 Kritisch zur staatlichen Intervention schon FamKomm Scheidung/Büchler/Wirz, 2. Aufl., Vor Art. 133/134 ZGB, N 3; vgl. ausführlich auch Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivilinsbesondere Familienrecht», Basel 2013, 9 f.; pointiert zum geltenden Recht ferner BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 3, wonach für die Gestaltung der Eltern-Kind-Beziehung kein «obrigkeitsstaatliches» Konzept gelte.
- 8 Bezüglich der elterlichen Verantwortung für gemeinsame Kinder soll die Ehescheidung nicht mehr zu einem gewichtigen Einschnitt in der Familienbiografie führen, FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 2; vgl. auch BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 2.
- 9 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9102 und 9087 ff. mit umfassender Darstellung der gegenüber dem früheren Recht erhobenen Kritik; breit abgestützte Auswertungen der Scheidungsforschung finden sich bei Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung. Eine empirische Untersuchung, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 7, Bern 2007, 31 ff. und bei Kostka, Im Interesse des Kindes?, Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Frankfurt a. M. 2004, 107 ff. und 127 ff.; grundlegend auch Büchler/Simoni (Hrsg.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich/Chur 2009, 305 ff.
- 10 Vgl. BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 4; um eine Vermutung im technischen Sinne handelt es sich dabei aber nicht; angesichts von Official- und Untersuchungsmaxime kann ebenso wenig von einer «objektiven Beweislast» im technischen Sinne gesprochen werden (so aber Botschaft Elterliche Sorge [Fn. 1], 9102); in KGer SG, 28. 6. 2017, FO.2016.17, ist von der «Begründungslast» die Rede.
- 11 Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 133 CC, N 12; CHK/Freiburghaus, Art. 133 ZGB, N 5; Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, ZBJV 2014, 892, 901 f.; Geiser, AJP 2015, 1099, 1106; insofern ist die elterliche Sorge – um eine von Bucher (Fn. 4) gestellte Frage aufzunehmen – eben zu «regeln» im Sinne von Art. 133 ZGB; ohnehin zu regeln ist die elterliche Sorge, wenn sie nicht beiden Eltern belassen werden kann, sondern einem Elternteil alleine zugewiesen werden muss.
- 12 Das Gericht hat sich im Scheidungsurteil darüber auszusprechen, ob die Voraussetzungen für die gemeinsame Sorge vorliegen; vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9103, FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 4, BGer, 25. 6. 2015, 5A\_985/2014, FamPra.ch 2015, 975, 977 ff.
- 13 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9103; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 16; BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 23; BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 41; Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 4; Commentaire pratique Droit matrimonial/

Helle, Art. 133 CC, N 15; CHK/Freiburghaus, Art. 133 ZGB, N 9; ausführlich zur Official- und Untersuchungsmaxime sodann KuKo/van de Graaf, Art. 296 ZPO, N 1 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGer, 6. 2. 2017, 5A\_367/2016, E. 5.

- 14 BGE 141 III 472, 478, E. 4.6 und E. 4.7; BGE 142 III 1, 5, E. 3.3; BGE 142 III 197, 201, E. 3.7; BGE 141 III 472, 479, E. 4.7; BGE 142 III 612, 614, E. 4.1; BGE 143 III 361, 365, E. 7.3.2; BGer, 17. 11. 2016, 5A\_345/2016, E. 2; BGer, 13. 2. 2017, 5A\_609/2016, E. 2.2; BGer, 21. 2. 2017, 5A\_819/2016, E. 6.3; BGer, 15. 3. 2017, 5A\_18/2017, E. 5.3; BGer, 30. 3. 2017, 5A\_499/2016, E. 2.3; BGer, 31. 8. 2017, 5A\_139/2017, E. 5.1.
- 15 So bereits Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 5, und Choffat, SJ 2015 II, 167, 178; vgl. auch Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, 503 und Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 133 CC, N 42; anders Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, ZBJV 2014, 892, 901.
- 16 Vgl. zu den unterschiedlichen Funktionen des Kindeswohlbegriffs und den verschiedenen Gebrauchskontexten eingehend Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 3. Aufl., München 2010, 55 ff.; Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 3. Aufl., München 2016, 73 ff.
- 17 So Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, ZBJV 2014, 892, 902, die zur Begründung unter anderem Bezug nehmen auf Art. 133 Abs. 2 ZGB, wonach das Gericht bei der Regelung der Kinderbelange alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände zu berücksichtigen habe, und dafürhalten, einzig eine solche Auslegung vermöge dem Vorrang des Kindeswohls hinreichend Rechnung zu tragen.
- 18 Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 32; so auch Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, N 17.77; vgl. ferner Geiser, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?, ZKE 2015, 226, 243.
- 19 Vgl. BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 23, mit dem zusätzlichen Bemerkungen, dass die Frage, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspreche, nicht mehr im Vordergrund stehe; so auch Geiser, AJP 2015, 1099, 1105, unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut und die Gesetzesmaterialien.
- 20 Bucher (Fn. 4), 13, der stattdessen den Nachweis verlangt, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kind so nachteilig sei, dass es sein Wohl «zu wahren» gelte; vgl. auch Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 32, welche die erforderliche Abklärung, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht, als negative Kindeswohlprüfung bezeichnen.
- 21 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13, welche zu Recht festhalten, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 298 Abs. 1 ZGB nicht auf eine Abwägung zwischen gemeinsamer und alleiniger elterlicher Sorge hindeutet.
- 22 BGE 141 III 472, 478, E. 4.7; BGE 142 III 197, 201, E. 3.7; BGer, 2. 5. 2016, 5A\_81/2016, E. 5; BGer, 2. 5. 2016, 5A\_89/2016, E. 4; BGer, 2. 5. 2016, 5A\_186/2016, E. 4; BGer, 15. 3. 2017, 5A\_18/2017, E. 5.3; BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 4.1.
- 23 BGE 142 III 197, 201, E. 3.7; BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 4.2; BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 4.1; auf die Gesetzesmaterialien haben sich bereits Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 42 abgestützt.
- 24 Ein entsprechender Antrag sah für Art. 133 ZGB folgende Formulierung vor: «Ist dem Kindeswohl mit der Zuteilung der elterlichen Verantwortung an einen Elternteil besser gedient als mit dem Belassen der gemeinsamen elterlichen Verantwortung, so teilt das Gericht die elterliche Verantwortung jenem Elternteil zu, der sie unter Berücksichtigung aller für das Kindeswohl wichtigen Umstände besser wahrnehmen kann.» (AmtlBull NR 2012 N 1635 Antrag der Minderheit II). Dem Antrag lag ein offenes Konzept zugrunde, in dem die gemeinsame elterliche Sorge, die Alleinsorge der Mutter und die Alleinsorge des Vaters gleichwertig sein sollten (vgl. AmtlBull NR 2012 N 1636 Votum NR Kiener Nellen).



- 25 AmtlBull NR 2012 N 1638; verschiedene Votanten sprachen in der parlamentarischen Debatte davon, ein Konzept der freien Sorgerechtszuteilung würde den Regelfall des gemeinsamen Sorgerechts als Kernstück der Gesetzesreform «verhindern» (AmtlBull NR 2012 N 1636 Votum NR Huber) bzw. – weit negativer konnotiert – «torpedieren» (AmtlBull NR 2012 N 1636 NR Vischer).
- 26 Vgl. BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 10; bei der freien Sorgerechtszuteilung würde es sich – entgegen einzelnen Voten aus der parlamentarischen Beratungen (vgl. z. B. AmtlBull 2012 N 1638 Votum NR Jositsch) – gewiss nicht um eine blosse «Nuancenverschiebung» handeln.
- 27 Vgl. Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, ZBJV 2014, 892, 893.
- 28 Vgl. aus den parlamentarischen Beratungen pointiert etwa AmtlBull NR 2012 N 1638 Votum NR Schwander: «Es soll beiden Elternteilen, aber auch den Gerichten und Kindesschutzbehörden bewusst sein oder bewusst werden, dass mit dem Systemwechsel die alleinige elterliche Sorge Vergangenheit ist. Das muss klar sein.» oder AmtlBull NR 2012 N 1638 Votum NR Flach: «Es ist wichtig, dass wir hier auch zuhänden der Materialien festhalten, dass wir die gemeinsame elterliche Sorge tatsächlich als Regelfall wollen. Wir wollen, dass sie der Regelfall ist.»
- 29 Der Grundsatz des Kindeswohls geniesst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Verfassungsrang und gilt in einem umfassenden Sinne, vgl. BGE 141 III 312, 319, E. 4.2.4; BGE 141 III 328, 340, E. 5.4; BGE 132 III 359, 373, E. 4.4.2; BGE 129 III 250, 255, E. 3.4.2; BGE 117 II 353, 354 f., E. 3; BGE 115 II 206, 209, E. 4a.
- 30 Das Scheidungsgericht hat bereits aufgrund von Art. 133 Abs. 2 Satz 1 ZGB bei der Regelung der Elternrechte und -pflichten alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände zu berücksichtigen; vgl. FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 11 f.; Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 133 CC, N 23 f.; BGE 142 III 197, 201, E. 3.7 und BGE 143 III 361, 365, E. 7.3.1.
- 31 Vgl. auch Geiser, ZKE 2015, 226, 238 und BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13; angesichts der gesetzlichen Konzeption geht es – entgegen Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, ZBJV 2014, 892, 901 – nicht um eine optimale Verwirklichung des Kindeswohls.
- 32 Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 32; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 20 und N 29; im Ergebnis gleich BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13 und wohl auch Geiser, ZKE 2015, 226, 243; Bucher (Fn. 4), 13; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 18), N 17.87; für Alleinsorge als Ausnahmefall ferner BaslerKomm ZGB I/Breitschmid, Art. 133, N 25 und CHK/Breitschmid, Art. 298 ZGB, N 4; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 14, sprechen von der Beeinträchtigung des Kindeswohls; unklar Geiser, AJP 2015, 1099, 1106: «[...] jene Lösung zu suchen, die dem Kindeswohl am besten entspricht.»
- 33 Wie hier BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13, wonach die Belassung der gemeinsamen Sorge eine konkrete Kindeswohlgefährdung darstellen müsse; vgl. auch BGE 142 III 197, 201, E. 3.7; das Bundesgericht spricht von einer «erheblichen Beeinträchtigung» des Kindeswohls (BGer, 2. 5. 2016, 5A\_81/2016, E. 5) oder von negativen Auswirkungen bzw. «une influence négative» auf das Kindeswohl (BGer, 30. 1. 2017, 5A\_840/2016, E. 3.3.1); KGer SG, 28. 6. 2017, FO.2016.17, verlangt bezüglich der Gründe für die Alleinzuteilung eine «überdurchschnittliche Intensität».
- 34 Vgl. demgegenüber z. B. die sprachlich anders formulierten Art. 297 Abs. 2 ZGB und Art. 298b Abs. 4 ZGB («je nachdem, was zur Wahrung des Kindeswohls *besser geeignet* ist» [Hervorhebung durch den Verfasser und die Verfasserin]), welche auf eine Abwägung verschiedener Lösungsmöglichkeiten hinweisen, vgl. dazu BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13.
- 35 Vgl. Art. 298 Abs. 2 ZGB: «Es kann sich auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen.»; siehe Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 4 und Bucher

(Fn. 4), 8; für eine gerichtliche Regelung der verschiedenen Kategorien von Kinderbelangen als «Gesamtpackage» BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 2.

- 36 BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 2; für diese Auffassung spricht nicht zuletzt die Erwähnung der elterlichen Sorge in Art. 133 Abs. 1 ZGB, vgl. Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 4; in die gleiche Richtungweisend Geiser, AJP 2015, 1099, 1106 und Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. April 2014, N 4, wonach das Gericht die weiterhin gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge «festzustellen» habe; anders Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (Fn. 15), 503.
- 37 Die gesetzliche Wendung «regeln» wird auch bei Vorliegen eines gemeinsamen Elternantrags mit Blick auf die Officialmaxime mindestens dahingehend verstanden werden müssen, dass das Scheidungsgericht die elterliche Übereinkunft auf ihre Übereinstimmung mit dem Kindeswohl überprüft und gegebenenfalls im Urteilsspruch genehmigt; vgl. BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298, N 41; relativierend bezüglich der Regelung der Obhut FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 133, N 7; abweichend ohne Begründung OFK ZGB/Maranta, Art. 298 ZGB, N 5.
- 38 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 2; Geiser, ZKE 2015, 226, 231; dies steht entgegen einzelnen Meinungen in der Literatur (Bucher [Fn. 4], 11 f; Fassbind, Belassung, Erhalt und Erteilung der gemeinsamen Sorge als Regelfall, ZKE 2014, 95, 97) nicht im Widerspruch bzw. Gegensatz zu Art. 111 ZGB und Art. 112 ZGB; entgegen CHK/Freiburghaus, Art. 133, N 5, verlangt das Belassen der gemeinsamen Sorge auch nicht «implizit» das Vorliegen einer Vereinbarung der Eltern hinsichtlich der zentralen Elternrechte und -pflichten.
- 39 BGE 142 III 612, 614, E. 4.1; BGE 142 III 617, 619, E. 3.2.1; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 296 ZGB, N 4; BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 44; BGer, 25. 6. 2015, 5A\_985/2014, E. 3.2.1; BGer, 15. 10. 2015, 5A\_548/2015, E. 4.2; Commentaire pratique Droit matrimonial/de Weck-Immelé, Art. 176 ZGB, N 195; FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 5; CHK/Freiburghaus, Art. 133 ZGB, N 6; Meier/Stettler (Fn. 5), 308; OFK/Maranta, Art. 298 ZGB, N 4; Kilde, Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, recht 2015, 235, 235 f.; a. M. Fassbind, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014, 692, 694 f.; vgl. sodann Geiser, AJP 2015, 1099, 1103, und zu den verschiedenen Bedeutungsinhalten einlässlich Gloor, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 331, 343 ff.
- 40 BGer, 12. 1. 2016, 5A\_631/2015, E. 4.2.2.1; die Gesetzesnovelle strebte jedoch in einem gewissen Sinne auch eine Art Gleichwertigkeit der tatsächlichen Verantwortungsübernahme durch beide Elternteile an, vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9092, sowie Geiser, AJP 2015, 1099, 1101; vgl. auch die mit der Revision des Kindesunterhaltsrechts in Kraft getretenen Art. 298 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB und dazu Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014, 529, 564 f.
- 41 BGE 142 III 612, 614, E. 4.2; BGE 142 III 617, 620, E. 3.2.3; BGer, 12. 1. 2016, 5A\_631/2015, E. 4.4.3; BGer, 24. 6. 2015, 5A\_266/2015, E. 4.2.2.1; BGer, 26. 5. 2015, 5A\_46/2015, E. 4.4.3; Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9094; BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 45; FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 3 und N 10, mit dem Hinweis, dass sich an dieser Rechtslage auch nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zur alternierenden Obhut nichts geändert hat; a. M. bereits für das frühere Recht Widrig, Alternierende Obhut – Leitprinzipien des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, AJP 2013, 903, 909.
- 42 BGer, 25. 1. 2016, 5A\_323/2015, E. 3.2; auch wenn die bundesgerichtlichen Erwägungen nicht verallgemeinert werden können, wirft der Entscheid die Frage auf, ob und inwiefern es sich mit dem Grundgedanken des gemeinsamen Sorgerechts verträgt, die Betreuungsaufgabe bei beruflich gleichermassen engagierten Elternteilen einseitig einem Elternteil zuzuweisen; vgl. die Kritik von Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter vom 4. Juli 2016, N 79, und bei FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 4.
- 43 In der psychologischen Literatur wird alternierende Obhut angenommen ab einer Betreuungszeit von rund einem Drittel, teilweise aber auch bereits ab einem Betreuungsanteil von einem Viertel;

- vgl. dazu und zur Kritik an numerischen Zeitquoten Sünderhauf, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis. Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Wiesbaden 2013, 62 ff.; die Rechtsprechung verzichtet auf feste Zeitangaben und spricht stattdessen von Betreuungsanteilen, die «plus ou moins égaux» sein müssen, vgl. etwa BGer, 26. 5. 2015, 5A\_46/2015, E. 4.4.3 mit weiteren Hinweisen.
- 44 BGer, 16. 4. 2014, 5A\_866/2013, E. 5.2; demgegenüber bedeutet nach Geiser, AJP 2015, 1099, 1107, eine Aufteilung der Betreuung zwingend, dass sich die Eltern die Obhut teilen bzw. diese gemeinsam oder alternierend ausüben, wobei er die Begriffe «gemeinsam», «alternierend» oder «geteilt» synonym verwendet haben will.
- 45 BGE 142 III 612, 615, E. 4.2; BGE 142 III 617, 620, E. 3.3.2; aus dem aktuellen Forschungsstand vgl. Sünderhauf, Alternierende Obhut in der Schweiz, in: Bächler/Schwenzer (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, 33 ff. und Simoni, Die alternierende Obhut – Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen, in: Bächler/Schwenzer (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, 77 ff.
- 46 BGE 142 III 612 ff. (vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Meier/Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [September bis Dezember 2016], ZKE 2017, 44, 54); BGE 142 III 617 ff.; bestätigt in BGer, 2. 11. 2016, 5A\_72/2016, E. 3.3.1; BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016 und BGer, 4. 5. 2017, 5A\_34/2017, E. 5.1.
- 47 BGE 142 III 612, 615, E. 4.2; in BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.6, verlangte das Bundesgericht zur rechtsgenügenden Begründung der Alleinzuteilung der Obhut sowohl eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber, wie sich die Situation des Kindes im Szenario einer alternierenden Obhut präsentieren würde, wie auch eine nachvollziehbare Erklärung, inwiefern das Kind im Falle einer alleinigen Obhut mit den Folgen der Trennung seiner Eltern besser zurechtkommen würde als bei einer alternierenden Obhut.
- 48 BGE 142 III 612, 615, E. 4.2; BGE 142 III 617, 621, E. 3.2.3; BGer, 4. 5. 2017, 5A\_34/2017, E. 5.1; BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.5; BGer, 2. 11. 2016, 5A\_72/2016, E. 3.3.2 bezeichnet die Erziehungsfähigkeit beider Eltern als notwendige Voraussetzung einer alternierenden Obhut; vgl. dazu FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 7 und BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 46, die zudem die Bereitschaft beider Eltern voraussetzen, Betreuungs- und Erziehungsverantwortung zu übernehmen.
- 49 BGE 142 III 612, 615, E. 4.2; BGer, 2. 11. 2016, 5A\_72/2016, E. 3.3.1; BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.6, wo die vorinstanzliche Ablehnung der alternierenden Obhut wegen des erbitterten Widerstandes der Mutter nicht geschützt wurde; das Bundesgericht hielt fest, dass Differenzen der Eltern über die Betreuungsanteile für sich allein kein hinreichender Grund seien, von der Einrichtung der alternierenden Obhut abzusehen.
- 50 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 6; FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 9, mit Hinweisen auf kantonale Rechtsprechung; kritisch bezüglich der Anforderungen an Kommunikation und Kooperation als unverzichtbare Voraussetzung für eine abwechselnde Betreuung Sünderhauf (Fn. 43), 98 ff.
- 51 BGE 142 III 612, 615 f., E. 4.3; BGer, 6. 10. 2015, 5A\_527/2015, E. 4; siehe zudem BGer, 2. 11. 2016, 5A\_72, E. 3.3.2: Das Bundesgericht hält fest, dass unter diesem Aspekt von der alternierenden Obhut nur abzusehen sei, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet sei, die annehmen lasse, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderlaufe; vgl. auch OGer ZH, 4. 3. 2016, LY150026.
- 52 BGer, 6. 10. 2015, 5A\_527/2015, E. 4; vgl. Meier/Häberli, ZKE 2017, 44, 54, welche die Ansicht äussern, das Bundesgericht scheine an die Alleinzuteilung der Obhut letztlich ähnliche Anforderungen zu stellen wie an die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge; dieser Auffassung kann kaum widersprochen werden mit Blick auf BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.6, wo das Bundesgericht festhält, «ein Zerwürfnis der Eltern bzw. ihre allfällige Unfähigkeit, miteinander zu

kommunizieren, steh[e] einer alternierenden Obhut nur dort entgegen, wo die Eltern *auch in anderen Kinderbelangen* in gravierender Weise entzweit [seien] und nicht miteinander kooperieren [könnten], so dass das Kind im Falle einer alternierenden Obhut Gefahr [laufe], *in seinem Wohlbefinden beeinträchtigt* zu werden». (Hervorhebungen durch die Verfasserin und den Verfasser).

- 53 Gegenseitige Anfeindungen und Beschuldigungen der Eltern schliessen die alternierende Obhut jedoch nicht zwingend aus, sofern und soweit sich beide Elternteile im Umgang mit dem Kind liebevoll, fürsorglich und altersadäquat zeigen; ein Gutachten, das trotz des hoch konfliktbelasteten Verhältnisses der Eltern die Einrichtung einer alternierenden Obhut empfiehlt, ist deshalb alleine weder widersprüchlich noch unvollständig, vgl. KGer BL, 1. 3. 2016, CAN 2016 Nr. 70 mit Anmerkungen von Dolge.
- 54 OGer ZH, 20. 11. 2015, LE150034: Das Gericht ging von einer das übliche Ausmass übersteigenden Zerstrittenheit der Parteien aus, nahm an, dass die Eltern sich längerfristig nicht über Alltagsfragen werden absprechen und einigen können, und befand, dass die geteilte Obhut in erster Linie zu vermeidbaren Konflikten zwischen den Eltern führen würde, worunter letztlich die Kinder leiden würden.
- 55 OGer ZH, 4. 3. 2106, LY150026: Die Voraussetzungen für die alternierende Obhut waren von vornherein nicht erfüllt, weil die Mutter jegliche Kooperation mit dem Vater bezüglich Erziehung und Betreuung des Kindes ablehnte und kategorisch die Haltung einnahm, alleine eine vollumfängliche Betreuung des Kindes durch sie sei kindsgerecht. Dass die alternierende Obhut als Betreuungsmodell abgelehnt wird, genügt demgegenüber nicht (vgl. BGE 142 III 612, 615, E. 4.2).
- 56 BGE 142 III 612, 616, E. 4.3, mit der Bemerkung, dass die Kooperationsfähigkeit der Eltern besondere Beachtung verdiene, wenn die geografische Entfernung der Wohnorte der Eltern ein Mehr an Organisation erfordere; vgl. auch BGer, 15. 12. 2016, 5A\_425/2016, E. 3.4.2; zur Bedeutung der örtlichen Verhältnisse für das Betreuungsmodell siehe Simoni (Fn. 45), 77, 82.
- 57 BGer, 19. 5. 2016, 5A\_41/2016, E. 3.1; BGer, 6. 10. 2015, 5A\_527/2015, E. 4; gemäss BGer, 17. 8. 2017, 5A\_575/2017, E. 2.1 konnte die alternierende Obhut aufgrund des Wegzuges der Mutter und des Kindes von Chur nach Buchs nicht mehr praktiziert werden und stand nicht mehr zur Diskussion; in BGer, 28. 8. 2017, 5A\_627/2016, scheiterte die alternierende Obhut daran, dass die Eltern im Kanton Aargau und im Kanton Bern wohnten (E. 5.2).
- 58 BGE 136 I 178, 181, E. 5.3; OGer ZH, 6. 2. 2015, LY140044: Die alleinige Obhutszuweisung an die Mutter während der Dauer des Scheidungsverfahrens hätte für die Kinder ohne Not eine Veränderung der Lebensumstände bedeutet, weil sie zwingend mit einem Schulwechsel verbunden gewesen wäre; siehe auch KGer SG, 14. 8. 2015, FS.2014.41: Alternierende Obhut erfüllt Kriterium der Kontinuität bzw. Stabilität im Sinne einer Weiterführung der bisherigen Lebensweise, da die jeweils voll erwerbstätigen Eltern sich die Betreuung bislang geteilt hatten; in BGer, 5A\_627/2016, 28. 8. 2017, sprach das Stabilitätsbedürfnis der knapp dreieinhalbjährigen Kinder gegen eine alternierende Obhut, da sie während des zweijährigen Getrenntlebens nicht mehr beim Vater übernachtet hatten.
- 59 BGE 142 III 612, 616, E. 4.3. Die alternierende Obhut bedeutet bei dieser Ausgangslage eine wichtige Kontinuität im Leben des Kindes, vgl. auch FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 9 und BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 7; zum Ganzen auch Simoni (Fn. 45), 77, 82.
- 60 Nach Simoni (Fn. 45), 77, 82, kann die alternierende Obhut die Kontinuität im Alltag des Kindes steigern, wenn die Wohnorte der Eltern örtlich nahe beieinander liegen und der Tagesablauf abgestimmt ist, sodass ein Grossteil des kindlichen Alltags trotz des Wechsels gleich bleiben kann.
- 61 BGE 142 III 612, 616, E. 4.3; BGE 142 III 617, 621, E. 3.2.3, wonach der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld bei Jugendlichen eine grosse Bedeutung zukomme; vgl. auch BGer, 4. 5. 2017, 5A\_34/2017, E. 5.1; BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.5; BGer, 15. 12. 2016, 5A\_425/2016, E. 3.4.2; BGer, 2. 11. 2016, 5A\_72/2016, E. 3.3.2.

- 62 BGE 142 III 612, 616, E. 4.3 und BGer, 23. 12. 2016, E. 4.5, je mit dem Hinweis, dass das den Sachverhalt von Amtes wegen erforschende Gericht im konkreten Fall zu entscheiden habe, ob und gegebenenfalls in welcher Hinsicht Hilfe von Sachverständigen erforderlich sei, um die Aussagen des Kindes zu interpretieren, insbesondere um erkennen zu können, ob diese seinem wirklichen Wunsch entsprechen.
- 63 BGer, 12. 8. 2015, 5A\_367/2015, E. 5.1.3; BGer, 15. 6. 2015, 5A\_745/2015 und 5A\_755/2015, E. 3.2.2.2; BGer, 17. 10. 2014, 5A\_719/2013, E. 4.4; BGer, 14. 7. 2014, 5A\_322/2014, E. 2; OGer ZH, 18. 5. 2016, LE150075; zur Kindesanhörung im Allgemeinen vgl. FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 12 und Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 298 ZGB, N 18 ff.; zum Verhältnis zwischen Kindeswille und Kindeswohl sodann FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych, N 142.
- 64 BGE 142 III 612, 615, E. 4.3, wonach es der alternierenden Obhut nicht im Wege stehe, wenn sich ein Elternteil dieser Betreuungsregelung widersetzt; BGer, 6. 10. 2015, 5A\_527/2015, E. 5.3; BGer, 23. 12. 2016, 5A\_191/2016, E. 4.6, wo der erbitterte Widerstand der Mutter gegen die alternierende Obhut nicht als hinreichendes Hindernis für dieses Betreuungsmodell betrachtet wurde; BGer, 26. 5. 2015, 5A\_46/2015, E. 4.4.5; KGer SG, 14. 8. 2015, FS.2014.41; aus der Lehre vgl. nur BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 44 und Meier/Stettler (Fn. 5), 582.
- 65 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 51; zur Bedeutung des Wohnsitzes vgl. Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 10, und BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 9; vgl. auch Geiser, AJP 2015, 1099, 1106, der die Zuteilung der Obhut in dieser Konstellation als hilfreich bezeichnet, jedoch davor warnt, dadurch einen überschüssenden Anschein einer engeren Beziehung zum Kind zu schaffen.
- 66 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 51; demgegenüber stellt BaslerKomm/Staehelin, Art. 25 ZGB, N 9 im Falle der bei beiden Eltern liegenden Sorge- und Obhutsberechtigung auf den Aufenthaltsort des Kindes ab; so auch Commentaire Romand/Eigenmann, Art. 25 ZGB, N 10; vgl. sodann Kilde, recht 2015, 235, 240, die unter Hinweis auf Art. 301a Abs. 2 ZGB dafürhält, die Eltern könnten sich auf den Wohnsitz des Kindes verständigen.
- 67 Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 12 Fn. 31; BaslerKomm/Staehelin, Art. 24 ZGB, N 10; vgl. auch Bundesamt für Justiz, Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltsort», Bern 2012, 7, wo allerdings beispielsweise aufgrund der Einschulung auf den Ort geschlossen wird, zu dem das Kind die engsten Beziehungen aufweist; für den Fall eines hauptsächlich obhutsberechtigten Elternteils auf Art. 25 Abs. 1 ZGB abstellend Fassbind, AJP 2014, 692, 694.
- 68 Vgl. dazu KGer LU, 3. 8. 2016, LGVE 2016 II Nr. 10, der auf das quantifizierbare Kriterium der Betreuungszeit und als weiteres – eher zweitrangiges – Kriterium auf die Möglichkeit eines Elternteils abstellt, Kinderzulagen oder sonstige Gelder für die Betreuung und Erziehung des Kindes erhältlich zu machen.
- 69 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 51; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 9; Geiser, AJP 2015, 1099, 1105; Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 10; vgl. auch Meier/Stettler (Fn. 5), 566.
- 70 BGE 142 III 612, 616, E. 4.3 und BGE 142 III 617, 622, E. 3.2.4 nennen neben der Erziehungsfähigkeit und der Stabilität der Verhältnisse die Möglichkeiten zur persönlichen Betreuung, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu Geschwistern und seine Einbettung in ein soziales Umfeld sowie den Wunsch des Kindes und betonen zusätzlich, es sei die Fähigkeit eines jeden Elternteils zu würdigen, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zuzulassen; vgl. auch BGer, 24. 6. 2015, 5A\_266/2015, E. 4.2.2.1 und ausführlich zu den einzelnen Zuteilungskriterien Commentaire pratique Droit matrimonial/de Weck-Immelé, Art. 176 ZGB, N 196 ff.
- 71 Büchler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 15; Geiser, AJP 2015, 1099, 1105.

- 72 Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 14; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 10.
- 73 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 18), 397.
- 74 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 10.
- 75 Vgl. Geiser, AJP 2015, 1099, 1105.
- 76 Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 14; Kilde, recht 2015, 235, 237.
- 77 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 301 ZGB, N 24; Meier/Stettler (Fn. 5), 665.
- 78 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 301 ZGB, N 3f., die insofern von der dispositiven Natur der gesetzlichen Ordnung sprechen.
- 79 Maranta/Meyer, Arbeitskreis 9: Inwieweit sind Elternvereinbarungen rechtlich beständig?, in: Bächler/Schwenzer (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2016, 291, 296 f.; vgl. BGE 142 III 197, 199, E. 3.5; BGE 136 III 353, 356, E. 3.1; BGer, 13. 2. 2017, 5A\_609/2016, E. 4.1.
- 80 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9103; wie Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 37, konstatierten, wäre es nicht sinnvoll, an der gemeinsamen elterlichen Sorge festzuhalten, nur damit diese gegenüber einem Elternteil gestützt auf Art. 311 ZGB umgehend wieder entzogen werden müsste.
- 81 Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9105.
- 82 Vgl. die Hinweise bei Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 38.
- 83 AmtlBull NR 2012 N 1638 und N 1646 Votum BR Sommaruga.
- 84 AmtlBull NR 2012 N 1644–1646; vgl. BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 13; Bucher (Fn. 4), 11.
- 85 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 14; Bucher (Fn. 4), 10 f.; Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 38 ff.; Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 133 CC, N 45; Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014, 1, 7; Meier/Stettler (Fn. 5), 358 ff.; im Ergebnis wohl auch Geiser, ZKE 2015, 226, 242 ff.
- 86 BGE 141 III 472 ff.
- 87 Vgl. im Einzelnen BGE 141 III 472, 476 ff., E. 4.5 und E. 4.6; zustimmend auch Aebi-Müller, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 2016, 648, 655 ff.
- 88 Bei der elterlichen Sorge handelt es sich um ein sogenanntes Pflichtrecht, vgl. statt vieler BGE 142 III 197, 199, E. 3.5; BGE 136 III 353, 356, E. 3.1.
- 89 BGE 142 III 197, 199, E. 3.5 mit Verweis auf ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Entscheid 1 BvR 738/01 vom 1. März 2004).
- 90 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 18), N 17.89; Geiser, ZKE 2015, 226, 239.
- 91 Vgl. Felder/Hausheer/Staub, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, ZBJV 2006, 537, 539; Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 40; siehe auch Biderbost/Cantieni, Arbeitskreis 1: Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge, in: Bächler/Schwenzer (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2016, 137, 140.

- 92 BGE 141 III 472, 478, E. 3.5; BGE 142 III 197, 199, E. 3.5; BGE 142 III 56, 63, E. 3; BGer, 12. 4. 2017, 5A\_455/2016, E. 4; BGer, 30. 1. 2017, 5A\_840/2016, E. 3.3.1; BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 4.1; BGer, 30. 3. 2017, 5A\_499/2016, E. 2.3; BGer, 21. 2. 2017, 5A\_819/2016, E. 6.3.
- 93 Vgl. z. B. BGE 142 III 197, 199, E. 3.5.
- 94 BGE 141 III 472, 478, E. 4.6.
- 95 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 5.2.
- 96 BGer, 1. 2. 2017, 5A\_833/2016, E. 2.
- 97 BGE 141 III 472, 478, E. 4.6; BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 4.2.
- 98 BGE 142 III 197, 200, E. 3.7; BGer, 2. 5. 2016, 5A\_186/2016, E. 4; BGer, 21. 11. 2016, 5A\_292/2016, E. 5.
- 99 BGE 141 III 472 ff.
- 100 BGer, 26. 11. 2015, 5A\_412/2015, E. 7.2 (der Entscheid wurde in BGer, 2. 5. 2016, 5A\_186/2016, E. 4 als «Grenzfall» bezeichnet).
- 101 BGer, 2. 5. 2016, 5A\_89/2016, E. 4.
- 102 BGer, 15. 3. 2017, 5A\_18/2017, E. 5.3.
- 103 BGer, 21. 11. 2016, 5A\_292/2016; vgl. auch den in der Konstellation ähnlichen BGer, 2. 5. 2016, 5A\_186/2016, in welchem Entscheid ein Dauerkonflikt und die Unfähigkeit zur Kommunikation nicht zur Alleinzuteilung des Sorgerechts führten, weil sich der Konflikt der Eltern nicht primär um grundsätzliche Entscheide drehte und nicht davon auszugehen war, dass sich der aufgrund der Elternstreitereien bestehende Loyalitätskonflikt der Kinder bei gemeinsamer elterlicher Sorge in entscheidender Weise verstärken würde (E. 4).
- 104 Vgl. z. B. BGer, 1. 2. 2017, 5A\_833/2016, E. 5, wonach die gemeinsame elterliche Sorge geboten sei.
- 105 BGer, 21. 11. 2016, 5A\_292/2016, E. 5.
- 106 Vgl. BGE 142 III 197, 200, E. 3.6.
- 107 BGer, 2. 5. 2016, 5A\_81/2016.
- 108 BGer, 2. 5. 2016, 5A\_81/2016, E. 5; vgl. auch den eine ähnliche Konstellation beurteilenden Entscheid BGer, 12. 4. 2017, 5A\_455/2016, wo erhebliche Differenzen bezüglich Besuchskontakte und Wahl eines Psychotherapeuten (vom Bundesgericht als «conflits ponctuels» bezeichnet [BGer, 12. 4. 2017, 5A\_455/2016, E. 5]) entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht zur alleinigen Zuteilung des Sorgerechts führten.
- 109 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016; die abstrakte Befürchtung, ein Elternkonflikt könnte sich bei gemeinsamem Sorgerecht verschärfen, genügt für sich alleine nicht für das alleinige Sorgerecht, vgl. BGE 142 III 1, 6, E. 3.4; BGer, 30. 1. 2017, 5A\_840/2016, E. 3.3.2.
- 110 Vgl. die zutreffende Kritik bei Meier/Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (September bis Dezember 2016); ZKE 2017, 44, 50 f.
- 111 Vgl. z. B. BGer, 21. 11. 2016, 5A\_292/2016, E. 5; BGer, 13. 2. 2017, 5A\_609/2016, E. 4.1.
- 112 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 3.1.
- 113 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 5.4: «Dem Kantonsgericht scheint entgangen zu sein, dass die gemeinsame Erziehung in der heutigen Gesellschaft die Regel ist.»

- 114 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 5.2.
- 115 BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 5.5.
- 116 Das Bundesgericht gelangt zu diesem Schluss vor allem, indem es den Kreis der bei gemeinsamem Sorgerecht zwingend gemeinsam zu entscheidenden Belange auf alle Entscheide beschränkt, die nicht die Alltagsgestaltung des Kindes betreffen (BGer, 2. 9. 2016, 5A\_22/2016, E. 4.1); zu den Alleinentscheidungsbefugnissen im Sinne von Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB siehe auch FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 301 ZGB, N 6 ff. und Cantieni/Wyss, Elterliche Sorge, in: Rosch/Fountoulakis/Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, 308, 312 ff.
- 117 BGer, 13. 2. 2017, 5A\_609/2016, E. 4.3.
- 118 BGer, 13. 2. 2017, 5A\_609/2016, E. 4.4.
- 119 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016 (beim vorinstanzlichen Entscheid handelt es sich um OGer ZH, 25. 10. 2016, LC160038).
- 120 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.1: Die Mutter hatte den Vater unter anderem bei der Polizei angezeigt, was eine Gefährdungsmeldung auslöste.
- 121 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.1: Die beschwerdeführende Ehefrau hatte vom Bundesgericht zur Kenntnis zu nehmen, dass es zur Begründung einer Kindeswohlgefährdung nicht genüge, bloss «gebetsmühlenartig» zu wiederholen, die gemeinsame elterliche Sorge entspreche angesichts der Kommunikationsprobleme «schlicht nicht dem Kindeswohl».
- 122 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.1.
- 123 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.2.
- 124 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.2.
- 125 Die Vorinstanz hatte – vorsichtig-optimistisch – Ansätze für eine Besserung der Situation ausgemacht und darauf hingewiesen, dass die Eltern selbst in dem der Trennung nahen Eheschutzverfahren in der Lage gewesen seien, mit Bezug auf die Kinderbelange eine Vereinbarung zu treffen, und in materiellen Streitpunkten auch anderweitig tragfähige Lösungen möglich gewesen seien.
- 126 Im Entscheid BGer, 21. 2. 2017, 5A\_819/2016 war für die Aufrechterhaltung des gemeinsamen Sorgerechts ausschlaggebend, dass verschiedene Konflikte zwischen Eltern (Name und Nationalität des Kindes, Unterhalt) gelöst werden konnten und die nach wie vor bestehenden Differenzen zwischen den Eltern bezüglich der Taufe des Kindes keine Alleinzuteilung des Sorgerechts rechtfertigten.
- 127 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.2; OGer ZH, 25. 10. 2016, LC160038, E. II./4.3.
- 128 BGer, 17. 5. 2017, 5A\_903/2016, E. 5.2; vgl. auch die vergleichbar gelagerten Urteile BGer, 31. 8. 2017, 5A\_139/2017 (zerstrittene Eltern, denen Kommunikation und Zusammenarbeit schwerfielen, wobei sich die Situation in letzter Zeit verbesserte) und BGer, 30. 5. 2017, 5A\_499/2016 (Mühen zerstrittener Eltern bei Kommunikation und Zusammenarbeit mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Tochter, die zufolge vermehrter Zusammenarbeit der Eltern in jüngerer Zeit besserten).
- 129 Vgl. Botschaft Elterliche Sorge (Fn. 1), 9106.
- 130 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24.
- 131 BGE 142 III 197, 199, E. 3.5; BGE 142 III 56, 63, E. 3; BGE 142 III 1, 5, E. 3.3; BGE 141 III 472, 478, E. 4.6.



- 132 BGer, 17. 11. 2016, 5A\_345/2016, E. 2.
- 133 BGE 142 III 56, 63, E. 3; BGer, 2. 5. 2016, 5A\_89/2016, E. 4; BGer, 14. 3. 2016, 5A\_781/2015, E. 3.2.4; vgl. auch BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 16.
- 134 BGE 142 III 502, 509, E. 4.2.1; BGer, 17. 11. 2016, 5A\_345/2016, E. 5.
- 135 Vgl. OGer ZH, 29. 4. 2016, LC150032, E. IV./3e.
- 136 BGE 142 III 197, 200, E. 3.6; BGE 142 III 1, 7, E. 3.4.
- 137 BGE 142 III 197, 200, E. 3.6; vgl. auch BGer, 28. 8. 2015, 5A\_926/2014, E. 3.4.
- 138 Bächler, Von Irrungen und Wirrungen um die elterliche Sorge, in: Kantonsgericht St. Gallen (Hrsg.), Mitteilungen zum Familienrecht: Jubiläumsausgabe, St. Gallen 2009, 7, 7.
- 139 BGer, 2. 5. 2016, 5A\_89/2016, E. 4.
- 140 BGer, 10. 6. 2009, 5A\_170/2009, E. 3.1; BGer, 23. 4. 2008, 5A\_616/2007, E. 7.1.
- 141 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298, N 14.
- 142 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24; Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 40.
- 143 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24.
- 144 Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 41.
- 145 BGE 141 III 472, 478 f., E. 4.7; BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24; Geiser, AJP 2015, 1719, 1725.
- 146 BGE 142 III 197, 200, E. 3.6.
- 147 BGE 142 III 197, 200, E. 3.6.
- 148 BGE 142 III 197, 201, E. 3.6.
- 149 Biderbost/Cantieni (Fn. 91), 137, 143.
- 150 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24; Felder/Hausheer/Aebi-Müller/Desch, ZBJV 2014, 892, 899.
- 151 BGE 142 III 197, 201, E. 3.7.
- 152 BGE 142 III 197, 201, E. 3.7.
- 153 In OGer TG, 11. 3. 2015, RBOG 2015 Nr. 2 scheiterte die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an den Vater an einer tragfähigen Eltern-Kind-Beziehung; vgl. auch KGer TG, 2. 6. 2017, ZK1 14 103/106, wo der Vater aufgrund einer mütterlichen Blockade die Kinder seit 4½ Jahren nicht mehr gesehen hatte und weitgehend aus deren Leben ausgeschlossen war, sodass er zur Ausübung der elterlichen Sorge nicht in der Lage war und eine Alleinzuteilung an ihn ausser Betracht fallen musste.
- 154 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 24.
- 155 BGer, 17. 11. 2016, 5A\_345/2016, E. 5.
- 156 BGer, 17. 11. 2016, 5A\_345/2016, E. 5.
- 157 OGer ZH, 25. 10. 2016, LC160038, E. II./4.3.

- 158 OGer ZH, 29. 4. 2016, LC150032, E. IV./3a–e.
- 159 Vgl. Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 42 und N 43.
- 160 So Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 42.
- 161 OGer ZH, 31. 8. 2016, LC150021.
- 162 BGer, 28. 3. 2017, 5A\_744/2016, E. 6.3.
- 163 BGE 138 III 425, 431, E. 5.2.
- 164 Vgl. BaslerKomm/Honsell, Art. 2 ZGB, N 27.
- 165 Vgl. Bächler/Maranta, Jusletter vom 11. August 2014, N 43.
- 166 So auch BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 26; vgl. aber OGer ZH, 14. 11. 2016, PQ160083: Eine Mutter, welche die elterliche Sorge nie ausgeübt hatte und auch nicht auszuüben gedachte, hielt am gemeinsamen Sorgerecht fest, um dadurch das «emotionale Band» zur gemeinsamen Tochter nicht zu verlieren.
- 167 BGE 143 III 361 ff.; vgl. Pressemitteilung des Bundesgerichts vom 29. Juni 2017 (abrufbar unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).
- 168 BGE 143 III 361, 364, E. 7.3.1, mit Verweis auf Code de procédure civile commenté/Tappy, Art. 279 ZPO, N 7, BaslerKomm/Breitschmid, Art. 133 ZGB, N 23, FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 133 ZGB, N 13 und Commentaire pratique Droit matrimonial/Helle, Art. 133 ZGB, N 16 ff.
- 169 BGE 143 III 361, 365, E. 7.3.1.
- 170 BGE 143 III 361, 368, E. 7.4.4.
- 171 So etwa OFK/Maranta, Art. 298 ZGB, N 2; Bucher (Fn. 4), 11, spricht gar von einem Widerspruch, weil einem gemeinsamen Antrag auf Alleinzuteilung des Sorgerechts nur entsprochen werden könne, wenn eine solche Lösung zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist; siehe auch BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 28, die einen Widerspruch zu Art. 296 Abs. 2 ZGB erkennen, wonach minderjährige Kinder unter gemeinsamer elterlicher Sorge beider Eltern stehen.
- 172 Das Subsidiaritätsprinzip ist Ausdruck des Gedankens des Vorrangs der Familie gegenüber staatlichen Eingriffen; vgl. BGer, 18. 7. 2017, 5A\_765/2016, E. 3.2; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 3, gemäss welchen auch der Wortlaut von Art. 133 Abs. 2 ZGB in diesem Sinne auszulegen sei; ihnen folgend BGE 143 III 361, 366, E. 7.3.2; zur Bedeutung einvernehmlicher Regelungen im Scheidungsrecht vgl. im Übrigen die in Fn. 168 hiervor zitierten Autoren sowie CHK/Freiburghaus, Art. 133 ZGB, N 10.
- 173 Für eine solche Auslegung des Begriffs «berücksichtigen» etwa CHK/Freiburghaus, Art. 133 ZGB, N 10; entgegen Bucher (Fn. 4), 12, bleibt das Kindeswohl – was sich bereits aus Art. 133 Abs. 2 Satz 1 ZGB ergibt – auch bei Vorliegen eines übereinstimmenden Elternantrags das massgebliche Kriterium.
- 174 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 17; in BGE 143 III 361, 365, E. 7.3.1 hält das Bundesgericht denn auch fest, dass allein ein gemeinsamer Antrag der Eltern für die Übertragung der elterlichen Sorge an einen Elternteil nicht genüge.
- 175 AmtlBull NR 2012 N 1646 Votum BR Sommaruga; vgl. auch FamKomm Scheidung/Bächler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 33.
- 176 Bucher (Fn. 4), 11; Geiser, AJP 2015, 1099, 1104; Meier/Stettler (Fn. 5), 359.

- 177 BGE 143 III 361, 366, E. 7.3.2, mit Verweis auf Meier/Stettler (Fn. 5), 334 und 361 f.
- 178 BGE 143 III 361, 366 f., E. 7.3.2.
- 179 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 29; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB, N 33 ff.
- 180 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 ZGB, N 30; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB, N 5; Meier/Stettler (Fn. 5), 334.
- 181 Vgl. z. B. OGer ZH, 4. 2. 2017, PQ160088, E. 3.4.