

Mit freundlicher Genehmigung der Stämpfli Verlag AG

Prof. Dr. Peter V. Kunz

Prof. Dr. Jonas Weber

Prof. Dr. Andreas Lienhard

Prof. Dr. Iole Fagnoli

Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Bern für den Schweizerischen
Juristentag 2014



Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Jonas Weber
Andreas Lienhard
Iole Fagnoli
Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

Prof Dr. Peter V. Kunz
Prof Dr. Jonas Weber
Prof Dr. Andreas Lienhard
Prof Dr. Iole Fagnoli
Prof Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Berner Gedanken zum Recht

**Festgabe
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Bern für den Schweizerischen
Juristentag 2014**



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2970-1
ISBN Judocu 978-3-0354-1131-7



Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich

STEPHAN WOLF^{*}/DEBORAH SCHMUKI^{**}

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	156
II.	Schweiz.....	157
	A. Vorbemerkung.....	157
	B. Zuteilung des Sorgerechts	158
	1. Geschiedene Eltern	158
	2. Nicht verheiratete Eltern	158
	a. Allgemeines.....	158
	b. Gemeinsame Erklärung	159
	c. Entscheid der Kindesschutzbehörde.....	159
	d. Urteil des Gerichts.....	159
	C. Inhalt des Sorgerechts	160
	1. Entscheidkompetenzen	160
	2. Bestimmung des Aufenthaltsortes	160
III.	Deutschland	161
	A. Vorbemerkung.....	161
	B. Zuteilung des Sorgerechts	162
	1. Geschiedene Eltern	162
	2. Nicht verheiratete Eltern	162
	a. Allgemeines.....	162
	b. Sorgeerklärungen.....	162
	c. Entscheid des Familiengerichts	163
	d. Getrennt lebende Eltern	163
	C. Inhalt des Sorgerechts	164
	1. Entscheidkompetenzen	164
	2. Bestimmung des Aufenthaltsortes	164
IV.	Österreich.....	165
	A. Vorbemerkung.....	165
	B. Zuteilung des Obsorgerechts	165
	1. Geschiedene Eltern	165

^{*} Prof. Dr. iur., Försprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

^{**} MLaw, Rechtsanwältin, Wissenschaftliche Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Die Literatur konnte bis Mitte November 2013 berücksichtigt werden.

2.	Nicht verheiratete Eltern	166
a.	Allgemeines	166
b.	Bestimmung und Vereinbarung gemeinsamer Obsorge	166
c.	Entscheid des Gerichts	167
d.	Auflösung der häuslichen Gemeinschaft	167
C.	Inhalt des Obsorgerechts	167
1.	Entscheidkompetenzen	167
2.	Bestimmung des Wohnortes	168
V.	Rechtsvergleichende Aspekte	168
A.	Vorbemerkung	168
B.	Zuteilung des Sorgerechts	169
1.	Geschiedene Eltern	169
2.	Nicht verheiratete Eltern	170
a.	Allgemeines	170
b.	Gerichtlicher bzw. behördlicher Entscheid	171
c.	Getrenntleben bzw. Auflösung des gemeinsamen Haushaltes	171
C.	Inhalt des Sorgerechts	172
1.	Im Allgemeinen	172
2.	Entscheidkompetenz	172
3.	Bestimmung des Aufenthalts- bzw. des Wohnortes	173
VI.	Fazit	173
VII.	Literaturverzeichnis	175

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat sich in Europa die rechtliche Situation geschiedener und nicht verheirateter Väter hinsichtlich der Gewährung der gemeinsamen elterlichen Sorge verbessert. So sehen viele europäische Gesetzgebungen ein gemeinsames Sorgerecht sowohl geschiedener als auch nicht verheirateter Eltern vor.¹ Auch Deutschland und Österreich haben im Jahr 2013 ihre Sorgerechtsregelungen (erneut) revidiert. In der Schweiz wird am 1. Juli 2014 eine neue Ordnung der elterlichen Sorge in Kraft treten.² Alle drei Länder wurden bei ihren Gesetzgebungsarbeiten durch die Rechtsprechung des EGMR beeinflusst.³ Die früheren Sorgerechtsregelungen Deutschlands und Österreichs

¹ Vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077 ff., 9096 f. (zit. BBl 2011 9077 ff.). Zum Gesetzgebungsprojekt vgl. www.ejpd.admin.ch, Themen, Gesellschaft, Gesetzgebungsprojekte, Elterliche Sorge.

² Medienmitteilung EJPD vom 29. November 2013.

³ Vgl. DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 629; WIDRIG, Rz 1; BT Dr 17/11048, S. 1 ff. und 11 ff., 15; FUCIK/MIKLAU, S. 31; BARNREITER, S. 241.

verstiessen nämlich gemäss zwei Urteilen des EGMR⁴ gegen das Diskriminierungsverbot⁵ in Verbindung mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens⁶, weil die gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern von der Zustimmung der Mutter abhängig war.⁷

Nachfolgend sollen die Ausgestaltungen der revidierten Sorgerechtsregelungen von Deutschland, Österreich und der Schweiz anhand zweier zentraler Aspekte dargestellt und miteinander verglichen werden. Dabei wird vorerst untersucht, unter welchen Voraussetzungen geschiedenen bzw. nicht verheirateten Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zukommt.

Anschliessend sind mit Blick auf den Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts die Entscheidungskompetenzen der Eltern und das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsorts des Kindes näher zu beleuchten. Denn erst anhand der Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnisse zeigt sich, ob die gemeinsame elterliche Sorge auch gemeinsam ausgeübt wird.

II. Schweiz

A. Vorbemerkung

Nach dem bisherigen Recht, wie es bis 30. Juni 2014 galt, stand die elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern grundsätzlich nur einem Elternteil zu.⁸ Gemeinsame elterliche Sorge war nur dann möglich, wenn beide Elternteile damit einverstanden waren und dem Gericht eine Vereinbarung über die Betreuungsanteile und die Verteilung der Unterhaltskosten vorlegten.⁹ Weil diese Rechtslage u.a. wegen einer Missachtung der Gleichstellung von Vätern und Müttern kritisiert wurde¹⁰ und zudem nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR stand¹¹, schuf der Gesetzgeber eine neue Sorgerechtsregelung¹², die am 1. Juli 2014 in Kraft trat.¹³

⁴ Urteil des EGMR (22028/04) *Zaunegger gg. Deutschland* vom 3. Dezember 2009 (zit. *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 4); Urteil des EGMR (35637/03) *Sporer gg. Österreich* vom 3. Februar 2011 (zit. *Sporer gg. Österreich*, FN 4).

⁵ Art. 14 EMRK.

⁶ Art. 8 EMRK.

⁷ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 4, § 44; *Sporer gg. Österreich*, FN 4, § 77, 84, 88 f.

⁸ aArt. 133 Abs. 1, 298 Abs. 1 ZGB.

⁹ aArt. 133 Abs. 3, 298a Abs. 1 ZGB.

¹⁰ BBl 2011 9077 ff., 9087 f.; RUMO-JUNGO, Rz 2; Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220), Januar 2009, S. 6 f., m.w.Hinw.; JURIUS, Die gemeinsame elterliche Sorge soll zur Regel werden, in: Jusletter 2. Februar 2009, Bundesrat schickt Revision des Zivilgesetzbuches in die Vernehmlassung, Rz 4 (www.jusletter.ch, besucht am 05.12.2013); WIDRIG, Rz 4.

¹¹ BBl 2011 9077 ff., 9100.

¹² Ausgangspunkt war das von Nationalrat RETO WEHRLI eingereichte Postulat „Elterliche Sorge. Gleichberechtigung“ im Jahre 2004, vgl. dazu Curia Vista: 04.3250.

¹³ Medienmitteilung EJPD vom 29. November 2013.

B. Zuteilung des Sorgerechts

1. Geschiedene Eltern

Nach neuem Recht hat die Scheidung grundsätzlich *keine Änderung der elterlichen Sorge* zur Folge¹⁴, die Eltern üben sie von Gesetzes wegen weiterhin *gemeinsam* aus.¹⁵ Eine Vereinbarung der Eltern zur Regelung der Betreuungsanteile und der Verteilung der Unterhaltskosten wird nicht mehr verlangt, damit das gemeinsame Sorgerecht nicht weiter zum Gegenstand von Verhandlungen gemacht werden kann.¹⁶ Die gemeinsame elterliche Sorge wird nur dann aufgehoben und das Sorgerecht einem Elternteil allein übertragen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist.¹⁷ Dabei müssen gemäss Botschaft – auch wenn der Gesetzestext lediglich von den Interessen des Kindes spricht – Umstände vorliegen, die einen Entzug des Sorgerechts gemäss Art. 311 ZGB rechtfertigen würden.¹⁸ Es gilt mithin ein strenger Massstab.

2. Nicht verheiratete Eltern

a. Allgemeines

Die *gemeinsame elterliche Sorge* soll auch für nicht verheiratete Eltern *die Regel* bilden.¹⁹ Dennoch steht die elterliche Sorge zunächst nur der Mutter zu, und die Eltern werden nicht «automatisch» Inhaber der gemeinsamen Sorge.²⁰ Eine solche kann aber – bei Vorliegen einer Anerkennung oder eines Vaterschaftsurteils – nicht mehr nur durch eine gemeinsame Erklärung der Eltern begründet werden²¹, sondern auch durch einen Entscheid der Kindesschutzbehörde²² oder ein gerichtliches Urteil.²³

¹⁴ BBl 2011 9077 ff., 9101.

¹⁵ Art. 133 f. i.V.m. 296 Abs. 2 ZGB; vgl. BBl 2013 4763 ff.

¹⁶ Medienmitteilung EJPd vom 16. Dezember 2009.

¹⁷ Art. 298 Abs. 1 ZGB.

¹⁸ Vgl. dazu die Botschaft, BBl 2011 9077 ff., 9078, 9105 und FN 35; DAVID RÜETSCHLI, FamPra 2012, S. 630, 635; kritisch dazu ELISABETH FREIVOGEL, FamPra 2012, S. 633.

¹⁹ BBl 2011 9077 ff., 9092.

²⁰ Vgl. Art. 298a Abs. 5 ZGB; BBl 2011 9077 ff., 9092. Der vom Bundesrat ursprünglich gemachte Vorschlag, wonach im Falle einer Anerkennung des Kindes durch den Vater beiden Elternteilen automatisch das Sorgerecht zustehen sollte, wurde im Vernehmlassungsverfahren abgelehnt: Medienmitteilung EJPd vom 16. Dezember 2009; EJPd, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB), Dezember 2009, S. 9; kritisch RUMO-JUNGO, Rz 15; INGEBORG SCHWENZER, FamPra 2012, S. 642 f.

²¹ Art. 298a ZGB.

²² Art. 298a Abs. 1, 298b Abs. 1 und 2 ZGB.

²³ Art. 298a Abs. 1, 298c ZGB.

b. Gemeinsame Erklärung

Soll die gemeinsame elterliche Sorge durch eine gemeinsame Erklärung zustande kommen, so haben die Eltern zu bestätigen, dass sie bereit sind, die Verantwortung für ihr Kind gemeinsam zu übernehmen, und dass sie eine Verständigung über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind getroffen haben.²⁴ Im Gegensatz zum früheren Recht wird von den Eltern nicht verlangt, dass sie genaue Angaben zur gefundenen Lösung machen. Die Eltern können sich deshalb auch darauf einigen, diese Fragen nicht verbindlich beantworten zu wollen.²⁵

c. Entscheid der Kindesschutzbehörde

Wenn ein Elternteil sich weigert, eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, so kann der andere Elternteil die Kindesschutzbehörde anrufen.²⁶ Diese verfügt grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge. Nur wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist, hält sie an der alleinigen Sorge der Mutter fest oder überträgt diese alleine dem Vater.²⁷ Gleich wie in Scheidungsfällen²⁸ wird den Eltern das Sorgerecht dann entzogen oder nicht (gemeinsam) zugewiesen, wenn Umstände vorliegen, die auch einen Entzug des Sorgerechts rechtfertigen würden.²⁹ Zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge regelt die Kindesschutzbehörde auch die übrigen strittigen Punkte.³⁰

d. Urteil des Gerichts

Schliesslich kann die gemeinsame elterliche Sorge auch durch eine gerichtliche Anordnung infolge einer gutgeheissenen Vaterschaftsklage zustande kommen.³¹ Das Gericht verfügt auch in solchen Fällen grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge und nur dann, wenn es zur Wahrung des Kindes-

²⁴ Art. 298a Abs. 1 und 2 ZGB.

²⁵ BBl 2011 9077 ff., 9093, FN 18, 9104; DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630. Der Verzicht auf einen zwingenden Unterhaltsvertrag wird kritisiert; vgl. CHRISTOPH HÄFELI/HEIDI SIMONI/LINUS CANTIENI/ELISABETH FREIVOGEL, FamPra 2012, S. 644 ff.; Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Medienmitteilung vom 29. Juni 2012; WIDRIG, Rz 9. Die geltende Regelung wird vom EJPD mit der EMRK-Konformität begründet, vgl. DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 645 f.

²⁶ Art. 298b Abs. 1 ZGB. Dazu BBl 2011 9077 ff., 9104 f.; DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630.

²⁷ Art. 298b Abs. 2 ZGB.

²⁸ Vgl. dazu die Ausführungen in II.B.1. hievor.

²⁹ Art. 311 Abs. 1 ZGB; BBl 2011 9077 ff., 9105; DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630.

³⁰ Dem Gericht vorbehalten bleibt eine Klage auf Leistung des Unterhalts; vgl. Art. 298b Abs. 3 ZGB.

³¹ Art. 298a Abs. 1, 298c ZGB.

wohls erforderlich ist, die Einzelsorge.³² Der Massstab für die Verweigerung der gemeinsamen elterlichen Sorge richtet sich wiederum nach den Gründen, die auch einen Entzug der elterlichen Sorge rechtfertigen würden.³³

C. Inhalt des Sorgerechts

1. Entscheidkompetenzen

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge sollen die Eltern grundsätzlich alles, was das Kind betrifft, *gemeinsam entscheiden*.³⁴ Da es aber trotz Vorliegens gemeinsamer Sorge auch künftig häufig so sein wird, dass das Kind ausschliesslich bei einem Elternteil wohnt und es vom anderen Elternteil nur besucht oder teilweise betreut wird³⁵, wurde zur Verhinderung von Konfliktsituationen³⁶ die Kompetenzverteilung gesetzlich geregelt.³⁷ Danach kann der betreuende Elternteil im Innenverhältnis eine Entscheidung dann alleine treffen, wenn es sich um *alltägliche oder dringliche Angelegenheiten* handelt oder wenn der andere Elternteil *nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen* ist. In allen anderen Fällen müssen sich die Eltern absprechen.³⁸ Bei der Beurteilung dessen, was alltäglich oder dringlich ist, gilt ein objektiver Massstab. Keine Rolle spielt deshalb, was die Eltern subjektiv als wichtig erachten.³⁹

2. Bestimmung des Aufenthaltsortes

Wurde die elterliche Sorge durch die Eltern gemeinsam ausgeübt, so ergab sich aus dem früheren Gesetzestext nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen der allein obhutsberechtigte Elternteil mit den Kindern ins Ausland ziehen durfte.⁴⁰ Mit der neuen Sorgerechtsordnung hat der Gesetzgeber des-

³² Art. 298c ZGB.

³³ Art. 311 Abs. 1 ZGB; vgl. BBl 2011 9077 ff., 9106; siehe dazu die Ausführungen in II.B.1. hievore.

³⁴ BBl 2011 9077 ff., 9083, 9106; Medienmitteilung EJPD vom 17. November 2011; DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630.

³⁵ DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630; ähnlich BBl 2011 9077 ff., 9094.

³⁶ Vgl. BBl 2011 9077 ff., 9093, 9106.

³⁷ Dabei handelt es sich um in der Doktrin bereits nach bisherigem Recht anerkannte Grundsätze; vgl. HEGNAUER, Rz 25.21 f.; REUSSER/GEISER, S. 759.

³⁸ Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB. Die Regelung wird von LINUS CANTIENI, FamPra 2012, S. 634 und 641, kritisiert; vgl. zur Regelung von Entscheidkompetenzen CANTIENI, S. 278 ff.

³⁹ BBl 2011 9077 ff., 9107.

⁴⁰ Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 21. August 2013, LY 130010, in ZR 112(2013), 157 ff., E. 4.4, 158. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durfte der allein obhutsberechtigte Elternteil auch bei einem gemeinsamen Sorgerecht – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – ohne gerichtliche Bewilligung ins Ausland ziehen, vgl. dazu BGE 136 III 353 ff., E. 3.2., 356 und E. 3.3, 357 f. Zur Kritik des Auseinanderfallens zwischen dem Sorgerecht und dem Aufenthaltsbestimmungsrecht vgl. WOLF/SCHMUKI, S. 843 ff.; siehe dazu auch die Botschaft, BBl 2011 9077 ff., 9107.

halb die Bestimmung des Aufenthaltsortes ausdrücklich geregelt⁴¹ und das «Verhältnis zwischen der elterlichen Sorge und dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes» geklärt. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht bildet neu – anders als nach bisheriger Rechtsprechung – zwingend einen Teilgehalt der elterlichen Sorge.⁴²

Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und möchte ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes *ins Ausland verlegen* oder hat der Wechsel *erhebliche Auswirkungen* auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil, so muss dieser seine *Zustimmung* erteilen.⁴³ Bei fehlender Zustimmung entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde.⁴⁴ Will der die elterliche Sorge allein ausübende Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so hat er den andern Elternteil rechtzeitig zu informieren.⁴⁵ Dieselbe Informationspflicht besteht für denjenigen Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will.⁴⁶

III. Deutschland

A. Vorbemerkung

Nach früherem Recht stand die elterliche Sorge *nicht verheirateter Eltern* grundsätzlich der Mutter zu.⁴⁷ Die gemeinsame elterliche Sorge kam den Eltern nur dann zu, wenn sie eine entsprechende gemeinsame Erklärung (sog. Sorgeerklärung) abgaben oder heirateten.⁴⁸ Ohne Zustimmung der Mütter konnten die ledigen Väter die gemeinsame elterliche Sorge nicht erlangen.⁴⁹ Im Anschluss an das Urteil des EGMR⁵⁰ und den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁵¹, in welchen die EMRK- und die Verfassungskonformität der früheren Regelung beanstandet wurden, hat der deutsche Gesetzgeber das

⁴¹ Die Regelung gemäss Art. 301a ZGB fand bereits vor ihrem Inkrafttreten Berücksichtigung in der Rechtsprechung; vgl. dazu den Beschluss und das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2013, a.a.O., 157 ff., E. 4.5, 159 f.

⁴² Art. 301a Abs. 1 ZGB; BBl 2011 9077 ff., 9107.

⁴³ REUSSER/GEISER, S. 760 f., kritisieren die Ausgestaltung der Bestimmung.

⁴⁴ Art. 301a Abs. 2 ZGB.

⁴⁵ Art. 301a Abs. 3 ZGB.

⁴⁶ Art. 301a Abs. 4 ZGB. Der sog. «Zügelartikel» war lange umstritten. Nach der Regelung im Entwurf hätte auch der Umzug eines Elternteils der Zustimmung des anderen bedurft; vgl. dazu Art. 301a Abs. 2 des Entwurfs zum ZGB, BBl 2011 9115 ff., 9118, und die Botschaft, BBl 2011 9077 ff., 9107; siehe dazu zu Recht kritisch REUSSER/GEISER, S. 762 ff.

⁴⁷ a§ 1626a Abs. 2 BGB.

⁴⁸ a§ 1626a Abs. 1 ABGB.

⁴⁹ Vgl. BT-Dr 17/11048, S. 1, 11; HEILMANN, S. 1473.

⁵⁰ *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 4.

⁵¹ Beschluss vom 21. Juli 2010, BVerfG, 1 BvR 420/09. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass die alte Regelung des a§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 und des a§ 1672 Abs. 1 BGB mit Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) unvereinbar war, BVerfGE 92, 158 ff., 178; BVerfGE 107, 150 ff., 169; vgl. dazu auch BT-Dr 17/11048, S. 1 und 11.

Sorgerecht revidiert.⁵² Bis zum Inkrafttreten der neuen Ordnung am 19. Mai 2013 hatten die Gerichte⁵³ – im Sinne einer Übergangsregelung – bereits auf Sorgerechtsklagen lediger Väter einzutreten.⁵⁴

B. Zuteilung des Sorgerechts

1. Geschiedene Eltern

Nachdem das gemeinsame Sorgerecht für minderjährige Kinder bereits unter dem alten Recht von einer Trennung oder Scheidung der Eltern unberührt blieb⁵⁵, konnte die Regelung ohne Revision *inhaltlich unverändert weitergelten*.⁵⁶ Das alleinige Sorgerecht wird einem Elternteil auf Antrag hin nur dann übertragen, wenn der andere Elternteil entweder zustimmt und das Kind, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, dem nicht widerspricht, oder wenn davon auszugehen ist, dass dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht (doppelte Kindeswohlprüfung).⁵⁷

2. Nicht verheiratete Eltern

a. Allgemeines

Auch nach dem revidierten Recht ist zunächst die Mutter alleinige Inhaberin des Sorgerechts.⁵⁸ Die gemeinsame elterliche Sorge kann den Eltern aber im Gegensatz zum alten Recht nicht mehr nur aufgrund einer Sorgeerklärung oder Heirat übertragen werden, sondern auch mittels einer Entscheidung des Familiengerichts.⁵⁹

b. Sorgeerklärungen

Die Eltern können die Sorgeerklärungen unabhängig voneinander abgeben.⁶⁰ Sie erklären darin, die *Sorge* für das Kind *gemeinsam* übernehmen zu wollen.⁶¹ Eine gerichtliche Kindeswohlkontrolle findet nicht statt.⁶²

⁵² Vgl. BT Dr 17/11048, S. 1 ff. und 11 ff., 15; HEILMANN, S. 1473; WILLUTZKI, S. 236.

⁵³ BGBl I, 795 ff., 798 (Art. 7).

⁵⁴ Beschluss vom 21. Juli 2010, BVerfG, 1 BvR 420/09, umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2003, BGBl I S. 2547; BT Dr 17/11048, S. 11; HEILMANN, S. 1473.

⁵⁵ IVO, S. 436, Rz 95.

⁵⁶ Vgl. § 1671 Abs. 1 und 2 BGB (es wurden nur die Absätze geändert).

⁵⁷ § 1671 Abs. 1 BGB; HEILMANN, S. 1477.

⁵⁸ § 1626a Abs. 3 BGB.

⁵⁹ § 1626a Abs. 1 und 2 BGB.

⁶⁰ BT Dr 17/11048, S. 16; MICHAEL COESTER, Staudinger 2007, N 53 zu § 1626a BGB.

⁶¹ VEIT, N 6 zu § 1626a BGB.

⁶² MICHAEL COESTER, Staudinger 2007, N 64 zu § 1626a BGB; HEILMANN, S. 1474.

c. Entscheid des Familiengerichts

Das Familiengericht wird auf Antrag eines Elternteils hin tätig und *überträgt* die elterliche Sorge oder einen Teil davon beiden Eltern *gemeinsam*, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht (negative Kindeswohlprüfung).⁶³ Eine positive Feststellung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht, ist nicht erforderlich.⁶⁴ Es besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, wenn der andere Elternteil keine Gründe vorbringt, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich sind.⁶⁵

d. Getrennt lebende Eltern

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil bzw. der Vater beim Familiengericht die *Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge* oder eines Teils davon beantragen, wenn ihnen die gemeinsame Sorge zusteht bzw. wenn die Mutter Alleininhaberin der elterlichen Sorge ist.⁶⁶

Im ersten Fall (gemeinsames Sorgerecht) überträgt das Gericht die (teilweise) Alleinsorge auf einen Elternteil, wenn der andere Elternteil zustimmt und das Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, dem nicht widerspricht.⁶⁷ Bei fehlendem Elternkonsens wird die Alleinsorge dann auf den Antragsteller übertragen, wenn zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht (doppelte Kindeswohlprüfung).⁶⁸

Im zweiten Fall (alleiniges Sorgerecht der Mutter) überträgt das Gericht dem Vater die Alleinsorge, wenn die Mutter zustimmt, es sei denn, die Übertragung widerspricht dem Kindeswohl oder das Kind, welches das 14. Lebensjahr vollendet hat, widerspricht der Übertragung.⁶⁹ Alternativ gibt das Gericht dem Antrag dann statt, wenn eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung der Alleinsorge dem Kindeswohl am besten entspricht (doppelte Kindeswohlprüfung).⁷⁰ Damit

⁶³ § 1626a Abs. 2 BGB; vgl. dazu auch BT Dr 17/11048, S. 12, 17; HEILMANN, S. 1474.

⁶⁴ BT Dr 17/11048, S. 12, 17.

⁶⁵ § 1626a Abs. 2 BGB; vgl. BT Dr 17/11048, S. 2. Die Durchsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge wird in solchen Fällen durch ein beschleunigtes und vereinfachtes Verfahren erleichtert; vgl. BT Dr 17/11048, S. 2, 8, 13, und § 155a des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (FamFG).

⁶⁶ § 1671 Abs. 1 und 2 BGB.

⁶⁷ § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

⁶⁸ § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB; HEILMANN, S. 1478.

⁶⁹ § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

⁷⁰ § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB; HEILMANN, S. 1478.

steht dem Vater die Möglichkeit offen, die alleinige elterliche Sorge auch ohne Zustimmung der Mutter durchzusetzen.⁷¹

C. Inhalt des Sorgerechts

1. Entscheidkompetenzen

In Deutschland werden die Entscheidkompetenzen bei gemeinsamer elterlicher Sorge danach differenziert, ob die Eltern noch zusammen leben oder nicht und bei wem sich das Kind gewöhnlich aufhält. *Leben die Eltern zusammen*, so haben sie die elterliche Sorge in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben und müssen versuchen, sich bei Meinungsverschiedenheiten zu einigen.⁷² Andernfalls überträgt das Gericht einem Elternteil die Entscheidung, wenn es sich um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt.⁷³ *Leben die Eltern getrennt*, so müssen lediglich Entscheide von erheblicher Bedeutung für das Kind einvernehmlich getroffen werden. Bei Uneinigkeit kann ein Elternteil beim Familiengericht einen Antrag stellen, ihm die Entscheidung⁷⁴ oder gar die (teilweise) Alleinsorge⁷⁵ zu übertragen.⁷⁶ Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens werden alleine von demjenigen Elternteil getroffen, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält. Der andere Elternteil kann nur in Fragen der tatsächlichen Betreuung Alleinentscheide fällen.⁷⁷

2. Bestimmung des Aufenthaltsortes

Üben die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge aus, so sind beide Elternteile Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts.⁷⁸ Weil es sich bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes bzw. des Wohnortes um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt, bedarf es zu dessen Festlegung eines *einvernehmlichen Entscheides* der Eltern. Können diese sich nicht einigen, so muss das Gericht das Sorgerecht allenfalls (teilweise) auf einen Elternteil übertragen.⁷⁹ Dies gilt auch bei einem geplanten Wegzug oder einer Auswanderung des betreuenden Elternteils mit dem Kind.⁸⁰

⁷¹ HEILMANN, S. 1478.

⁷² § 1627 BGB.

⁷³ § 1628 BGB.

⁷⁴ Vgl. § 1628 BGB.

⁷⁵ Vgl. § 1671 BGB.

⁷⁶ VEIT, N 9 zu § 1687 BGB.

⁷⁷ Zum Ganzen § 1687 Abs. 1 BGB.

⁷⁸ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist ein Teil der Personensorge; vgl. § 1631 Abs. 1 BGB.

⁷⁹ Vgl. § 1671 und § 1687 BGB; VEIT, N 11 f. zu § 1631 BGB; LUDWIG SALGO, Staudinger 2007, N 61 zu § 1631 BGB.

⁸⁰ Ein gemeinsames Sorgerecht ist aber auch länderübergreifend denkbar. Manche Gerichte haben bei einer diesbezüglichen Uneinigkeit der Eltern lediglich das Aufenthaltsbe-

IV. Österreich

A. Vorbemerkung

Nach früherem Recht mussten die Eltern, welche die gemeinsame Obsorge auch nach einer Scheidung beibehalten wollten, dem Gericht eine Vereinbarung vorlegen, in der geregelt wurde, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten werde.⁸¹ Bei einer fehlenden Vereinbarung wurde die Obsorge einem Elternteil allein übertragen.⁸² Waren die Eltern nicht verheiratet, so stand die Obsorge alleine der Mutter zu.⁸³ Die Eltern konnten aber die (teilweise) gemeinsame Obsorge beantragen.⁸⁴ Sowohl der EGMR⁸⁵ als auch der VfGH⁸⁶ stellten fest, dass es Art. 8 EMRK widerspricht, wenn einem unverheirateten Vater die Möglichkeit zur Beteiligung an der Obsorge verwehrt wird, solange die Mutter die Zustimmung nicht erteilt.⁸⁷ In der Folge wurde das Obsorgerecht revidiert; die Neufassung trat am 1. Februar 2013 in Kraft.⁸⁸

B. Zuteilung des Obsorgerechts

1. Geschiedene Eltern

Nach neuem Recht bleibt die *Obsorge beider Eltern auch nach der Auflösung der Ehe aufrecht*. Für die Eltern besteht aber die Möglichkeit, vor dem Gericht eine Vereinbarung abzuschliessen, wonach nur ein Elternteil «mit der Obsorge betraut wird oder die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird».⁸⁹ Die Eltern haben zudem zwingend vor dem Gericht eine *Vereinbarung* darüber zu schliessen, *in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird*.⁹⁰ Kommt eine solche Vereinbarung nicht innert angemessener Frist zustande oder beantragt ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn, so trifft das Gericht unter Beibehaltung der bisherigen Obsorge zunächst eine *vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung*, sofern dies dem Kindeswohl entspricht.⁹¹ In der sog. «Phase

stimmungsrecht auf den betreuenden Elternteil übertragen, um ihm den Umzug zu ermöglichen; MICHAEL COESTER, Staudinger 2009, N 144 zu § 1671 BGB.

⁸¹ a§ 177 Abs. 2 ABGB.

⁸² a§ 177a Abs. 1 ABGB.

⁸³ a§ 166 ABGB.

⁸⁴ a§ 167 ABGB. Zur alten Rechtslage vgl. FERRARI/KOCH-HIPP, S. 876 ff., Rz 162 ff.; DEIXLER-HÜBNER, N 1 f. zu § 177 ABGB.

⁸⁵ *Sporer gg. Österreich* (FN 4).

⁸⁶ Verfassungsgerichtshof, G 114/11-12, 28. Juni 2012.

⁸⁷ Vgl. DEIXLER-HÜBNER, N 3 zu § 177 ABGB.

⁸⁸ Vgl. FUCIK/MIKLAU, S. 31; BARNREITER, S. 241.

⁸⁹ § 179 Abs. 1 ABGB.

⁹⁰ § 179 Abs. 2 ABGB; DEIXLER-HÜBNER, N 1 zu § 179 ABGB.

⁹¹ § 180 Abs. 1 ABGB; ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 26; DEIXLER-HÜBNER, N 8 und 12 zu § 180 ABGB.

der vorläufigen elterlichen Verantwortung» trägt das Gericht während sechs Monaten einem mit der Obsorge betrauten Elternteil die hauptsächliche Betreuung des Kindes in seinem Haushalt auf. Dem anderen Elternteil wird ein derart ausreichendes Kontaktrecht eingeräumt, dass er auch die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann.⁹² In dieser Phase soll sich zeigen, wie die Eltern mit der veränderten Situation umgehen, welche Schwierigkeiten eine gemeinsame Obsorge verursachen kann und welche Auswirkungen eine solche Regelung auf das Kind hat.⁹³ Nach Ablauf dieser oder einer allenfalls verlängerten Frist hat das Gericht endgültig über die Obsorge zu entscheiden. Das Gericht trifft seinen Entscheid auf der Grundlage der Erfahrungen in der Phase der vorläufigen Verantwortung einschliesslich der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und nach Massgabe des Kindeswohls.⁹⁴ Betraut es beide Eltern mit der Obsorge, so hat es auch festzulegen, in wessen Haushalt das Kind fortan hauptsächlich betreut wird.⁹⁵

2. Nicht verheiratete Eltern

a. Allgemeines

Auch nach dem revidierten Recht ist zunächst allein die *Mutter* mit der Obsorge betraut.⁹⁶ Die gemeinsame Obsorge kann den Eltern aber im Gegensatz zum alten Recht nicht mehr nur aufgrund einer gemeinsamen Erklärung, sondern auch durch eine gerichtliche Entscheidung übertragen werden.⁹⁷

b. Bestimmung und Vereinbarung gemeinsamer Obsorge

Die Eltern können *vor dem Standesbeamten* persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer Rechtsbelehrung einmalig *bestimmen*, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist.⁹⁸ Diese Bestimmung kann jeder Elternteil innerhalb von acht Wochen ohne Begründung durch einseitige Erklärung widerrufen.⁹⁹ Weiter können die Eltern *dem Gericht eine Vereinbarung* über die Betrauung mit der

⁹² § 180 Abs. 1 ABGB.

⁹³ ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 26.

⁹⁴ § 180 Abs. 2 ABGB. Vgl. zu den Entscheidkriterien im Einzelnen DEIXLER-HÜBNER, N 20 ff. zu § 180 ABGB.

⁹⁵ § 180 Abs. 2 ABGB.

⁹⁶ § 177 Abs. 2 ABGB.

⁹⁷ § 180 Abs. 1 und 2 ABGB.

⁹⁸ § 177 Abs. 2 ABGB. DEIXLER-HÜBNER, N 10 zu § 177 ABGB, hält es für bedenklich, dass keine gerichtliche Genehmigung der Vereinbarung erforderlich ist, da die Standesbeamten i.d.R. keine ausreichende fachliche Kompetenz zur Wahrnehmung von Kindeswohlgefährdungen haben dürften; vgl. a.M. ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 25.

⁹⁹ § 177 Abs. 2 ABGB.

Obsorge *vorlegen*.¹⁰⁰ Leben die Eltern nicht in einer häuslichen Gemeinschaft, sind sie aber beide mit der Obsorge betraut, so haben sie festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Derjenige Elternteil, bei dem das Kind hauptsächlich betreut wird, muss mit der gesamten Obsorge betraut sein.¹⁰¹

c. Entscheidung des Gerichts

Können sich die Eltern nicht einigen, so steht einem Elternteil weiter die Möglichkeit offen, *vor dem Gericht* die Übertragung oder die Beteiligung an der Obsorge zu *beantragen*.¹⁰² Unter dem Vorbehalt des Kindeswohls ordnet das Gericht unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung eine sechsmonatige Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung an.¹⁰³ Danach trifft es eine endgültige *Entscheidung* über die Zuteilung der Obsorge. Sofern es die Eltern mit der gemeinsamen Obsorge betraut, hat es zu bestimmen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.¹⁰⁴

d. Auflösung der häuslichen Gemeinschaft

Wird die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst, so bleibt die *Obsorge beider Eltern* grundsätzlich aufrecht. Ihnen steht aber die Möglichkeit offen, eine *Vereinbarung* zur Regelung der Obsorge zu treffen.¹⁰⁵ Zudem müssen sie vor Gericht eine *Vereinbarung* darüber schliessen, *in wessen Haushalt das Kind fortan hauptsächlich betreut wird*.¹⁰⁶ Können sich die Eltern nicht einigen oder beantragt ein Elternteil die alleinige Obsorge, so ordnet das Gericht wiederum eine Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung an.¹⁰⁷

C. Inhalt des Obsorgerechts

1. Entscheidungskompetenzen

Die Eltern sollen die *Obsorge* „*soweit tunlich und möglich*“ *einvernehmlich wahrnehmen*.¹⁰⁸ Daraus wird abgeleitet, dass der jeweils das Kind betreuende Elternteil in alltäglichen Angelegenheiten¹⁰⁹, d.h. in solchen, die häufig vor-

¹⁰⁰ § 177 Abs. 3 ABGB.

¹⁰¹ § 177 Abs. 4 ABGB.

¹⁰² § 180 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB.

¹⁰³ § 180 Abs. 1 ABGB; vgl. dazu die Ausführungen in IV.B.1. hievore.

¹⁰⁴ § 180 Abs. 2 ABGB.

¹⁰⁵ § 179 Abs. 1 ABGB.

¹⁰⁶ § 179 Abs. 2 ABGB.

¹⁰⁷ § 180 ABGB; vgl. dazu die Ausführungen in IV.B.1. hievore.

¹⁰⁸ § 137 Abs. 2 Satz 3 ABGB.

¹⁰⁹ Vgl. dazu ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 15 f.; BARNREITER, S. 242.

kommen und welche keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben, selbstständige Entscheidungen treffen kann. Eine Alleinentscheidung ist zudem auch bei dringenden Massnahmen gerechtfertigt oder aber dann, wenn der andere Elternteil aufgrund faktischer Gegebenheiten (bspw. langer Auslandsaufenthalt) nur mit unverhältnismässigem Aufwand oder gar nicht erreicht werden kann. Ob eine einvernehmliche Entscheidung tunlich und möglich ist, hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab.¹¹⁰

2. Bestimmung des Wohnortes

Derjenige obsorgeberechtigte Elternteil, welcher aufgrund einer Vereinbarung oder gerichtlichen Bestimmung *das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreut*, hat das *alleinige Recht*, den Wohnort des Kindes zu bestimmen, auch wenn dieser ins Ausland verlegt werden soll.¹¹¹ Mit dieser Regelung soll ein «Auseinanderdriften» der (Betreuungs-)Pflichten und der Rechte der getrennt lebenden Eltern vermieden werden.¹¹² Wurde nicht festgelegt, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, darf der Wohnort nur mit Zustimmung beider Eltern oder Genehmigung des Gerichts ins Ausland verlegt werden.¹¹³

V. Rechtsvergleichende Aspekte

A. Vorbemerkung

Nachfolgend werden die Sorgerechtsregelungen der Schweiz, Deutschlands und Österreichs hinsichtlich der *Zuteilung* und des *Inhalts* der gemeinsamen elterlichen Sorge miteinander verglichen und länderspezifische Besonderheiten hervorgehoben. Dabei handelt es sich bloss um einen allgemeinen Überblick. Für eingehende, detaillierte Ausführungen muss auf die länderspezifische Literatur verwiesen werden.¹¹⁴

¹¹⁰ ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 16.

¹¹¹ § 162 Abs. 2 ABGB.

¹¹² ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 23; FUCIK/MIKLAU, S. 32.

¹¹³ § 162 Abs. 3 ABGB; ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 23; vgl. auch FUCIK/MIKLAU, S. 31 f.

¹¹⁴ Erste Hinweise dazu finden sich im Literaturverzeichnis zu diesem Beitrag.

B. Zuteilung des Sorgerechts

1. Geschiedene Eltern

In allen drei Ländern wird die *gemeinsame elterliche Sorge* von einer Scheidung *grundsätzlich nicht berührt*.¹¹⁵ Anders als in der Schweiz und Deutschland, wo die gemeinsame elterliche Sorge unter dem Vorbehalt des Kindeswohls «automatisch» weitergilt¹¹⁶, muss in *Österreich* vor dem *Gericht* eine Vereinbarung abgeschlossen und dabei festgelegt werden, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll.¹¹⁷ Andernfalls trifft das Gericht eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung und entscheidet dann über die Obsorgezuteilung.¹¹⁸ Diese Testphase wurde vom Gesetzgeber als eigentliche «Abkühlungsphase» für die sich streitenden Eltern intendiert. Sie kann aber, weil die Eltern damit zu einer intensiven Zusammenarbeit verpflichtet werden, obwohl sie sich über die Obsorge streiten, mehr Probleme schaffen als lösen. Zudem wird kritisiert, die Bestimmung weise einige Lücken¹¹⁹ auf.¹²⁰ Zweifelhaft ist zudem die Regelung, wonach die Testphase bei fehlender Vereinbarung – unter dem Vorbehalt des Kindeswohls – von Amtes wegen angeordnet wird, obwohl die Eltern in vielen Fällen gut mit der gemeinsamen Obsorge zu Recht kommen. Dies bewirkt einen Eingriff in die Familienverhältnisse, führt zu einem grossen Verfahrensaufwand und stellt eine Belastung für die Eltern und Kinder dar.¹²¹ Aus all diesen Gründen ist die in Deutschland und der Schweiz getroffene Lösung u.E. zu bevorzugen.

Auch die Regelungen der Voraussetzungen zur *Übertragung der Alleinsorge* an einen Elternteil bei Scheidung unterscheiden sich. Während in der Schweiz die gemeinsame Sorge nach den Ausführungen in der Botschaft nur dann aufgehoben wird, wenn ein Grund vorliegt, der auch eine Entziehung der elterlichen Sorge rechtfertigen würde¹²², wird in Deutschland¹²³ und Österreich das Kindeswohl grundsätzlich anhand der gesamten Umstände beurteilt.¹²⁴ Zudem bestehen in Deutschland und Österreich auch Regelungen über die Zustimmung beider Eltern betreffend die Übertragung des Sorgerechts¹²⁵ und über diesbezügliche Vereinbarungen.¹²⁶

¹¹⁵ Art. 133 f. i.V.m. 296 Abs. 2 und 298 Abs. 1 ZGB; § 1671 Abs. 1 BGB; § 179 ABGB.

¹¹⁶ Art. 296 Abs. 2 und 298 Abs. 1 ZGB; § 1671 Abs. 1 BGB e contrario.

¹¹⁷ § 179 Abs. 2 ABGB; vgl. DEIXLER-HÜBNER, N 5 zu § 177, und N 1 zu § 180 ABGB.

¹¹⁸ § 180 Abs. 1 und 2 ABGB.

¹¹⁹ Vgl. dazu DEIXLER-HÜBNER, N 5, 12 ff. und 20 zu § 180 ABGB, m.w.Hinw.

¹²⁰ DEIXLER-HÜBNER übt Kritik an dieser Regelung, vgl. N 1 zu § 180 ABGB, m.w.Hinw.

¹²¹ DEIXLER-HÜBNER, N 3 zu § 179, N 11 zu § 180 ABGB, m.w.Hinw.

¹²² Vgl. Art. 311 ZGB; BBl 2011 9077 ff., 9078, 9105 und FN 35.

¹²³ Die Prüfung erfolgt gemäss § 1671 BGB auf Antrag hin.

¹²⁴ § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB, § 180 ABGB.

¹²⁵ § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

¹²⁶ § 179 Abs. 1 ABGB. Nur in Österreich ist es zudem möglich, dass die Eltern vereinbaren können, dass die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.

Könnten Schweizer Gerichte bei der Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht allein mit dem Kindeswohl argumentieren, sondern müsste einer der Gründe gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB herangezogen werden, würden sie u.E. in ihrer Beurteilung zu stark eingeschränkt. So würde sich künftig bspw. die Frage stellen, ob die schweizerischen Entscheidungsinstanzen – gleich wie die deutschen und die österreichischen Gerichte – auf die Kooperationsfähigkeit und -willigkeit der Eltern abstellen dürften oder nicht.¹²⁷ Das ist nach hier vertretener Ansicht zu bejahen, denn der Verweis in der Botschaft auf Art. 311 ZGB ist u.E. lediglich dahingehend zu verstehen, dass die gemeinsame elterliche Sorge nur beim Vorliegen triftiger Gründe aufgehoben werden darf.¹²⁸

2. Nicht verheiratete Eltern

a. Allgemeines

Es bestehen grundsätzlich *zwei Möglichkeiten*, nicht verheirateten Eltern ein gemeinsames – und damit EMRK-konformes – Sorgerecht einzuräumen: Entweder steht den unverheirateten Eltern das gemeinsame Sorgerecht kraft Gesetzes, d.h. unabhängig von einer Konvention oder einer gerichtlichen Entscheidung, zu¹²⁹ oder der Mutter wird von Gesetzes wegen grundsätzlich die Alleinsorge zugewiesen und die Mitsorge des Vaters aufgrund einer Vereinbarung oder gerichtlichen Entscheidung ermöglicht.¹³⁰

Deutschland¹³¹, Österreich¹³² und die Schweiz¹³³ haben sich in ihren revidierten Regelungen gegen eine gemeinsame elterliche Sorge kraft Gesetzes entschieden. In allen drei Rechtsordnungen hat die *Mutter* grundsätzlich die elterliche Sorge inne¹³⁴, und die *gemeinsame elterliche Sorge* kann durch eine (gemeinsame) *Erklärung*¹³⁵ oder einen gerichtlichen bzw. behördlichen *Entscheid*¹³⁶ begründet werden. Alle drei Länder gehen vom Grundsatz aus, dass die gemeinsame elterliche Sorge auch nach einer Auflösung des gemeinsamen Haushaltes bzw. bei getrennt lebenden Eltern weitergilt.¹³⁷ Trotz dieser grundsätzlichen Übereinstimmungen der drei Rechtsordnungen unterscheiden

¹²⁷ Vgl. dazu die Botschaft, BBl 2011 9077 ff., 9105 FN 35; DEIXLER-HÜBNER N 28 zu § 180 ABGB; BT Dr 17/11048, S. 17; HEILMANN, S. 1474.

¹²⁸ DAVID RÜETSCHI, FamPra 2012, S. 630, räumt ein, dass es Aufgabe der Gerichte sein werde, die Balance zwischen dem Gesetzestext und der Botschaft zu finden.

¹²⁹ Vgl. BT Dr 17/11048, S. 12, 14.

¹³⁰ Vgl. *Zaunegger gg. Deutschland*, FN 4 § 55; BBl 2011 9077 ff., 9100; BT Dr 17/11048, S. 12, 14; DEIXLER-HÜBNER, N 7 zu § 177, N 4 zu 180 ABGB; BARNREITER, S. 243.

¹³¹ Vgl. WILLUTZKI, S. 236, 240.

¹³² Vgl. DEIXLER-HÜBNER, N 5 zu § 177 ABGB.

¹³³ Vgl. Medienmitteilung EJPD vom 16. Dezember 2009.

¹³⁴ Art. 298a Abs. 5 ZGB; § 1626a Abs. 3 BGB; § 177 Abs. 2 ABGB.

¹³⁵ Art. 298a Abs. 1 und 2 ZGB; § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB; § 177 Abs. 2, 3 und 4 ABGB.

¹³⁶ Art. 298b Abs. 1, 298c ZGB; § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB; 180 Abs. 1 und 2 ABGB.

¹³⁷ Art. 296 Abs. 2 ZGB; § 1671 Abs. 1 BGB e contrario; § 179 Abs. 1 ABGB.

sich die einzelnen Sorgerechtsregelungen nicht verheirateter Eltern in vielen Aspekten, wovon nachfolgend die wichtigsten erläutert werden sollen.

b. Gerichtlicher bzw. behördlicher Entscheid

Die *Entscheidskriterien* zur Erteilung oder Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterscheiden sich in den drei Ländern. Während in der Schweiz die gemeinsame elterliche Sorge nicht erteilt wird, wenn Gründe vorliegen, welche auch den Entzug der elterlichen Sorge rechtfertigen würden¹³⁸, findet in Deutschland eine negative Kindeswohlprüfung statt¹³⁹, und Österreich entscheidet aufgrund einer Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung, der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und des Kindeswohls.¹⁴⁰

Dass in der Schweiz die Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge allein gestützt auf das Kindeswohl sollte geprüft werden können, wurde bereits erläutert.¹⁴¹ Fraglich ist aber auch die deutsche Regelung der negativen Kindeswohlprüfung. Denn infolge der gesetzlichen Vermutung wird der in Kinderschaftssachen geltende Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt. Das Familiengericht wird die gemeinsame elterliche Sorge «ohne weitere Amtsermittlung allein auf Grundlage des Beteiligtenvortrags und unter Berücksichtigung der dem Gericht auf sonstige Weise bereits bekannten Tatsachen zuzusprechen».¹⁴²

c. Getrenntleben bzw. Auflösung des gemeinsamen Haushaltes

Im ZGB sucht man vergeblich nach einer Bestimmung, welche sich explizit mit der Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei getrenntlebenden Eltern oder mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes befasst. Den Eltern steht aber die Möglichkeit offen, die Zuteilung der elterlichen Sorge bei Veränderung der Verhältnisse behördlich neu regeln zu lassen.¹⁴³ Das BGB räumt getrenntlebenden Eltern¹⁴⁴ sowohl bei gemeinsamer Sorge als auch bei Alleinsorge der Mutter ein Antragsrecht zur Übertragung der elterlichen Sorge ein.¹⁴⁵ Gemäss ABGB müssen Eltern, welche ihren gemeinsamen Haushalt auflösen, in einer Vereinbarung festlegen, in welchem Haushalt das

¹³⁸ Vgl. Art. 311 ZGB; BBl 2011 9077 ff., 9078, 9105 und FN 35.

¹³⁹ § 1626a Abs. 2 BGB. Für die Kriterien nach dem Getrenntleben vgl. § 1671 Abs. 2 BGB.

¹⁴⁰ § 180 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 ABGB.

¹⁴¹ Vgl. dazu V.B.1. hievor.

¹⁴² BT Dr 17/11048, S. 18. In solchen Fällen findet dann lediglich ein vereinfachtes schriftliches Verfahren statt. Das Familiengericht entscheidet ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern; vgl. § 155a Abs. 2 FamFG. Kritisch dazu: HEILMANN, S. 1474 f., 1476 f., m.w.Hinw., und WILLUTZKI, S. 238.

¹⁴³ Vgl. Art. 298d ZGB.

¹⁴⁴ Auch wenn zwischen diesen nie eine Lebensgemeinschaft bestanden hat; MICHAEL COESTER, Staudinger 2009, N 40 zu § 1671 BGB.

¹⁴⁵ § 1671 Abs. 1 und 2 BGB.

Kind künftig zur Hauptsache betreut wird.¹⁴⁶ Ansonsten wird – unter dem Vorbehalt des Kindeswohls – eine Phase der vorläufigen Verantwortung angeordnet,¹⁴⁷ was aber nicht selten einen unnötigen Eingriff in die Familienverhältnisse darstellt.¹⁴⁸

C. Inhalt des Sorgerechts

1. Im Allgemeinen

Die elterliche Sorge umfasst in allen drei Ländern die Pflege und Erziehung, die Vermögensverwaltung und die Vertretung des Kindes.¹⁴⁹ Im Gegensatz zum ZGB¹⁵⁰ enthalten sowohl das BGB als auch das ABGB ausdrückliche Regelungen, wonach die elterliche Sorge statt als Ganzes auch *beschränkt auf einen Teilbereich* gemeinsam übertragen bzw. entzogen werden kann.¹⁵¹ Die schweizerischen Gerichte und Kinderschutzbehörden haben lediglich die Kompetenz, bei den Verfahren zur Übertragung oder Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge die strittigen Fragen zu regeln, ohne dass davon die elterliche Sorge eines Elternteils berührt würde.¹⁵² In Anbetracht der Vieltätigkeit der Lebenssituationen – insbesondere bei nicht verheirateten Eltern – scheint die explizite deutsche und österreichische Möglichkeit zur Beschränkung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf gewisse Teilbereiche eine interessante Idee zu sein, der auch hierzulande nähere Prüfung gebührte.

2. Entscheidkompetenz

Im Unterschied zu Österreich und zur Schweiz enthält die deutsche Regelung ein nach dem Zusammen- bzw. Getrenntleben und den Betreuungsverhältnissen abgestuftes System von Entscheidungsbefugnissen. Leben die Eltern zusammen, so müssen die Entscheide grundsätzlich einvernehmlich getroffen werden.¹⁵³ Leben die Eltern getrennt, so sind nur Entscheide, welche für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, gemeinsam zu treffen. In Angelegenheiten des täglichen Lebens kommt dem rechtmässigerweise obhutsführenden Elternteil ein Alleinentscheidungsrecht zu.¹⁵⁴ Der andere Elternteil kann dage-

¹⁴⁶ § 179 Abs. 2 ABGB.

¹⁴⁷ § 180 ABGB.

¹⁴⁸ Vgl. dazu die Ausführungen unter V.B.1. hievor.

¹⁴⁹ Art. 301 ZGB; § 1616 Abs. 1 und 2 BGB; § 158 Abs. 1 ABGB.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 296 Abs. 2, 298 Abs. 1 und 2, 298b Abs. 2 und 3, 298c und 298d ZGB. Auch Art. 311 ZGB spricht nur von Entziehung, nicht aber von Einschränkung der elterlichen Sorge.

¹⁵¹ § 1626a Abs. 2, 1666 Abs. 3 Nr. 6 und 1671 Abs. 2 und 3 BGB, BT Dr 17/11048, S. 17; § 177 Abs. 4, 179 Abs. 1, 181 f. ABGB.

¹⁵² Art. 298 Abs. 2 und 298b Abs. 3 ZGB.

¹⁵³ § 1627 BGB.

¹⁵⁴ § 1687 BGB; VEIT, Vorb. zu § 1787 BGB.

gen nur Entscheide der tatsächlichen Betreuung alleine treffen.¹⁵⁵ In der Schweiz kann der das Kind betreuende Elternteil in alltäglichen und dringlichen Angelegenheiten oder bei Unerreichbarkeit des anderen Elternteils allein entscheiden.¹⁵⁶ In Österreich müssen Entscheidungen einvernehmlich getroffen werden, soweit dies «tunlich oder möglich» ist.¹⁵⁷ Da die Beurteilung dessen, was noch «tunlich und möglich» ist, von den Umständen des Einzelfalls abhängt¹⁵⁸, lässt sich u.E. ein weiterer Kreis von Alleinentscheidungen rechtfertigen als in der Schweiz oder in Deutschland. Auf der anderen Seite wird durch die offene Formulierung Rechtsunsicherheit geschaffen. Die *deutsche Regelung*, welche die Entscheidungskompetenzen nach den Lebensumständen der Eltern *abstuft*, ist situationsangepasst und entspricht u.E. am besten der Lebenswirklichkeit. Mit einer solchen Ordnung dürften sich Konflikte am ehesten verhindern lassen.

3. Bestimmung des Aufenthalts- bzw. des Wohnortes

Auch die Regelungen zur Bestimmung des Wohnortes bei gemeinsamer elterlicher Sorge unterscheiden sich. Während die Eltern in Deutschland den Wohnort des Kindes grundsätzlich einvernehmlich festlegen müssen¹⁵⁹, kann in Österreich der das Kind in seinem Haushalt betreuende Elternteil den Wohnort allein bestimmen.¹⁶⁰ Bei der in der Schweiz getroffenen Lösung handelt es sich um einen Mittelweg zwischen diesen beiden konträren Kompetenzregelungen. So kann nach dem ZGB ein Elternteil den Wohnort des Kindes nur dann ohne Zustimmung des anderen Elternteils oder ohne gerichtliche bzw. behördliche Genehmigung wechseln, wenn der Umzug innerhalb der Schweiz erfolgt und er zudem keine erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil hat.¹⁶¹ Damit wird auf die Bedürfnisse der beiden Eltern Rücksicht genommen.

VI. Fazit

Ein Rechtsvergleich der Sorgerechtsordnungen der Schweiz, Deutschlands und Österreichs zeigt, dass diese zwar *zum Teil ähnlich ausgestaltet* sind, aber auch *erhebliche Unterschiede* aufweisen. Eine Einstufung danach, in welcher der drei Rechtsordnungen die gemeinsame elterliche Sorge hinsichtlich ihrer

¹⁵⁵ § 1687 BGB.

¹⁵⁶ Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB.

¹⁵⁷ § 137 Abs. 2 ABGB.

¹⁵⁸ ErIRV 2004 BlgNR 24. GP 15 f.

¹⁵⁹ § 1687 BGB.

¹⁶⁰ § 162 Abs. 2 ABGB.

¹⁶¹ Art. 301a Abs. 2 ZGB.

Zuteilung und inhaltlichen Ausgestaltung am weitgehendsten verwirklicht ist, ergibt folgendes Bild: Am weitesten geht die *deutsche Sorgerechtsregelung*. Die elterliche Sorge gilt auch nach einer Scheidung «automatisch» weiter, wenn die Eltern keinen Antrag auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts stellen. Nicht verheirateten Vätern wird das Sorgerecht gestützt auf eine negative Kindeswohlprüfung übertragen. Zudem müssen alle wichtigen Entscheide von den Eltern gemeinsam getroffen werden, so auch die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes. Nicht ganz so weit geht die Sorgerechtsregelung in der *Schweiz*. Die gemeinsame elterliche Sorge gilt zwar auch hier nach einer Scheidung weiter, das Gericht kann aber aus Kindeswohlgründen von sich aus – auch ohne Antrag eines Elternteils – einem Elternteil die alleinige Sorge zuweisen. Beantragt ein nicht verheirateter Vater das (gemeinsame) Sorgerecht, so wird ihm dieses nur verwehrt, wenn Gründe vorliegen, die auch einen Entzug des Sorgerechts rechtfertigen würden. Hinsichtlich der Entscheidkompetenzen sind beide Elternteile gleichberechtigt. Als am zurückhaltendsten und vorsichtigsten mit der Gewährung der gemeinsamen elterlichen Obsorge erweist sich *Österreich*. Im Scheidungsfall behalten die Eltern die gemeinsame Obsorge nur dann definitiv, wenn sie vereinbart haben, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, ansonsten wird vorerst eine vorläufige Phase der elterlichen Verantwortung angeordnet. Beantragt der nicht verheiratete Vater die Übertragung oder Beteiligung an der elterlichen Obsorge, so entscheidet das Gericht ebenfalls erst nach Durchführung einer Testphase. Der hauptbetreuende Elternteil hat schliesslich mehr Entscheidkompetenzen als der andere Elternteil. So kann er den Wohnort des Kindes alleine festlegen, sogar wenn dieser sich im Ausland befindet.

Man darf darauf gespannt sein, welches der drei Sorgerechtsmodelle sich künftig als am praxistauglichsten erweisen wird.¹⁶² In der Schweiz wird insbesondere zu prüfen sein, ob nicht verheirateten Eltern von Gesetzes wegen die gemeinsame elterliche Sorge eingeräumt werden sollte. Weiter stellt sich die Frage, ob die elterliche Sorge künftig auch ausdrücklich beschränkt auf einen Teilbereich gemeinsam übertragen bzw. entzogen werden können sollte. Schliesslich wird sich zeigen, ob sich die Regelung der Entscheidkompetenzen bewährt, oder ob ebenfalls ein nach dem Zusammenleben und den Betreuungspflichten abgestuftes System eingeführt werden sollte.

¹⁶² Der deutsche Gesetzgeber hat eine Evaluierung des revidierten Gesetzes in fünf Jahren beschlossen; vgl. § 99 Abs. 6a des Sozialgesetzbuches, Achter Band, Kinder- und Jugendhilfe, und Art. 6 des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.

VII. Literaturverzeichnis

- BARNREITER SONJA, Materiellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013, Wesentliche Neuerungen im Kindschafts- und Namensrecht, in: JAP 2012/2013/29, S. 241 ff.;
- CANTIENI LINUS, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung: eine empirische Untersuchung, Diss. Zürich, Band 7 der Schriftenreihe zum Familienrecht, Bern 2007;
- DEIXLER-HÜBNER ASTRID, Kommentierung zu § 177, 178 und 180 ABGB, in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), Online Kommentar ABGB, Erster Teil: Von dem Personenrechte, Drittes Hauptstück: Rechte zwischen Eltern und Kindern, Obsorge, 1.02, Stand: Juli 2013 (www.rdb.at, besucht am 30. November 2013);
- FERRARI SUSANNE/KOCH-HIPP MARION, Österreich, in: Rembert Süss/Gerhard Ring (Hrsg.), Eherecht in Europa, 2. Aufl., Bonn 2012, S. 837 ff.;
- FUCIK ROBERT/MIKLAU CHRISTINE, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ, Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, in: iFamZ 2013, S. 31 ff.;
- HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999;
- HEILMANN STEFAN, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – Das Ende eines Irrwegs?, in: NJW 2013, S. 1473 ff.;
- IVO MALTE, Deutschland, in: Rembert Süss/Gerhard Ring (Hrsg.), Eherecht in Europa, 2. Aufl., Bonn 2012, S. 411 ff.;
- REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, Ungereimtheiten im Gesetzesentwurf für eine Neuregelung, in: ZBJV 148/2012, S. 758 ff.;
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, Der Vorentwurf und der geplante Entwurf des Bundesrates, in: Jusletter 15. Februar 2010 (www.jusletter.ch, besucht am 5. Dezember 2013);
- SCHWENZER INGEBORG/BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE (Hrsg.), Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, Podiumsdiskussion vom 16. Februar 2012 in Basel, in: FamPra.ch 03/2012, S. 627 ff. (zit.: DISKUSSIONSTEILNEHMER, Fampra 2012);

- STAUDINGER JULIUS V., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht §§ 1626-1631, Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a – 1633 (Elterliche Sorge 1 – Inhaberschaft und Inhalt), Neubearbeitung 2007, Berlin 2007 (zit. BEARBEITER, Staudinger 2007);
- STAUDINGER JULIUS V., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel), Neubearbeitung 2009, Berlin 2009 (zit. BEARBEITER, Staudinger 2009);
- VEIT BARBARA, Kommentierung zu § 1626a, 1631 und 1687 BGB, in: Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 01. November 2011, Ed. 29 (www.beck-online.beck.de, besucht am 5. Dezember 2013);
- WIDRIG MARTIN, Elterliche Sorge – ein Grundrecht? Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision, in: Jusletter 23. Juli 2012 (www.jusletter.ch, besucht am 5. Dezember 2013);
- WILLUTZKI SIEGFRIED, Das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, Das Ende einer fast unendlichen Geschichte, in: FPR 2013, S. 236 ff.;
- WOLF STEPHAN/SCHMUKI DEBORAH, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, Familienrecht, in: ZBJV 148/2012, S. 834 ff.