

Stephan Bernard / Beda Meyer Löhner

Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels

Der Beitrag setzt sich kritisch mit den bisherigen sogenannten gerichtsüblichen Besuchsrechten und der üblichen Obhutszuteilung an einen Elternteil (in praxi meist die Mutter) auseinander. Er unterbreitet Vorschläge für die Entwicklung einer Rechtsprechung, die sowohl den pluralisierten Familienmodellen als auch dem künftigen Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge ausreichend Rechnung trägt.

Zitiervorschlag: Stephan Bernard / Beda Meyer Löhner, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, in: Jusletter 12. Mai 2014

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Besuchsrechte in der bisherigen Praxis
 - 2.1 Gerichtsübliche Besuchsrechte
 - 2.2 Begründung der bisherigen Besuchsrechte
- 3 Ein Blick zurück und in die Zukunft – Kontaktrechte im Wandel
 - 3.1 Rechtshistorische Bemerkungen
 - 3.2 Rechtslage de lege ferenda
- 4 Epochaler Wandel der Familienmodelle in den letzten Jahrzehnten
 - 4.1 Einheitliches Familienmodell bis 1990
 - 4.2 Pluralistische Familienmodelle ab 1990
 - 4.3 Zusammenfassung
- 5 Wissenschaftliche Erkenntnisse zur Eltern/Kind-Beziehung
 - 5.1 Gleichwertigkeit der Eltern
 - 5.2 Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsprechung?
 - 5.3 Zusammenfassung
- 6 Schlussfolgerung
 - 6.1 Familienmodelle haben sich gewandelt, die Rechtsprechung (noch) nicht
 - 6.2 Familienrechtlicher Paradigmenwechsel

1 Einleitung

[Rz 1] Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Kontakten des Kindes zu getrennt lebenden Eltern und deren Betreuungsanteilen auseinander. Das Thema wird vornehmlich aus der Perspektive des Kindes diskutiert und orientiert sich primär am Wohl des Kindes. Zunächst wird skizziert, wie unter der bisherigen Rechtslage das Besuchsrecht und die Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut in der Praxis gehandhabt wurden. Hernach werfen wir einen Blick in die diesbezügliche Rechtsgeschichte bis zurück in das 19. Jahrhundert; sodann geben wir den Diskussionsstand zu persönlichem Verkehr und Betreuungsregelungen unter der künftigen Rechtslage des Regelfalls der gemeinsamen elterlichen Sorge wieder. Danach wird aufgezeigt, dass die Familienmodelle einem starken Wandel unterworfen sind. Im Anschluss werden wissenschaftliche Erkenntnisse zur Eltern/Kind-Beziehung, vor allem nach einer Trennung, dargestellt. Schliesslich wertet der Beitrag die erarbeiteten Grundlagen aus und mündet in Gestaltungsvorschlägen für Eltern/Kind-Kontakte nach Inkrafttreten der neuen elterlichen Sorgerechtsregelung.

2 Besuchsrechte in der bisherigen Praxis

[Rz 2] Laut Lehre und Rechtsprechung ist bisher die Gerichtspraxis zum Besuchsrecht heterogen: So bestünden nicht nur Unterschiede zwischen der französischen und der deutschen Schweiz,¹ sondern auch innerhalb der deutschschweizer Praxis.² Wie diese, insbesondere im Vergleichs-

¹ Vgl. dazu LEUBA, in: Pichonnaz/Foëx (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Basel 2010, Art. 273 ZGB, N 16, welcher aufzeigt, dass in der französischen Schweiz ein ausgedehnteres Besuchsrecht gewährt wird; siehe auch BÜCHLER/WIRZ, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011 (zitiert: FamKomm Scheidung-BEARBEITER), Art. 273 ZGB, N 20.

² SCHWENZER, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010 (zitiert: BSK ZGB I-BEARBEITER), Art. 273 ZGB, N 15; SIX, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014, N 2.16; Urteil des Bundesgerichts 5C.199/2004 vom 19. Januar 2005 E.2.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, N 17.139 f.

fall, bei erstinstanzlichen Gerichten *effektiv* aussieht, ist – soweit ersichtlich – nicht empirisch untersucht. Gesichert ist indes, dass in den kantonalen Praxen schematische, sogenannt gerichtsübliche Besuchsrechte als Leitlinie gelten, die nach dem Alter des Kindes und der Beziehung der Eltern untereinander abgestuft werden.³

2.1 Gerichtsübliche Besuchsrechte

[Rz 3] Ohne anders lautenden, gemeinsamen Antrag der Eltern sehen *Kleinkinder im Vorkindergartenalter* bislang die besuchsberechtigte Person im Konfliktfall bei autoritativer Entscheidung maximal einmal pro Woche ein paar Stunden (z.B. Kanton Zürich), in gewissen Kantonen (z.B. Aargau) einen oder zwei Halbtage pro Monat. Zwei wöchentliche Besuche tagsüber, oder gar Übernachtungen und Ferienbesuche, werden gegen den Willen des Obhutsberechtigten im Rahmen der gerichtsüblichen Besuchsrechte kaum je gewährt bis ein Kind im Kindergarten oder in der Schule ist.⁴

[Rz 4] *Ab Schulbeginn* sind im Kanton Zürich zwei Besuchswochenenden pro Monat und ein Ferienbesuchsrecht von zwei bis vier Wochen üblich. Der deutschschweizer Durchschnitt scheint bei mindestens einem Besuchswochenende pro Monat und vierzehn Ferientagen pro Jahr zu liegen. Bei Spannungen zwischen den Eltern kann das Besuchsrecht bis um die Hälfte eingeschränkt werden, wobei das Bundesgericht einem einschränkenden Automatismus eine Absage erteilt hat.⁵

[Rz 5] Bei *älteren Kindern*, je nach Gericht etwa ab einem Alter von 14 bis 16 Jahren, wird üblicherweise auf eine gerichtliche Besuchsregelung verzichtet. Die Regelung des Kontakts wird Kind und Eltern überlassen.⁶ Das volljährige Kind, das von den Eltern Unterhalt beansprucht, darf jedoch Kontakte nicht ungerechtfertigterweise verweigern, andernfalls es seinen Unterhaltsanspruch verlieren kann.⁷

[Rz 6] Die gerichtsüblichen Besuchsrechte gewährleisten innerhalb eines Kantons eine gewisse Rechtssicherheit. Die fehlende detaillierte Überprüfung der kantonalen Regelungen durch das

³ BÜCHLER/VETTERLI, *Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz*, 2. Aufl., Basel 2011, 241 geben an, dass zwar kein «Tabellenumgang» existiere, aber gleichwohl ein Grundmuster, welches sich mit der Zeit gewandelt habe und von Region zu Region unterschiedlich sei; ferner BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 2), Art. 273 ZGB, N 13–15; FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ (FN 1), Art. 273 ZGB, N 20; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 2), N 17.139; SIX (FN 2), N 2.16 und 2.18; BIDERBOST, *Zu Besuch bei ...*, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), *Kind und Scheidung*, Zürich/Basel/Genf 2006, 154 f.; BSK ZGB I-BREITSCHMID (FN 2), Art. 133 ZGB, N 9 m.H.; BGE 131 III 209, 212; Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2a.

⁴ BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 2), Art. 273 ZGB, N 13–15; ähnlich FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ (FN 1), Art. 273 ZGB, N 24, SIX (FN 2), N 2.16; BREITSCHMID, in: Breitschmid/Rumo-Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes und Erwachsenenschutzrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zitiert: CHK-BEARBEITER), Art. 273 ZGB, N 5, spricht von einem Tag oder zwei Halbtagen pro Monat; BÜCHLER/VETTERLI (FN 3), 241, schildern, dass nach traditioneller Auffassung Kinder bis zum 2. resp. 3. Lebensjahr ganz bei der Mutter bleiben sollten. In der jüngeren Rechtsprechung gibt es vorsichtige Ansätze zu Übernachtungen bei Kindern schon im Kleinkindalter (so z.B. OGER ZH vom 16. März 2012, NQ120008).

⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 2), Art. 273 ZGB, N 13–15 und FamKomm Scheidung-SCHREINER (FN 1), Anh. Psych, N 163; SIX (FN 2), N 2.16 und 2.18; CHK-BREITSCHMID (FN 4), Art. 273 ZGB, N 5, spricht von zwei kompletten Wochenenden pro Monat, sowie zwei bis drei jährliche Ferienwochen; differenziert: BGE 131 III 209, 211–214; Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2a.

⁶ So Urteil des Bundesgerichts 5A_350/2009 vom 8. Juli 2009 E. 3.2 m.H.

⁷ BGE 113 II 374, 379 f.; Urteil des Bundesgerichts 5C.270/2002 vom 29. März 2003 E. 2.1; BGE 129 III 375, 378 ff.; Urteil des Bundesgerichts 5A_503/2012 vom 4. Dezember 2012 E.3.4; FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ (FN 1), Art. 273 ZGB, N 28a; das minderjährige Kind ist aufgrund von Art. 301 Abs. 2 ZGB verpflichtet, die Anordnungen des Besuchsrechts zu befolgen, (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER [FN 2], N 17.137).

Bundesgericht führt jedoch interkantonal gesehen zu einer Heterogenität. Unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls erstaunt diese Heterogenität, da sich nicht begründen lässt, weshalb Häufigkeit und Dauer des Kontaktrechts von Kindern zum getrennt lebenden Elternteil davon bestimmt werden, in welchem Kanton die Regelung getroffen wird.

[Rz 7] Festmachen lässt sich mindestens folgendes: Grundsätzlich leben Kinder von getrennt lebenden Eltern bisher überwiegend bei der Mutter und gehen zum Vater mehr oder weniger sporadisch zu Besuch.⁸ In den meisten Familien ist auch während des gemeinsamen Familienlebens immer noch die Mutter die hauptbetreuende Person.⁹ Geht man davon aus, dass es im Sinne des Kindeswohls ist, wenn Kinder nach einer Trennung/Scheidung im Alltag so wenigen Veränderungen wie möglich ausgesetzt sind, so ist es an sich nicht zu beanstanden, wenn auch nach Auflösung des Zusammenlebens weiterhin die hauptbetreuende Person – und damit vielfach die Mutter – diese Rolle beibehält. Hingegen ist fraglich, ob dies in Trennungen bei Konfliktfällen auch bei egalitäreren Rollenmodellen adäquate Lösungen sind und ob ganz grundsätzlich die bisherigen Besuchsrechtsregelungen dem Kindeswohl zuträglich sind.

2.2 Begründung der bisherigen Besuchsrechte

[Rz 8] Zur Begründung der jeweiligen Besuchsrechtsausgestaltung betont das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung, dass das Kindeswohl die oberste Richtschnur sei. Das Kindeswohl sei anhand der gegebenen Umstände zu beurteilen und allfällige Interessen der Eltern hätten zurückzustehen.¹⁰

[Rz 9] Indes scheint das Bundesgericht darauf zu verzichten, in den jeweiligen Fällen einlässlich darzulegen, warum das *konkrete* Besuchsrecht dem Kindeswohl im *konkreten* Fall entspricht. Zwar erteilte das Bundesgericht einer kantonalen (aargauischen) Praxis eine Absage, wonach das kantonal übliche Besuchsrecht bei elterlichen Konflikten generell (d.h. automatisch) einzuschränken sei: Eine Einschränkung sei nur gerechtfertigt, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände davon auszugehen sei, dass das übliche Besuchs- und Ferienrecht das Kindeswohl gefährde.¹¹ Allerdings hat das Bundesgericht in dieser Entscheidung nur überprüft, ob eine automatische Einschränkung des Besuchsrechts zulässig sei oder nicht. Nicht eingegangen resp. nicht beantwortet hat das Gericht allerdings die Frage, weshalb das kantonal übliche Besuchsrecht dem Kindeswohl entsprechen soll. Das Bundesgericht übt bei dieser Frage unter Verweis auf das richterliche Ermessen konstant «eine gewisse Zurückhaltung».¹² Mit dieser Zurückhaltung geht einher, dass sich in

⁸ STAUB/HAUSHEER/FELDER, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, ZBJV 2006, 537, 546 und 549; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra 2014, 1 f. m.H.; hinsichtlich der Zuteilung der elterlichen Sorge konstatiert die Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077 (zitiert: Botschaft), auf Seite 9083 f. und 9087 f. eine «rechtliche und faktische Diskriminierung der Väter».

⁹ Zu den verschiedenen Familienmodellen in der Schweiz vgl. Kap. IV.

¹⁰ So kürzlich Urteil des Bundesgerichts 5A_50/2013 vom 19. März 2013 E.6.1 (m.H.a. BGE 123 III 445, 451); BGE 131 III 209, 212 (m.H.a. BGE 130 III 585, 588). Bezüglich des Kindeswohls für die Lehre statt vieler: BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 2), Art. 273 ZGB, N 10.

¹¹ BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 2), Art. 273 ZGB, N 13–15 und FamKomm Scheidung-SCHREINER (FN 1), Anh. Psych, N 163; SIX (FN 2), N 2.19 und 2.23; differenziert: BGE 131 III 209, 211–214; Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2a; praktisch scheint es so zu sein, dass das Besuchsrecht grundsätzlich nach den Richtwerten erteilt wird und nur bei besonderen Verhältnissen davon abgewichen wird (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER [FN 2], N 17.139).

¹² BGE 131 III 209, 210 oder auch Urteil des Bundesgerichts 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2b.

den Gerichtsentscheiden und in der juristischen Literatur soweit ersichtlich selten eine vertiefte Auseinandersetzung mit den aktuellen Erkenntnissen der massgebenden wissenschaftlichen Disziplinen findet, die sich mit Kindern und Familienmodellen befassen, namentlich die Pädiatrie und seit neuerem die Entwicklungspädiatrie sowie die Kindes- und Jugendpsychologie und die Entwicklungspsychologie oder die Soziologie.¹³ In der bisherigen (kantonalen) Praxis wird die konkrete Ausgestaltung des Besuchsrechts aus – sozialwissenschaftlich unbegründeter – Lehre und Rechtsprechung übernommen oder aber die Regelung entspringt der persönlichen Einschätzung des jeweiligen Gerichtspersonals. Kleinkinder werden vor Gericht kaum je angehört,¹⁴ die Anhörung älterer Kinder stellt nach Art. 298 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO) den Grundsatz, das Absehen davon die Ausnahme dar.¹⁵ Die umfangreiche, transdisziplinäre empirische Studie «Children and Divorce – Current Legal Practices and their Impact on Family Transitions» unter der Leitung von Prof. Dr. iur. ANDREA BÜCHLER und Dr. phil. HEIDI SIMON besagt indes, dass die Beteiligung der Kinder an der Reorganisation des Familienlebens in der Praxis von Schweizer Gerichten noch kaum ausreichend gewährleistet sei. Grundsätzlich finde eine wirkliche Auseinandersetzung mit den Wünschen und Bedürfnissen der Kinder viel zu selten statt. So sei auch das Bewusstsein, dass eine Kindesanhörung Bestandteil des Persönlichkeitsrechts des Kindes sei, mehrheitlich noch nicht vorhanden.¹⁶ Dies deckt sich mit der Erfahrung der Autoren an Zürcher Gerichten, wonach die Anhörung selbst bei älteren Kindern nach wie vor nicht die Regel, sondern eher die Ausnahme ist. Aus Sicht der Autoren sind die weitgehende Ausserachtlassung der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der Verzicht auf eine systematische Anhörung der Kinder ein Manko der bisherigen Rechtsprechung.¹⁷

¹³ SCHWENZER, Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen, FamPra 2005, 23 f. spricht sogar davon, dass der Durchschnittsjurist nicht zwischen Psychiatrie, Psychologie, Psychotherapie und Psychoanalyse unterscheiden könne und es an Grundverständnis für Humanwissenschaft mangle. Exemplarisch für knappe Belege: BGE 131 III 209, 212–213; Exemplarisch für veraltete Belege (Literatur aus den Jahren 1974 bis 1994): Urteil des Bundesgerichts 5A_309/2012 vom 19. Oktober 2012 E.3.4. Zwar differenziert, aber ebenfalls ohne direkte Literaturangabe: FamKomm Scheidung-SCHREINER (FN 1), Anh. Psych, N 164–175.

¹⁴ BGE 131 III 553, 555–557; STECK, in: Spühler/Tenchino/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 298 ZPO, N 15.

¹⁵ A.a.O., Art. 298 ZPO, N 7 ff.; vgl. auch Gerichte Zürich, Kinderanhörung, www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/kinder/kinderanhoerung.html (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 25. April 2014).

¹⁶ Zitiert nach: www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=detailst=33, dazu auch BÜRGISSER, Gemeinsam Eltern bleiben, Bern 2014 (zitiert: BÜRGISSER, Gemeinsam), 138 f. und 224 ff. mit Verweisen.

¹⁷ Vgl. zum Wunsch von Scheidungskindern, in die Nachscheidungsregelungen einbezogen zu werden: SCHWARZ, Handout «Folgen von Scheidungen für Kinder und Jugendliche», Tagung «Scheidung – Ursache und Folgen» an der Universität Zürich vom 23. August 2013, 6 mit Verweisen. Auch beispielsweise SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra 2014, 79, betonen, dass Betreuungsmodelle stets mit den urteilsfähigen Kindern besprochen werden müssten. Ein deutliche Votum für die Interdisziplinarität findet sich bei INGEBORG SCHWENZER: «Das Rechtssystem als solches ist auf objektive Vorhersagbarkeit, auf Sicherheit, auf Rechtssicherheit angelegt. Juristen orientieren sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, literarische Meinungen zählen erst dann, wenn sie zur sogenannten herrschenden Meinung geworden sind. Selbst den Humanwissenschaften gegenüber aufgeschlossene Juristen zeigen sich derzeit zu tiefst verunsichert angesichts divergierender Auffassungen in den Humanwissenschaften. Mit derartigen Ambiguitäten, Verunsicherungen haben Juristen nicht gelernt umzugehen. Was ist zu tun? Zunächst sind sicher der interdisziplinäre Dialog, die gemeinsame Aus- und Fortbildung für alle mit dem Kindeswohl befassten Professionen unabdingbar. Darüber hinaus wird wohl nur ein interdisziplinär besetztes Familiengericht, von dem wir in der Schweiz allerdings wahrscheinlich noch lange Zeit träumen müssen, die Chance dafür bieten, die für das individuelle Kind am wenigsten schädliche Alternative zu finden. Juristen werden dann erhebliche Abstriche an der von ihnen angestrebten Scheinobjektivität machen und sich auf die Unsicherheit einlassen müssen, die damit verbunden ist, auch das Kind als wirkliches Subjekt anzuerkennen» (SCHWENZER, [FN 13], 23 f.).

3 Ein Blick zurück und in die Zukunft – Kontaktrechte im Wandel

3.1 Rechtshistorische Bemerkungen

[Rz 10] Die erste deutschschweizerische Kodifikation war das Privatrechtliche Gesetzbuch Zürichs (PRG) von 1853–1855. Dieses kannte eine Vaterzentriertheit:¹⁸ Zwar waren Scheidungskinder bis zum zurückgelegten 5. Altersjahr der Mutter zur Pflege zu überlassen.¹⁹ Danach waren Kinder jedoch dem Vater zur Erziehung zuzuteilen.²⁰ Davon konnte das Gericht ausnahmsweise abweichen; dies von Amtes wegen oder auf Antrag der Eltern im Interesse einer guten Pflege und Erziehung.²¹ Das Gericht konnte sodann auf Begehren der Parteien regeln, «ob, wie oft und wo dem Theil der Eltern, dessen Sorge die Kinder nicht überlassen sind, gestattet sei, dieselben zu sehen und zu sprechen».²² Im Unterschied zu heute befasste die Zuteilung der Kinder nur die Übertragung der persönlichen Fürsorge. An den Vertretungsrechten, die beim Mann als Oberhaupt der Familie lagen, wurde nichts geändert.²³

[Rz 11] Anders das Zivilgesetzbuch (ZGB) der ersten Stunde: Laut dem Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 musste das Gericht nicht nur über die Obhut verfügen, sondern über die *Elternrechte* nach der Scheidung. Die Ordnung derselben waren indes nicht gesetzlich detailliert geregelt, sondern ins Ermessen der Gerichte gelegt worden.²⁴ Art. 156 Abs. 3 aZGB gewährte dem Ehegatten, der die Kinder nicht zugewiesen erhielt, das Recht auf Beibehaltung eines angemessenen persönlichen Verkehrs mit den Kindern.

[Rz 12] Der Leitgedanke des PRG, dass die Mutter während der frühen Kindheit pflegt und der Vater ab der mittleren Kindheit erzieht, wurde hundert Jahre später durch die Stärkung der Mutterrolle ersetzt. Das Bundesgericht erwog etwa mit Entscheid vom 10. September 1959, dass bei der Zuweisung von kleinen Kindern in erster Linie die mütterliche Liebe berücksichtigt werden müsse, wenn die Mutter die Erziehung selber zu leiten vermöge. Das Gericht hielt fest, dass die Zuweisung an die Mutter zur Regel werde und wenn immer möglich stattfinden solle.²⁵ Die Rechtsprechung führte damit eine Mutterzentriertheit ein.²⁶

[Rz 13] Das Mutterprimat hielt bis weit in die 1980er-Jahre an, wurde aber vor rund 30 Jahren aufgeweicht:²⁷ Ein Urteil des Bundesgerichts vom 9. September 1985 veranschaulicht den Sinneswandel, der sich zu jener Zeit in der Rechtsprechung niederschlagen begann: «Das Bundesgericht hat auch in jüngsten Entscheiden den Grundsatz bestätigt, wonach kleinere Kinder der Mutter zuzuteilen seien (...); gleichzeitig wurde aber darauf hingewiesen, dass diejenige Lösung zu treffen sei, welche die für eine harmonische Entfaltung des Kindes in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendige Stabilität der Verhältnisse gewährleiste (...). Es ist deshalb sehr wohl möglich, dass in einem konkreten Fall auch ein kleineres Kind unter die elterliche Ge-

¹⁸ Weiterführend zum Vaterprimat: SCHWENZER (FN 13), 13 f.

¹⁹ § 233 Abs. 1 PRG.

²⁰ §224 Abs. 1 PRG.

²¹ §225PRG.

²² §226PRG.

²³ BernerKomm 1936, Art. 156 ZGB, N 8.

²⁴ BBl 1904 IV 1, 24.

²⁵ BGE 85 II 226, 231.

²⁶ Ausführlich mit zahlreichen Hinweisen: SCHWENZER (FN 13), 13 ff., besonders 14 f.

²⁷ So: SCHWENZER (FN 13), 14 f.; vgl. sodann: BGE 111 II 225, 227; BGE 109 II 193, 194; BGE 108 II 369, 370 f.

walt des Vaters gestellt wird, wenn dieser zur Erziehung und zu weitgehender Selbstbetreuung des Kindes, zu dem er eine echte Zuneigung hat, fähig und bereit ist und wenn darüber hinaus die massgebenden Verhältnisse für die Zukunft auf seiner Seite als die stabileren erscheinen. Wie in BGE 109 II 194 angetönt, zeigt die Erfahrung, dass vor allem jüngere Väter in zunehmendem Masse bereit sind, die volle Fürsorge- und Erziehungsverantwortung gegenüber ihren Kindern zu übernehmen. Auch wenn von einem eigentlichen Umdenken nach wie vor noch nicht die Rede sein kann, darf der Sachrichter vom Grundsatz der mütterlichen Vorgabe abweichen, falls die für die harmonische Entwicklung des Kindes erforderliche Stabilität beim Vater als besser gewährleistet erscheint. Dass auch die Mutter zur Erziehung fähig und bereit wäre, verliert in solchen Fällen an Gewicht». ²⁸

[Rz 14] Für den Kontakt des Kindes mit dem getrenntlebenden Elter besagen allerdings die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis heute, dass die Obhut im Trennungsfall grundsätzlich einem Elter alleine zuzuteilen und dem anderen Elter gegebenenfalls ein Besuchsrecht einzuräumen ist. Die geteilte oder alternierende Obhut ist aktuell nur zulässig, wenn diese dem Kindeswohl entspricht und beide Eltern damit einverstanden sind. Gegen den Willen eines Elternteils kann autoritativ keine geteilte oder alternierende Obhut verfügt werden. Das Bundesgericht stützt sich dabei bisher auf Art. 133 ZGB, der eine analoge Lösung für die Sorgerechtszuteilung vorsieht. ²⁹

3.2 Rechtslage de lege ferenda

[Rz 15] Ab dem 1. Juli 2014 ist die gemeinsame elterliche Sorge gesetzlich als Regelfall vorgesehen, die Alleinsorge als Ausnahmefall. Auch Art. 133 ZGB, auf den sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zuteilung der Obhut an einen Elter bisher beruft, wird geändert: Die gemeinsame elterliche Sorge wird *unabhängig vom Einverständnis beider Eltern* zur Regel. ³⁰

[Rz 16] Damit stellt sich die Frage, ob die geltende Rechtsprechung zum Besuchsrecht, zur Obhutszuteilung und zu den Betreuungsregelungen auch unter der neuen Gesetzeslage fortgeführt werden kann. Eine rein grammatikalische Auslegung klärt dies nicht auf den ersten Blick, äussert sich doch keine Norm explizit zu diesen Fragen, weshalb Antworten mit sämtlichen gängigen Methoden zu suchen sind.

[Rz 17] Klar ist, dass die bisherige Argumentation des Bundesgerichts zur Begründung gegen eine geteilte Obhut auf das neue Recht nicht übertragbar ist. ³¹ Im Gegenteil sieht das Gesetz fortan nach Art. 296–298 ZGB die gemeinsame Sorge als Regel vor. Folgt man der bisherigen, bundesgerichtlichen Argumentation, die hinsichtlich der Ausgestaltung des Besuchsrechts bzw. der Obhutszuteilung eine Analogie zur elterlichen Sorge vornahm, so müsste nach neuem Recht, wenn man an dieser systematischen Auslegung festhalten will, die geteilte oder alternierende Obhut auch gegen den Willen eines Elter rechtlich zulässig sein, denn die gemeinsame elterli-

²⁸ BGE 111 II 225, 227 f.

²⁹ Urteile des Bundesgerichts 5A_497/2011 vom 5. Dezember 2011 E.2.1.3 und 5C.42/2001 18. Mai 2001 E.3; ebenso für die Obhutszuteilung im Eheschutzverfahren a.V.: SIX (FN 2), N 2.07; MARTIN WIDRIG zeigt demgegenüber aus grundrechtlicher Sicht schlüssig auf, dass bereits heute im Falle einer Trennung oder Scheidung der Eltern grundsätzlich von einer alternierenden Obhut auszugehen wäre (WIDRIG, Alternierende Obhut, AJP 2013, 903, 906).

³⁰ Botschaft (FN 8), 9101 ff.; zur Lehre anstelle vieler: GLOOR/SCHWEIGHAUSER (FN 8), 2 ff.; vgl. neu Art. 296 ff. ZGB.

³¹ So auch: WIDRIG (FN 29), 906; vgl. zur geltenden Rechtslage: Ziff. 3.1. oben.

che Sorge kann auch gegen den Willen der Eltern verfügt bzw. nach der Trennung beibehalten werden. Weil der neue Wortlaut der Norm auch deutlich vom bisherigen abweicht und insbesondere nicht mehr eine Vereinbarung für eine gemeinsame elterliche Sorge verlangt, gibt letztlich auch die grammatikalische Auslegung etwas her: Gestützt auf den neuen Wortlaut kann die gemeinsame Sorge nämlich nicht schon deshalb verweigert werden, weil es an einer Vereinbarung fehlt.

[Rz 18] Bei der Auslegung von jungen Gesetzen ist dessen Entstehungsgeschichte von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne weiteres übergangen werden.³² Dazu was folgt: Initiiert wurde die Neuregelung der elterlichen Sorge im Jahr 2004 mit einem Postulat des ehemaligen Nationalrats RETO WEHRLI. Der Bundesrat wurde beauftragt zu prüfen, «wie die gemeinsame elterliche Sorge bei nicht oder nicht mehr miteinander verheirateten Eltern gefördert und ob die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall verwirklicht werden kann». Das Postulat wurde mitunter damit begründet, «den Kontakt der Kinder zu beiden Eltern [...] aufrechtzuerhalten und zu unterstützen und insoweit auch das Kindeswohl zu fördern».³³ Die Neuregelung der elterlichen Sorge sollte sich also nach dem Initianten nicht in einer Neuordnung der Vertretungsverhältnisse der Eltern erschöpfen, sondern positive Auswirkungen auf den Kontakt zwischen den getrenntlebenden Eltern mit dem Kind haben.

[Rz 19] Ebenso argumentierten die befürwortenden Parlamentarier in der Abstimmungsdiskussion zum Postulat im Nationalrat im 2005. In der engagierten Debatte wurde indes nicht vertieft diskutiert, welchen Einfluss die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall auf die Obhut bzw. den persönlichen Verkehr hätte. Dabei scheint Teilen des Nationalrats die diesbezügliche, bundesgerichtliche Rechtsprechung³⁴ nicht bewusst gewesen zu sein. Beispielsweise sagte Werner Marti, dass es nicht um die gemeinsame Obhut ginge oder darum, ob die Eltern die Kinder auch nach der Scheidung gemeinsam betreuen wollten und sollten, sondern es gehe um die gemeinsame Sorge.³⁵ Die Diskrepanz dieser Aussage zur damaligen und heutigen bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde in der Debatte nicht ausgeräumt. Der Nationalrat überwies das Postulat, mit dem der Bundesrat einverstanden war, schliesslich mit deutlicher Mehrheit (136 gegen 44 Stimmen).³⁶

[Rz 20] Auch im Vernehmlassungsverfahren wurde der Konnex zwischen der Sorgerechtsnovelle und der Obhut bzw. den persönlichen Verkehr soweit ersichtlich nicht einlässlich behandelt, ebenso wenig wie in der Botschaft, dem Gesetzesentwurf oder der Referendumsvorlage.³⁷ In den Materialien wird jedoch als Ziel der Revision genannt, das Kindeswohl durch gemeinsame Elternschaft zu fördern, ebenso wie eine enge Beziehung zwischen dem Kind und seinen (beiden) Eltern.³⁸ Diese Ziele lassen darauf schiessen, dass auch die geteilte Obhut möglich sein sollte,

³² A.V.: BGE 134 V 170, 175; BGE 112 Ia 97, 104.

³³ Postulat Wehrli Reto vom 7. Oktober 2005. 04.3250. Elterliche Sorge. Gleichberechtigung. www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20043250.

³⁴ Vgl. vorstehend und die Verweise in FN 29.

³⁵ AB 2005 N 1496 ff.

³⁶ AB 2005 N 1502.

³⁷ Vgl. zum ganzen die Dokumentation unter: www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_elterlichesorge.html; Botschaft (FN 8), 9077 ff.; BBI 2011 9115; BBI 2013 4763.

³⁸ Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220), 16 www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/vn-ber-d.pdf.

wenn sie denn den genannten Zielen dient. Die geteilte Obhut war schliesslich in der parlamentarischen Beratung verschiedentlich thematisiert und (zumindest implizit) als gesetzgeberisch gewollt erachtet worden.³⁹

[Rz 21] Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass mindestens in der Tendenz sowohl eine historische als auch eine teleologische Auslegung für die Zulässigkeit der geteilten oder alternierenden Obhut auch mittels einer autoritativen Anordnung unter neuem Recht sprechen.

[Rz 22] Die bisher erschienene Literatur zur künftigen Rechtslage befasst sich einlässlich mit der elterlichen Sorge und deren Auswirkungen, insbesondere auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht.⁴⁰ Weniger ergiebig behandelt die Literatur indes die Auswirkungen der Sorgerechtsrevisi- on auf die konkrete Ausgestaltung des Kontakts zwischen Eltern und Kind ab dem Getrenntleben. In der aktuellsten Literatur scheint indes im Ergebnis Konsens zu bestehen, dass die bisherigen, gerichtsüblichen Besuchsrechte überdacht werden müssen: Nach Urs GLOOR/JONAS SCHWEIGHAU- SER etwa wird künftig die geteilte oder alternierende Obhut vom Gericht auch gegen den Willen eines Elternteils verfügt werden können.⁴¹ Noch weiter geht beispielsweise MARTIN WIDRIG, der nicht nur festhält, dass Behörden und Gerichte bei gegebenen Umständen eine alternierende Ob- hut auch gegen den Willen eines Elternteils anordnen müssten. Er postuliert ausserdem, dass Behörden und Gerichte stets rechtfertigen müssten, wieso sie bei der Betreuungsregelung vom Grundsatz der alternierenden Obhut abweichen. Das Recht müsse so ausgestalten sein, dass eine alternierende Obhut möglichst häufig angestrebt werden und verwirklicht werden könne.⁴² Das kürzlich erschienene Lehrbuch von HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER sieht den Zweck der gemeinsamen elterlichen Sorge in erste Linie darin, dass das Kind auch im Alltag zu beiden Eltern einen normalen Umgang pflege. In der Regel werde dies darauf hinaus- laufen, dass das Kind gewisse Zeiten bei der Mutter und gewisse Zeiten beim Vater verbringe. Es sei aber auch möglich, dass das Kind ausschliesslich bei einem Elternteil wohne und der andere an gewissen Tagen die Betreuung des Kindes in der Wohnung des anderen Elternteils überneh- me.⁴³ Den Zweck, welchen die Autoren definieren,⁴⁴ legt in einer teleologischen Auslegung nahe, dass eine geteilte oder alternierende Obhut auch autoritativ festgesetzt werden kann, wobei die Autoren dies nicht explizit festhalten.

[Rz 23] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge aller Voraussicht nach Modifikationen bezüglich der Eltern/Kind-Kontakte nach sich zie- hen wird. Die Konkretisierung ist aber der Praxis anheimgestellt und es wird sich weisen, welche

³⁹ Vgl. etwa die Voten von Daniel Jositsch (AB 2012 N 1638) und Jacqueline Fehr (AB 2012 N 1649).

⁴⁰ GLOOR/SCHWEIGHAUSER (FN 8), 1 ff.; GLOOR, Gemeinsame elterliche Sorge – erste Erfahrungen und besondere Fra- gestellungen, AJP 2004, 217; STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, ZVW 2006, 121; RUMO-JUNGO, Ge- meinsame elterliche Sorge unverheirateter und geschiedener Eltern: Zur Gleichbehandlung der Eltern oder zum Wohl des Kindes?, ZVW 2008, 1 ff.; RUMO-JUNGO, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, in: Jusletter 15. Februar 2010, N 15; BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra 2007, 207 ff.; WIDRIG (FN 29), 903 ff.; WIDRIG, Elterliche Sorge – ein Grundrecht? in: Jusletter 23. Juli 2012, N 22 ff. und 34 ff.; SOSSON, Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge, FamPra 2013, 410 ff.; FELDER, Die gemeinsame elterliche Sorge aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: Jusletter 15. Februar 2010, N 7; SCHWENZER/BÜCHLER/COTTIER, Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, FamPra 2012, 627 ff.; DIETRICH, Gemeinsame elterliche Sorge – Revision des Zivilgesetzbuches, An- waltspraxis 2012, 340 ff.; REUSSER/GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, ZBJV 2012, 758 ff.

⁴¹ GLOOR/SCHWEIGHAUSER (FN 8), 10.

⁴² WIDRIG (FN 29), 910 f.

⁴³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 2), N 17.111 f.

⁴⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 2), N 17.112.

Lösungen die Rechtsprechung finden wird. Auch terminologisch ist unklar, ob beispielsweise der bisherige Begriff des Besuchsrechts bei gemeinsamer elterlicher Sorge ganz ausgedient haben wird; selbst ein Forschungskonsens lässt sich auch hier noch nicht festmachen. Unser Essay möchte einen Beitrag zur Diskussion stellen, wie künftig Eltern/Kind-Kontakte ganz konkret gestaltet werden könnten.

4 Epochaler Wandel der Familienmodelle in den letzten Jahrzehnten

4.1 Einheitliches Familienmodell bis 1990

[Rz 24] Während langer Jahre im 20. Jahrhundert organisierten sich Familien in der Schweiz weitgehend homogen und lebten ein mehr oder weniger einheitliches Rollenmodell. Die meisten Familien waren traditionell bürgerlich organisiert: Der Mann war Vollzeit erwerbstätig, die Frau hingegen war nicht erwerbstätig und als Hausfrau tätig. Angestrebt wurde eine umfassende oder zumindest weit gehende Betreuung der Kinder im privaten Heim durch die Mütter. Diese Zuweisung der Hauptverantwortung für die private familiäre Sphäre an die Frauen, verbunden mit ihrem Ausschluss aus der öffentlichen Sphäre der Erwerbsarbeit und der Politik, war ein Merkmal der bürgerlichen Gesellschaftsordnung, die in den westeuropäischen Gesellschaften im Zuge der Industrialisierung entstanden ist.⁴⁵

4.2 Pluralistische Familienmodelle ab 1990

[Rz 25] In den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts – insbesondere zwischen 1990 und 2000 – haben sich die Familienmodelle in der Schweiz markant gewandelt. Die Zahl der nach dem traditionellen bürgerlichen Modell organisierten Familien ist seit 1970 von rund 330'000 Haushalten auf rund 120'000 Haushalte im Jahre 2000 gesunken. 1970 lebten rund drei Viertel aller Paarhaushalte mit Kindern unter sieben Jahren in dem Modell mit einem Vollzeit erwerbstätigen Vater und einer nicht erwerbstätigen Mutter, 1990 noch gut 60%; im Jahr 2000 waren es nur noch 37% und aktuell sind es circa 30%. Obwohl mittlerweile 13% der Familien mit Kindern unter sieben Jahren eine egalitäre Erwerbsaufteilung (beide Vollzeit oder beide Teilzeit erwerbstätig) haben und partnerschaftliche Familienmodelle für Eltern der jüngeren Generation immer attraktiver zu sein scheinen, wird dieses Modell nach wie vor von einer Minderheit in der Schweiz effektiv praktiziert. Sehr hohe Wachstumsraten verzeichnet vor allem auch das modernisierte bürgerliche Familienmodell mit dem Vollzeit erwerbstätigen Vater und der Teilzeit erwerbstätigen Mutter, das rund die Hälfte der Haushalte mit Kindern unter sieben Jahren leben, wobei die Pensen der Zuverdienerin sehr unterschiedlich sind. Der Rest von rund 6% lebt ein anderes Modell (Mann ist Hausmann oder arbeitet Teilzeit, Frau ist Vollzeit erwerbstätig; Regenbogenfamilien; beide sind nicht erwerbstätig etc.). Signifikant unterschiedlich verbreitet sind die Familienmodelle auch geografisch. Extremwerte finden sich dabei innerhalb der grossen Agglomerationen, wo die von Einfamilienhaus-Siedlungen geprägten periurbanen Gemeinden heute Maximalwerte im Anteil der traditionellen bürgerlichen Familien aufweisen, während die Minimalwerte in den

⁴⁵ Vgl. zum Ganzen: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische_karten/gleichstellungsatlas.html; Bürgisser, Vereinbarkeit von Beruf und Familie – auch für Männer, Bern 2011 (zitiert: Bürgisser, Vereinbarkeit), 68 ff.

(Kern-)Städten festzustellen sind.⁴⁶

[Rz 26] Insgesamt lässt sich festhalten, dass die meisten Mütter zumindest von Kleinkindern zugunsten der Kinderbetreuung nach wie vor auf eine vollständig finanzielle Unabhängigkeit und eine Vollzeitwerbsarbeit verzichten; die Rolle des hauptsächlichen finanziellen «Versorgers» wird mehrheitlich von den Vätern übernommen. Umgekehrt erledigen nach wie vor Frauen den grösseren Teil an Familien- und Hausarbeit;⁴⁷ indessen haben aber beispielsweise Väter von Kleinkindern bis vier Jahre in der Zeitspanne von 1998 bis 2008 ihren Beitrag im häuslich-familiären Bereich um neun Durchschnittsstunden pro Woche gesteigert.⁴⁸ Gemäss einer repräsentativen Studie des Kantons St. Gallen möchten 90% der Männer ihre Arbeitszeit reduzieren und wären bereit, dafür Lohnneibussen in Kauf zu nehmen.⁴⁹ Auch wenn uns diese Zahl hoch erscheint und sich nicht mit der persönlichen Erfahrung der Autoren mit Männern in ihrer beruflichen Praxis deckt, so kann doch festgehalten werden, dass gerade das Konzept «Vaterschaft» in starkem gesellschaftlichen Wandel ist: Väter möchten sich zunehmend nicht auf die blosser Ernährerrolle fixieren lassen.⁵⁰ Vereinbarkeitsfragen von Beruf und Familie stellen sich schon seit geraumer Zeit nicht mehr ausschliesslich für Frauen; Erschwernisse der Vereinbarkeit bei Männern lassen sich längst nicht mehr nur mit einer fehlenden Bereitschaft der Väter für Familienarbeit erklären, sondern haben auch zahlreiche strukturelle Gründe.⁵¹ Der «neue Vater», der sich durch persönliche Anwesenheit zuhause, emotionales und persönliches Engagement und Mit-Übernahme ehemals klassisch mütterlicher Aufgaben definieren lässt, scheint sich zunehmend zumindest als gesellschaftliches Leitbild zu etablieren; wenn sich auch die Umsetzung oft noch nach wie vor als tückisch erweist.⁵² Das vor beinahe 30 Jahren geprägte Bonmot des Soziologen ULRICH BECK, zahlreiche Männer hätten sich eine Rhetorik der Gleichheit eingeübt, ohne ihren Worten Taten folgen zu lassen,⁵³ erweist sich damit zumindest teilweise als überholt; auch wenn sich nicht bestreiten lässt, dass tradierte Rollen (zumindest unbewusst) nach wie vor Geschlechterbilder prägen.⁵⁴

4.3 Zusammenfassung

[Rz 27] Im Gegensatz zur weitgehend gleichgeschalteten, traditionell bürgerlichen Familienform bis in die späten 80er Jahren, herrscht heute ein Pluralismus an familiären Lebensweisen vor und die Rolle des Vaters bei der Kinderbetreuung hat sich verändert. Familien haben individuelle Lösungen entwickelt, die von verschiedenen Faktoren geprägt sind. Dabei ist nicht nur der Auf-

⁴⁶ Zum Ganzen: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische_karten/gleichstellungsatlas.html; BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 68 ff.

⁴⁷ BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 70 ff.

⁴⁸ BORTER, Väterpolitik(en), in: Theunert (Hrsg.), Männerpolitik, Wiesbaden 2012, 175, mit einem Verweis auf eine Statistik des Bundesamtes für Statistik.

⁴⁹ Pro Familia, Was Männer Wollen, Studie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Bern 2011, 2 und 8 ff., www.profamilia.ch/tl_files/Dokumente/Studie%20Was%20Maenner%20wollen%20-%20Publikation.pdf.

⁵⁰ Zur historischen Entwicklung der Vaterrolle, THOMÄ, Väter, München 2008; DIEHL «Da muss man sich selber erfinden», Untersuchungen zur «neuen Vaterschaft», Soziologische Lizentiatsarbeit, Basel 2011 (nicht publiziert), 4 ff.; STAUB/HAUSHEER/FELDER (FN 8), 549.

⁵¹ Grundlegend: BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 57 ff.

⁵² DIEHL (FN 50), 25 ff. und 87 ff.

⁵³ BECK, Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1986, 162.

⁵⁴ So beispielsweise auch THEUNERT, Co-Feminismus, Bern 2013.

teilung der Erwerbstätigkeit zwischen den Ehegatten unterschiedlich, sondern auch deren Umsetzung und damit deren Auswirkung auf die Hausarbeit und die Kinderbetreuung. Insbesondere wird das Familiengefüge stark beeinflusst durch Arbeitsmodelle wie Home-Desk, selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit mit Gleitarbeitszeiten, Schicht-, Abend-, Nacht- und Wochenendarbeit, stetige Weiterbildung oder projektbezogene Arbeit. Denn der Pluralismus hat nicht nur bei den Familienmodellen als solche, sondern auch in der Arbeitswelt Einzug gehalten. Es stellt sich nun die Frage, welche Auswirkungen diese familiäre Vielfalt bei der Reorganisation durch das Recht im Trennungszeitpunkt haben sollte.

5 Wissenschaftliche Erkenntnisse zur Eltern/Kind-Beziehung

5.1 Gleichwertigkeit der Eltern

[Rz 28] Während bis vor rund 30 Jahren in breiten Kreisen davon ausgegangen wurde, dass letztlich nur die leibliche Mutter für ihr (Klein-)Kind gut sorgen kann,⁵⁵ ist heute gesichertes Forschungserkenntnis, dass dem nicht so ist: Nicht die biologische Verwandtschaft oder das Geschlecht bindet, sondern Fürsorge, Nähe und Vertrautheit;⁵⁶ *«so kann ein Säugling zum Vater und jeder anderen Person eine Bindung eingehen, die ebenso tragfähig ist wie diejenige zur Mutter.»*⁵⁷ Eine echte Bindung setzt allerdings ein gegenseitiges Kennenlernen, Kontinuität, zeitliche und qualitative Intensität in der Beziehung voraus; bereits ein Säugling kann sich an mehrere Personen binden. Und für ein Kind ist es grundsätzlich von Vorteil, wenn es von mehreren Bezugspersonen betreut wird, weil es so mehrere Vorbilder hat, die anders mit ihm umgehen. Das Kind kann so eine grössere Variationsbreite an Erfahrungen sammeln und wird offener.⁵⁸ Unter anderem deshalb erachten es heute zahlreiche Eltern als Gewinn, wenn bereits ihr (Klein-)Kind im Vorschulalter beispielsweise zwei Tage pro Woche in eine Krippe geht oder manchmal bei Grosseltern oder bei Freunden übernachtet.⁵⁹ Die Vorstellung (Klein-)Kinder dürfen nur während ganz weniger begrenzter Stunden von der Hauptbezugsperson (das heisst der Mutter) getrennt werden, hat soweit ersichtlich keine wissenschaftliche Grundlage und pflegt damit einen biologischen Muttermythos.⁶⁰

5.2 Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsprechung?

[Rz 29] Soweit den Autoren ersichtlich, reflektiert die herrschende Lehre und Rechtsprechung nicht, wie nun ein Besuchsberechtigter (Vater) eine echte Bezugsperson sein kann, wenn er sein

⁵⁵ Vgl. etwa BGE 85 II 226, 231 und Ziff. 3.1. oben.

⁵⁶ Statt unzähliger LARGO, Kinderjahre, 25. A., München 2013, 156 f. oder BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 29 ff., beide mit zahlreichen Verweisen; SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, 306 ff. mit zahlreichen Verweisen; BÜRGISSER, Gemeinsam (FN 16), 111 mit Verweisen.

⁵⁷ LARGO, Kinderjahre (FN 56), 157.

⁵⁸ Statt unzähliger LARGO, Kinderjahre (FN 56), 162 f. oder BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 29 ff., mit zahlreichen Verweisen; SÜNDERHAUF (FN 56), 306 ff. mit zahlreichen Verweisen; BÜRGISSER, Gemeinsam (FN 16), 110 f. mit Verweisen.

⁵⁹ Wie viele Krippen und Tagesfamilien braucht die Schweiz?, Kurzfassung der NFP52-Studie «Familienergänzende Kinderbetreuung in der Schweiz: aktuelle und zukünftige Nachfragepotenziale NFP 52, Zürich 2005, 9, www.nfp52.ch/files/download/KurzfassungIten_d.pdf.

⁶⁰ Hierzu weiterführend statt vieler LARGO, Babyjahre, 13. A., München 2013, 35 ff.

(Klein-)Kind lediglich ein bis zwei Mal pro Monat ein paar Stunden sieht. Denkt man an die rasche Entwicklung von Kleinkindern⁶¹ und die kindliche Neigung bei Personen, die sie nicht sehr regelmässig sehen, zu «fremdeln»⁶², erschwert ein Besuchsrechtsumfang von ein bis zwei monatlichen Kurzkontakten dies. Damit wurde bei getrennten, uneinigen Eltern bisher in Kauf genommen, dass einem (Klein-)Kind letztlich die Chance auf eine zweite (auch nur annähernd) gleichwertige (väterliche) Bezugsperson abgeschnitten wird, sofern die Obhutsberechtigte (Mutter) keine weitergehenden Besuche möchte.⁶³ Diese Kinder sehen im Ergebnis ihre Väter deshalb weniger als andere Kinder ihren Grossvater oder ihre Gruppenleiterin in der Kinderkrippe. Wie viel zeitlicher Kontakt nötig ist, damit eine echte Bindung entsteht, ist nicht ausreichend geklärt; gesichert ist aber, dass der Einbezug in Alltagsaktivitäten einer positiven Beziehung und der Wahrnehmung einer echten Elternrolle durch Mutter *und* Vater zuträglich ist.⁶⁴ Unter dem überwiegend praktizierten Residenzmodell (mit einer einseitigen Obhutszuteilung an einen Elter und Besuchsrecht für den anderen) verlieren indessen rund 50 % aller Kinder den Kontakt zu einem Elternteil (Vater),⁶⁵ das stellt für Scheidungskinder einen Stressor dar.⁶⁶ Die bisherige Rechtsprechung trug ein Stück weit zu diesem Ergebnis bei.⁶⁷

[Rz 30] Dies zeitigt nicht nur Folgen für das Kleinkind, sondern auch für die weitere Entwicklung. Vor allem die ersten drei Lebensjahre sind für den Bindungsaufbau zwischen Eltern und Kind prägend. Je älter ein Kind ist, umso schwieriger ist es, eine ebenso tiefe Beziehung wie zu den ersten Hauptbezugspersonen einzugehen. Besuchsberechtigter (Vater) und das Kind können in diesen Fällen von Anfang an nur erschwert einen intensiven Draht aufbauen und dies lässt sich kaum mehr vollständig korrigieren.⁶⁸ Die Familienrechtsprechung wirkt dem bisher nicht aktiv entgegen, obschon Studien einen signifikanten Zusammenhang zwischen Vater-Präsenz und gesunder Entwicklung bzw. Vater-Absenz und Sucht, Kriminalität, Gewalt und Suizid (gerade bei pubertierenden Jungen), oder beispielsweise Teenagerschwangerschaften bei Mädchen belegen.⁶⁹ Ein guter Kontakt zu Mutter und Vater wird vom Forschungskonsens als Gewinn für eine gedeihliche Entwicklung beider Geschlechter angesehen.⁷⁰ Dementsprechend weist die Scheidungsfolgenforschung schon länger nach, dass es nicht vor allem die Trennung an sich ist, woran Kinder leiden, sondern der Verlust eines Elternteils im Alltag.⁷¹ Unter anderem dies spricht nach der

⁶¹ Dazu statt vieler LARGO, Babyjahre (FN 60); LARGO, Kinderjahre (FN 56).

⁶² Dazu statt vieler LARGO, Babyjahre (FN 60), 93 ff.

⁶³ So auch REGINA AEBI-MÜLLER die kritisiert, dass das Bundesgericht einseitig die Bedeutung der mütterlichen Präsenz hervorhebe. Ein Entscheid in der umgekehrten Richtung, wonach der Vater in den ersten Jahren nach der Geburt eines Kindes keiner oder höchstens einer minimalen Erwerbstätigkeit nachgehen sollte, um eine persönliche Beziehung zu seinen Sprösslingen aufbauen zu können, sei ihr nicht bekannt (AEBI-MÜLLER, Entwicklungen im Familienrecht, in: Furrer (Hrsg), Aktuelle Anwaltspraxis 2013, 44 f.).

⁶⁴ SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 74, 76 f.; BÜRGISSER, Gemeinsam (FN 16) 110 mit Verweisen.

⁶⁵ Vgl. NAPP-PETERS, Familie nach der Scheidung, München 1995, 112–145, zitiert nach BANHOLZER, Beratung hochstrittiger Eltern im familienrechtlichen Kontext, FamPra 2010, 546, 546; WIDRIG (FN 29) 906 f.

⁶⁶ SCHWARZ (FN 17), 2 mit Verweisen und 9.

⁶⁷ WIDRIG (FN 29), 906 f.

⁶⁸ SÜNDERHAUF (FN 56), 269 ff. und 311 f. mit zahlreichen Verweisen; BÜRGISSER, Gemeinsam (FN 16) 110 mit Verweisen.

⁶⁹ Beindruckend hierzu die internationale Meta-Studie von WILKINSON/PICKET, Gleichheit ist Glück, Berlin 2009, 149 ff.

⁷⁰ Zum Ganzen BÜRGISSER, Vereinbarkeit (FN 45), 29 ff. mit zahlreichen Verweisen; zur Bedeutung des Vaters für die männliche Sozialisation: SÜFKE, Männerseelen, Düsseldorf 2008, 41 ff. oder DECURTINS, Zwischen Teddybär und Supermann, Zürich 2003, vor allem 27 ff. und 87 ff.

⁷¹ SÜNDERHAUF (FN 56), 211 ff. mit zahlreichen Verweisen; differenziert zur Vater-Kind-Beziehung nach der Scheidung:

deutschen Familienrechtslehrerin HILDEGRUND SÜNDERHAUF nicht nur für den Regelfall gemeinsame elterliche Sorge, sondern sogar für einen Vorrang des Wechsel- vor dem Residenzmodell bei einem Elternteil (das heisst meist der Mutter).⁷² Unter Wechselmodell versteht die Autorin, dass ein Kind substantielle Anteile mit beiden Elternteilen verbringt, bei beiden Eltern ein «Zuhause» hat und die Eltern mehr oder weniger gleichberechtigt die Verantwortung teilen, mithin minimal in aller Regel eine zeitliche 30:70-Aufteilung; die Übergänge zu einem Residenzmodell mit grosszügigen Besuchen bei nicht obhutsberechtigtem Elternteil ist fliessend.⁷³ Entgegen einem weit verbreiteten Vorurteil könne das Wechselmodell, mit einem Einbezug beider Eltern in den Betreuungsalltag, auch in hoch eskalierten Elternkonflikten praktiziert werden und setze nicht mehr Kooperation als ein Residenzmodell mit gelebten Besuchsrechten voraus, wie unter anderem Forschungsergebnisse aus zahlreichen Ländern, in denen dies so gehandhabt wird, zeigen würden.⁷⁴ In Frage komme das Modell nur dann nicht, wenn die Eltern zu weit auseinander wohnen, bei gravierenden Mängeln in der Erziehungsfähigkeit eines Elternteils oder wenn ein Kind aufgrund einer autonomen Willensbildung das Wechselmodell massiv ablehne.⁷⁵ Für Kinder sei der Erhalt beider Eltern in ihrem Alltag in fast allen Fällen ein deutlicher Gewinn, weil eine emotional tragfähige Eltern/Kind-Beziehung in sehr vielen Fällen auf die Dauer nicht durch Wochenendbesuche, sondern nur durch gemeinsam verbrachten Alltag gesichert werden könne.⁷⁶ Es komme hinzu, dass das Wechselmodell in aller Regel auch zu ökonomisch günstigeren Familienverhältnissen führe, weil beide Elternteile ihre Erwerbskraft besser und flexibler ausschöpfen können.⁷⁷ Weil es sich letztlich nach der Autorin als das beste Betreuungsmodell für Kinder getrennt lebender Eltern erweise, müsste es ihres Erachtens auch stets der gedankliche Ausgangspunkt für Gerichte sein.⁷⁸

[Rz 31] Andere Autoren wie etwa JOSEPH SALZGEBER/JOACHIM SCHREINER stehen dem Wechselmodell kritischer gegenüber bzw. erachten insbesondere dessen Auswirkungen in unseren Breiten als noch nicht ausreichend erforscht an.⁷⁹ Analog zu der Auffassung von HILDEGRUND SÜNDERHAUF werden in anderen Publikationen oft ähnliche Vorzüge und Nachteile sowie günstige bzw. ungünstige Voraussetzungen für ein Wechselmodell genannt, oft wird das Modell etwas weniger als *der* «Königsweg» angesehen.⁸⁰ Festgehalten wird beispielsweise, dass bei Kleinkindern bis fünf Jahren ein Wechselmodell behutsam ausprobiert werden müsse, weil für das Gelingen wichtig sei, dass ein Kind seine Wünsche äusseren könne.⁸¹ Zudem sei die Anordnung eines Wechselmodells gegen den Willen der Eltern bisher nicht ausreichend erforscht und die Folgen Gegenstand von Kontroversen.⁸² Im Ergebnis ist demnach davon auszugehen, dass auch ein an-

STAUB/HAUSHEER/FELDER (FN 8), 544 f.

⁷² A.a.O., zusammenfassend 365 ff., mit zahlreichen Verweisen.

⁷³ SÜNDERHAUF (FN 56), 61 ff., zusammenfassend 87 f., mit zahlreichen Verweisen.

⁷⁴ A.a.O., 89 ff., 147 f., 197 ff. sowie 867 ff., je mit zahlreichen Verweisen.

⁷⁵ A.a.O., 89 ff., zusammenfassend 147 f. mit zahlreichen Verweisen.

⁷⁶ A.a.O., 89 ff., 149 ff., 147 f. und 186 f., je mit zahlreichen Verweisen.

⁷⁷ A.a.O., 168 ff., zusammenfassend 186 f., mit zahlreichen Verweisen.

⁷⁸ So wörtlich a.a.O., 365 ff., mit zahlreichen Belegen.

⁷⁹ SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 68 mit Verweisen.

⁸⁰ SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 72 ff. mit Verweisen; BÜRGISSER, *Gemeinsam* (FN 16), 175 ff. mit zahlreichen Verweisen.

⁸¹ SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 74 ff. mit Verweisen.

⁸² SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 70 mit Verweisen.

geordnetes Wechselmodell gegen den Willen eines Elters oder beiden Eltern nicht zwangsläufig dem Kindeswohl widersprechen muss. Daher ist grundsätzlich auch in solchen Konstellationen zu prüfen, ob ein Wechselmodell adäquat ist.

[Rz 32] Das bisher geltende Recht, das nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung für ein Wechselmodell zwingend eine Vereinbarung zwischen den Eltern vorausgesetzt hat, liess eine autoritative Festsetzung des Wechselmodells nicht zu.⁸³ Unter dem neuen Recht wird hingegen künftig zu prüfen sein, ob dieses im Einzelfall angebracht ist. Dabei bleibt zu bedenken, dass Widerstände gegen das Wechselmodell vor allem auch auf kulturellen Traditionen und Fehlinterpretationen psychologischer Konzepte beruhen.⁸⁴

5.3 Zusammenfassung

[Rz 33] Zusammenfassend ging die bisherige Rechtsprechung letztlich von einem wissenschaftlich überholten Vorrang der Mutter/(Klein-)Kind-Beziehung und der Annahme aus, das Kind bedürfe im Streitfall der Eltern «*ein* Zuhause» und *einer* Bezugsperson. Diese Rechtsprechung schottete sich somit bei der Festlegung der Kontakte des Kindes zu den Eltern im Konfliktfall nicht nur gegenüber gewandelten Familienmodellen, sondern auch gegenüber wissenschaftlichen Erkenntnissen ab und rezipierte diese nicht ausreichend.⁸⁵ Der Vater wurde bis anhin im Konfliktfall bei einer Scheidung weitgehend auf die tradierte Ernährerrolle fixiert, die er bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts auch überwiegend vor der Trennungen inne hatte; die Mutter wurde von der Rechtsprechung in strittigen Konstellationen darin unterstützt, die alleinige zentrale Bezugsperson eines Kindes zu sein (mit entsprechenden Einbussen im Berufsleben).

6 Schlussfolgerung

6.1 Familienmodelle haben sich gewandelt, die Rechtsprechung (noch) nicht

[Rz 34] Das bisher gerichtliche Besuchsrecht und die praktizierte einseitige Obhutszuteilung sind weder biologisch noch funktional für das Kindeswohl zwingend und stammen aus der traditionell bürgerlich geprägten Nachkriegszeit. Im Gegenteil gibt es unzählige Anhaltspunkte, dass dem Kindeswohl der vermehrte Einbezug beider Eltern auch nach Trennung im Alltag zuträglich ist; wobei sich nicht abschliessend für alle Fälle sagen lässt, was die beste Lösung ist. Die bisherigen schematischen Lösungen beachten das Kindeswohl zu wenig und widersprechen damit im Ergebnis der höchstrichterlichen Leitlinie, wonach die oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts und Obhutszuteilung das Kindeswohl darstellt, das anhand der gegebenen Umstände zu beurteilen wäre. Eine teleologische Auslegung des neuen Rechts, welches den aktuellen Wissensstand zum Kindeswohl zentral berücksichtigt, gebietet daher weit weniger schematische Lösungen als bislang.

⁸³ A.M.: WIDRIG (FN 29), 903, 906 und 909.

⁸⁴ SÜNDERHAUF (FN 56), 195.

⁸⁵ Zu diesem fürs Recht typischen Mechanismus grundlegend für den deutschsprachigen Raum WIETHÖLTER, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1968, 35.

[Rz 35] Die bisherige Praxis verletzt zudem Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Art. 14 der Bundesverfassung (BV) und ist geschlechterdiskriminierend, weil das Geschlecht in der Gerichtspraxis die Kontakte des Elternteils zum Kind massgeblich prägt und im Konfliktfall zu einer allzu starken Einschränkung der Vater/Kind-Kontakte führt. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich untersagt und nur in aussergewöhnlichen Fällen gerechtfertigt. Das Geschlecht ist demzufolge im Grundsatz kein taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierung, denn beide Geschlechter sind gleich zu behandeln. Eine Ausnahme ist ausschliesslich dann zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische und funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen, wobei solche Unterschiede sehr eng auszulegen sind, damit nicht tradierte Rollenzuschreibungen gleichsam über die Hintertüre der Funktionalität oder der Biologie wieder Eingang ins Recht finden.⁸⁶ Die bisherige Rechtsprechung zementiert tradierte Rollenbilder – insbesondere die Vorstellung, dass Kinder auf die Präsenz von Vätern in ihrem Alltag verzichten können.

[Rz 36] Dies manifestiert sich im Übrigen nicht nur bei den gewährten Kontaktrechten und bei der Sorgerechts- bzw. Obhutszuteilung. Die Luzerner Ordinaria REGINA MÜLLER-AEBI diskutiert in mehreren Publikationen drei bundesgerichtliche Entscheide im Kontext von Unterhaltszahlungen und kritisiert die Entscheide als Verstoss gegen die Gleichbehandlung der Geschlechter: Einer Mutter wurde nur ein Teilzeiterwerb zugemutet, obwohl ihr Mann nicht arbeitet und die gemeinsamen Kinder betreuen kann; die Frage war deshalb von Relevanz, weil bei ihrem Mann, der aus früheren Beziehungen unterhaltspflichtig war, entschieden werden musste, welche Leistung seiner neuen Frau zumutbar war (Urteil des Bundesgerichts 5A_290/2010 vom 13. August 2009). In einem anderen Urteil des Bundesgerichts (Urteil des Bundesgerichts 5A_241/2010 vom 9. November 2010) wurde der zweiten Ehefrau und jungen Mutter eines geschiedenen Mannes in einer ähnlichen Sachlage wie im eben erwähnten Urteil nicht einmal eine 40%-Erwerbstätigkeit zugemutet, wie sie noch vom Obergericht des Kantons Aargau ab dem zweiten Lebensjahr des Kindes verlangt worden war. Im dritten bundesgerichtlichen Urteil (Urteil des Bundesgerichts 5A_309/2012 vom 9. Oktober 2012) lebten zwei im Jahr 2003 und 2005 geborene Kinder beim Vater und wurden von diesem betreut. Seine Frau lebte derweil mit einem neuen Partner zusammen und wurde im Jahr 2011 erneut ausserehelich Mutter. Ihr wurde eine Pensenreduktion von 100 auf 60% gewährt, was eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge für die ersten beiden ehelichen Kinder nach sich zog. Bei allen Fällen hält die Familienrechtslehrerin zu Recht fest, dass dies im umgekehrten Fall nicht denkbar sei und Männern in einer ähnlichen Lage ein 100%-Erwerb zugemutet würde.⁸⁷ In Ergänzung sei noch beispielsweise BGE 129 III 417 erwähnt, wo ein gehörnter Ehegatte verpflichtet wurde, während rund 10 Monaten den Lebensunterhalt seiner Ehefrau (und damit die persönliche Betreuung des Kuckuckskindes) zu finanzieren, was nach Erfahrung der Autoren in der umgekehrten Konstellation nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung kaum denkbar wäre.

[Rz 37] In dem Zusammenhang kann man sich überdies, gerade in urbanen Gefilden, auch fra-

⁸⁶ BIGLER-EGGENBERGER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer /Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St.Gallen 2008, Art. 8 N 74 ff. insb. N 80; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A, Bern 2008, 741 ff.

⁸⁷ MÜLLER-AEBI, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 13. August 2012, N 28 ff.; DIESELBE, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 6. Mai 2013, N 36; dieselbe, Entwicklungen im Familienrecht, in: FURRER (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2013, 44 f.

gen, ob es bei dem heutigen Fremdbetreuungsangebot noch zeitgemäss ist, wenn Obhutsberechtigte (Mütter) für die Kinder bis diese 10 Jahre alt sind den ganzen Tag omnipräsent sein müssen/sollen/dürfen, wovon die «10/16-Regel bei Unterhaltszahlungen» letztlich ausgeht, welche Obhutsberechtigte bis zur Vollendung des 10. Lebensjahrs des jüngsten Kindes von jeglicher Arbeit dispensieren. Der bekannte Zürcher Familienrechtsanwalt THOMAS GABATHULER regt daher beispielsweise an, die «10/16-Richtlinie» grundsätzlich zu überdenken, denn die Schweiz sei eines der ganz wenigen Länder, wo der persönlichen Kinderbetreuung in der Rechtsprechung ein derartig hoher Stellenwert eingeräumt werde.⁸⁸

[Rz 38] Gerade unter Berücksichtigung der expliziten Stossrichtung des neuen Rechts, Vätern eine prominentere Rolle in der Kinderbetreuung einzuräumen,⁸⁹ ist aus all den Gründen eine grundlegende Modifikation der bisherigen Praxis angezeigt. Indessen reduziert die bisherige Rechtsprechung nicht nur Väter nach einer Trennung/Scheidung auf die blosser Ernährerrolle, sondern ist mittelbar auch für Frauen problematisch, deren Untervertretung aus der öffentlichen Sphäre der Erwerbsarbeit und der Politik so spiegelbildlich aufrechterhalten bleibt.⁹⁰ Demnach drängt sich in einer historischen und verfassungskonformen Auslegung des neuen Rechts auf, gleichzeitig auch die bisherigen Betreuungsregelungen grundlegend zu überdenken.

[Rz 39] Das bisher gerichtsbliche Modell trägt zudem den heutigen, pluralistischen Familienmodellen nicht Rechnung, rezipiert also die gesellschaftlichen Entwicklungen und wissenschaftlichen Erkenntnisse der letzten 30 Jahre nicht. Würde dies unter der neuen Rechtslage so fortgesetzt, würde hier nach unserer Ansicht das eingeräumte richterliche Ermessen unterschritten und dem Bundesgericht obläge es korrigierend einzugreifen.⁹¹ Denn auch im modernisierten bürgerlichen Familienmodell ist nach der Trennung der kontinuierliche Kontakt des Kindes zu beiden Eltern wichtig, da auch hier die Rollenzuteilung während des Zusammenlebens oft aufgeweicht war. Die Rechtsprechung ist in der Pflicht, künftig Kontaktregelungen zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten dienen. Die geänderte Rechtslage mit dem Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge bietet die Chance nicht nur bei der «nackten» elterlichen Sorge, sondern auch für die gelebten tatsächlichen Verhältnissen zeitgemässe Lösungen zu treffen, die wissenschaftliche Erkenntnisse angemessen berücksichtigen. Heikel wäre nun aber, wenn von der Rechtsprechung von Anfang an allzu enge Leitplanken eingeführt würden: Eine transdisziplinäre Familienrechtswissenschaft müsste künftig vermehrt dieses Feld erforschen und die Justiz in einer geltungszeitlichen Auslegung des Rechts darin unterstützen, sozialwissenschaftliche und psychologische Erkenntnisse fortlaufend rezipieren. Damit die Justiz einer solch anspruchsvollen Aufgabe gerecht werden kann und im Einzelfall sachgerechte und wissenschaftlich fundierte Urteile fällt,

⁸⁸ GABATHULER, Neue Familienlasten und Scheidungsunterhalt, *Anwaltsrevue* 2011, 179, 181.

⁸⁹ Botschaft (FN 8), 9087 ff.

⁹⁰ Unseres Erachtens völlig zu Recht setzt daher die dezidierte Feministin und Psychotherapeutin CAROLA MEIER-SEETHALER grosse Hoffnungen in die «neuen Väter» bei der definitiven Beseitigung patriarchaler Überreste und tradierte Rollenvorstellung, denn: «In der unmittelbaren Sorge für das heranwachsende Leben könnten die alten Männlichkeitsideale von Macht, Prestige und Heldentum verblassen. An die Stelle der Kategorien von Sieg und Niederlage würden Zivilcourage und konstruktive Konfliktlösungen für eine lebenswerte Zukunft aller treten (MEIER-SEETHALER, Zum Stand der feministischen Patriarchatskritik, in: *Jahrbuch Denknetz* 2012, Zürich 2012, 86)».

⁹¹ Zur zivilrechtlichen Ermessensunterschreitung und der Kontrollmöglichkeit des Bundesgerichts einführend: BSK ZGB I-HONSELL (FN 2), Art. 4 ZGB, N 16 f.; ferner HRUBESCH-MILLAUER, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB*, Bern 2012, Art. 4 ZGB, N 334; zu den Anforderungen, unter welchen das Bundesgericht in Ermessensentscheide eingreift: a.a.O. Art. 4 ZGB, N 404.

drängt sich auf schweizweit spezielle Familiengerichte einzuführen.⁹²

6.2 Familienrechtlicher Paradigmenwechsel

[Rz 40] Vorderhand müsste ab dem 1. Juli 2014 unseres Erachtens aber mindestens folgendes gelten: Ausgangspunkt für die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs müssen künftig sicher die Betreuungsanteile der Eltern während dem Zusammenleben sein.⁹³ Diese lassen sich nicht indirekt ermitteln, indem bloss auf das Familienmodell der Eltern abgestellt wird: Infolge pluralisierter Arbeitswelt lässt sich nicht automatisch vom Arbeitspensum der Eltern auf den Kontakt zu den Kindern schliessen. Anknüpfungspunkt soll also nicht allein der Ehetypus, sondern die gelebten Betreuungsanteile sein. Erstere Herangehensweise ist zudem eine klassisch elternzentrierte, was den bundesgerichtlichen Vorgaben zuwider läuft, die eine kindszentrierte Optik und die Erfassung der konkreten Lebensumstände verlangen. «Übliche Umgangsmodelle wie derzeit eine vierzehntägige Wochenendregelung von Freitagnachmittag bis Sonntagabend und gleichmässig aufgeteilte Ferien, sind gesellschaftlich und pragmatisch bedingt. Sie sollten durchaus hinterfragt werden (...). Aus psychologischer Sicht ist die Umgangsfrage differenziert anzugehen.»⁹⁴

[Rz 41] Nur wenn dem Gericht die Lebensverhältnisse der Familie während des Zusammenlebens relativ detailliert bekannt sind, ist es möglich eine kindsgerechte Regelung für getrenntlebende Familien vorzuschlagen und notfalls festzusetzen. Das Gericht muss diese entgegen den bisherigen Standards nach Inkrafttreten des neuen Rechts erfragen – im Interesse des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der Officialmaxime grundsätzlich von Amtes wegen. Erst auf Basis einer solchen Sachverhaltserforschung ist eine massgeschneiderte Lösung möglich. Dem Gericht obliegt es diesfalls, beide Parteien zu befragen wie in einer durchschnittlichen Woche resp. in einem durchschnittlichen Monat die Betreuung der Kinder, die Hausarbeit und die Erwerbsarbeit ganz konkret aufgeteilt waren; dies dürfte die Parteibefragung im Normalfall bloss um rund eine halbe Stunde verlängern, was nicht nur notwendiger, sondern auch vertretbarer Aufwand ist.

[Rz 42] Zweifellos werden sich künftig auch bei einer solchen Sachverhaltsabklärung gewisse Standardisierungen in der Gerichtspraxis herausbilden. Die gerichtsüblichen Textbausteine dürften aber mit Sicherheit mehr Varianten enthalten, die man bei Bedarf ergänzen oder löschen kann.

[Rz 43] In einer pluralistischen Gesellschaft mit dem Regelfall gemeinsame elterliche Sorge stellen standardisierte Eltern/Kind-Kontakte unseres Erachtens zudem eine Ermessungsunterschreitung dar. Zudem erachten wir es bei der Gleichzeitigkeit unterschiedlichster Familienmodelle auch terminologisch für verhängnisvoll, bei Streitfällen überhaupt weiterhin von gerichtsüblichen Besuchsrechten oder üblichem persönlichen Verkehr zu sprechen. Dies suggeriert einen Standard und eine Üblichkeit, ein normatives Mass der Dinge, das den helvetischen Lebensrea-

⁹² Weiterführend: LORE MARIA PESCHEL-GUTZEIT, Zur Notwendigkeit von Familiengerichten – 25 Jahre Erfahrungen aus Deutschland, FamPra.ch 4/2004, 743 ff.; CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, FamPra.ch 4/2012, 1001 ff.; CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte in der Schweiz – eine ungeliebte Institution mit Zukunft, FamPra.ch 1/2010, 34 f.

⁹³ GL.M.: SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 78 mit Verweisen.

⁹⁴ SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 79. Die bekannte Gutachterin und Autorin LISELOTTE STAUB begrüsst daher die neue Gesetzeslage sehr, weil sie nicht mehr fragen müsse, wer der «bessere» Elternteil sei, sondern das Kindeswohl im Zentrum stünde und sie massgeschneiderte Lösungen vorschlagen könne (BÜRGISSER, Gemeinsam [FN 16], 28).

litäten des 21. Jahrhunderts nicht gerecht wird. Nach unserem Dafürhalten wäre es daher zu begrüssen, spräche man künftig von *gerichtsüblichen Ausgangspunkten zur Regelung von Kind/Elternkontakten* und würde die Rechtsprechung bei Konfliktfällen diese weit weniger schematisch und kreativer als die bisherigen gerichtsüblichen Besuchsrechte anwenden. Dass dies wohl auch Folgen in Richtung einer Pluralisierung des Unterhaltsrechts zeitigen würde, ist in Kauf zu nehmen.

[Rz 44] Die bisher verbreiteten Besuchsrechte laufen zudem der expliziten Stossrichtung der neuen Rechtslage zuwider; denn das erklärte Ziel war die Position der Väter im Alltag der Kinder zu stärken.⁹⁵ Wie im Einzelnen sinnvolle Kontakte im Vorschulalter aussehen könnten, die einen echten Beziehungsaufbau zu beiden Eltern ermöglichen, müsste wie oben angetönt eine transdisziplinäre Familienwissenschaft noch nähererarbeiten, wobei die Rechtsprechung deren Erkenntnisse konstant zu rezipieren hat; ein Mangel ist derzeit allerdings, dass zu zahlreichen praxisrelevanten Fragen gesicherte Forschungskonsense fehlen. Auch deshalb müsste unseres Erachtens im Einzelfall von der Justiz genau angeschaut werden, was sachgerechte Lösungen sind um nicht aufgrund von kulturellen Mythen zu urteilen; zudem müsste künftig auch laufend dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung getragen werden. Und zweifellos müsste weiterhin den Besonderheiten von sogenannten hochstrittigen Fällen Rechnung getragen werden, denn Leitlinie hat das vielzitierte Kindeswohl zu sein.⁹⁶ Indessen sollte die Rechtsprechung grundsätzlich auch bei strittigen Kontaktrechten und Obhutszuteilungen bereits heute davon ausgehen, dass beide Eltern im Grundsatz genug Fürsorgekompetenzen aufweisen, Kinder regelmässig zu betreuen und es für Kinder von getrennten Eltern wünschenswert ist, mehr als eine enge Bezugsperson zu haben.

[Rz 45] Zweifellos ist es für Kinder das Beste, wenn die getrennten Eltern gut miteinander kooperieren. Sollte eine solche Kooperation nicht möglich und ein Fall hochstrittig sein, heisst dies entgegen der bisherigen Rechtsprechung aber nicht zwangsläufig, dass die Kontakte des einen Elternteils zum Kind deswegen reduziert werden müssen. Die psychologische Forschung diskutiert auch für solche Fälle die sogenannte «parallele Elternschaft»: «Hierbei findet eine separate Ausübung der jeweiligen Elternrolle statt, der Kontakt zwischen den Eltern ist minimal bis gar nicht vorhanden. Jeder Elternteil hat geregelte separate Beziehungen zum Kind mit dem Konsens, der Beziehung zwischen dem Kind und dem jeweiligen anderen Elternteil nicht zu schaden.»⁹⁷

[Rz 46] Konkret könnten wir uns folgende Ausgangspunkte für Konfliktfallregelungen bei bisher klassischer Rollenverteilung oder modernisiert bürgerlicher Variante mit einem kleinen Pensum der Zuverdienerin *und* überdurchschnittlicher Berufsbelastung des Haupternährers vorstellen: Für Säuglinge bis circa ein halbes Jahr zwei Mal wöchentlich mehrstündige Besuche; dies trüge einerseits ihrer galoppierenden Entwicklung und andererseits ihren Beziehungs-, Ernährungs- und Schlafbedürfnissen Rechnung. Bei halb- bis zweijährigen Kindern schiene uns analog von heute üblichen Krippentagen ein mindestens wöchentlicher Besuch von 9 bis 17 Uhr angezeigt, eher aber zwei Tage pro Woche, sofern sich dies für den Ernährer einrichten lässt. Danach könnten langsam bis zur Vollendung des dritten Lebensjahrs einzelne Übernachtungen aufgebaut werden, ist dies doch das Alter, in welchem Kinder bereits vereinzelt bei Grosseltern oder Spielgruppenkameraden schlafen oder dort ein Wochenende oder gar einige Tage in die Ferien gehen. Sodann schiene uns bis zum Kindergarteneintritt drei bis vier Ganztagesbesuche pro Monat beim Haupternährer angezeigt, wobei davon mindestens ein bis zwei mit Übernachtungen verbunden

⁹⁵ Botschaft (FN 8), 9087 ff.

⁹⁶ Einführend BÜRGISSE, *Gemeinsam* (FN 16), 195 ff. mit Verweisen.

⁹⁷ BANHOLZER (FN 65), 554. Dazu auch: SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 73 f. mit Verweisen.

sein sollten; ausserdem könnten in dem Alter erste Ferien- und mehrtägige Feiertagesbesuche installiert werden. Ab dem Kindergarten könnte dann bereits das heute gerichtsbliche Besuchsrecht für Schulkinder (jedes zweite Wochenende Freitag bis Sonntag, Feiertages- und Ferienbesuche) gelten wie dies in Deutschland offenbar ab dem Kindergarten bereits seit längerem Standard ist.⁹⁸

[Rz 47] Bei aller hier geäusserten (dezidierten) Kritik möchten wir anmerken, dass uns bei klassischer Rollenverteilung bzw. modernisiert bürgerlicher Variante mit wenig Erwerbsarbeit der Zuverdienerin *und* überdurchschnittlicher Berufsbelastung des Haupternährers das bisherige gerichtsbliche Besuchsrecht für Schulkinder ein vernünftiger Ausgangspunkt erscheint und sich unsere Beanstandungen bei diesem Familienmodell mehr auf Kleinkinder beschränken. Der hier vorgeschlagene Umfang wäre dann jedenfalls eine Art Leitlinie und nicht Dogma zur Ausarbeitung einer der konkreten Familie angepassten, massgeschneiderten Lösung. Wohl noch knapp die Hälfte der Familien, leben mit mindestens einem Kind unter sieben Jahren eine traditionelle Rollenaufteilung oder eine modernisiert-bürgerliche Zuverdienerbeziehung mit wenig Erwerbsarbeit der Zuverdienerin *und* überdurchschnittlicher Berufsbelastung des Haupternährers.

[Rz 48] Sofern indessen die Zuverdienerin wie in rund ein Drittel der Familien bereits bei Kleinkindern 50% und mehr gearbeitet hat und/oder der Hauptverdiener aufgrund seiner Arbeitszeit und Arbeitsform auch bei einem 100%-Pensum dennoch eine hohe Präsenz im familiären Alltag gewährleistet hat, so greift dieses Schema bereits nicht mehr. Auch hier sind nach Auffassung der Autoren standardisierte Regelkontaktrechte inadäquat. Vielmehr sind massgeschneiderte Lösungen für jede individuelle Familie entsprechend der beruflichen Belastung und den konkreten Lebensumständen (Wohnorte, Fremdbetreuungsmöglichkeiten etc.) der Parteien zu suchen. Und es bleibt zudem immerhin noch zusätzlich rund ein Fünftel der Bevölkerung mit vollkommen egalitären Familienmodellen. Insgesamt bedarf es bei wohl über 50% der Familien bereits heute anderer Ansatzpunkte: Je egalitärer die Rollenteilung war, umso wichtiger scheint es uns in jedem Alter des Kindes wichtig, dass dieses Modell über die Trennung hinaus erhalten werden kann. Ein massgebendes Kriterium bei all diesen Lebensmodellen muss grundsätzlich sein, dass so gut als möglich die Betreuungskontinuität erhalten bleibt, um einen faktischen Verlust eines Elternteils zu vermeiden.⁹⁹ Wer sich vor der Trennung auch während der Woche im Alltag in der Betreuung engagiert hat, soll dies grundsätzlich weiterhin, wenn möglich und so gut dies organisierbar ist, grosso modo im selben Umfang tun können, ausser triftige Gründe sprächen dagegen.¹⁰⁰ Mit der einschlägigen Literatur vertreten wir die Auffassung, dass mindestens in all diesen Fällen einer nicht traditionell bürgerlichen Rollenverteilung selbst bei Eltern, die sich über den Betreuungsumgang uneinig sind, dennoch stets ein nötigenfalls autoritativ festgesetztes Wechselmodell zumindest in Betracht zu ziehen ist, auch wenn dessen Auswirkungen in unseren Breitengraden noch nicht profund erforscht sind.¹⁰¹ Der Betreuungsplan und die Wechselfrequenzen sind dem Alter der Kinder und den konkreten Lebensumständen anzupassen. Im Sinne einer Faustregel: Bei jüngeren Kindern sind häufige Wechsel und kürzere Betreuungszeiten angezeigt, während bei Jugendlichen sich oft eine Woche/Woche-Lösung aufdrängt.¹⁰²

⁹⁸ DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, München 2002, 207 ff.

⁹⁹ GL.M. SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 78 mit Verweisen.

¹⁰⁰ Ähnlich im Ergebnis SÜNDERHAUF (FN 56) 211 ff. 261 ff.

¹⁰¹ SÜNDERHAUF (FN 56), 89 ff. und 375 ff. SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 70.

¹⁰² Zu konkreten Detailvorschlägen eingehend SÜNDERHAUF (FN 56), 604 ff., SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 74 ff.; BÜR-

[Rz 49] Haben die Eltern gar nicht gemeinsam gelebt und existiert auch kein Lebensplan zur Familienbetreuung bzw. trennen sie sich bei Säuglingen von einigen Wochen, müsste der konkrete Einzelfall genau angeschaut werden; solche Fälle sind heikel. Auch hier spricht aber bisweilen einiges dafür, ein Wechselmodell zu installieren, wobei es hier besonders wichtig ist, die Bedürfnisse des Kleinkindes wahrzunehmen und achtsam vorzugehen.¹⁰³ Indessen wäre es aber vor allem sinnvoll, wenn ganz grundsätzlich in die Gerichtspraxis der Gedanke Einzug erhielte, dass beide Eltern wenn immer möglich in den kindlichen Alltag unter der Woche und nicht einer der Eltern nur als Besucher in die klassische Freizeit am Wochenende und in den Ferien involviert wären. Ob dies dann in echte Wechselmodelle mündet oder wie dies über grosszügige Umgangsrechte sonst ausgestaltet werden kann, ist weniger entscheidend. Würde die Rechtsprechung künftig davon ausgehen, wäre es nicht übertrieben von einem epochalen familienrechtlichen Paradigmenwechsel zu sprechen.

lic.iur.BEDA MEYER LÖHRER ist Rechtsanwalt in Zürich; er ist Partner bei der Advokatur Aussersihl (www.advokaturaussersihl.ch).

lic.iur.STEPHAN BERNARD, LL.M., ist Rechtsanwalt und Mediator in Zürich, er ist Partner bei der Advokatur Aussersihl (www.advokaturaussersihl.ch).

GISSER, *Gemeinsam* (FN 16), 184 f. mit Verweisen.

¹⁰³ SÜNDERHAUF (FN 56), 306 ff. mit zahlreichen Verweisen, sieht dies auch hier als tendenziell beste Lösung an; etwas anderer Meinung SALZGEBER/SCHREINER (FN 17), 74 ff. die hervorheben, dass bei kleinen Kindern die Installierung eines Wechselmodells ein besonders behutsames Vorgehen bedürfe.