



ALTERNIERENDE OBHUT AUS GRUNDRECHTLICHER SICHT
Die Rechtsprechung des EGMR zum Anspruch auf Achtung des Familienlebens und ihre Bedeutung für die Schweiz
Martin Widrig

ÜBERSICHT

1. Anspruch auf Achtung des Familienlebens
2. Sorgerecht und Obhut
3. Familienleben und Sorgerecht
4. Familienleben und Obhut
5. Massgeblichkeit für das Schweizerische Recht
6. Anforderungen an Grundrechtseingriffe
7. Ausblick und Revision

2

1. ANSPRUCH AUF ACHTUNG DES FAMILIENLEBENS

- Verankerung:
 - Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV
(statt vieler: BGE 138 I 225 E. 3.8.1)
- Geltungsbereich:
 - Recht auf Zusammenleben und auf persönliche Kontakte unter den Familienmitgliedern
(statt vieler: BGE 138 I 225 E. 3.8.1; EGMR, Urteil i.S. McMichael gg. Vereinigtes Königreich vom 24.2.1995 (16424/90), § 86)
 - Ausländerrecht: Anspruch auf Aufenthalt oder Schutz vor Ausweisung
(statt vieler: Art. 10 KKK; BGE 137 I 284 E. 1.3; EGMR, Urteil i.S. Gül gg. Schweiz vom 19.2.1996 (23218/94), § 31 ff.; MÜLLER-JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 241 ff.)
 - Sorgerecht und Obhut?

3

2. SORGERECHT UND OBHUT

- Sorgerecht
 - Recht und die Pflicht die für das Kind notwendigen Entscheidungen zu treffen, es zu erziehen sowie rechtlich in seinem Namen und Interesse zu vertreten
(Art. 301 ff. ZGB; METZGER PETER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Basel/Genf/München 2005, S. 253.)
- Obhut
 - Recht zu bestimmen, wo das Kind wohnt und wie es betreut wird und
 - Bestandteil des Sorgerechts
(vgl. z.G. statt vieler: BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.)

4

3. FAMILIENLEBEN UND SORGERECHT (I)

- EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland, vom 3.12.2009 (22028/04):
 - Ausgangslage:
 - Art. 1626a BGB
§ 1 Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie
 1. erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen, oder
 2. einander heiraten.
 - § 2 Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge
 - Fazit:
 - Ledige Väter werden aufgrund ihres Zivilstandes in Bezug auf das Sorgerecht diskriminiert
(Art. 14 i.V.m. Art. 8 Ziff. 1 EMRK; vgl. Zaunegger, § 62 ff.)

5

3. FAMILIENLEBEN UND SORGERECHT (II)

- Exkurs: Diskriminierung nach Art. 14 EMRK
 - «Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung (...) zu gewährleisten.»
 - Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK ist akzessorisch
(statt vieler: BGE 123 II 472 E. 4c; EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, (22028/04), § 35 f.; KIENER REGINA/KALIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007, S. 368 f.)
 - Bedeutung?

6

3. FAMILIENLEBEN UND SORGERECHT (III)

- Konsequenzen:
 - EGMR setzt voraus: Sorgerecht ist durch das Familienleben geschützt
 - ⇒ ein Sorgerechtsentzug ist ein Grundrechtseingriff
 - ⇒ jeder Sorgerechtsentzug muss im konkreten Einzelfall gerechtfertigt werden
 - Rechtsprechung bestätigt
(EGMR, Urteil i.S. Sporer gg. Österreich vom 3.2.2011, (35637/03), § 90.)
 - Lehrmeinungen
(SCHWENZER INGEBORG, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts II. Zivilabteilung, Nr. 5 C.18/1991 vom 12. Dezember 1991, in: AJP/PJA 1992, S. 906 ff., S. 909; MÜLLER-JÖRG PAUL/SCHIEFER MARKUS, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 336; KÄLIN WALTER/KÜNZLI-JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel 2008, S. 446.)

7

4. FAMILIENLEBEN UND OBHUT (I)

- Formeller Ansatz:
 - Sorgerecht ist Teilgehalt des Familienlebens
 - Obhut ist Teilgehalt des Sorgerechts
(vgl. z.G. statt vieler: BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.)
 - ⇒ Obhut ist Teilgehalt des Familienlebens

8

4. FAMILIENLEBEN UND OBHUT (II)

- Materiell-rechtlicher Ansatz:
 - Sorgerecht nach dem EGMR:
 - Namentlich Entscheidungen bezüglich Ausbildung, Betreuung und Bestimmung des Aufenthaltsorts
(EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, Nr. 22028/04, § 40.)
 - Obhut nach schweizerischem Recht:
 - Recht Aufenthaltsort und Betreuung des Kindes zu bestimmen
(vgl. z.G. statt vieler: BGE 128 III 9 E. 4a; BGE 136 III 353 E. 3.2.)
 - ⇒ Obhut nach schweizerischem Recht entspricht den durch den EGMR geschützten Ansprüchen

9

4. FAMILIENLEBEN UND OBHUT (III)

- Teleologischer Ansatz:
 - Kernanliegen/-anspruch des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens:
 - «Recht auf Zusammenleben und auf persönliche Kontakte unter den Familienmitgliedern»
(BGE 138 I 225 E. 3.3.1; vgl. statt vieler auch: EGMR, Urteil i.S. McMichael gg. Vereinigtes Königreich vom 24.2.1995 (16424/90), § 86; EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, Nr. 22028/04, § 38.)
 - Voraussetzung für Zusammenleben und Kontakt:
 - Dass über den Aufenthaltsort und die Betreuung (Obhut) des Kindes (mit-)bestimmt werden kann

10

4. FAMILIENLEBEN UND OBHUT (IV)

- Folgerungen:
 - ⇒ Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK schützen das Recht über Aufenthaltsort und Betreuung des Kindes zu entscheiden (Obhut)
 - ⇒ Obhutsentzug ist ein Grundrechtseingriff
 - ⇒ Jeder Obhutsentzug muss im Einzelfall gerechtfertigt sein

 - ⇒ Es besteht ein Anspruch auf Bestimmung des Aufenthaltsorts und Betreuung
 - ⇒ Aus grundrechtlicher Sicht ist grundsätzlich von einer alternierenden Obhut auszugehen
(Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 3 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 i.V.m. Art. 14 EMRK.)

11

5. MASSGEBLICHKEIT FÜR DAS SCHWEIZERISCHE RECHT

- Völkerrecht geht Landesrecht vor
(BGE 125 II 417, E. 4d.)
- Kein Anwendungsfall Schubertpraxis – vgl. Klarer Wille des Nationalrats zum Sorgerecht
(Amtl. Bull. NR 2012, S. 1625 ff. und S. 1661 ff.)
- Schubertpraxis entbindet nicht von völkerrechtlichen Verpflichtungen
(EGMR, Urteil i.S. Losonci Rose und Rose gg. Schweiz vom 9.11.2010, (664/06), § 50.)

12

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (I)

- Grundrechtseingriffe sind nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügen
(vgl. statt vieler: BGE 135 I 143 E. 2.1; BGE 137 II 431 E. 2.1.2; BGE 126 II 425 E. 5a; REICH JOHANNES, « Homeschooling » zwischen elterlichem Erziehungsrecht, staatlicher Schulpflicht und Kindeswohl, in: ZBl 113/2012, S. 567 ff., S. 601.)
- Erfüllt ein Eingriff die Anforderungen nicht, liegt eine Grundrechtsverletzung vor
- Beweislast beim Eingreifenden

13

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (II)

Art. 36 BV

1. Gesetzliche Grundlage
 - Formelles Gesetz bei schweren Eingriffen
2. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter
3. Verhältnismässigkeit
 - Geeignetheit
 - Erforderlichkeit
 - Zumutbarkeit
4. Kerngehalt

Art. 8 Ziff. 2 EMRK

- In accordance with the law
 - Gesetzliche Grundlage (Vorhersehbarkeit)
- Legitimate aim
- Necessary in a democratic society
 - Pressing social need
 - Proportionate

14

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (III)

- Sorgerechtsentzug/-nichterteilung bei fehlendem Antrag beider Eltern (generell):
 - ☑ Gesetzliche Grundlage
(Art. 133 bzw. Art. 298a f. ZGB)
 - ☐ Öffentliches Interesse
 - Kindeswohl: Gemeinsame Sorge eher förderlich
(statt vieler: FELDER WILHELM/HAUSHEER HEINZ/STAUB LISELOTTE, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, in: ZBlV 142/2006 S. 537 ff.; BÜCHLER ANDREA/CANTINI LINDS/SIMONI HEIDI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, in: FamPra 2007, S. 207 ff.)
 - Schutz von Grundrechten Dritter: Grundrechtlicher Anspruch auf alleiniges Sorgerecht?
 - ☐ Verhältnismässigkeit
 - ☐ Geeignet: Nur bei öffentlichem Interesse
 - ☐ Erforderlich: Mildere Mittel
 - ☐ Zumutbar: Nur bei öffentlichem Interesse
 - ☑ Wahrung des Kerngehalts

15

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (IV)

- Konsequenz:
 - ⇒ Geltende Sorgerechtsregelung verletzt BV und EMRK
 - ⇒ Sorgerechtsrevision ist erforderlich
 - ⇒ Überprüfbarkeit muss auch rückwirkend möglich sein
 - ⇒ Notwendigkeit einer periodischen Überprüfbarkeit der Rechtfertigung bei Sorgerechtsentzug
 - ⇒ Sorgerechtserteilung: Formeller Akt oder Automatismus?
(vgl. z.G.: WIDRIG MARTIN, *Elterliche Sorge – ein Grundrecht?*, in: Jusletter 23.7.2012, Rz. 22 ff. und Rz. 34 ff.)

16

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (V)

- Voraussetzungen für « Alternierende Obhut »
 - Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl
 - Alter des Kindes
 - Nähe der Wohnungen der Eltern
 - Nähe der Schule
 - Kooperationsfähigkeit der Eltern
 - Möglichkeiten den Beschäftigungsgrad zu reduzieren bzw. zu erhöhen
 - Möglichkeit die Betreuung des Kindes Dritten zu überlassen
 - Einverständnis beider Eltern
(z.G. BGer, Urteil 5A_497/2011 vom 5.12.2011 E. 2.1.3; BGer, Urteil 5C.42/2001 vom 18.5.2001 E. 3.)

17

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (VI)

- Obhutsentzug bzw. Nichterteilung der Obhut:
 - ☑ Gesetzliche Grundlage (Teil des Sorgerechts)
(Art. 133 bzw. Art. 298a f. ZGB.)
 - Öffentliches Interesse
 - ??? Kindeswohl ???
 - Schutz von Grundrechten Dritter: Grundrechtlicher Anspruch auf alleinige Obhut?
 - Verhältnismässigkeit
 - Geeignet?
 - Erforderlich?
 - Zumutbar?
 - ☑ Wahrung des Kerngehalts

18

6. ANFORDERUNGEN AN GRUNDRECHTSEINGRIFFE (VII)

- Sonderfrage:
 - Abhängigkeit des Kindeswohls vom gegenseitigen Einverständnis?
- Deutschland:
 - BVerfG, 1 BvR 1868/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 14 ff.
- EGMR:
 - EGMR, Urteil i.S. Schneider gg. Deutschland vom 15.9.2011, Nr. 17080/07, §§ 100, 104 f.
 - EGMR, Urteil i.S. Anayo gg. Deutschland vom 21.12.2010, Nr. 20578/07, §§ 67 ff.
 - EGMR, Urteil i.S. Sporer gg. Österreich vom 3.2.2011, Nr. 35637/03, §§
 - EGMR, Urteil i.S. Zaunegger gg. Deutschland vom 3.12.2009, Nr. 22028/04, §§ 44 ff.
 - EGMR, Urteil i.S. Rasmussen gg. Dänemark (8777/79) vom 28.11.1984, Nr. 8777/79, § 41.

19

7. AUSBLICK UND REVISION (I)

- Gesellschaftliche Realität in der Schweiz:
 - Väter mit Kindern: Haus-/Familienarbeit pro Woche
 - bis 6 Jahre: 29.4 h (35%)
 - von 7 bis 14 Jahren: 22.2 h (33%)
(vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Durchschnittlicher Aufwand für Erwerbsarbeit und Haus-/Familienarbeit 2010.)
 - Väter leisten drei mal so viel Familien- wie Hausarbeit
 - 90% der Väter wünschen mehr Zeit für die Familie und sind bereit, dafür auch Lohneinbussen in Kauf zu nehmen
(z.G. PRO FAMILIA, Was Männer wollen!, Studie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, Bern 2011, S. 2 bzw. 11.)
- Verbreitung Alternierende Obhut als Grundsatz:
 - Australien, Belgien, Frankreich, Italien, skandinavische Länder, Tschechien, USA

20

7. AUSBLICK UND REVISION (II)

- Laufende Revision:
 - Auftrag:
 - « Der Bundesrat wird beauftragt (...) eine Neuregelung des Unterhalts- und Betreuungsrechts (...) zu erarbeiten. Dabei sollen die Gestaltung des familiären Systems, das Kindeswohl und ein kooperationsorientiertes Vorgehen der Eltern im Zentrum stehen und bestehende Disparitäten beseitigt werden. (...) »
(KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN NR. 11.3316 – Motion, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall und Neufassung der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern vom 8.4.2011).

21

7. AUSBLICK UND REVISION (III)

- Vorentwurf:
 - « Das geltende Recht steht auf dem Boden einer liberalen Ordnung, die es den Eltern überlässt, Aufgaben und Pflichten auf ihrem Gutdünken selber zu organisieren. (...) Der VE-ZGB verzichtet daher auf die Verankerung des Grundsatzes, wonach die Eltern die Betreuung und den finanziellen Unterhalt des Kindes zu gleichen Teilen zu übernehmen haben. Damit würde die alternierende Obhut im Gesetz festgeschrieben und der Zuspruch eines Betreuungsunterhalts grundsätzlich ausgeschlossen. Eine derart starre Regelung wäre mit dieser liberalen Grundhaltung nicht vereinbar. »
 - « Es soll hier (...) daran erinnert werden, dass die alternierende Obhut (...) kein Recht der Eltern darstellt. » (Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).
(z.G. EJPD, Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Kindesunterhalt), der Zivilprozessordnung (Art. 296a) und des Zuständigkeitsgesetzes (Art. 7) vom Juli 2012, S. 19.)

22

Fragen?

23

Besten Dank!

24
