



September 2021

## Rechtsprechung in der Schweiz: Doppelresidenz Ausgangspunkt für Betreuungsregelung

Widrig, M. (2021). «Das Bundesgericht erhebt die alternierende Obhut zur Regel». *sui generis*, 197-207: <https://doi.org/10.21257/sg.183>

### Einleitung

Im aktuellen Newsletter geht es ausnahmsweise um einen rechtlichen Kommentar und nicht genuine Forschung zur (Nachtrennungs)Sorge.

Bemerkenswert ist der Beitrag des Freiburger (Schweiz) Juristen Martin Widrig, weil er eine aus bundesdeutscher Sicht recht ungewöhnliche Herangehensweise des Schweizer Bundesgerichts zur Nachtrennungssorge beschreibt.

### Synapse

Das Schweizer Bundesgericht folgt im Grunde der Konsensmeinung führender Psychologen, Pädagogen und Praktiker (vgl. Braver, S. L. & M. E. Lamb (2018). Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts. *Journal of Divorce & Remarriage*, 59(5). 372-387), dass das Kindeswohl durch die die möglichst gleichwertige Betreuung am ehesten gewahrt wird. Daher hat die **tatsächliche gemeinsame Betreuung** den **Ausgangspunkt** einer Betreuungsregelung zu bilden.

Zur Operationalisierung des Nexus von gemeinsamer Betreuung und Kindeswohl hat das Bundesgericht einen 10-Punkte-Katalog aufgestellt.

1. die Erziehungsfähigkeit der Eltern
2. die persönliche Beziehung des Kindes zu den Eltern
3. die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen
4. die Fähigkeit und Bereitschaft der Eltern, in Kinderbelangen zu kommunizieren und zu kooperieren
5. die Bereitschaft, den Kontakt zum anderen Elternteil zu fördern
6. das Alter des Kindes
7. die geografische Situation; namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen wie auch diejenige zur Schule oder zum Kindergarten,
8. die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung mit sich bringt,
9. die Beziehung zu Geschwistern, Stief- und Halbgeschwistern
10. die Einbettung des Kindes in sein weiteres soziales Umfeld sowie
11. der Wille des Kindes



Soweit so unspektakulär und vergleichbar auch mit bundesdeutscher Rechtsprechung. Die Schweizer Bundesrichterinnen und Bundesrichter gehen aber noch einen Schritt weiter, in dem sie einzelne Kriterien wie z. B. Bereitschaft zur persönlichen Betreuung oder Kommunikationsfähigkeit der Eltern präzisieren. Pauschale Annahmen wie z. B. bezüglich des angemessenen Alters der Kinder hält das Bundesgericht für nicht zulässig. Diese Rechtsprechung ist fortschrittlich, der eigentlich **revolutionäre Ansatz** ist jedoch der Tatbestand der **Willkür**, den das Gericht ins Spiel bringt.

Wer unbegründet von dem Grundsatz der Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen tatsächlichen Betreuung abweicht, handelt **willkürlich**. Diese Auffassung veranlasst das Schweizer Bundesgericht allein auf Basis von Willkürfreiheit Entscheidungen untergeordneter Gerichte zu revidieren (vgl. Urteil 5A\_367/2020 vom 19. Oktober 2020). Diese in sich schlüssige Rechtfortschreibung des Schweizer Bundesgerichts steht in **starkem Kontrast zur bundesdeutschen Rechtsprechung**, um allein die Regelung des BGH zur Anordnung der Doppelresidenz aus dem Jahr 2017 zu nennen. Man muss dem BGH und dem Bundesverfassungsgericht allerdings zu Gute halten, dass die Willkürfreiheit in der Schweizer Verfassung (Art. 5 und 9) einen anderen Stellenwert besitzt, als im Grundgesetz, in dem es lediglich aus dem allg. Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG abgeleitet werden kann.

#### Gegenüberstellung Rechtsprechung Doppelresidenz Schweiz (BG) – Deutschland (BGH)

|                            | Bundesgericht (Schweiz)<br>5A_629/2019 (I) und<br>5A_367/2020 (II) (2020)  |                    | Bundesgerichtshof<br>(Deutschland)<br>XII ZB 601/15 (2017)  |            |
|----------------------------|--|--------------------|---|------------|
| <b>Anforderungen</b>       | Anforderungen an Erziehungs- und Kommunikationsfähigkeit in verschiedenen Betreuungsmodellen vergleichbar, eingeschränkte Kommunikation kein Hindernis                         | (I) E 8.3.2, E 4.2 | Allgemein erhöhte Anforderungen in der Doppelresidenz, insbesondere in Bezug auf Kommunikation, Konfliktverhalten und Erziehungskonsens | Rz. 28, 30 |
| <b>Verallgemeinerungen</b> | pauschalisierte Annahmen zu Voraussetzungen für gemeinsame Betreuung insb. auch in Bezug auf Mindestalter auch unter Verweis auf Literatur genügen nicht (der Willkürfreiheit) | (II) E 3.3 ff.     | pauschalisierte Annahmen (Konfliktniveau, Mindestalter, Höchstalter) unter Verweis auf beschreibende Literatur                          | Rz. 29, 31 |



## Fazit

Der Unterschied zwischen der Rechtsprechung des BGH und des BG wird bei der Bewertung von pauschalisierten Annahmen und dem Rückgriff auf „wissenschaftliche“ Studien besonders deutlich. Während das BG diese Verallgemeinerungen aus Gründen der Beliebigkeit und fehlenden Relevanz für den Einzelfall ablehnt, greift der BGH auf eben diese Verallgemeinerungen und Literatuausschnitte zurück. Dies hat für Eltern in Deutschland z. B. bei der Bewertung von gemeinsamer Betreuung auch für Babys und Kleinkinder zum Teil dramatische Folgen.

Im Oktobernewsletter geht es dann wieder um Empirie zur gemeinsamen Betreuung nach Trennung. In diesem Fall um neue Daten (FAMOD) aus Deutschland.