



## Geteilte Obhut um jeden Preis? Zur Zulässigkeit alternierender Obhut bei angespannten finanziellen Verhältnissen

PHILIPP MAIER\*



MASSIMO VECCHIÈ\*\*

Alternierende Obhut ist ein Betreuungsmodell, das mehr Kosten verursacht als Alleinobhut. Der Beitrag thematisiert die Frage, ob rein wirtschaftliche Gründe gegen die Anordnung der alternierenden Obhut sprechen können. Weiter wird aufgezeigt, wie vorgegangen werden kann, wenn Eltern mit geringen finanziellen Ressourcen eine Vereinbarung mit geteilter Obhut abschliessen möchten oder eine solche genehmigen lassen wollen. Einleitend erfolgt eine kurze Darstellung des Grundproblems. Anschliessend werden die massgeblichen rechtlichen Grundlagen zur inhaltlichen Bestimmung der Begriffe Kindeswohl, (alternierende) Obhut und Elternautonomie sowie die relevante aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung vorgestellt. Empfehlungen für die konkrete Umsetzung in der Praxis folgen am Schluss. Die Arbeit enthält vereinfachte, erläuternde Beispiele. Die veröffentlichte bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde bis Ende März 2022 berücksichtigt.

La garde alternée est un modèle de garde qui occasionne plus de coûts que la garde exclusive. L'article aborde la question de savoir si des motifs purement économiques peuvent s'opposer à l'instauration d'une garde alternée. Il explique en outre comment procéder lorsque des parents aux ressources financières limitées souhaitent conclure une convention avec garde partagée ou la faire ratifier. En introduction, l'article présente brièvement le problème de base. Il s'attache ensuite aux bases légales déterminantes pour définir la teneur des notions de bien de l'enfant, garde (alternée) et d'autonomie parentale et présente également la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en la matière. Des recommandations pour la mise en pratique achèvent cette présentation. L'article contient des exemples simplifiés à titre d'illustration. La jurisprudence publiée du Tribunal fédéral a été prise en compte jusqu'à fin mars 2022.

### Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
  - A. Vorbemerkungen
  - B. Grundproblem
- II. Die Berücksichtigung des Kindeswohls im Wechselmodell bei angespannten finanziellen Verhältnissen
  - A. Zum Begriff des Kindeswohls
    1. Internationaler und nationaler Kontext
    2. Finanzieller Aspekt des Kindeswohls
    3. Fazit
  - B. Zum Begriff der Obhut
    1. Begriff der (Allein-)Obhut
    2. Alternierende oder geteilte Obhut
  - C. Elternautonomie im Spannungsfeld mit dem Kindeswohl
  - D. Aktuelle bundesgerichtliche Praxis zur Zulässigkeit der alternierenden Obhut bei angespannten finanziellen Verhältnissen
    1. BGer 5A\_384/2018 (BGE 144 III 481)
    2. BGer 5A\_273/2018
    3. BGer 5A\_637/2018
    4. BGer 5A\_1031/2019
    5. BGer 5A\_549/2019
    6. Vorläufiges Fazit
- III. Tipps zum konkreten Vorgehen in der Praxis
  - A. Entscheidfall
  - B. Im Falle einer Konventionslösung
    1. Ausgangssituation
    2. Modelle mit explizitem Verzicht auf die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen
    3. Modelle mit hypothetisch höherem Einkommen

4. Modelle mit hypothetisch tieferen Lebenshaltungskosten
  5. Modelle mit Vermögensverzehr
  6. Modelle mit Unterstützungsleistungen von Dritten
- C. Schlussbemerkung

## I. Allgemeines

### A. Vorbemerkungen

Seit Veröffentlichung des Leitentscheides BGE 147 III 265<sup>1</sup> betreffend Kinderunterhalt sind zahlreiche Arbeiten erschienen, die sich mit der Berechnung des Unterhalts bei alternierender Obhut befassen.<sup>2</sup> Der vorliegende Bei-

<sup>1</sup> Der Entscheid wurde Ende Dezember 2020 veröffentlicht.

<sup>2</sup> Im Zentrum steht dabei vor allem die Frage, ob und inwieweit die von Bundesrichter Nicolas von Werdt anlässlich der St. Galler Eherechtstagung vom 1. Dezember 2020 vorgestellte Berechnungstabelle – die sogenannte Matrix – zur Anwendung gelangen soll. Die Anwendbarkeit der Matrix wird kontrovers diskutiert. Ablehnend: SABINE AESCHLIMANN/DANIEL BÄHLER/JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, Berechnung des Kinderunterhaltes – Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B, 5A\_311/2019, FamPra.ch 2021, 251 ff., 275 ff.; PHILIPP MAIER/ANDREA WALDNER-VONTOBEL, Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts, FamPra.ch 2021, 871 ff., 888. Befürwortend: KARIN MEYER, Unterhaltsberechnung: Ist jetzt alles klar?, FamPra.ch 2021, 896 ff., 905 f.; ANGELO SCHWIZER/HANS-PETER OERI, «Neues» Unterhaltsrecht?, AJP 2022, 3 ff., 14. Ganz allgemein zur Berechnung: MARIE BERGER/SIMONA MÜLLER, Entretien de l'enfant mineur: en marche vers l'uniformisation, Anwaltsrevue 2021, 461 ff., 465 f.; AUDREY LEUBA/PHILIPPE MEIER/

\* PHILIPP MAIER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bezirksrichter an den Bezirksgerichten Meilen und Uster.

\*\* MASSIMO VECCHIÈ, MLaw, Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Uster.

trag thematisiert die vorgelagerte Frage, ob es Fälle gibt, in denen aus finanziellen Gründen eine Anordnung der alternierenden Obhut nicht in Betracht kommt bzw. mit dem Kindeswohl nicht vereinbar ist.

Einleitend erfolgt eine kurze Darstellung des Grundproblems. Anschliessend werden die massgeblichen rechtlichen Grundlagen zur inhaltlichen Bestimmung der Begriffe Kindeswohl, (alternierende) Obhut und Elternautonomie sowie die relevante aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung vorgestellt. Empfehlungen für die konkrete Umsetzung in der Praxis folgen am Schluss. Ausführlich eingegangen wird auf die Problematik, wie vorgegangen werden kann, wenn die Eltern sich einig sind und eine Lösung wünschen, die sich kaum oder nur schwer mit den bundesgerichtlichen Vorgaben in Übereinstimmung bringen lässt. Die Arbeit enthält vereinfachte, erläuternde Beispiele. Die veröffentlichte bundesgerichtliche Praxis wurde bis Ende März 2022 berücksichtigt.

## B. Grundproblem

Verbringen minderjährige Kinder nach der Trennung der Eltern etwa gleich viel Zeit bei beiden Elternteilen, so spricht die Praxis aufgrund des relativ hohen Betreuungsanteils beider Eltern von «alternierender Obhut». Dies ist dann der Fall, wenn ein Elternteil das Kind in einem wesentlich grösseren Ausmass als bei einem sog. üblichen Wochenend- und Ferienbesuchsrecht<sup>3</sup> betreut.<sup>4</sup>

Wird ein sog. gerichtsbliches Wochenend- und Ferienbesuchsrecht festgelegt, so ist es vertretbar, dass dem Kind am Wohnort des Elternteils mit dem Umgangsrecht nur eingeschränkter Wohnraum zur Verfügung steht. Da das Kind bei diesem Elternteil fast ausschliesslich seine Freizeit verbringt bzw. «zu Besuch» ist, braucht es keinen fest eingerichteten Schlafplatz und auch kein persönliches Mobiliar. In der Regel ist die Ausstattung des Kindes in der Besuchswohnung weniger komfortabel als am Hauptwohnort.

Bei hohen Betreuungsanteilen beider Eltern wird hingegen erwartet, dass für das Kind in beiden Haushalten eine gewisse Infrastruktur bereitgestellt wird. Das Kind ist dann nicht nur bei einem Elternteil zu Besuch, son-

dern sollte an beiden Wohnorten über einen fest eingerichteten Schlafplatz sowie – zumindest während seiner Anwesenheit – über einen Arbeitsplatz zur Erledigung von Hausaufgaben verfügen. Es braucht einen Ort, wo es seine persönlichen Gegenstände (insbesondere auch seine Kleider) versorgen kann. Wichtige persönliche Gegenstände, namentlich Hygieneartikel (Zahnbürste), Kleider, Möbel (eigenes Bett und Schrank), Schreibutensilien und Spielsachen sollten in beiden Haushalten vorhanden sein. Das Kind darf und soll bei beiden Elternteilen gerne seine Freizeit verbringen und andere Kinder zu sich in die Wohnung einladen können. Dies gilt auch für Jugendliche. Es sollte vermieden werden, dass das Kind am Wohnort des einen Elternteils über ein komfortables, geräumiges Zuhause und am anderen Wohnort nur über eine karge Infrastruktur verfügt. Die räumlichen Lebensumstände sollten an beiden Orten etwa gleich komfortabel sein.

Diese Grundsätze haben Auswirkungen auf die Berechnung des Kinderunterhaltes. So geht die Praxis davon aus, dass bei etwa gleichwertigen Betreuungsanteilen die Wohnkosten beider Wohnungen, in denen sich das Kind aufhält, etwa gleich hoch sein dürfen/sollen. Zudem wird bei der Berechnung des familienrechtlichen Existenzminimums beiden Elternteilen ein höherer Grundbetrag zugestanden. Die trennungsbedingten Mehrkosten sind folglich bei hohen Betreuungsanteilen beider Eltern höher als bei Fällen mit gerichtsblichen Wochenend- und Ferienbesuchsrecht.

Beispiel 1: Die Eltern leben zusammen mit ihren drei Kindern in einer 5½-Zimmer-Wohnung, welche pro Monat CHF 2500 kostet. Der monatliche Gesamtbedarf der Familie beträgt CHF 7000 (CHF 500 für Steuern eingerechnet). Der Vater zieht alleine aus und bezieht eine neue Wohnung. Dies führt zu trennungsbedingten Mehrkosten.

Variante 1 zu Beispiel 1: Im Falle eines gerichtsblichen Wochenend- und Ferienbesuchsrechts entstehen folgende trennungsbedingte, monatlich anfallende Mehrkosten: Da der Vater alleine lebt, erhöht sich sein Grundbetrag von CHF 850 auf CHF 1200. Gleichzeitig steigt der Grundbetrag der Mutter von CHF 850 auf CHF 1350. Für beide Elternteile entstehen dadurch Grundbedarfsmehrkosten von insgesamt CHF 850. Hinzu kommen neu die Wohnkosten des Vaters von CHF 1800 für eine 4-Zimmer-Wohnung (bzw. grosszügige 3½-Zimmer-Wohnung) sowie die zusätzlichen Pauschalen für Kommunikation, Radio- und Fernsehgebühr sowie Hausratversicherung im Gesamtbetrag von CHF 180. Die Steuerbelastung bleibt unverändert. Die trennungsbedingten Mehrkosten betragen gemäss diesem Beispiel CHF 2830. Der monatliche Gesamtbedarf der Familie ist nun bei CHF 9830 festzusetzen.

Variante 2 zu Beispiel 1: Vereinbaren die Eltern ein Betreuungsmodell mit gleichwertigen Anteilen, so ergeben sich folgende Änderungen: Da die Kinder auch beim Vater die gleiche Lebenshaltung erwarten dürfen, erhöhen sich die Wohnkosten um CHF 700 (gleiche Wohnkosten wie bei der Mutter, also CHF 2500 für eine 5½-Zimmer-Wohnung). Zudem hat auch der Vater Anspruch auf einen höheren Grundbetrag von CHF 1350,

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, *Droit du divorce*, Bern 2021, N 1009 ff.

<sup>3</sup> Von einem gerichtsblichen Besuchsrecht wird gesprochen, wenn ein Elternteil seine Kinder jedes zweite Wochenende und an gewissen Feiertagen zu sich nimmt sowie zusätzlich pro Jahr einige Wochen Ferien mit ihnen verbringt.

<sup>4</sup> OGer ZH, LY 190054, 28.2.2020, E. 3.2 m.w.H. Zur konkreten Bestimmung: vgl. MAIER/WALDNER-VONTOBEL (FN 2), 886 f.

so dass sich dessen Grundbedarfskosten im Vergleich zur vorgenannten Variante um CHF 150 erhöhen. Die anderen Parameter bleiben unverändert. Insgesamt betragen die trennungsbedingten Mehrkosten bei der zweiten Variante CHF 3680 und damit CHF 850 mehr als bei der erstgenannten Variante. Der monatliche Gesamtbedarf der Familie ist nun bei CHF 10'680 festzusetzen.

Sind die (um die Trennung erhöhten) Gesamtbedarfskosten der beiden Haushalte höher als das verfügbare Haushaltseinkommen der Familie, so liegt eine Mankosituation vor. In einem solchen Fall sind bei der Bedarfsberechnung zunächst die nicht zum betriebsrechtlichen Existenzminimum<sup>5</sup> gehörenden Bedarfspositionen wegzulassen.<sup>6</sup> Der Einfachheit halber wird vorliegend davon ausgegangen, dass beide Elternteile bei identischen Arbeitspensum gleich viel verdienen.<sup>7</sup>

Variante 3 zu Beispiel 1: Der Gesamtbedarf der Familie beträgt insgesamt CHF 9830 (gleiche Zahlen wie Variante 1). Das Gesamteinkommen aller Familienmitglieder (Löhne beider Eltern sowie Kinderzulagen) beträgt CHF 9000; es fehlen CHF 830. Gemäss obigem Beispiel sind nun bei beiden Haushalten die Pauschalen für Kommunikation, Radio- und Fernsehgebühr sowie Hausratversicherung im Gesamtbetrag von je CHF 180, also insgesamt CHF 360, wegzulassen. Wenn nun noch die Steuern im Betrag von CHF 500 bei der Berechnung ausgeklammert werden, verbleibt ein knapper Überschuss von CHF 30.

Variante 4 zu Beispiel 1: Der Gesamtbedarf der Familie beträgt insgesamt CHF 10'680 (gleiche Zahlen wie Variante 2). Bei gleichem Gesamteinkommen aller Familienmitglieder (CHF 9000) fehlen CHF 1680. Auch wenn – wie bei Variante 3 – Bedarfspositionen im Gesamtbetrag von CHF 860 weggelassen werden (der Bedarf beträgt nun CHF 9820), verbleibt ein nicht gedeckter Betrag von CHF 820.

Gemäss dem obigen Beispiel (Variante 3 zu Beispiel 1) wäre im Fall eines gerichtlichen Wochenend- und Ferienbesuchsrechts das familienrechtliche Existenzminimum knapp gedeckt, während bei einem Betreuungsmodell mit gleichwertigen Anteilen (Variante 4 zu Beispiel 1) eine Unterdeckung von mehreren hundert Franken verbleiben würde. Es stellt sich die Frage, ob unter diesen Umständen die Eltern nicht jenes Betreuungsmodell wählen sollten/müssten, das noch knapp finanzierbar ist.

<sup>5</sup> Zum engen familienrechtlichen Notbedarf gehören gemäss BGE 147 III 265 E. 7.2 einzig folgende Bedarfspositionen: Grundbetrag, Wohnkostenanteil, obligatorische Krankenversicherung (inkl. unumgänglicher Gesundheitskosten wie Franchise und Selbstbehalt [sofern sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen], abzüglich Prämienverbilligung), Berufsausübungskosten, Fremdbetreuungskosten und Schulkosten; DIEGO STOLL, FamPra. ch 2021, 200 ff., 214 ff.

<sup>6</sup> Zum konkreten Vorgehen und zur Rangreihenfolge: vgl. MAIER/WALDNER-VONTOBEL (FN 2), 881 f.

<sup>7</sup> Mit anderen Worten erzielen beide Elternteile bei einer 100%-Erwerbstätigkeit ein Nettoeinkommen von CHF 6000 bzw. bei einer 60%-Erwerbstätigkeit CHF 3600.

Akzentuierter stellt sich das Problem, wenn zwischen den Elternteilen ein grosses Einkommensgefälle besteht.

Beispiel 2: In einer vierköpfigen Familie mit kleinen Kindern arbeitet die Mutter 80 % und der Vater 40 %. Die Kinder werden mit ungefähr gleichwertigen Anteilen von der Mutter und vom Vater betreut. Der Gesamtbedarf der Familie beträgt inkl. trennungsbedingten Mehrbedarfs und Steuern<sup>8</sup> CHF 9000. Das Einkommen des Vaters ist um ein Vielfaches tiefer als dasjenige der Mutter. Nach der Trennung möchte die Mutter ihr Pensum von 80 % (Einkommen CHF 8000) auf 50 % (Einkommen neu: CHF 5000) reduzieren. Gleichzeitig verlangt sie, dass der Vater sein Arbeitspensum auf 70 % erhöhe. Der Vater verdient bei 40 % CHF 1200 und bei 70 % CHF 2100. Er kann mit seiner Einkommenserhöhung von CHF 900 das Einkommensdefizit der Mutter von CHF 3000 nur zum Teil kompensieren. Das Gesamteinkommen der Eheleute würde sich um CHF 2100 (CHF 9200 – CHF 7100) reduzieren. Der Gesamtbedarf der Familie wäre nicht mehr gedeckt und das Manko würde CHF 1900 (CHF 9000 – CHF 7100) betragen. Selbst wenn in beiden Haushalten die Pauschalen für Kommunikation, Radio- und Fernsehgebühr sowie Hausratversicherung im Gesamtbetrag von monatlich CHF 180, also insgesamt CHF 360, sowie Steuern im Betrag von CHF 640 bei der Berechnung weggelassen werden, verbleibt eine Unterdeckung von CHF 900.

Würden die Pläne der Ehefrau umgesetzt, so hätte dies für die ganze Familie gravierende Auswirkungen. Der Ehemann müsste seine Wohnung kündigen und mit den Kindern an einen anderen Ort ziehen, wo die Wohnpreise günstiger sind. Auch die Ehefrau müsste sich eine billigere Wohngelegenheit suchen. Selbst wenn der Ehemann mit dem Vorgehen einverstanden wäre, stellt sich die Frage, ob eine solches Betreuungsmodell genehmigungsfähig bzw. mit dem Kindeswohl in Übereinstimmung zu bringen wäre.

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Bestimmungen (Ziff. II.A.–C.) und der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Ziff. II.D.) wird nachfolgend aufgezeigt, welche Lösungsansätze rechtskundigen Personen, Gerichten und Kinderschutzböörden bei solchen Fallkonstellationen zur Verfügung stehen (Ziff. III.).

## II. Die Berücksichtigung des Kindeswohls im Wechselmodell bei angespannten finanziellen Verhältnissen

### A. Zum Begriff des Kindeswohls

#### 1. Internationaler und nationaler Kontext

Der Begriff des Kindeswohls ist nicht nur ein im Schweizer Recht verankerter und für das Familienrecht zentraler Rechtsbegriff. Er ist auch Teil des Völkerrechts, indem er

<sup>8</sup> Hier eingesetzt mit CHF 640.

beispielsweise explizit im Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-KRK)<sup>9</sup> sowie im Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) genannt wird. Gemäss Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ist das Wohl des Kindes bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt. Gleiches hält im Übrigen auch Art. 7 Abs. 2 UN-BRK in Bezug auf Massnahmen fest, die Kinder mit Behinderungen betreffen. Das Gebot der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls gemäss UN-KRK stellt nicht nur ein Auslegungs- und Verfahrensprinzip dar, vielmehr ist es auch ein individuelles und justiziables Recht des Kindes.<sup>10</sup> Daraus folgt, dass es von zentraler Bedeutung ist, die Interessen des Kindes in den Vordergrund staatlicher Handlungen zu stellen und diese damit ausreichend zu fördern sowie zu schützen.<sup>11</sup>

Beim Kindeswohl handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher wertabhängig ist und damit verschiedenen kulturellen, politischen sowie religiösen Betrachtungsweisen zugänglich ist.<sup>12</sup> Demnach besteht bereits im Grundsatz die Schwierigkeit, eine einheitliche Definition dieses Begriffs festzulegen. Das Kindeswohl muss für jeden Einzelfall inhaltlich bestimmt und der konkreten Situation des Kindes unter Berücksichtigung seines persönlichen Umfelds, seiner Situation und seiner Bedürfnisse angepasst werden.

Zunächst sind jene Elemente zu ermitteln, welche für die konkrete Beurteilung des Kindeswohls von Bedeutung sind und die es bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen gilt. Es sollte möglichst dasjenige Verfahren zur Anwendung gelangen, welches die rechtlichen Garantien und die Anwendung des Rechts am optimalsten gewährleistet.<sup>13</sup> Die Meinung des Kindes, die Persönlichkeit bzw. Identität des Kindes, die Aufrechterhaltung des familiären Umfeldes der familiären Beziehungen, der Schutz und die Sicherheit des Kindes, das Recht des Kindes auf Gesundheit sowie auf Bildung sind zu berücksichtigende Elemente, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend

ist.<sup>14</sup> Zudem ist das Kindeswohl im Lichte der weiteren Konventionsrechte auszulegen.<sup>15</sup>

Die mit der UN-KRK garantierten Rechte der Kinder werden in Art. 11 BV verankert, womit das Kindeswohl in der Schweiz Verfassungsrang geniesst und als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn gilt.<sup>16</sup> Dazu gehören unter anderem die Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht, ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Möglichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungspersonen, eine positive Beziehung zu den Eltern bzw. nach Trennung oder Scheidung zu beiden Elternteilen, die Haltung zur Gestaltung der Beziehung zum anderen Elternteil und die Achtung des Willens des Kindes und seines Selbstbestimmungsrechts.<sup>17</sup> Anders formuliert dient dem Kindeswohl alles, was eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht ermöglicht.<sup>18</sup>

Hinsichtlich der elterlichen Sorge sowie des Obhutsrechts als dessen Teilgehalt weist das Bundesgericht darauf hin, dass deren Ausübung stets auf das Wohl des Kindes gerichtet sein muss.<sup>19</sup> Damit wird auch klar gestellt, dass die elterliche Sorge und das Obhutsrecht Pflichtrechte sind und ihre Grenzen gerade im Kindeswohl finden.<sup>20</sup> Der verfassungsmässig garantierte Begriff «Kindeswohl»<sup>21</sup> wirkt folglich als Eingriffstitel und kann ein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV an Einschränkungen von Grundrechten Dritter begründen. Im familienrechtlichen Kontext bedeutet dies, dass sich grundrechtsbeeinträchtigende Regelungen, die den besonderen Schutz der Kinder bezwecken, direkt auf das in Art. 11 Abs. 1 BV anerkannte öffentliche Interesse an einem besonderen Schutz von Minderjährigen stützen können.<sup>22</sup>

<sup>9</sup> Die UN-KRK wurde von der Schweiz am 24. Februar 1997 ratifiziert und ist am 26. März 1997 in Kraft getreten.

<sup>10</sup> Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3 para. 1), CRC/C/GC/14, 29.5.2013, N 6 und N 36, Internet: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc\\_c\\_gc\\_14\\_eng.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf) (Abruf 29.4.2022).

<sup>11</sup> STEFANIE SCHMAHL, *Kinderrechtskonvention, Handkommentar*, 2. A., Baden-Baden 2017, Art. 3 N 2.

<sup>12</sup> SCHMAHL (FN 11), Art. 3 N 9.

<sup>13</sup> Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3 para. 1), N 46.

<sup>14</sup> Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3 para. 1), N 52 ff.

<sup>15</sup> Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3 para. 1), N 51.

<sup>16</sup> BGE 141 III 328 E. 5.4 mit Verweisen.

<sup>17</sup> BGE 146 III 313 E. 6.2.2.

<sup>18</sup> BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

<sup>19</sup> BGE 136 III 353 E. 3.3.

<sup>20</sup> BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11 N 17, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser).

<sup>21</sup> Art. 11 Abs. 1 BV.

<sup>22</sup> BSK BV-TSCHENTSCHER (FN 20), Art. 11 N 21.

## 2. Finanzieller Aspekt des Kindeswohls

Bei der konkreten Bestimmung des Begriffs des Kindeswohls sind – wie bereits erwähnt – andere Konventionsrechte der UN-KRK heranzuziehen.<sup>23</sup> Da gemäss Art. 27 Abs. 1 UN-KRK i.V.m. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ein minderjähriges Kind Anspruch auf Unterhalt hat, ergibt sich aus diesen Bestimmungen zugleich, dass zum Kindeswohl auch die Gewährleistung bzw. Sicherstellung eines angemessenen Lebensstandards gehört.<sup>24</sup> Der zur Verfügung stehende Geldbetrag hat der körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung eines Kindes angemessen zu sein. Zur Sicherstellung dieses Anspruchs und der notwendigen Lebensbedingungen sind in erster Linie die Eltern oder andere für das Kind verantwortliche Personen verpflichtet, jeweils unter Berücksichtigung ihrer Fähigkeiten und finanziellen Möglichkeiten.<sup>25</sup>

Zudem bestimmt Art. 27 Abs. 4 UN-KRK, dass die Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen zu treffen haben, um die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegenüber den Eltern oder anderen finanziell für das Kind verantwortlichen Personen sowohl innerhalb des Vertragsstaates als auch im Ausland sicherzustellen. Zum einen ist der Staat bezüglich des Kinderunterhaltsanspruchs somit verpflichtet, gesetzliche oder sonstige Massnahmen zu erlassen. Zum anderen kann diese Verpflichtung auch mittels Konkretisierung der Rechtsprechung erfolgen.<sup>26</sup> Die letztgenannte Bestimmung ist als non-self-executing einzustufen, weshalb ein Kind daraus keine unmittelbaren Rechte ableiten kann.<sup>27</sup> Dennoch ist der Staat zum Eingreifen verpflichtet, wenn die Eltern oder andere für das Kind verantwortliche Personen die notwendigen Lebensbedingungen des Kindes nicht mehr gewährleisten und folglich eine Gefährdung des Kindeswohls eintritt.<sup>28</sup> Als Beispiel für ein staatliches Eingreifen in der Schweiz können die Bestimmungen zur Inkassohilfe und zur Alimentenbevorschussung im Familienrecht genannt werden. So sieht das Gesetz vor, dass ein unterhaltsberechtigtes Kind unentgeltlich eine vom kantonalen Recht bezeichnete Fachstelle bei der Vollstreckung seines Unterhaltsanspruchs beiziehen kann (Inkassohilfe).<sup>29</sup> In

diesem Zusammenhang kann auch auf die per 1. Januar 2022 in Kraft getretene Inkassohilfeverordnung<sup>30</sup> verwiesen werden, welche die vom Gemeinwesen zu leistende Hilfe bei der Durchsetzung familienrechtlicher Unterhaltsansprüche regelt, wenn die verpflichtete Person die Unterhaltspflicht nicht erfüllt (Inkassohilfe).<sup>31</sup> Daneben wird dem öffentlichen Recht vorbehalten, Regelungen zur Alimentenbevorschussung zu treffen, wenn die verpflichtete Person ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommt.<sup>32</sup>

Das Schweizer Gesetz statuiert hinsichtlich des Kinderunterhaltes in Art. 276 Abs. 1 ZGB, dass dieser durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung zu leisten ist. Dabei haben die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes zu sorgen.<sup>33</sup> Seit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Revision des Unterhaltsrechts sind der Bar- und Betreuungsunterhalt sowie der Naturalunterhalt die Bestandteile des (gebührenden) Kinderunterhaltes.<sup>34</sup> Ist einmal klar, welches die Bestandteile des Kinderunterhaltes sind, stellt sich anschliessend die Frage, wie hoch der Kinderunterhaltsbeitrag – also der in Geld zu leistende Unterhaltsbeitrag – im konkreten Einzelfall zu bemessen ist. Von Gesetzes wegen wird vorgeschrieben, dass der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen soll. Dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Allerdings hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, für den gebührenden Unterhalt des Kindes konkrete Unter- und Obergrenzen zu nennen. Auch können Tabellen oder Statistiken zur Bestimmung des gebührenden Unterhalts nicht zum Voraus herangezogen werden.<sup>36</sup>

Bezüglich des Umfangs des Kinderunterhaltes hat der Gesetzgeber festgehalten, dass dieser nicht nur der Deckung der physischen Bedürfnisse des Kindes (namentlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, Hygiene und medizinische Behandlung) dient und die gebotene persönliche Betreuung

<sup>23</sup> Vgl. oben Ziff. II.A.1.

<sup>24</sup> SABINE KOFMEL EHRENZELLER, *Vorsorgliche Anordnung von Unterhaltszahlungen im Eheschutzverfahren – ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Zulässigkeit*, FamPra.ch 2021, 19 ff., 21; SCHMAHL (FN 11), Art. 3 N 12.

<sup>25</sup> Art. 27 Abs. 1 und 2 UN-KRK.

<sup>26</sup> KOFMEL EHRENZELLER (FN 24), 30.

<sup>27</sup> KOFMEL EHRENZELLER (FN 24), 30.

<sup>28</sup> SCHMAHL (FN 11), Art. 27 N 4.

<sup>29</sup> Art. 131 ZGB; Art. 176a i.V.m. Art. 131 ZGB; Art. 290 Abs. 1 ZGB.

<sup>30</sup> Verordnung vom 6. Dezember 2019 über die Inkassohilfe bei familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen (Inkassohilfeverordnung, InkHV; SR 211.214.32).

<sup>31</sup> Art. 1 InkHV.

<sup>32</sup> Art. 131a ZGB; Art. 176a i.V.m. Art. 131a ZGB; Art. 293 Abs. 2 ZGB.

<sup>33</sup> Art. 276 Abs. 2 ZGB; BGE 147 III 265 E. 5.1.

<sup>34</sup> PHILIPP MAIER, *Die konkrete Berechnung von Kinderunterhaltsbeiträgen*, FamPra.ch 2020, 314 ff., 333.

<sup>35</sup> Art. 285 Abs. 1 ZGB.

<sup>36</sup> BGE 147 III 265 E. 5.4 und 6.4; vgl. auch Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2014 529 ff. (zit. Botschaft Kindesunterhalt), 581.

qua Betreuungsunterhalt sicherstellen soll.<sup>37</sup> Vielmehr sind auch die elterliche Leistungsfähigkeit und die Lebensstellung der Familienmitglieder als Faktoren zur Ermittlung des gebührenden Unterhaltes des Kindes mitzubedenken. Somit hängt der gebührende Unterhalt eines Kindes von den konkreten Mitteln ab und stellt entsprechend eine dynamische Grösse dar.<sup>38</sup> Konkret führte das Bundesgericht hinsichtlich der Ermittlung des gebührenden Unterhaltes aus, dass die «Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums»<sup>39</sup> als Ausgangspunkt dienen, wonach nebst dem Grundbetrag für das Kind die obligatorische Krankenversicherung, Schulkosten sowie besondere Gesundheitskosten zu berücksichtigen sind. Für jedes Kind sind zusätzlich ein Wohnkostenanteil sowie Fremdbetreuungskosten miteinzuberechnen.<sup>40</sup> Bei knappen Verhältnissen und insbesondere bei Mankosituationen können daher lediglich die genannten Positionen des betreibungsrechtlichen Existenzminimums zur Bestimmung des gebührenden Kinderunterhaltes herangezogen werden. Allerdings verlangt das Bundesgericht, dass bei besseren finanziellen Verhältnissen der gebührende Unterhalt zwingend um das sog. familienrechtliche Existenzminimum zu erweitern ist. Beim Barbedarf des Kindes kommen die Ausscheidung eines Steueranteils sowie nicht-obligatorische Krankenversicherungen hinzu. Sämtliche darüber hinausgehende Bedarfspositionen des Kindes, wie z.B. Reisen und Hobbys, sind über einen allfälligen Überschussanteil zu decken.<sup>41</sup>

Mit diesen Ausführungen stellt das Bundesgericht klar, dass die im familienrechtlichen Existenzminimum des Kindes genannten Bedarfspositionen zum gebührenden Unterhalt des Kindes gehören sollen. Daraus lässt sich folglich ableiten, dass die Berücksichtigung dieser Bedarfspositionen als kindeswohlgerecht erachtet werden und die einzelnen Bedarfspositionen je nach Alter des Kindes auch variieren können. Im Umkehrschluss ist damit aber auch gesagt, dass z.B. Kosten für Hobbys oder Freizeitmobilität, welche aus einem allfälligen Überschussanteil zu decken wären, nicht zum gebührenden Bedarf des Kindes zu zählen sind.

Nicht geklärt ist allerdings, ob gewisse Bedarfspositionen, wie z.B. Wohnkostenanteile, obligatorische Kran-

kenversicherungskosten und Fremdbetreuungskosten, begrenzt werden können und in welcher Höhe diese Grenze anzusetzen wäre.

### 3. Fazit

Nach dem Wiedergegebenen ist die Wahrung des Kindeswohls eine völkerrechtlich und verfassungsrechtlich verankerte Maxime, welche auch die Sicherstellung des Kinderunterhaltes mitumfasst. Daraus lässt sich ableiten, dass es bei der Regelung von Kinderbelangen im Hinblick auf das Kindeswohl auch stets die finanziellen Aspekte mitzubedenken gilt.

## B. Zum Begriff der Obhut

### 1. Begriff der (Allein-)Obhut

Das Zivilgesetzbuch erwähnt den Begriff Obhut in zahlreichen Bestimmungen,<sup>42</sup> doch existiert im Gesetz keine explizite Definition. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung umschreibt der Begriff heute nur noch die faktische Obhut des Kindes. Diese umfasst die Befugnis zur täglichen Betreuung sowie die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Pflege und Erziehung des Kindes.<sup>43</sup>

Als Alleinobhut – im Gegensatz zur alternierenden Obhut – wird jenes Betreuungsmodell bezeichnet, bei dem das Kind praktisch ausschliesslich bzw. zu einem weit überwiegenden Teil von einem Elternteil betreut wird.<sup>44</sup>

### 2. Alternierende oder geteilte Obhut

#### a. Begriff

Obwohl im Gesetz<sup>45</sup> der Begriff der alternierenden Obhut<sup>46</sup> nicht näher umschrieben wird, sind gemäss bundesgerichtlicher Definition mehr oder weniger lange Betreu-

<sup>37</sup> Botschaft Kindesunterhalt (FN 36), 571; BGE 147 III 265 E. 5.4.

<sup>38</sup> BGE 147 III 265 E. 5.4.

<sup>39</sup> Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 1.7.2009, BISchK 2009, 192 ff.

<sup>40</sup> BGE 147 III 265 E. 7.2.

<sup>41</sup> BGE 147 III 265 E. 7.2.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 25 Abs. 1 ZGB, Art. 133 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 134 Abs. 3 und 4 ZGB, Art. 273 Abs. 1 ZGB, Art. 275 Abs. 2 und 3 ZGB, Art. 289 Abs. 1 ZGB, Art. 298 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> ZGB, Art. 298a Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, Art. 298b Abs. 3<sup>bis</sup> ZGB, Art. 298d Abs. 2 ZGB und Art. 301a Abs. 5 ZGB.

<sup>43</sup> BGE 142 III 612 E. 4.1.

<sup>44</sup> Zu den detaillierten Voraussetzungen: vgl. BGer, 5A\_157/2021, 24.2.2022, E. 3.2.1.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB und Art. 298b Abs. 3<sup>ter</sup> ZGB.

<sup>46</sup> Über den Begriff der alternierenden Obhut ist auch im Parlament diskutiert worden. Frau Bundesrätin Sommaruga hielt hierzu anlässlich der parlamentarischen Beratung am 4. März 2015 im Nationalrat fest: «Der Begriff «alternierende Obhut» wurde in der Tat bisher vom Bundesgericht und auch vom Bundesrat in dem Sinne verwendet, dass man von einer hälftigen Aufteilung der Betreuung ausgegangen ist. [...] Der Ständerat hat es vorgezogen, weiterhin

ungszeiten beider Eltern gemeint,<sup>47</sup> wobei die Eltern aber nicht exakt gleich viel Betreuungszeit übernehmen müssen.<sup>48</sup> Die Begriffe «geteilte Obhut» und «alternierende Obhut» werden synonym verwendet.<sup>49</sup> In der Praxis wird regelmässig ab einem Betreuungsanteil von 25%–30% von alternierenden Betreuungsmodellen gesprochen<sup>50</sup> bzw. vorausgesetzt, dass ein Elternteil das Kind in einem wesentlich grösseren Ausmass als bei einem üblichen Wochenend- und Ferienbesuchsrecht betreut.<sup>51</sup> Bei geteilter Obhut ist kein Besuchsrecht zu regeln, sondern es sind Betreuungszeiten<sup>52</sup> festzusetzen.<sup>53</sup> Das Bundesgericht verlangt, dass die Gerichte bzw. die Kindesschutzbehörden den Begriff «alternierende» oder «geteilte Obhut» für Fälle mit hohen Betreuungsanteilen beider Eltern verwenden. So entschied es im Urteil vom 13. Juli 2021, dass bei einem Betreuungsanteil des einen Elternteils von 39% dem anderen Elternteil die Alleinobhut *nicht* zugesprochen werden dürfe; in einem solchen Fall sei *zwingend* die alternierende Obhut anzuordnen.<sup>54</sup>

den Begriff der alternierenden Obhut zu verwenden, aber in den Materialien auch zuhanden der Gerichte und der Kindesschutzbehörden klarzustellen, dass damit nicht nur eine Aufteilung im Verhältnis 50 zu 50 gemeint ist, sondern auch jede andere Aufteilung. Mit dieser Klarstellung kann man deutlich machen, was unter der alternierenden Obhut, die geprüft werden müsste, verstanden wird» (AB 2015 N 84).

<sup>47</sup> BGer, 5A\_66/2019, 5.11.2019, E. 4.1.

<sup>48</sup> BGer, 5A\_345/2020, 30.4.2021, E. 5.1.

<sup>49</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, Sachverhalt.

<sup>50</sup> AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL (FN 2), 277; MICHELLE COTTIER/ERIC WIDMER/SANDRINE TORNARE/MYRIAM GIRARDIN, Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut, Genf 2017, 19 mit Verweisen; MICHELLE COTTIER/ERIC WIDMER/SANDRINE TORNARE/MYRIAM GIRARDIN, La garde alternée, FamPra.ch 2018, 297 ff., 301; ALEXANDRA JUNGO/CHRISTINE ARNDT, Barunterhalt der Kinder: Bedeutung von Obhut und Betreuung der Eltern, FamPra.ch 2019, 750 ff., 754; NINO GLOOR, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 331 ff., 342 f.; GISELA KILDE/LISELOTTE STAUB, Kriterien der Zuteilung von elterlicher Sorge und Obhut bei Trennung der Eltern, in: Alexandra Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), 9. Symposium zum Familienrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, 215 ff., 225; MAIER/WALDNER-VONTOBEL (FN 2), 886 f.; MAIER (FN 34), 334 f.; JOSEPH SALZGEBER/JOACHIM SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66 ff., 68; HILDEGRUND SÜNDERHAUF-KRAVETS/MARTIN WIDRIG, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, AJP 2014, 885 ff., 893.

<sup>51</sup> OGer ZH, LY190054, 28.2.2020, E. 3.2 m.w.H.

<sup>52</sup> Nach welchen Grundsätzen die Betreuungszeiten den Eltern zuzurechnen sind, was vor allem bei Fremdbetreuung herausfordernd sein kann: vgl. MAIER/WALDNER-VONTOBEL (FN 2), 886 f.

<sup>53</sup> BGer, 5A\_139/2020, 26.11.2020, E. 3.3.2.

<sup>54</sup> Der Entscheid der Vorinstanz wurde als bundesrechtswidrig erachtet und vom Bundesgericht korrigiert: BGer, 5A\_722/2020, 13.7.2021, E. 3.4.1 und Dispositiv-Ziff. 1 f.

## b. Vorrang eines Betreuungsmodells?

Nach dem seit 1. Januar 2017 neu geltenden Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> ZGB soll das Gericht bei gemeinsamer elterlicher Sorge im Sinne des Kindeswohls prüfen, ob die Möglichkeit einer alternierenden Obhut besteht, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Aus der Formulierung des Gesetzes leiten in der Praxis gewisse Eltern – meist Väter – den Anspruch ab, sie hätten ein gesetzliches Anrecht auf eine exakt hälftige Betreuung ihrer Kinder.

Die Entstehungsgeschichte des Abs. 2<sup>ter</sup> von Art. 298 ZGB war turbulent. Der Wortlaut ist erst während der parlamentarischen Diskussion<sup>55</sup> und zunächst gegen den Willen des Bundesrates in die Novelle aufgenommen worden.<sup>56</sup> Erst im Differenzbereinigungsverfahren akzeptierte der Zweirat nach längerer Diskussion die Haltung des Erstrates, wonach der vorliegende Gesetzestext ins ZGB einzufügen sei.<sup>57</sup> Zur Begründung der Neuformulierung wurde unter anderem ins Feld geführt, dass nach der Trennung der Eltern zu häufig das Rollenmodell übernommen werde, das vor der Trennung gelebt worden sei.<sup>58</sup> Der neue Gesetzestext solle die Gerichte dazu ermuntern, zu prüfen, ob sich nach der Trennung nicht beide Elternteile verstärkt an der Betreuung beteiligen wollten.<sup>59</sup>

Ein gesetzlicher Anspruch auf alternierende Obhut lässt sich indes aus dem Gesetz nicht herleiten. Ein gleichwertiges Betreuungsmodell darf vom Gericht nur angeordnet werden, wenn die Grundbedingungen dafür von Anfang an erfüllt sind und dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.<sup>60</sup>

## c. Allgemeine Voraussetzungen

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes müssen bei beiden Elternteilen gewisse Voraussetzungen gegeben sein, damit geteilte Obhut angeordnet werden darf:<sup>61</sup>

– Die Erziehungsfähigkeit beider Eltern muss als Grundvoraussetzung gegeben sein. Ist einer der beiden Elternteile nicht erziehungsfähig, so darf die alternierende Obhut nicht angeordnet werden. Ein Elternteil, der sich bisher nicht oder nur wenig aktiv an der

<sup>55</sup> In der Botschaft zum neuen Kinderunterhaltsrecht finden sich keine Hinweise auf die Gesetzesänderung; vgl. Botschaft Kindesunterhalt (FN 36).

<sup>56</sup> AB 2014 S 1125 f.

<sup>57</sup> AB 2015 N 86.

<sup>58</sup> AB 2015 N 84 f.

<sup>59</sup> AB 2015 N 423 f.

<sup>60</sup> BGer, 5A\_534/2019, 31.1.2020, E. 3.1.

<sup>61</sup> BGE 142 III 612 E. 4.3 mit Hinweisen; BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und E. 4.7; BGer, 5A\_345/2020, 30.4.2021, E. 5.2.

- Betreuung beteiligt hat und der nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen substantiellen Anteil an der Betreuung übernehmen will, sollte deshalb eine klare Vorstellung davon haben, wie er die Betreuung inskünftig Kindeswohlgerecht wahrnehmen will. Es sollte vermieden werden, dass der unterhaltspflichtige Elternteil die Elternverantwortung nicht mit Blick auf das Kindeswohl übernehmen will, sondern primär daran interessiert ist, möglichst wenig Kinderunterhalt zu zahlen.<sup>62</sup>
- Vorliegen einer gewissen Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit.<sup>63</sup> Das Kriterium ist relevant, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert. Die Eltern sollten fähig und bereit sind, in Kinderbelangen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren.
  - Nähe der Wohnorte. Die Wege, die die Kinder von einem zum anderen Wohnort zurücklegen müssen, sollten nicht zu lange und nicht zu kompliziert sein.
  - Gewisse Stabilität der Verhältnisse, wobei dies vor allem bei kleinen Kindern zu beachten ist. Das Betreuungsmodell kommt z.B. nicht in Frage, wenn ein Elternteil aufgrund beruflicher Verpflichtungen alle sechs Monate den Wohnort wechseln muss.
  - Bisheriges Betreuungsmodell. Wenn bereits vor der Trennung ein Betreuungsmodell mit gleichwertigen Anteilen gelebt wurde, so lässt sich ein Abweichen davon nach der Trennung nur schwer begründen.<sup>64</sup>
  - Wunsch des (allenfalls noch nicht urteilsfähigen) Kindes.
  - Wunsch der Geschwister.
  - Das geeignete soziale Umfeld (z.B. Grosseltern<sup>65</sup>), wobei das Kriterium vor allem bei Jugendlichen zu beachten ist.<sup>66</sup>

- Möglichkeit der persönlichen Betreuung in spezifischen Fallkonstellationen.<sup>67</sup>
- Angespannte wirtschaftliche Verhältnisse. Bei knappen finanziellen Verhältnissen kann es eine Rolle spielen, welche Betreuungslösung wirtschaftliche Vorteile bringt.<sup>68</sup> Auf die praktische Bedeutung dieses Kriteriums wird weiter unten ausführlich eingegangen.<sup>69</sup>

Die oben aufgezählten Kriterien sind nicht abschliessend und hängen voneinander ab; ihre jeweilige Bedeutsamkeit richtet sich nach den konkreten Umständen. Das Alter des Kindes hat massgeblichen Einfluss. Während bei älteren Kindern die Wohn- und Schulumgebung sowie der sich ausbildende Freundeskreis wichtig werden, sind kleinere Kinder noch stärker personenorientiert.<sup>70</sup> Bedeutsam ist, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis die geteilte Obhut vom Gericht auch *gegen* den Willen eines Elternteils angeordnet werden darf.<sup>71</sup> Ein Elternteil darf nicht frei und allein entscheiden, ob er das Kind in welchem Umfang persönlich betreuen will; ein einseitiges Wahlrecht besteht nicht.<sup>72</sup> Die Interessen und Wünsche der Eltern haben in den Hintergrund zu treten. Die entscheidende Behörde hat eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht.<sup>73</sup>

### C. Elternautonomie im Spannungsfeld mit dem Kindeswohl

Nach Art. 133 Abs. 2 ZGB beachtet das Gericht bei der Festsetzung von Kinderunterhalt auch die gemeinsamen Anträge der Eltern. Die Bestimmung, obwohl Teil des Scheidungsrechts, wird auch analog auf Trennungvereinbarungen angewendet, welche von Eltern in einem Eheschutzverfahren eingereicht werden.<sup>74</sup>

<sup>62</sup> ALEXANDRA JUNGO/REGINA AEBI-MÜLLER/JONAS SCHWEIGHAUSER, Der Betreuungsunterhalt: Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, FamPra.ch 2017, 163 ff., 170.

<sup>63</sup> Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Nur wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet und das Kindeswohl offensichtlich gefährdet ist, sollte von der Anordnung der geteilten Obhut abgesehen werden.

<sup>64</sup> BGer, 5A\_367/2020, 19.10.2020, E. 3.4.

<sup>65</sup> BGer, 5A\_66/2019, 5.11.2019, E. 4.1.

<sup>66</sup> Schulisches Umfeld, Kollegen, Freunde und Nachbarschaft.

<sup>67</sup> Grundsätzlich wird von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung ausgegangen. Die Möglichkeit der persönlichen Betreuung wird dann zum Faktor, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; BGer, 5A\_730/2020, 21.6.2021, E. 3.3.1.1 in fine mit Hinweisen (z.B. Schichtarbeit eines Elternteils; vgl. BGer, 5A\_164/2019, 20.5.2020, E. 3.4.3, in: FamPra.ch 2020, 1083 ff., 1083 und 1094).

<sup>68</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 4.3, in: FamPra.ch 2019, 1235 ff., 1235 und 1240.

<sup>69</sup> Vgl. unten II.D.

<sup>70</sup> BGer, 5A\_157/2021, 22.2.2022, E. 3.2.1.

<sup>71</sup> BGer, 5A\_629/2019, 13.11.2020, E. 4.2, BGer, 5A\_99/2020, 14.10.2020, E. 4.1.1; BGE 142 III 612 E. 4.2 f.

<sup>72</sup> BGE 144 III 481 E. 4.7.1.

<sup>73</sup> BGE 142 III 612 E. 4.2 mit Hinweisen.

<sup>74</sup> KGer SG, FS.2019.27, 9.12.2021, E. 1b.



Zwar wird davon ausgegangen, dass einvernehmliche Absprachen der Eltern (sog. Elternautonomie) tragfähiger sind als autoritative Anordnungen.<sup>75</sup> Doch entscheidet das Gericht in Kinderbelangen ohne Bindung an die Parteianträge<sup>76</sup> und eine Übereinkunft der Eheleute ist als Folge der diesbezüglich geltenden *Offizialmaxime* für das Gericht nicht bindend, sondern hat bloss den Charakter eines gemeinsamen Antrages.<sup>77</sup> Zwar soll in Bezug auf alle Kinderbelange die Familien- bzw. Elternautonomie gegenüber staatlicher Intervention grundsätzlich Vorrang geniessen<sup>78</sup> und dem gemeinsamen Elternantrag sollte stattgegeben werden, falls und soweit er mit dem Kindeswohl vereinbar ist.<sup>79</sup> Auch sollte sich das Gericht nicht ohne ernsthaften Grund über eine von den Eltern gemeinsam beantragte Regelung hinwegsetzen.<sup>80</sup>

Haben die Eltern bezüglich der Betreuungsanteile und Unterhaltsregelung eine Vereinbarung abgeschlossen, hat das Gericht oder die Kinderschutzbehörde die Umsetzbarkeit des Betreuungsmodells und die Frage, ob das Betreuungsmodell dem Kindeswohl entspricht, zu prüfen.<sup>81</sup> Dies ist unabhängig von den Wünschen der Eltern und losgelöst von einer diesbezüglichen Übereinkunft zu beurteilen.<sup>82</sup> Widerspricht die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung dem Kindeswohl, so hat die Behörde sich nach vorgängiger Information über den Willen der Beteiligten hinwegzusetzen und eine eigene Regelung vorzunehmen.<sup>83</sup> Namentlich wenn absehbar ist, dass das Kind einem gravierenden Elternkonflikt ausgesetzt wird, darf die alternierende Obhut weder angeordnet noch eine solche Vereinbarung der Eltern bewilligt werden.<sup>84</sup>

<sup>75</sup> Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschließung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff., 128 f.

<sup>76</sup> Offizialgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO.

<sup>77</sup> BGE 143 III 361 E. 7.3.1.

<sup>78</sup> BGE 142 III 481 E. 2.5.

<sup>79</sup> DIETER FREIBURGHANUS, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 133 ZGB N 10.

<sup>80</sup> BGE 143 III 361 E. 7.3.1 mit Verweisen.

<sup>81</sup> OGer BE, FamPra.ch 2019, 269 ff.

<sup>82</sup> BGer, 5A\_794/2017, 7.2.2018, E. 3.1.

<sup>83</sup> ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, in: Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), Familienkommentar Scheidung, 3. A., Bern 2017, Art. 133 ZGB N 19.

<sup>84</sup> Beispiel aus der Praxis der Autoren: Ein dominanter, aggressiver und gewalttätiger Vater von Kleinkindern brachte seine Ehefrau dazu, einer Vereinbarung zuzustimmen, welche massgebliche Betreuungsanteile beim Vater vorsahen. Der Vater und Ehemann hatte sich während des Zusammenlebens nie um die Kinder gekümmert (die Ehefrau war vor der Trennung Hausfrau und nicht berufstätig gewesen) und es war auch nach der Trennung zu körperlichen Atta-

## D. Aktuelle bundesgerichtliche Praxis zur Zulässigkeit der alternierenden Obhut bei angespannten finanziellen Verhältnissen

### 1. BGer 5A\_384/2018 (BGE 144 III 481)

Im Leitentscheid vom 21. September 2018, in welchem das sog. Schulstufenmodell etabliert wurde,<sup>85</sup> ging das Bundesgericht nur am Rand auf die Thematik der geteilten Obhut ein. Die diesbezüglichen Hinweise betrafen die Fallkonstellation, wenn Uneinigkeit darüber besteht, in welchem Umfang das Kind selbst oder fremdbetreut werden soll. Es wurde im Entscheid festgehalten, dass Eigen- und Fremdbetreuung grundsätzlich als gleichwertig anzusehen seien und diesbezüglich kein einseitiges Wahlrecht des Obhutsberechtigten bestehe. Eine *rein* ökonomische Betrachtung dürfe aber nicht im Vordergrund stehen. Es gehe nicht an, die Betreuungsform an dem auszurichten, «was insgesamt die grösste materielle Wohlfahrt» verspreche. Das Kindeswohl im konkreten Einzelfall sei massgebend.<sup>86</sup>

Somit ergibt sich aus dem Entscheid, dass angespannte finanzielle Verhältnisse bei der Anordnung von alternierender Obhut – im Gegensatz zur Erziehungsfähigkeit der Elternteile – niemals einen Ausschlussgrund für deren Anordnung darstellen können. Das Finanzielle wird erst dann zum Thema, wenn die Wahl der Betreuungsform zu einer derart finanziellen Schlechterstellung des Kindes führt, dass das Kindeswohl gefährdet ist.

### 2. BGer 5A\_273/2018

Dem Bundesgerichtsentscheid vom 25. März 2019 lag folgender Sachverhalt zugrunde, wobei sich die nachfolgenden Altersangaben auf den Urteilszeitpunkt des Bundesgerichtes (im Jahr 2019) beziehen: Der 48-jährige Ehemann und die 50-jährige Ehefrau hatten im Jahr 2009 geheiratet. Zum Urteilszeitpunkt war ihr gemeinsames Kind zehn Jahre alt. Nach der Trennung der Eheleute entschied das kantonale Eheschutzgericht im Jahr 2014, dass der Sohn unter der alleinigen Obhut der Ehefrau leben solle. Da der Ehemann 100% erwerbstätig war, wurde er zur Leistung von monatlichem Unterhalt an die Ehefrau und das Kind verpflichtet. Anfang 2016 zog der Ehemann mit seiner neuen Lebenspartnerin zusammen.

cken des Vaters auf die Ehefrau und die Kinder gekommen. Unter diesen Umständen war die Vereinbarung nicht genehmigungsfähig; vgl. auch BGer, 5A\_345/2020, 30.4.2021, E. 5.2.

<sup>85</sup> BGE 144 III 481 E. 4.7.6 f.

<sup>86</sup> BGE 144 III 481 E. 4.7.1.

Diese gebar ihm einen zweiten Sohn, welcher zum Urteilszeitpunkt drei Jahre alt war. Der Ehemann reduzierte sein Arbeitspensum von 100% auf 70% und betreute seinen zweiten Sohn an drei Halbtagen pro Woche, so dass die Lebenspartnerin einer Erwerbstätigkeit mit einem 30%-Pensum nachgehen konnte. Der Ehemann leitete noch im Jahr 2016 eine Scheidungsklage ein und verlangte im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen eine Reduktion seiner Unterhaltsbeiträge.<sup>87</sup>

Die zweite kantonale Instanz erzog mit Urteil vom 23. Februar 2018 zusammengefasst, dass die Reduktion des Arbeitspensums des Ehemannes in finanzieller Hinsicht zu einer erheblichen Schädigung der Ursprungsfamilie führe. Der Ehemann und seine Lebenspartnerin hätten bei der Wahl ihrer Lebensgestaltung von der Unterhaltspflicht des Ehemannes gegenüber seinem erstgeborenen Sohn gewusst. Sie hätten ihre Betreuungsregelung den wirtschaftlichen Gegebenheiten anpassen und die Leistungsfähigkeit sämtlicher Beteiligten berücksichtigen müssen. Die neue Lebenspartnerin erziele zwar mit ihrer 30%-Tätigkeit ein Einkommen; dies sei aber geringer als der Einkommensausfall auf Seiten des Ehemannes. Der zwischen den Kindern geltende Gleichbehandlungsgrundsatz werde verletzt, weil der Vater ohne jegliche Absprache mit der Ursprungsfamilie sein Arbeitspensum reduziert habe. Während der Ehemann seinen jüngeren Sohn an drei Halbtagen persönlich betreue und weniger verdiene, sei beim älteren Sohn nicht einmal mehr der Grundbedarf gedeckt. Es liege eine Mankosituation vor. Die Pensumsreduktion könne nur insoweit erlaubt werden, als bei der Bedarfsberechnung kein Mangelfall entstehe. Reichten dagegen die Mittel nicht aus, um den Bedarf sämtlicher beteiligten Personen zu decken, sei der Ursprungsfamilie der Grundbedarf zu gewähren und der Vater zu verpflichten, das vor Reduktion des Beschäftigungsgrades erzielte und hierzu notwendige Einkommen anzurechnen. Daran ändere nichts, dass die Einkommensverminderung des Ehemannes nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.<sup>88</sup>

In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht fest, ein Elternteil habe kein einseitiges Wahlrecht, ob er das Kind persönlich betreuen wolle oder nicht. Die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung ergebe sich allenfalls durch die objektivierbaren Bedürfnisse des kleinen Kindes, ferner aber auch durch spezifische Bedürfnisse z.B. bei physischen oder psychischen Gebrechen. Mit der obligatorischen Einschulung des Kindes würden die

betreuenden Eltern in verbindlicher Weise während der betreffenden Zeit von der persönlichen Betreuung entbunden. Grundsätzlich könnten auch wirtschaftliche Kriterien die Betreuungsregelung beeinflussen. Die Eltern hätten gemeinsam alle Bedürfnisse des Kindes abzudecken; dazu gehöre nicht nur die Betreuung, sondern gleichwertig auch die Bereitstellung der nötigen finanziellen Mittel. Es liege nicht im Interesse des Kindes, dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder jedenfalls am Rand des Existenzminimums aufzuwachsen. Insofern liege die allseitige Ausschöpfung der elterlichen Eigenversorgungskapazität, wo dies aufgrund greifbarer Drittbetreuungsangebote zu bewerkstelligen sei und im Ergebnis zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen führe, im Kindeswohl.<sup>89</sup>

Angesichts der vorbestehenden Unterhaltspflichten sei der Ehemann im vorliegenden Fall nicht berechtigt gewesen, nach der Geburt des zweiten Sohnes sein Arbeitspensum zu reduzieren, damit er den jüngeren Sohn persönlich betreuen könne. Seine Pensumsreduktion führe – trotz der Erwerbstätigkeit der Lebenspartnerin – zu einem Mindereinkommen des neuen Haushalts. Der Ehemann hätte unter den gegebenen Umständen nicht zu Lasten seiner unterhaltsberechtigten Kinder auf Einkommen verzichten dürfen.<sup>90</sup>

Das Bundesgericht vertritt somit die Auffassung, dass eine freiwillige Verringerung der Erwerbstätigkeit eines Elternteils nur dann zulässig ist, wenn das Existenzminimum der unterhaltsberechtigten Kinder gewährleistet ist. Dies gilt selbst dann, wenn die (verlorenen) Einkünfte nicht mehr realisiert werden können. Da die persönliche Betreuung der Fremdbetreuung grundsätzlich gleichgestellt ist, gibt es kein überwiegendes Interesse des in der Zweitfamilie geborenen Kindes auf persönliche Betreuung. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Elternteil in der ersten Familie keine massgeblichen Betreuungsanteile übernommen hat und vor allem für die Bereitstellung des Unterhaltes zuständig ist.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Betreuungslösung mit alternierender Obhut in der Zweitfamilie unzulässig ist, wenn der unterhaltszahlende Elternteil nach seiner Pensumsreduktion mit seinem Einkommen das Existenzminimum der Erstfamilie – trotz zumutbarem Erwerbseinkommen des anderen Elternteils – nicht mehr decken kann. Anders verhält es sich wohl, wenn die/der neue Lebenspartner/in ein gleiches oder höheres Einkommen erzielt als der unterhaltspflichtige Elternteil. Die Betreuungslösung (Selbstbetreuung statt Fremdbetreuung)

<sup>87</sup> BGer, 5A\_273/2018, 25.3.2019, Sachverhalt.

<sup>88</sup> BGer, 5A\_273/2018, 25.3.2019, E. 6.1.

<sup>89</sup> BGer, 5A\_273/2018, 25.3.2019, E. 6.3.1.1.

<sup>90</sup> BGer, 5A\_273/2018, 25.3.2019, E. 6.3.1.2.

hätte dann keinen Einfluss auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der in der Erstfamilie lebenden Kinder. Doch müsste diesfalls wohl das Einkommen der Lebenspartnerin bzw. des Lebenspartners vollumfänglich zur Deckung des Barbedarfes des in der Zweitfamilie geborenen Kindes herangezogen werden.

### 3. BGer 5A\_637/2018

Der Sachverhalt präsentierte sich im Bundesgerichtsentscheid vom 22. Mai 2019 wie folgt: Die zum Urteilszeitpunkt beide rund 35-jährigen Eheleute heirateten im Jahr 2012. Die gemeinsame Tochter kam im gleichen Jahr zur Welt und war zum Urteilszeitpunkt sieben Jahre alt. Der Ehemann hatte aus einer früheren Beziehung eine weitere, zum Urteilszeitpunkt 14-jährige Tochter, welche unter der geteilten Obhut der Eltern stand (die frühere Lebenspartnerin und der Ehemann hatten sich auf alternierende Obhut geeinigt). Nach der Trennung der Eheleute im Jahr 2014 vereinbarten die Ehegatten eine Betreuungslösung mit einem massgeblichen Betreuungsanteil des Ehemannes. Zudem wurde er zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet. Nachdem die Ehefrau im Jahr 2016 das Scheidungsverfahren eingeleitet hatte, ordnete die Erstinstanz an, dass das Kind beim Ehemann leben solle. Die Ehefrau wurde zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Nachdem die Ehefrau gegen das Scheidungsurteil Berufung eingereicht hatte, hob die kantonale Zweitinstanz die Anordnungen der Erstinstanz auf und ordnete eine Betreuungsregelung mit hohen Betreuungsanteilen beider Eltern an. Gleichzeitig wurde der Ehemann zur Leistung von Unterhalt verpflichtet.<sup>91</sup>

Die kantonale Zweitinstanz prüfte in ihrem Entscheid zunächst die Voraussetzungen der Anordnung von alternierender Obhut. Nach ausführlicher Darstellung und Diskussion der massgeblichen Kriterien kam sie zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut (nach wie vor) gegeben seien.<sup>92</sup>

Der Ehemann brachte vor dem Bundesgericht vor, die kantonale Zweitinstanz habe eine Betreuungslösung angeordnet, die bewirke, dass nun die gemeinsame Tochter, die Ehefrau und er selber ein Leben im Bereich des Existenzminimums führen müssten. Bei ihm liege ein Manko vor. Wenn beide Eltern grundsätzlich gleich gute Voraussetzungen für die Betreuung des Kindes böten, sei dies unhaltbar und liege auch nicht im Interesse des Kindes.

Könnte er das Kind persönlich betreuen, würde er über genügend Mittel verfügen.<sup>93</sup>

Nachdem das Bundesgericht auf die bereits oben erwähnten Grundsätze hingewiesen hatte,<sup>94</sup> hielt es nochmals fest, es sei nicht im Interesse des Kindes, dauerhaft in angespannten finanziellen Verhältnissen aufzuwachsen. Das Gericht müsse prüfen, ob die beidseitige Ausschöpfung der elterlichen Eigenversorgungskapazität im Ergebnis zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen für das Kind führe. Eine wirtschaftliche Besserstellung des Kindes liege durchaus im Kindeswohl.<sup>95</sup>

Was den konkreten Fall anbelange, habe die Vorinstanz zwar eine Unterdeckung festgestellt, hingegen aber nicht geprüft, ob die vom Ehemann beantragte oder eine andere Regelung der Betreuungsverhältnisse spürbare wirtschaftliche Vorteile zur Folge habe. Eine solche Prüfung wäre aber angezeigt gewesen, da beide Elternteile als gleich erziehungsfähig eingestuft worden seien. Die Vorinstanz habe zu prüfen, ob eine andere Betreuungsregelung, auch eine mit Schwerpunkt beim Ehemann, zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen führe.<sup>96</sup>

Zusammenfassend ergibt sich, dass bei Vorliegen einer Mankosituation das Bundesgericht die Anordnung von alternierender Obhut als mit dem Kindeswohl nicht vereinbar hält, wenn feststeht, dass andere, ebenfalls geeignete Betreuungsregelungen den Eltern und dem Kind spürbare wirtschaftliche Vorteile bringen. Das Wort «spürbar» ist wohl so zu verstehen, dass die wirtschaftlichen Vorteile eine gewisse Erheblichkeit aufweisen müssen.<sup>97</sup> Vorausgesetzt wird weiter, dass beide Elternteile erziehungsfähig sind und die weiteren Voraussetzungen zur Anordnung der geteilten Obhut gegeben sind. Damit scheint klar, dass bei eingeschränkten finanziellen Mitteln die alternierende Obhut in der Regel nur in Frage kommt, wenn bei beiden Elternteilen das Existenzminimum gedeckt ist. Von der Regel darf abgewichen werden, wenn feststeht, dass auch eine andere Betreuungsregelung zu keiner erheblichen Verbesserung der finanziellen Verhältnisse führen würde.

### 4. BGer 5A\_1031/2019

Dem Urteil des Bundesgerichtes vom 26. Juni 2020 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die zum Urteilszeitpunkt rund 50-jährigen Eheleute schlossen am 26. August

<sup>91</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, Sachverhalt.

<sup>92</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 4.1.

<sup>93</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 4.2.

<sup>94</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 6.3.1.1.

<sup>95</sup> BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 4.3.

<sup>96</sup> Das Verfahren wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen: vgl. BGer, 5A\_637/2018, 22.5.2019, E. 4.4.

<sup>97</sup> Eine wirtschaftliche Verbesserung von lediglich unter CHF 100 wäre wohl noch zu gering und sollte keine Rolle spielen.

2019 vor dem Eheschutzgericht eine Vereinbarung. Darin hielten sie fest, dass ihre beiden minderjährigen Töchter von beiden Eltern je hälftig betreut werden. Der Ehemann verpflichtete sich zudem zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau und die Kinder. Der Ehemann war im Nachhinein mit der Vereinbarung nicht mehr einverstanden, verlangte einen begründeten Entscheid und erhob Berufung bei der kantonalen Zweitinstanz.<sup>98</sup> Er brachte – wie auch später vor Bundesgericht – vor, die von den Parteien geschlossene Vereinbarung hätte vom erstinstanzlichen Eheschutzgericht nicht genehmigt werden dürfen. Nachdem die kantonale Zweitinstanz seine Berufung abgewiesen hatte, gelangte der Ehemann an das Bundesgericht.

Vor Bundesgericht brachte der Ehemann zusammengefasst vor, durch die Vereinbarung vom 26. August 2019 werde er zu Unterhaltszahlungen verpflichtet, die seine Leistungsfähigkeit bei weitem übersteigen und in erheblichem Umfang in sein Existenzminimum eingreifen würden. Bereits aufgrund der von der Vorinstanz selbst festgehaltenen Zahlen ergebe sich ein Manko von CHF 1150 pro Monat. Die Vereinbarung hätte deshalb vom Eheschutzgericht nicht genehmigt werden dürfen. Daran ändere nichts, dass die Eheleute der Vereinbarung zugestimmt hätten.<sup>99</sup>

Das Bundesgericht hielt zusammengefasst fest, dass das Gericht nach Art. 279 Abs. 1 ZPO keine Vereinbarung genehmigen dürfe, die offensichtlich unangemessen bzw. unbillig sei. Grundsätzlich sei der unterhaltsverpflichteten Partei *im Entscheidfall* für alle familienrechtlichen Unterkategorie und in Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz stets das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen. Wenn die Eheleute *bezüglich des ehelichen Unterhaltes* eine abweichende Mankoteilung vereinbaren würden, so stelle dies grundsätzlich noch keine offensichtliche Unbilligkeit dar. Nur weil der Ehemann das vorhandene Manko alleine zu tragen habe und deshalb in sein Existenzminimum eingegriffen werde, sei die Genehmigung der Vereinbarung noch nicht per se als willkürlich zu betrachten.<sup>100</sup> Nicht zulässig sei aber eine Vereinbarung, wenn es dem Gläubigerehegatten möglich sei, einen Überschuss zu erwirtschaften, oder er bei zumutbarer Anstrengung einen solchen erwirtschaften könnte; diesfalls lasse sich der Eingriff in das Existenzminimum des anderen Ehegatten nicht rechtfertigen.<sup>101</sup>

Anders sehe die Beurteilung aber aus, wenn Unterhaltsbeiträge für minderjährige Kinder festgelegt werden müssten. Der für Kinderbelange geltende uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz und die Offizialmaxime nach Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO wirkten nicht nur zugunsten des Kindes, sondern hätten auch für den unterhaltspflichtigen Elternteil Wirkung. Wenn ein Elternteil in eine Vereinbarung einwillige, die ihn zur Leistung von Kinderunterhalt verpflichte, und gleichzeitig sein Existenzminimum nicht gedeckt sei, dürfe dies vom Gericht nicht genehmigt werden. Ein Eingriff in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners sei nicht zulässig. Der absolute Schutz des Existenzminimums gelte in vorliegender Konstellation indes nur hinsichtlich der Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind, die den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vorgehe.<sup>102</sup> Der Entscheid der Vorinstanz werde deshalb aufgehoben und an die Vorinstanz zurückgewiesen.<sup>103</sup>

Damit stellt das Bundesgericht klar, dass ein Gericht oder eine Kinderschutzbehörde eine Vereinbarung der Eltern betreffend alternierende Obhut nur dann genehmigen darf, wenn das Existenzminimum des unterhaltszahlenden Elternteils gedeckt ist. Im Ergebnis bedeutet dies der faktische Ausschluss des Betreuungsmodells der geteilten Obhut bei sehr angespannten finanziellen Verhältnissen bei ungleichen Einkommen der Elternteile.

## 5. BGer 5A\_549/2019

Aus dem Urteil des Bundesgerichtes vom 18. März 2021 ergibt sich folgender verkürzt wiedergegebener Sachverhalt: Anlässlich der Scheidung im Jahr 2013 wurden die zum damaligen Zeitpunkt zehn- und fünfjährigen Kinder unter die Alleinobhut des Vaters gestellt. Gleichzeitig wurde die Mutter im Scheidungsurteil zu Leistung von Kinderunterhalt verpflichtet. Der Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Im gleichen Jahr kam die (später geborene) Tochter der Mutter zur Welt. In einem Abänderungsverfahren verlangte die Mutter nun, die im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge für ihre beiden erstgeborenen Kinder müssten aufgehoben werden. Ihr diesbezüglicher Antrag wurde von der kantonalen Zweitinstanz abgewiesen.<sup>104</sup> Das Gericht kam zum Schluss, dass es der Mutter zumutbar sei, ab Einschulung ihrer jüngsten Tochter 75% erwerbstätig zu sein. Ab deren Eintritt in die

<sup>98</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, Sachverhalt.

<sup>99</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, E. 3.1.

<sup>100</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, E. 3.2 mit Verweisen.

<sup>101</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, E. 3.3.1 mit Verweisen.

<sup>102</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, E. 5.1.

<sup>103</sup> BGer, 5A\_1031/2019, 26.6.2020, E. 6.1.

<sup>104</sup> BGer, 5A\_549/2019, 18.3.2021, Sachverhalt.

Sekundarstufe könne schliesslich der Mutter ein Vollzeit-erwerb zugemutet werden.<sup>105</sup>

Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass bei Kindern, die unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils stünden, der andere Teil, welcher nicht die Obhut innehat, grundsätzlich für den gesamten Geldunterhalt aufzukommen habe. Mit Bezug auf die Leistung von Kindesunterhalt bestehe eine besondere Anstrengungspflicht, was namentlich bei knappen Verhältnissen – wie im vorliegenden Fall – gelte. Eine vorhandene Arbeitskapazität sei grundsätzlich voll auszuschöpfen. Allenfalls werde der unterhaltspflichtige Elternteil durch familienrechtliche Verpflichtungen ganz oder teilweise davon abgehalten, erwerbstätig zu sein. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfe sich der unterhaltspflichtige Elternteil nur während des ersten Lebensjahres der persönlichen Betreuung seines Kindes aus der neuen Beziehung widmen. Anschliessend müsse er eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, um seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern aus der früheren Beziehung nachzukommen, welche nicht unter seiner Obhut stünden.<sup>106</sup>

Weiter gelangte das Bundesgericht zum Schluss, der Sachverhalt sei von der kantonalen Erstinstanz nicht genügend abgeklärt worden, und wies deshalb das Verfahren zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.<sup>107</sup> Ob der Mutter unter den konkreten Umständen – die jüngste Tochter war zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils acht Jahre alt – eine Vollzeitstelle zumutbar gewesen wäre, liess das Bundesgericht offen.<sup>108</sup>

Dieser Entscheid zeigt auf, dass das Betreuungsmodell der alternierenden Obhut für Zweit- oder Patchworkfamilien praktisch nicht in Frage kommt, wenn ein Elternteil Unterhaltspflichten gegenüber Kindern aus früheren Beziehungen hat und diese nicht massgeblich betreut. Das in der späteren Beziehung geborene Kind hat nach seinem ersten Lebensjahr keinen Anspruch auf persönliche Betreuung. Die finanziellen Ansprüche der in der früheren Beziehung geborenen Kinder gehen vor, sofern diese unter der Alleinobhut im Haushalt des anderen Elternteils leben. Das Schulstufenmodell ist bei dieser Konstellation nicht anwendbar.

## 6. Vorläufiges Fazit

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich in Bezug auf die mögliche Anordnung einer geteilten Obhut bei angespannten finanziellen Verhältnissen folgende Schlüsse ziehen:

- Grundsätzlich sind die wirtschaftlichen Verhältnisse nur ein Kriterium von vielen, das es zu prüfen gilt, wenn alternierende Obhut vom Gericht angeordnet oder eine diesbezügliche Vereinbarung der Eltern genehmigt wird. Eine rein ökonomische Betrachtungsweise ist unzulässig bzw. es ist *nicht* per se jenes Betreuungsmodell zu wählen, bei welchem die Familienmitglieder wirtschaftlich am besten dastehen.
- Nur Kinder bis zum vollendeten ersten Lebensjahr haben grundsätzlich einen absoluten Anspruch darauf, von einem oder beiden Elternteilen persönlich betreut zu werden. Spezielle Konstellationen (z.B. die körperliche Behinderung eines Kindes) können zur Abweichung vom Grundsatz führen.
- Da Fremd- und Selbstbetreuung grundsätzlich gleichgestellt sind, darf ein Elternteil nicht eigenmächtig seinen Betreuungsanteil bei gleichzeitigem Einkommensverlust ausdehnen, wenn dies bei angespannten finanziellen Verhältnissen zu einer merklichen Schlechterstellung aller Familienmitglieder führt. Es kann aber zulässig sein, wenn es wirtschaftlich praktisch keine Auswirkungen hat.<sup>109</sup> Insbesondere darf ein Elternteil dann keine eigenmächtige Einkommensreduktion vornehmen, wenn er bisher mit seinem Einkommen den Barunterhalt eines nicht in seinem Haushalt lebenden Kindes decken konnte und dies nun aufgrund der Pensionsreduktion nicht mehr möglich wäre. Die finanziellen Ansprüche der in einer früheren Beziehung geborenen Kinder gehen vor, wenn diese nicht unter der Obhut des unterhaltspflichtigen Elternteils stehen.
- Im *Entscheidfall* darf die alternierende Obhut bei eingeschränkten finanziellen Mitteln in der Regel nur angeordnet werden, wenn bei beiden Elternteilen das betriebsrechtliche Existenzminimum gedeckt ist. Von der Regel darf abgewichen werden, wenn feststeht, dass auch eine andere Betreuungsregelung (ausschliesslich) beim unterhaltsberechtigten Elternteil und dem in seinem Haushalt lebenden Kind zu keiner spürbaren Verbesserung der finanziellen Verhältnisse führen würde bzw. sich eine andere Betreuungsre-

<sup>105</sup> BGer, 5A\_549/2019, 18.3.2021, E. 3.2.

<sup>106</sup> BGer, 5A\_549/2019, 18.3.2021, E. 3.4.

<sup>107</sup> BGer, 5A\_549/2019, 18.3.2021, E. 4.4 und 6.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu auch REGINA AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter vom 14.2.2022, N 46 f.

<sup>109</sup> Natürlich müssen auch die anderen Kriterien erfüllt sein; vgl. oben Ziff. II.B.2.

- gelung nicht massgeblich auf die Höhe der Unterdeckung auswirken würde.
- Bei einem übereinstimmenden Antrag der Eltern hilft selbst ein Hinweis auf Art. 133 Abs. 2 ZGB nicht weiter. Treffen die Eltern eine *Vereinbarung* betreffend geteilte Obhut, so ist eine solche nur genehmigungsfähig, sofern die Unterhaltspflicht nicht zu einer Unterdeckung beim leistungsfähigeren Elternteil führt. Eine andere Lösung widerspricht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Kindeswohl. Damit kommt das Betreuungsmodell der alternierenden Obhut selbst bei Einigkeit der Eltern nicht in Frage (Ausschlusskriterium), sofern der leistungsfähigere Elternteil in seinem betriebsrechtlichen Existenzminimum eine Unterdeckung aufweist. Dies bedeutet, dass der Grundsatz der Elternautonomie bei einer solchen Fallkonstellation keine Berücksichtigung findet.

Damit bleibt als vorläufiges, ernüchterndes Ergebnis, dass die alternierende Obhut als Betreuungsmodell in der Regel nur für finanziell bessergestellte Eltern in Frage kommt, wohingegen eine solche für die unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum lebenden Eltern nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern ein bewährtes und gelebtes Betreuungskonzept dem Gericht oder der Kinderschutzbehörde zur Genehmigung unterbreiten, bei welchem die Existenzminima der Eltern und Kinder nicht gedeckt sind; eine solche Betreuungsregelung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht genehmigungsfähig.

### III. Tipps zum konkreten Vorgehen in der Praxis

#### A. Entscheidfall

Sind sich die Eltern bezüglich der Betreuungsanteile und/oder der Unterhaltsregelung nach Durchführung des Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens bzw. des Unterhaltsprozesses uneinig, so hat das Gericht einen Entscheid zu fällen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf in der Regel die alternierende Obhut bei eingeschränkten finanziellen Mitteln nur angeordnet werden, wenn bei beiden Elternteilen und den Kindern in ihrem Haushalt das betriebsrechtliche Existenzminimum<sup>110</sup> gedeckt ist.

<sup>110</sup> Dazu gehören gemäss BGE 147 III 265 einzig folgende Bedarfpositionen: bei den Erwachsenen: Grundbetrag, Wohnkosten(anteil), obligatorische Krankenversicherung (inkl. unumgänglicher Gesundheitskosten wie Franchise und Selbstbehalt, abzüglich IPV) und Berufsausübungskosten (Kosten für auswärtige Verpflegung

Ausnahmsweise darf davon abgewichen werden, wenn feststeht, dass eine andere Betreuungsregelung zu keiner spürbaren Verbesserung der finanziellen Verhältnisse führen bzw. sich eine andere Betreuungsregelung nicht massgeblich auf die Höhe des Mankos auswirken würde.<sup>111</sup>

Beispiel 3: Anna und Hans haben zwei Kinder, Florian (10) und Simona (2). Beide Elternteile arbeiten mit einem 50%-Pensum. Anna verdient CHF 3000 und Hans CHF 5050 netto pro Monat. Florian erhält monatliche Kinderzulagen in der Höhe von CHF 250 und Simona solche in der Höhe von CHF 200, welche von Anna bezogen werden. Die Eltern leben eine Betreuungslösung mit je hälftigem Betreuungsanteil, wobei die Kinder einen Tag pro Woche unentgeltlich von der Grossmutter betreut werden. Sie können sich über die Höhe der von Hans zu leistenden Unterhaltszahlungen nicht einigen. Die Bedarfszahlen präsentieren sich wie folgt:

Name(n)	Anna	Florian	Simona	Hans	Florian	Simona
Grundbetrag	1350.00	300.00	200.00	1350.00	300.00	200.00
Wohnkosten	800.00	400.00	400.00	1180.00	590.00	590.00
Wohnnebenkosten	20.00	10.00	10.00	20.00	10.00	10.00
Krankenkasse KVG (abz. IPV)	350.00	60.00	60.00	270.00	0.00	0.00
regelmässige, ungedeckte Gesundheitskosten	0.00	30.00	30.00	0.00	0.00	0.00
Fahrten zum Arbeitsplatz	270.00			270.00		
Mehrkosten auswärtige Verpflegung	110.00			110.00		
<b>Gesamt</b>	<b>2900.00</b>	<b>800.00</b>	<b>700.00</b>	<b>3200.00</b>	<b>900.00</b>	<b>800.00</b>

Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 8500 (CHF 3000 [Einkommen Anna] + CHF 450 [Kinderzulagen] + CHF 5050 [Einkommen Hans]) steht ein Bedarf von CHF 9300 gegenüber. Es fehlen CHF 800. Wenn das Gericht einen Sachentscheid betreffend Unterhalt und/oder Betreuungsanteile fällen muss, dann darf in diesem konkreten Fall keine alternierende Obhut angeordnet werden. Sie würde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Kindeswohl widersprechen, weil eine Unterdeckung von CHF 800 vorliegt und Hans mit seinem Einkommen seinen eigenen Bedarf sowie die Kostenanteile von Florian und Simona in seinem Haushalt nicht decken kann.

Variante 1 zu Beispiel 3<sup>112</sup>: Anna verdient CHF 3950 und Hans CHF 4100 (Gesamteinkommen inkl. Kinderzulagen von CHF 450 unverändert CHF 8500). Die Kinderzulagen werden den Eltern je zur Hälfte angerechnet. Das Haushaltseinkommen von Anna beträgt CHF 4175 (Einkommen Anna CHF 3950 + hälftiger Anteil Kinderzulagen CHF 225), dasjenige von Hans

sowie Wegkosten zum Arbeitsplatz); bei den Kindern: Grundbetrag, Wohnkostenanteil, obligatorische Krankenversicherung (inkl. unumgänglicher Gesundheitskosten wie Franchise und Selbstbehalt, abzüglich IPV), Fremdbetreuungskosten, bei Lehrlingen und Schülern Kosten für auswärtige Verpflegung sowie Wegkosten zum Arbeitsplatz bzw. Schulort.

<sup>111</sup> Vgl. oben II.D.6.

<sup>112</sup> Die Variante des Beispiels ist stark vereinfacht. Die Zahlen dienen nur zur Erläuterung des Prinzips und entsprechen kaum der Realität.

CHF 4325 (Einkommen Hans CHF 4100 + hälftiger Anteil Kinderzulagen CHF 225).

Beide Eltern wohnen in einem Weiler weit weg vom Dorfkern. Es gibt keine Fremdbetreuungsmöglichkeiten in der näheren Umgebung. Eine Fremdbetreuungslösung wäre mit einem unzumutbaren Zeitaufwand und hohen Kosten verbunden. Da beide Elternteile unter Berücksichtigung der Kinderzulagen etwa gleich viel verdienen, würde ein Modell mit höheren Arbeitspensen von Hans und/oder Anna zu keiner «spürbaren» finanziellen Besserstellung der Familie führen. Eine Pensumserhöhung des einen Elternteils würde automatisch zur Pensumsreduktion des anderen Elternteils in der gleichen Höhe führen, da die Betreuung der Kinder nicht anders gewährleistet werden kann.

Die Zahlen präsentieren sich dann wie folgt: Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 8500 steht ein Bedarf von CHF 9300 gegenüber. Es besteht ein Manko von CHF 800. Da beide Elternteile mit ihrem Einkommen ihre Lebenshaltungskosten decken können, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Hingegen können weder Anna noch Hans mit ihrem Einkommen den eigenen Haushaltsbedarf (persönlichen Bedarf und Bedarf der Kinder) decken. Anna fehlen CHF 225 (CHF 4400 – CHF 4175) und Hans CHF 575 (CHF 4900 – CHF 4325). Es können mangels Leistungsfähigkeit beider Eltern keine Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden.

Die Lösung im konkreten Fall müsste wohl darin bestehen, die Eltern zu verpflichten, ihre Bedarfskosten zu senken.<sup>113</sup>

Damit bleibt als ernüchterndes Fazit, dass bei Uneinigkeit der Eltern bei schlechten finanziellen Verhältnissen das Betreuungsmodell der geteilten Obhut in den meisten Fällen faktisch ausgeschlossen ist. Dies gilt vor allem dann, wenn die Erhöhung des Arbeitspensums des leistungsfähigeren Elternteils – im Fremdbetreuungsfall unter Berücksichtigung der zusätzlich anfallenden Fremdbetreuungskosten bzw. im Fall persönlicher Betreuung unter Anrechnung des Einkommensverlustes des weniger leistungsfähigen Elternteils – insgesamt zu einer finanziellen Besserstellung der Familie führen würde.

## B. Im Falle einer Konventionslösung

### 1. Ausgangssituation

Zum einen kommt es in der erstinstanzlichen Praxis regelmässig vor, dass Eltern mit eingeschränkten finanziellen Mitteln dem Gericht oder der Kindesschutzbehörde eine Konvention mit alternierender Betreuungsregelung vorlegen, die gemäss der oben wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eigentlich nicht genehmigungsfähig wäre. Wenn die Obhuts- und Unterhaltsregelung von den Eltern bereits seit mehreren Monaten oder noch länger praktiziert wird, lässt sich von der Genehmigungsinstanz kaum vermitteln, dass ein solches Betreu-

ungsmodell dem Kindeswohl widerspreche und deshalb nicht genehmigungsfähig sei.

Beispiel 4 aus der Praxis der Autoren: Die verheirateten rund 30-jährigen Eltern haben zwei Kinder, welche drei und vier Jahre alt sind. Beide Elternteile arbeiten mit einem 50%-Pensum mit Einkommen im Tieflohnbereich. Dem Gericht wird eine Scheidungskonvention mit alternierender Obhutsregelung (je ½) vorgelegt. Die Berechnung anhand der konkreten Zahlen ergibt eine Unterdeckung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums von CHF 1200, wobei der Ehemann der Ehefrau einen bescheidenen Unterhaltsbeitrag für die Kinder bezahlt. Keiner der Eltern bezieht Sozialhilfe. Auf die konkrete Situation angesprochen, erklären beide Eltern, dass sie mit dieser Lösung nun seit 18 Monaten leben würden und sich die in der Konvention umschriebenen Regelungen bestens bewährt hätten. Sie würden sich täglich über die Kinder austauschen und hätten ein sehr gutes Verhältnis. Was das Finanzielle anbelange, würden sie sich bewusst einschränken, insbesondere keine Ferien machen, nur günstige Lebensmittel einkaufen, ausschliesslich gebrauchte Kleider tragen und die Spielzeuge für die Kinder im Secondhandshop besorgen. Zudem würden sie auch von den Grosseltern finanziell unterstützt, indem diese ihnen gewisse Gegenstände, z.B. ein grösseres Bett oder ein Fahrrad für die Kinder, beschaffen würden. Darauf hingewiesen, dass ihre finanzielle Situation eigentlich keine alternierende Obhut erlauben würde, zeigen sie dafür wenig Verständnis.

Zum anderen kommt es vor, dass die Eltern trotz angespannter finanzieller Verhältnisse eine geteilte Betreuungsregelung wünschen, aber nicht wissen, wie sie diese konkret umsetzen können/sollen. In solchen Fällen wenden sie sich an eine rechtskundige Person, an eine/n Mediator/in, an die Kindesschutzbehörde oder an das Gericht und ersuchen darum, dass für sie eine Lösung erarbeitet werde.

In beiden vorgenannten Fällen wäre es aus unserer Sicht stossend, den Eltern zu untersagen, einzig aufgrund der finanziell angespannten Situation das Betreuungsmodell der alternierenden Obhut von vornherein auszuschliessen. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche – zugegeben teilweise etwas pragmatischen – Lösungen den Parteien in einem solchen Fall vorgeschlagen werden können.

### 2. Modelle mit explizitem Verzicht auf die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen

Bei der Anordnung von alternierender Obhut besteht die Möglichkeit, dass statt der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen andere Formen der Unterhaltsbestimmung gewählt werden. Bei den nachgenannten Beispielen werden keine konkreten Zahlen festgesetzt, die der eine Elternteil dem anderen bezahlen muss. Damit entfällt auch die Dokumentationspflicht gemäss Art. 282 und Art. 301a ZPO und eine allfällige Unterdeckung muss vom Gericht im Entscheid nicht festgehalten werden. Der Nachteil dieser Lösungen besteht aber darin, dass sich im Streitfall praktisch

<sup>113</sup> Vgl. hierzu Variante 1 zu Beispiel 5.

unlösbare vollstreckungsrechtliche Fragen stellen, worauf an dieser Stelle aber nicht weiter eingegangen wird.

- Beim *Kostenübernahmehmodell* einigen sich die Eltern darauf, welcher Elternteil welche Kostenpositionen für welches Kind zu übernehmen hat. Beispielsweise trägt jeder Elternteil sämtliche Wohnkosten und Grundbedarfskosten (inkl. Nahrung und Ferien) für sich und die Kinder in seinem Haushalt. Der leistungsfähigere Elternteil übernimmt die Gesundheitskosten, die Mobilitätskosten, die Kommunikationskosten, die Aufwendungen für Hobbys und das Taschengeld für die Kinder. Für jede Kostenposition kann eine Obergrenze bestimmt werden (z.B. für Hobbys maximal CHF 20 pro Kind pro Monat). Bei einem sehr grossen finanziellen Leistungsgefälle kann sich der wirtschaftlich stärkere Elternteil zudem verpflichten, für gewisse Positionen des Grundbedarfes des Kindes (z.B. Kleider, Schuhe, Ferienanteil) alleine aufzukommen.
- Beim *Budgetmodell* vereinbaren die Eltern, das für die Kinderkosten ein Jahresbudget zur Verfügung steht. Das Geld wird auf ein Bankkonto einbezahlt, auf welches beide Eltern jederzeit Zugriff haben. Die Eltern einigen sich, welche Kosten bis zu welcher Höhe über dieses Budget finanziert werden (z.B. Ferien, Kleider, Musikinstrumente, Schulbücher, Geschenke für die Freundinnen und Freunde, Taschengeld, Hobbys, Mobilitätskosten). Jeder Elternteil trägt nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit zum Budget bei. Die Budgetaufteilung wird jedes Jahr aufgrund der Leistungsfähigkeit der Eltern neu festgelegt.
- Bei mehreren Kindern in gerader Zahl kann das *Einzelkind-Modell* zur Anwendung gelangen. Dabei übernimmt jeder Elternteil die Kosten für ein Kind in seinem Haushalt. Die Kinder werden rein rechnerisch (nicht effektiv) aufgeteilt. Die Methode funktioniert nur bei einer geraden Anzahl von Kindern und bei etwa gleichwertigen finanziellen Verhältnissen beider Elternteile. Sie hat zudem den Vorteil, dass jeder Elternteil ein Kind in seiner Steuererklärung aufführen und vom reduzierten Steuertarif profitieren kann.

### 3. Modelle mit hypothetisch höherem Einkommen

Reichen die finanziellen Mittel nicht aus und wollen beide Eltern ihre Kinder massgeblich selbst betreuen, kann eine Lösung darin bestehen, dass einem oder beiden Elternteilen rein rechnerisch ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird.

Den Eltern muss aber unmissverständlich klar gemacht werden, dass die von ihnen getroffene Betreuungslösung eigentlich mit dem von ihnen effektiv erzielten Einkommen nicht finanzierbar wäre. Eine solche Vereinbarung ist nur dann genehmigungsfähig, wenn die Eltern in vollem Bewusstsein auf zusätzliches Einkommen verzichten. Insbesondere jenem Elternteil, der Unterhaltsbeiträge zu bezahlen hat, muss vermittelt werden, dass trotz Unterdeckung in der Regel kein Anspruch auf Fürsorgegelder besteht.<sup>114</sup>

Die konkrete Berechnung kann herausfordernd sein, weil die hypothetisch anzurechnenden Einkünfte mit der Unterdeckung korrespondieren müssen, was am nachfolgenden Beispiel erläutert wird.

Beispiel 5: Anna und Hans haben zwei Kinder, Florian (10) und Simona (2). Beide Elternteile arbeiten mit einem 60%-Pensum. Anna verdient CHF 3200 und Hans CHF 4850 netto pro Monat. Florian erhält monatliche Kinderzulagen in der Höhe von CHF 250 und Simona solche in der Höhe von CHF 200, welche von Anna bezogen werden. Die Eltern leben eine Betreuungslösung mit je hälftigem Betreuungsanteil, wobei die Kinder einen Tag pro Woche unentgeltlich von der Grossmutter betreut werden. Die Bedarfswahlen präsentieren sich wie folgt:

Name(n)	Anna	Florian	Simona	Hans	Florian	Simona
Grundbetrag	1350.00	300.00	200.00	1350.00	300.00	200.00
Wohnkosten	800.00	400.00	400.00	1180.00	590.00	590.00
Wohnnebenkosten	20.00	10.00	10.00	20.00	10.00	10.00
Krankenkasse KVG (abz. IPV)	350.00	60.00	60.00	270.00	0.00	0.00
regelmässige, ungedeckte Gesundheitskosten	0.00	30.00	30.00	0.00	0.00	0.00
Fahrten zum Arbeitsplatz	270.00			270.00		
Mehrkosten auswärtige Verpflegung	110.00			110.00		
<b>Gesamt</b>	<b>2900.00</b>	<b>800.00</b>	<b>700.00</b>	<b>3200.00</b>	<b>900.00</b>	<b>800.00</b>

Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 8500 steht ein Bedarf von CHF 9300 gegenüber. Es fehlen CHF 800. Da beide Elternteile mit ihrem Einkommen ihre eigenen Lebenshaltungskosten decken können, ist kein Betreuungsun-

<sup>114</sup> Verhältnisse im Kanton Zürich: Bei der Berechnung der Sozialhilfe wird grundsätzlich alles Einkommen beider Ehegatten und eingetragener Partner angerechnet; zu zahlende Unterhaltsbeiträge dürfen nicht abgezogen werden; vgl. § 15 des Sozialhilfegesetzes vom 14. Juni 1981 (SHG/ZH; LS 851.1); § 16 der Verordnung vom 21. Oktober 1981 zum Sozialhilfegesetz (SHV/ZH; LS 851.11); Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS, Hrsg.), SKOS-Richtlinien, Version 1.1.2021, Kapitel D.1 und D.4. Die Praxis folgt dem Grundgedanken, dass eine Fürsorgebehörde nur Personen in ihrem Wohngebiet unterstützt. Falls die von einem Elternteil zu zahlenden Unterhaltsbeiträge abgezogen werden dürften, würden gemäss dieser Überlegung indirekt Personen ausserhalb der eigenen Wohngemeinde unterstützt.



terhalt geschuldet. Die Gesamtbedarfskosten im Haushalt von Anna betragen CHF 4400, jene im Haushalt von Hans CHF 4900. Beide Elternteile können mir ihrem Einkommen den Haushaltsbedarf nicht decken. Simona fehlen CHF 750 (CHF 4400 [Haushaltsbedarf] – CHF 3200 [Einkommen Anna] – CHF 450 [Kinderzulagen]) und Hans fehlen CHF 50 (CHF 4900 [Haushaltsbedarf] – CHF 4850 [Einkommen Hans]).

Damit die finanziellen Verhältnisse ausgewogen bleiben, muss in diesem Beispiel bei beiden Elternteilen ein hypothetisches Einkommen festgesetzt und die Unterdeckung gleichmässig verteilt werden (CHF 400 in beiden Haushalten). Zurzeit ist die Unterdeckung ungleich hoch (CHF 750 im Haushalt von Anna und CHF 50 im Haushalt von Hans). Um einen Ausgleich zu erzielen, müssen CHF 350 von Hans zu Anna fliessen (dann beträgt die Unterdeckung in beiden Haushalten je CHF 400). Rechnerisch lösbar ist das so, dass bei beiden Elternteilen ein hypothetisches Einkommen von je CHF 400 angerechnet wird. Gleichzeitig ist Hans zu verpflichten, an den Unterhalt von Florian und Simona im Haushalt von Anna je CHF 175 monatliche Unterhaltsbeiträge (insgesamt CHF 350) zu bezahlen.

Die Zahlen präsentieren sich dann wie folgt: Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 9300 steht ein Bedarf von CHF 9300 gegenüber. Es besteht rechnerisch kein Manko mehr. Da beide Elternteile mit ihrem Einkommen ihre Lebenshaltungskosten decken können, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Die Gesamtbedarfskosten im Haushalt von Anna betragen CHF 4400, jene im Haushalt von Hans CHF 4900. Mit seinem Einkommen von insgesamt CHF 5250 (Erwerbseinkommen von CHF 4850 und hypothetisches Einkommen von CHF 400) hat Hans nach Abzug des Haushaltsbedarfs von CHF 4900 eine theoretische Leistungsfähigkeit von CHF 350. In diesem Umfang kann er Unterhalt bezahlen. Anna kann nun mit ihrem Haushaltseinkommen von CHF 4050 (CHF 3200 [Erwerbseinkommen] + CHF 400 [hypothetisches Einkommen] + CHF 450 [Kinderzulagen]) sowie den Unterhaltsbeiträgen von CHF 350 ihren Haushaltsbedarf von CHF 4400 exakt decken.

#### 4. Modelle mit hypothetisch tieferen Lebenshaltungskosten

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Bedarfswahlen hypothetisch zu senken, damit das vorhandene Einkommen ausreichend ist. Am einfachsten geschieht dies, indem den Eltern in beiden Haushalten hypothetisch tiefere Wohnkosten angerechnet werden. Auch in diesem Fall muss das Gericht die Eltern aber darauf hinweisen, dass die favorisierte Betreuungslösung eigentlich nicht finanzierbar wäre und die Eltern, sofern sie ihre Wohnkosten nicht effektiv reduzieren, diese Beträge in einem anderen Bereich einsparen müssen. Ein Wohnungswechsel ist in der Regel mit grösseren finanziellen Belastungen verbunden, als es zunächst den Anschein macht.<sup>115</sup>

Variante 1 zu Beispiel 5: Anna und Hans müssen in ihrem Haushalt je CHF 400 einsparen. Rechnerisch am einfachsten gelingt dies, wenn in beiden Haushalten die Wohnkosten hypothetisch herabgesetzt werden: Die Bedarfswahlen präsentieren sich dann wie folgt:

Name(n)	Anna	Florian	Simona	Hans	Florian	Simona
Grundbetrag	1350.00	300.00	200.00	1350.00	300.00	200.00
Wohnkosten (hypothetisch herabgesetzt)	600.00	300.00	300.00	980.00	490.00	490.00
Wohnnebenkosten	20.00	10.00	10.00	20.00	10.00	10.00
Krankenkasse KVG (abz. IPV)	350.00	60.00	60.00	270.00	0.00	0.00
regelmässige, ungedeckte Gesundheitskosten	0.00	30.00	30.00	0.00	0.00	0.00
Fahrten zum Arbeitsplatz	270.00			270.00		
Mehrkosten auswärtige Verpflegung	110.00			110.00		
<b>Gesamt</b>	<b>2700.00</b>	<b>700.00</b>	<b>600.00</b>	<b>3000.00</b>	<b>800.00</b>	<b>700.00</b>

Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 8500 steht nun ein Bedarf von CHF 8500 (Gesamtbedarf Haushalt Anna: CHF 4000 und Gesamtbedarf Haushalt Hans: CHF 4500) gegenüber. Es besteht rechnerisch kein Manko mehr. Da beide Elternteile mit ihrem Einkommen ihre Lebenshaltungskosten decken können, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Mit seinem Einkommen von CHF 4850 hat Hans nach Abzug des Haushaltsbedarfs von CHF 4500 eine theoretische Leistungsfähigkeit von CHF 350. In diesem Umfang kann er Unterhalt bezahlen. Anna kann nun mit ihrem Haushaltseinkommen von CHF 3650 (CHF 3200 [Erwerbseinkommen] + CHF 450 [Kinderzulagen]) und den Unterhaltsbeiträgen von CHF 350 ihren Haushaltsbedarf von CHF 4000 exakt decken.

Variante 2 zu Beispiel 5: Im vorliegenden Fall kann sich die Frage stellen, ob die Wohnkosten im Haushalt von Hans (insgesamt effektiv CHF 2400 inkl. Wohnnebenkosten) im Verhältnis zum Haushalt von Anna (insgesamt effektiv CHF 1640) nicht übersetzt sind und sich keine hälftige, sondern eine andere Aufteilung der Unterdeckung aufdrängt. So könnte im vorliegenden Fall ein Verhältnis 1 zu 3<sup>116</sup> vorgenommen werden. Dann hätte Anna von der Unterdeckung von CHF 800 einen Anteil von CHF 200 und Hans einen solchen von CHF 600 zu übernehmen. Dementsprechend müssten auch die hypothetisch festgesetzten Wohnkosten angepasst werden. Die Bedarfswahlen präsentieren sich dann wie folgt:

<sup>115</sup> Zum Ganzen: MAIER/WALDNER-VONTOBEL (FN 2), 879.

<sup>116</sup> Unter Berücksichtigung der effektiven Wohnkosten wäre auch ein Verhältnis von 2 zu 3 denkbar, wenn die Wohnkosten im Haushalt von Anna (CHF 1640) denjenigen von Hans (CHF 2400) gegenübergestellt werden.

Name(n)	Anna	Florian	Simona	Hans	Florian	Simona
Grundbetrag	1350.00	300.00	200.00	1350.00	300.00	200.00
Wohnkosten (hypothetisch herabgesetzt)	700.00	350.00	350.00	880.00	440.00	440.00
Wohnnebenkosten	20.00	10.00	10.00	20.00	10.00	10.00
Krankenkasse KVG (abz. IPV)	350.00	60.00	60.00	270.00	0.00	0.00
regelmässige, ungedeckte Gesundheitskosten	0.00	30.00	30.00	0.00	0.00	0.00
Fahrten zum Arbeitsplatz	270.00			270.00		
Mehrkosten auswärtige Verpflegung	110.00			110.00		
<b>Gesamt</b>	<b>2800.00</b>	<b>750.00</b>	<b>650.00</b>	<b>2900.00</b>	<b>750.00</b>	<b>650.00</b>

Dem Gesamteinkommen der Familie von insgesamt CHF 8500 steht nach wie vor ein Bedarf von CHF 8500 (Gesamtbedarf Haushalt Anna: CHF 4200 und Gesamtbedarf Haushalt Hans: CHF 4300) gegenüber. Es besteht rechnerisch kein Manko. Da beide Elternteile mit ihrem Einkommen ihre Lebenshaltungskosten decken können, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Mit seinem Einkommen von CHF 4850 hat Hans nach Abzug des Haushaltsbedarfs von CHF 4300 eine theoretische Leistungsfähigkeit von CHF 550. In diesem Umfang kann er Unterhalt bezahlen. Anna kann mit ihrem Haushaltseinkommen von CHF 3650 (CHF 3200 [Erwerbseinkommen] + CHF 450 [Kinderzulagen]) und den Unterhaltsbeiträgen von CHF 550 ihren Haushaltsbedarf von CHF 4200 exakt decken.

## 5. Modelle mit Vermögensverzehr

Falls ein oder beide Elternteile über ein grösseres liquides oder liquidierbares Vermögen verfügen, können die Parteien auch vereinbaren, dass der fehlende Betrag für einen gewissen Zeitraum (z.B. bis zum Eintritt des jüngsten Kindes in das Schulalter) durch Vermögensverzehr getilgt wird. In diesem Fall sollte in der Vereinbarung aber ausdrücklich festgehalten werden, welcher Elternteil welchen Betrag während welchen Zeitraums zu leisten bereit ist.<sup>117</sup>

Variante 3 zu Beispiel 5: Im vorliegenden Fall könnte die Formulierung lauten: Die Parteien sind sich bewusst, dass die von ihnen praktizierte Betreuungsregelung nicht kostendeckend finanzierbar ist und eine monatliche Unterdeckung von CHF 800 besteht. Sie erklären sich bereit, diese Unterdeckung je zur Hälfte – also monatlich mit je CHF 400 – aus ihrem eigenen Vermögen zu finanzieren, bis Simona (mutmasslich im August 2024) in den Kindergarten eintreten wird.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen zur Zumutbarkeit der Anzehrung von Vermögen, wenn die laufenden Einkünfte für die Deckung des Unterhalts nicht ausreichen, vgl. BGE 147 III 393 E. 6.1 mit Verweisen.

<sup>118</sup> Gemäss dem (auf die geteilte Obhut angepassten) Schulstufenmodell sind beide Eltern ab diesem Zeitpunkt verpflichtet, ihre Erwerbstätigkeit auf mindestens 70% auszudehnen.

## 6. Modelle mit Unterstützungsleistungen von Dritten

Schliesslich kann es vorkommen, dass die Eltern von Verwandten oder Bekannten finanziell unterstützt werden. Auch in einem solchen Fall sollten die finanziellen Leistungen der Drittpersonen in einer Vereinbarung ausdrücklich festgehalten werden.

Variante 4 zu Beispiel 5: Die Formulierung könnte lauten: Die Parteien sind sich bewusst, dass die von ihnen praktizierte Betreuungsregelung nicht kostendeckend finanzierbar ist und eine Unterdeckung von CHF 800 besteht. Die Mutter von Hans hat sich bereit erklärt, die Kinder mit einem monatlichen Betrag von CHF 800 zu unterstützen, damit die bisher praktizierte Betreuungsregelung bis zum Eintritt von Simona in den Kindergarten (mutmasslich im August 2024) finanziert werden kann.

## C. Schlussbemerkung

Alternierende Obhut ist ein Betreuungsmodell, das mehr Kosten verursacht als eine Lösung mit Alleinobhut. Es kommt deshalb grundsätzlich nur für finanziell leistungsfähigere Eltern in Frage.

Nur Kleinkinder, welche weniger als ein Jahr alt sind, haben einen absoluten Anspruch auf persönliche Betreuung. Bei älteren Kindern darf sich – abgesehen von besonderen Fallkonstellationen – kein Elternteil darauf berufen, persönliche Betreuung sei für das Kind generell geeigneter als Fremdbetreuung. Beide Betreuungsarten gelten gemäss Praxis grundsätzlich als gleichwertig.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung widerspricht es dem Kindeswohl, wenn die Eltern eine Betreuungslösung wählen, welche dazu führt, dass ein Kind dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder am Rand des Existenzminimums aufwachsen muss, sofern andere Betreuungslösungen zu wirtschaftlich spürbaren Verbesserungen führen. Muss das Gericht in Bezug auf Betreuungsanteile und/oder Unterhalt einen Sachentscheid fällen, darf es in der Regel nur dann eine Lösung mit geteilter Obhut anordnen, wenn das betreibungsrechtliche Existenzminimum *aller Familienmitglieder in beiden Haushalten* gedeckt ist. Nur ausnahmsweise darf davon abgewichen werden, wenn eine andere Lösung mit höheren Arbeitspensen der Eltern zu keiner spürbaren wirtschaftlichen Besserstellung der Familienmitglieder führen würde. Damit steht fest, dass der finanzielle Aspekt des Kindeswohls ein zu berücksichtigendes Kriterium bei der Wahl des Betreuungsmodells darstellt.

Die dargestellten Grundsätze gelten auch für Eltern, die sich einig sind und dem Gericht oder der Kindeschutzbehörde eine Vereinbarung mit Wechselmodell zur Genehmigung vorlegen oder zusammen mit der Geneh-

migungsbehörde eine Vereinbarung mit einem solchen Inhalt erarbeiten möchten. Aus unserer Sicht ist es stossend, wenn diesen Eltern in absoluter Form vermittelt wird, ihr Betreuungsmodell sei aufgrund der finanziellen Verhältnisse nicht genehmigungsfähig. Dies gilt vor allem dann, wenn das Modell von den Eltern bereits praktiziert wird.

Am Schluss dieses Beitrags wurde aufgezeigt, welche Lösungen die Gerichte und die Kindesschutzbehörden den Eltern in einem solchen Fall anbieten können. Dabei

wurde darauf hingewiesen, dass es sich um einen pragmatischen Ansatz handelt. Unser Leitgedanke ist, dass die Familien- bzw. Elternautonomie gegenüber staatlicher Intervention grundsätzlich Vorrang geniessen und sich Gerichte und Kindesschutzbehörden möglichst nicht über eine von den Eltern gemeinsam beantragte, bereits bewährte Betreuungs- und Finanzierungsregelung hinwegsetzen sollten.

Anzeige

Simon Schären | Thomas Jutzi

## Schweizer Finanzmarkt- recht im europäischen Kontext

**Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität**

Die Schweizer Finanzmarktregulierung wird seit Jahren stark durch die europäische Rechtsentwicklung geprägt. Im Fokus steht dabei die Europakompatibilität und die Sicherung des Marktzugangs. Das Werk bewertet die gängigen Strategien der Rechtsetzung und zeigt Ansätze für die Weiterentwicklung der Marktzugangspolitik auf.

2022, 79 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-442-6  
CHF 42.–

[www.dike.ch/4426](http://www.dike.ch/4426)

Simon Schären | Thomas Jutzi

### Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext

Der Einfluss des europäischen Rechts  
auf die Schweizer Finanzmarktregulierung  
unter besonderer Berücksichtigung  
der Europakompatibilität

DIKE 

DIKE 