

MLaw Alexander Adam

Der Zügelartikel – Keine Kindesentführung beim Wegzug
eines obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland

Der Zügelartikel (Art. 301a ZGB) – Keine Kindesentführung beim Wegzug eines obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland (BGer 6B_1141/2023)

I. Ausgangslage

Die elterliche Sorge umfasst gemäss Art. 301a Abs. 1 ZGB unter anderem das Recht über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Im Regelfall bzw. in der Mehrheit der Fälle steht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zu, dies auch nach der Aufnahme des Getrenntlebens sowie nach der Scheidung. Folglich können beide Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge bestimmen, wo sich das Kind aufzuhalten hat. Nicht zu verwechseln ist dies mit der Obhut, welche bezeichnend dafür ist, wer die tägliche Erziehung, Betreuung und Pflege des Kindes übernimmt (vgl. BGE 142 III 612 E. 4.1). Wurde die Obhut einem Elternteil zugeteilt und lebt das Kind im gleichen Haushalt mit diesem, so befindet sich aber dort auch sein Aufenthaltsort.

In etlichen Fällen führt eine Scheidung zumindest bei einem Elternteil zum Wunsch nach einer grösseren räumlichen Veränderung. Dies, weil beispielsweise ein neuer Lebenspartner in einem weiter entfernten Kanton wohnt oder auch weil einem die Wurzeln zurück ins Ausland führen oder schlicht, weil das Verlangen nach räumlicher und emotionaler Distanz dann besonders gross ist.

II. Recht und Rechtsprechung

Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge sieht Art. 301a Abs. 2 ZGB vor, dass in zwei Konstellationen beide Elternteile mit dem Umzug des Kindes einverstanden sein müssen: 1. wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; 2. wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat. Können sich die Eltern in

diesen Konstellationen nicht über den Umzug des Kindes einigen, muss das Gericht oder die Kindesschutzbehörde darüber entscheiden.

Im Rahmen eines Umzugs in der Schweiz ist eine Zustimmung hauptsächlich dann erforderlich, wenn der Umzug eine Neuregelung der Kinderbelange notwendig macht. Massgeblich ist, ob sich das bisherige Betreuungsmodell in unveränderter Form bzw. mit geringen Anpassungen weiterführen lässt oder nicht (BGE 142 III 502).

Gemäss BGE 142 III 481 bildet Ausgangspunkt für die Auslegung von Art. 301a Abs. 2 ZGB die vom Gesetzgeber bewusst getroffene Wertung, die Niederlassungs- bzw. Bewegungsfreiheit der Elternteile zu respektieren. Es ist mithin nicht nach den Motiven für den elterlichen Wegzug zu forschen, sondern von der Prämisse auszugehen, dass der eine Elternteil in Ausübung seiner Freiheitsrechte wegziehen will. Die vom Gericht oder der Kindesschutzbehörde zu beantwortende Frage ist im Falle der elterlichen Uneinigkeit nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden, sondern an welchem Ort das Wohl des Kindes besser gewahrt ist.

III. Massgebliche Kriterien

Für die Neuregelung der Eltern-Kind-Verhältnisse haben die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten. Abzustellen ist hingegen auf die persönlichen Beziehungen zwischen den Eltern und den Kindern, auf die erzieherischen Fähigkeiten der Eltern und die Bereitschaft, die Kinder in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen. Ebenso ist bei gleicher Erziehungs- und

Betreuungsfähigkeit der Eltern das Bedürfnis der Kinder nach Stabilität der Verhältnisse besonders zu gewichten. Diese Stabilität ist für eine harmonische körperliche, seelische und geistige Entfaltung notwendig. War der wegzugswillige Elternteil nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept ganz oder überwiegend die Bezugsperson, ist es nach der Rechtsprechung tendenziell zum besseren Wohl der Kinder, wenn sie bei diesem Verbleiben und folglich mit ihm wegziehen. Dies gilt insbesondere für jüngere Kinder.

Sind jedoch keine plausiblen Gründe ersichtlich und zieht ein Elternteil offensichtlich nur weg, um das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden, ist die Bindungstoleranz und damit Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils in Frage gestellt, mit der Folge, dass die Umteilung der Obhut über das Kind in Erwägung zu ziehen ist. Auch in solchen Konstellationen setzt die Umteilung der Kinder an den anderen Elternteil jedoch voraus, dass dieser erziehungsfähig ist.

IV. Sanktion bei fehlender Zustimmung?

Art. 301a ZGB wurde sodann vom Gesetzgeber zivilrechtlich bewusst sanktionslos ausgestaltet. Eine Obhutsumteilung setzt daher auch im Falle einer Verletzung von Art. 301a Abs. 2 ZGB voraus, dass das Kind angesichts der gesamten Umstände beim anderen Elternteil besser aufgehoben wäre und dieser das Kind auch tatsächlich betreuen kann und will (BGE 144 III 10 E. 5). Der obhutsberechtigte Mitinhaber der elterlichen Sorge macht sich bei einem eigenmächtigen Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zudem grundsätzlich nicht der Entführung im Sinne von Art. 183 Ziff. 2 StGB strafbar. Von diesem Grundsatz ist nur abzuweichen, wenn die Verbringung des Kindes an einen anderen Aufenthaltsort

massiv in die Interessen des Kindes und letztlich auch dessen Freiheitsrecht eingreift (BGE 141 IV 10 E. 4.5.5). Allein mit dem Verstoss gegen das in Art. 301a Abs. 2 ZGB verankerte Zustimmungserfordernis lässt sich keine Entführung im Sinne von Art. 183 Ziff. 2 StGB begründen, da dies einem Schuldspruch aus rein formellen Gründen gleichkäme, unabhängig davon, ob die Bewilligung für den Wegzug der Kinder ins Ausland zu erteilen gewesen wäre. Strafrechtlich eher zu berücksichtigen ist aber Art. 220 StGB.

V. Einfluss des Kindeswohls

Nach der zu Art. 301a Abs. 2 ZGB ergangenen Rechtsprechung ist dem Alleininhaber der elterlichen Obhut der Wegzug mit den Kindern ins Ausland mangels sinnvoller Alternativen zu bewilligen, dies auch dann, wenn damit das Besuchsrecht des anderen Elternteils je nach Distanz zum neuen Aufenthaltsort der Kinder zwangsläufig eingeschränkt wird (vgl. BGer 6B_1141/2023 E. 2.4.5). Eine faktische Einschränkung des Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils ist nach der Rechtsprechung in Fällen der alleinigen Obhut eines Elternteils hinzunehmen und indirekt Ausfluss der Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit des die Kinder betreuenden Elternteils.

Zwar ist zu betonen, dass gemäss kinderpsychologischer Erkenntnis die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (siehe BGE 142 III 481 E. 2.8; 131 III 209 E. 4; 130 III 585 E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen). Sodann wären gerade bei Kleinkindern häufige und kurze Besuchsintervalle ideal (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.8). Dass in dieser Hinsicht oft kein Idealzustand erreicht wird, wenn sich die obhutsberechtigte Hauptbezugsperson der Kinder im Ausland niederlassen will, hat der Gesetzgeber mit der auf der "Niederlassungsfreiheit-Konzeption" beruhenden Bestimmung von Art. 301a ZGB jedoch

bewusst hingenommen (vgl. dazu BGE 142 III 481 E. 2.8 sowie BGer 6B_1141/2023 E. 2.4.3).

Einen Ortswechsel verbunden mit einer neuen Sprache müssen zudem ebenfalls zahlreiche Kinder hinnehmen. Darin liegt nach der Rechtsprechung keine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3; BGer 6B_1141/2023 E. 2.4.1). Ebenso wenig verstösst eine Fremdbetreuung von Kindern per se gegen das Kindeswohl.

VI. Fazit und Empfehlung

Problematisch sind nach dem hiervor Festgestellten stets die Fälle, in denen ein Elternteil die Zustimmung für einen Wechsel des Aufenthaltsorts verweigert, da er gerne weiterhin seinen Anspruch auf persönlichen Verkehr ungehindert umsetzen würde, dieser jedoch nicht die alleinige oder zumindest alternierende Obhut für die Kinder hat. Obschon Konstellationen mit wechselnder Obhut häufiger werden, so ist mangels effektiver Praktikabilität im Alltag noch immer üblich, dass die Obhut nur einem Elternteil zugeteilt wird und der andere die Rolle der wirtschaftlichen Versorgung übernimmt.

Ein Umzug über eine weite Distanz in der Schweiz oder gar ins Ausland führt in solchen Fällen oft dazu, dass der persönliche Verkehr des nicht weg- oder mitziehenden Elternteils faktisch dahinfällt. Das gesetzlich verankerte Zustimmungserfordernis führt bei Rechtsunkundigen sodann oft zur falschen Vorstellung, dass sie einen Umzug vermeiden können, wenn sie die Zustimmung nicht erteilen. Dies ist eine grobe Fehleinschätzung, denn im Falle der Nichterteilung bzw. mangels Einigkeit, ist die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder das Gericht gefordert. Diese werden zwar versuchen eine Einigung zwischen den Eltern zu erzielen, müssen jedoch bei fortbestehender Uneinigkeit nach den vorgängig geschilderten Kriterien autoritativ

entscheiden. In vielen Fällen und gerade bei kleinen Kindern wird auf die Beziehungs- und Erziehungskontinuität abgestellt, so dass der nicht obhutsberechtigten Elternteil nur in wenigen Fällen eine Chance hat, eine Umteilung der Obhut über die Kinder auf sich zu erwirken und somit einen Umzug oftmals hinnehmen muss. So verhält es sich dann auch, wenn die Zustimmung gar nicht erst eingeholt wird.

Wer ein hohes Interesse an persönlichem Kontakt zu seinem Kind hat und befürchtet, dass im Falle eines Bruchs der Beziehung zum andern Elternteil, dieser einen Wegzug ins Ausland oder an einen weiter entfernten Ort in der Schweiz beabsichtigt, der sollte versuchen, seine Möglichkeiten zur Kinderbetreuung auszuweiten und einen wesentlichen Teil derselben zu übernehmen. Gerade bei kleineren Kindern besteht so eine bessere Ausgangslage, um eine Umteilung der Obhut zu begründen oder allenfalls den Wegzug der Kinder zu verhindern. Dem andern Elternteil steht ein Umzug im Rahmen seiner Freiheitsrechte jedoch stets zu.

Hinweis: Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschliesslichkeit der Inhalte gestellt. Die zur Verfügung gestellten Informationen ersetzen keine individuelle juristische Beratung. Sie sind unverbindlich und nicht Gegenstand eines anwaltlichen Beratungsvertrages.



MLaw Alexander Adam
Advokat

Hinweis

Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschliesslichkeit der Inhalte gestellt. Die zur Verfügung gestellten Informationen ersetzen keine individuelle juristische Beratung. Sie sind unverbindlich und nicht Gegenstand eines anwaltlichen Beratungsvertrages.