

## **BGE 143 III 361**

Bundesgericht (BGE), 2017-06-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_143 III 361](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_143_III_361)

FR: ATF 143 III 361

IT: DTF 143 III 361

### **Regeste**

Regeste Art. 133 Abs. 2 und Art. 298 Abs. 1 ZGB; gemeinsamer Antrag der Eltern über die Regelung der elterlichen Sorge im Scheidungsverfahren. Art. 298 Abs. 1 ZGB hindert den Scheidungsrichter nicht daran, die elterliche Sorge unter Beachtung aller für das Kindeswohl wichtigen Umstände (Art. 133 Abs. 2 Satz 1 ZGB) gestützt auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern (Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB) einem Elternteil allein zuzuweisen. Art. 298 Abs. 1 ZGB ist auf Fälle zugeschnitten, in denen die Eltern über die elterliche Sorge entzweit sind (E. 7).

### **Erwägungen**

#### **E. 7**

Streitig ist schliesslich die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Scheidungsrichter den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge belassen muss, wenn diese ihm zur Genehmigung eine Vereinbarung unterbreiten, in der sie sich darauf geeinigt haben, dass ein Elternteil die elterliche Sorge allein ausüben soll. BGE 143 III 361 S. 363

#### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer argumentiert, der angefochtene Entscheid verletze Art. 20 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB, Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Art. 275 Abs. 2 und Art. 298 Abs. 1 ZGB sowie Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB. Zusammengefasst stellt er sich auf den Standpunkt, eine Zuteilung der elterlichen Sorge allein an einen Elternteil, angeblich auf seinen Antrag, sei "inhaltlich" bereits mit der vergleichbaren Norm von Art. 312 ZGB "unvereinbar". Der Entzug der elterlichen Sorge trotz eines Antrags der Eltern dürfe nur erfolgen, wenn dafür wichtige Gründe vorliegen. Fehle es an dieser Voraussetzung, sei ein Verzicht auf das Pflichtrecht der elterlichen Sorge "von Gesetzes wegen nicht zulässig". Auch Art. 298 Abs. 1 ZGB setze der gerichtlichen Regelungskompetenz Schranken, indem das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge nur zuteile, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Der gerichtlichen Regelungskompetenz seien damit Schranken gesetzt, die der Offizialmaxime folgend der Parteidisposition entzogen sind; ein davon abweichender Konsens könnte das Gericht "per se nicht binden", was auch in Art. 296 Abs. 3 ZPO zum Ausdruck komme. Der Beschwerdeführer folgert daraus, dass ein "grundloser/unbegründeter" Verzicht auf die gemeinsame elterliche Sorge gegen zwingendes Recht verstosse und ein entsprechender Konsens der Eltern widerrechtlich sei. Zuletzt verweist der Beschwerdeführer im Sinne eines "Hilfsarguments" auf die übergangsrechtliche Regelung in Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB, wonach ein Elternteil binnen Jahresfrist die gemeinsame elterliche Sorge beantragen kann, wenn bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung die elterliche Sorge nur einem Elternteil zusteht. Folge man diesem Gedanken, dann wäre bei der Interpretation altrechtlicher Klauseln "eben gerade in dubio pro lege lata" zu verfahren, so die Überlegung des

Beschwerdeführers.

## **E. 7.2**

Die Beschwerdegegnerin wendet ein, dass die Eltern dem Gericht auch unter der Herrschaft des neuen Sorgerechts einen gemeinsamen Antrag betreffend die Zuteilung der elterlichen Sorge unterbreiten können, der vom Gericht zu berücksichtigen sei ( Art. 133 Abs. 2 ZGB ). Ausserdem könne das Gericht im Scheidungsverfahren die elterliche Sorge einem Elternteil auch allein zuteilen ( Art. 298 Abs. 1 ZGB ). Von einem Konsens widerrechtlichen Inhalts könne daher nicht die Rede sein. Die Beschwerdegegnerin betont ausserdem, dass die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge unter Berücksichtigung des Kindeswohls durchaus angezeigt sei. Im Übrigen verfange der BGE 143 III 361 S. 364 Verweis des Beschwerdeführers auf Art. 312 ZGB nicht, seien die Voraussetzungen für den Erlass einer Kindesschutzmassnahme, mit welcher die elterliche Sorge entzogen werde, doch nicht dieselben wie bei der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil im Scheidungsfall. Auch aus Art. 296 Abs. 3 ZPO lasse sich nichts zugunsten des Beschwerdeführers ableiten.

### **E. 7.3.1**

Nach Art. 279 Abs. 1 erster Halbsatz ZPO genehmigt das Gericht die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Wie sich aus der Systematik des Zivilgesetzbuchs ergibt, zählen zu den "Scheidungsfolgen" - so die Überschrift des dritten Abschnitts im vierten Titel "Die Ehescheidung und die Ehetrennung" - auch die Belange der Kinder (Art. 133 f. ZGB). Nun entscheidet das Gericht über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten aber ohne Bindung an die Parteianträge (Offizialgrundsatz; Art. 296 Abs. 3 ZPO ). Daraus folgt, dass eine Übereinkunft der Eheleute über die Kinderbelange das Gericht nicht verpflichtet, sondern bloss den Charakter eines gemeinsamen Antrages hat (s. Art. 285 lit. d ZPO ; vgl. Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Elterliche Sorge], BBl 2011 9103 zu Art. 298) - auch wenn sie in Gestalt einer Scheidungskonvention daherkommt. Einen solchen gemeinsamen Antrag hat der Scheidungsrichter nach der ausdrücklichen Anordnung von Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB zu berücksichtigen, wenn er die Elternrechte und -pflichten regelt. Das Scheidungsrecht will einvernehmliche Regelungen zwischen den Eltern also unterstützen. Weil von den Parteien getragene Lösungen regelmässig besser reüssieren als autoritative Anordnungen, soll sich der Richter nicht ohne ernsthaften Grund über eine Regelung hinwegsetzen, welche die Zustimmung beider Eltern geniesst (DENIS TAPPY, in: CPC, Code de procédure civile commenté, Bohnet und andere [Hrsg.], 2011, N. 7 zu Art. 279 ZPO ; PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 133 ZGB ; BÜCHLER/CLAUSEN, in: Scheidung, Bd. I, 3. Aufl. 2017, N. 15 zu Art. 133 ZGB ; NOÉMIE HELLE, in: Droit matrimonial, Fond et procédure, Bohnet/Guillod [Hrsg.], 2016, N. 16 ff. zu Art. 133 ZGB ; ähnlich MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl. 2014, Rz. 512). Der Berücksichtigung des gemeinsamen Antrags der BGE 143 III 361 S. 365 Eltern stellt das Gesetz im ersten Satz von Art. 133 Abs. 2 ZGB allerdings die Vorschrift voran, dass der Scheidungsrichter bei der Regelung der Elternrechte und -pflichten alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände zu beachten hat. Nichts anderes besagt der auch unter dem neuen Recht anwendbare (Urteil 5A\_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.2) Grundsatz, dass beim Entscheid über die elterliche Sorge das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen hat, insbesondere vor den

Wünschen der Eltern ( BGE 136 I 178 E. 5.3 S. 180 f.). Allein ein gemeinsamer Antrag der Eltern genügt demnach nicht für die Übertragung der elterlichen Sorge an einen Elternteil (SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 17 zu Art. 298 ZGB ). In jedem Fall muss eine solche Regelung mit dem Kindeswohl vereinbar sein.

### **E. 7.3.2**

Auch Art. 298 Abs. 1 ZGB hindert den Scheidungsrichter nicht daran, die elterliche Sorge unter Beachtung aller für das Kindeswohl wichtigen Umstände gestützt auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern einem Elternteil allein zuzuweisen. Der zitierten Vorschrift zufolge überträgt das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf diese und eine Reihe anderer Normen (s. Art. 296 Abs. 2, Art. 298a Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB ) erklärt, dass die gemeinsame elterliche Sorge im neuen, seit 1. Juli 2014 geltenden Sorgerecht den Grundsatz bildet, von dem nur dann abgewichen werden soll, wenn das Kindeswohl es gebietet. Dieser Grundsatz fusst auf der Annahme, dass dem Wohl der minderjährigen Kinder am besten gedient ist, wenn die Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Davon soll nur abgewichen werden, wenn eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahrt ( BGE 142 III 1 E. 3.3 S. 5, BGE 142 III 55 E. 3 S. 62 f., 197 E. 3.7 S. 201). Diese Rechtsprechung erging freilich in Fällen, in denen ein Elternteil das alleinige Sorgerecht für sich beanspruchte, während der andere auf der gemeinsamen elterlichen Sorge beharrte. Vor dem Hintergrund solcher Streitfälle hat die bundesgerichtliche Praxis Kriterien entwickelt, anhand derer der Scheidungs- oder Eheschutzrichter im konkreten Fall nach Massgabe von Art. 298 Abs. 1 ZGB zu prüfen hat, ob die elterliche Sorge aus Gründen des Kindeswohls einem Elternteil allein zu übertragen ist (vgl. z.B. Urteil 5A\_903/2016 vom 17. Mai 2017 E. 4 mit Hinweisen). BGE 143 III 361 S. 366 In der Tat ist Art. 298 Abs. 1 ZGB von seinem Sinn her auf Fälle zugeschnitten, in denen die Eltern über die elterliche Sorge entzweit sind (vgl. in diesem Sinne MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 498, 532, 533 und 885). Ausgangspunkt dieser Erkenntnis ist Art. 298 Abs. 2 ZGB . Danach kann sich das Gericht auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen. Anstatt einem Elternteil die elterliche Sorge zu entziehen, hat das Gericht also die Möglichkeit, seine autoritative Regelung auf Fragen des Aufenthalts und der Betreuung des Kindes zu begrenzen, falls die Eltern ihre Differenzen in diesen Angelegenheiten voraussichtlich nicht überwinden können. Damit trägt der Gesetzgeber den Maximen der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität Rechnung, an die sich der Scheidungsrichter zu halten hat (Botschaft, a.a.O.). Im Hinblick auf diese Grundsätze ist auch der Wortlaut von Art. 133 Abs. 2 ZGB auszulegen, der besagt, dass das Gericht den gemeinsamen Antrag der Eltern "berücksichtigt" (so SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N. 3 zu Art. 298 ZGB ). Das bedeutet nichts anderes, als dass der Scheidungsrichter elterlichen Entscheiden in Kinderbelangen nur dann entgegengetreten muss, wenn die übereinstimmenden Absichten der Eltern das Kindeswohl gefährden. Daran ändert auch Art. 133 Abs. 1 ZGB nichts, der dem Scheidungsrichter aufträgt, die Elternrechte und -pflichten nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses zu regeln. Zwar erfasst dieser Verweis auch Art. 298 Abs. 1 ZGB . Aber selbst wenn dieser Vorschrift die Annahme zugrunde liegt, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl am besten gerecht wird, folgt daraus nicht

der Umkehrschluss, dass die Eltern dem Kindeswohl zuwiderhandeln, wenn sie im Rahmen eines Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens übereinstimmend die Alleinsorge beantragen. In diesem Sinne lässt sich in Art. 298 Abs. 1 ZGB auch nicht die Vermutung hineinlesen, dass ein gemeinsamer Antrag auf Alleinsorge dem Kindeswohl von vornherein zuwiderläuft. Eine solche Vermutung ergäbe schon deshalb keinen Sinn, weil Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB dem Scheidungsrichter ausdrücklich vorschreibt, bei der Regelung der Elternrechte und -pflichten den gemeinsamen Antrag der Eltern zu berücksichtigen. Vielmehr lässt sich Art. 298 Abs. 1 ZGB im Verhältnis zu Art. 133 Abs. 2 ZGB, also für das Scheidungsverfahren, nur dann eine selbständige Bedeutung zuordnen, wenn diese Norm in ihrem Tatbestand stillschweigend voraussetzt, dass sich die BGE 143 III 361 S. 367 Eltern hinsichtlich der elterlichen Sorge gerade nicht auf einen gemeinsamen Antrag haben einigen können. Denn soweit dem Scheidungsrichter ein gemeinsamer Antrag der Eltern vorliegt, ist er schon nach Massgabe von Art. 133 Abs. 2 Satz 1 ZGB verpflichtet, aus Gründen des Kindeswohls von diesem Antrag abzuweichen (s. oben E. 7.3.1) - sei es, dass er die elterliche Sorge entgegen dem Wunsch der Eltern einem Elternteil allein zuteilt, sei es, dass er es bei der gemeinsamen elterlichen Sorge belässt, obwohl die Eltern die Alleinsorge beantragten.

#### **E. 7.4.1**

Was den konkreten Fall angeht, ist dem Beschwerdeführer zunächst zu widersprechen, soweit er gegen den angefochtenen Entscheid die "wichtigen Gründe" ins Feld führt, von denen in Art. 312 Ziff. 1 ZGB die Rede ist. Diese Argumentation scheidet schon daran, dass die zitierte Norm nicht von der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil auf einen gemeinsamen Antrag der Eltern, sondern vom Fall handelt, da die Eltern gemeinsam darum nachsuchen, dass die Kindesschutzbehörde ihnen die elterliche Sorge insgesamt entzieht. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid ausführlich dargelegt, dass die Alleinzuteilung des Sorgerechts mit dem als Kindesschutzmassnahme verfügten Entzug der elterlichen Sorge nicht gleichzusetzen ist (vgl. BGE 141 III 472 E. 4 S. 474 ff.).

#### **E. 7.4.2**

Von vornherein unbehelflich ist auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf das Übergangsrecht. Zunächst ist klarzustellen, dass hier nicht Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB, sondern - wie schon das Kantonsgericht zutreffend vermerkt - Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB zur Anwendung kommt. Auch so vermag der Vorschlag, die "altrechtliche" Klausel - gemeint ist damit wohl Ziffer 2 der Teileinigung vom 2. Oktober 2013 (s. Sachverhalt Bst. B.b) - nach einer angeblichen Regel "in dubio pro lege lata" auszulegen, nicht zu überzeugen. Der Beschwerdeführer unterstellt damit, dass sich der Begriff der elterlichen Sorge im neuen Recht wesentlich von demjenigen im früheren Recht unterscheidet. Dies ist nach dem Gesagten aber gerade nicht der Fall (nicht publ. E. 6.2). Entsprechend ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Auslegung der fraglichen Klausel in der Teilkonvention im Verhältnis zwischen altem und neuem Recht Anlass zu Zweifeln geben könnte.

#### **E. 7.4.3**

Vor allem aber missversteht der Beschwerdeführer das Gesetz, wenn er meint, dass Art. 298 Abs. 1 ZGB es dem Kantonsgericht im Sinne einer zwingenden Vorschrift von vornherein verboten hat, BGE 143 III 361 S. 368 gestützt auf die Teilvereinbarung vom 2. Oktober 2013 (s. Sachverhalt Bst. B.b) der Beschwerdegegnerin die Alleinsorge für C. zuzuteilen. Gewiss konnte der in dieser Vereinbarung enthaltene gemeinsame Antrag der Parteien das

Kantonsgericht nicht binden. Allein daraus folgt nach dem Gesagten aber nicht, dass das Kantonsgericht im Sinne einer "beschränkten Regelungskompetenz" gezwungen war, entgegen dem übereinstimmenden Antrag der Eltern die gemeinsame elterliche Sorge anzuordnen. Im Gegenteil hatten die kantonalen Instanzen diesen gemeinsamen Antrag zu berücksichtigen ( Art. 133 Abs. 2 Satz 2 ZGB ) und zu prüfen, ob er mit dem Kindeswohl vereinbar ist ( Art. 133 Abs. 2 Satz 1 ZGB ). In seinem Urteil vom 20. August 2015 kam das Zivilkreisgericht zum Schluss, die Teilvereinbarung vom 2. Oktober 2013 sei bezüglich der geregelten Nebenfolgen "grundsätzlich vollständig und nicht unangemessen". Zu den Nebenfolgen der Scheidung zählen - wie oben erläutert (E. 7.3.1) - auch die Kinderbelange. Das Zivilkreisgericht genehmigte die Teilkonvention und nahm sie - unter Vorbehalt bzw. mit Ausnahme gewisser finanzieller Aspekte (s. Sachverhalt Bst. B.c) - in seinen Urteilspruch auf. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass die kantonalen Instanzen es versäumt hätten zu prüfen, ob der in der Teilkonvention enthaltene gemeinsame Antrag mit C.s Wohl vereinbar ist. Er behauptet auch nicht, dass er sich gegen die Genehmigung der Teilkonvention im Berufungsverfahren mit dem Argument gewehrt hätte, die Zuteilung der Alleinsorge sei mit dem Kindeswohl nicht vereinbar, und dass er damit vom Kantonsgericht nicht gehört worden wäre. Auch in seiner Beschwerde an das Bundesgericht macht der Beschwerdeführer nicht geltend, dass eine alleinige elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin das Wohl seines Sohnes gefährdet. Soweit er sich damit rechtfertigen will, dass er sich im erstinstanzlichen Verfahren nur zur Obhut, nicht aber zum Sorgerecht geäußert habe, lag es an ihm, dem Gericht im Wissen um das Inkrafttreten des neuen Sorgerechts mitzuteilen, dass er mit dem gemeinsamen Antrag in der Teilvereinbarung vom 2. Oktober 2013 nicht mehr einverstanden war (nicht publ. E. 6.2).

#### **E. 7.4.4**

Nach alledem sind konkrete Anzeichen dafür, dass das Kindeswohl mit der getroffenen Lösung gefährdet sein könnte, weder geltend gemacht noch ersichtlich. Unter diesen Voraussetzungen hält es vor Bundesrecht stand, wenn das Kantonsgericht die elterliche Sorge über das Kind C. gestützt auf die Teilvereinbarung vom 2. Oktober 2013 der Beschwerdegegnerin zuteilt. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.