

# **Auswirkungen des neuen Sorgerechts auf binationale Paare**

## **Aufenthaltsrecht durch umgekehrten Familiennachzug?**

Referat von Marc Spescha vom 9.12.2014  
Fachveranstaltung von Frabina in der Stiftung Progr

# Inhaltliche Gliederung

1. Das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall nach ZGB
2. Das Kindeswohl als Ziel des gemeinsamen Sorgerechts
3. Facetten des Kindeswohls und ihre Konkretisierungen in der KRK
4. Das Kindeswohl als Kriterium beim „umgekehrten Familiennachzug“ im Lichte der Rechtsprechung von BGer und EGMR
5. Fallbeispiele von Frabina
6. Fazit und Ausblick

# Das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall

- **Gemeinsame elterliche Sorge** im Falle *verheirateter* Eltern von Gesetzes wegen (Art. 296 ZGB i.V. mit Art. 298a ZGB).
- Im Eheschutz oder im Scheidungsfalle alleinige elterliche Sorge *nur*, sofern zur Wahrung des Kindeswohls *nötig* (Art. 298 ZGB)
- Gemeinsame elterliche Sorge im Falle *nichtverheirateter* Eltern nach Art. 298a ZGB:
  - durch Anerkennung und gemeinsame Erklärung der Eltern
  - oder
  - durch gerichtliches Feststellungsurteil oder anschließende Erklärung

# Inhalt der Sorgerechtserklärung

- **Inhalt der Erklärung** (Art 298a Abs. 2):
  - Bereitschaftserklärung zur gemeinsamen Übernahme der Verantwortung für das Kind (Ziff.1)
  - Verständigung über Obhut und persönl. Verkehr oder Betreuungsanteile sowie UB für das Kind (Ziff.2)
- Gültigkeitserfordernis: Erklärung zu Händen der KESB (Art. 298a Abs. 4)
- Im Weigerungsfall (Art. 298b ZGB): Entscheid durch KESB
- Regelfall: Gemeinsames Sorgerecht
- Ausnahme: Falls durch Kindeswohl geboten

# Das Kindeswohl als Ziel des gemeinsamen Sorgerechts und seine Facetten

- **Grundsatz:** Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes (Art. 296 ZGB)
- **Inhalt** (Art. 301 ZGB):
  - Pflege und Erziehung
  - Treffen nötiger Entscheidungen unter Vorbehalt der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes
  - Erziehung im Besonderen (ZGB 302) = Förderung und Schutz der körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung; Verschaffung einer angemessenen Ausbildung.
  - Bestimmung des Aufenthaltsortes (Art. 301a Abs. 1 ZGB)

# Implikationen des Aufenthaltsbestimmungsrechts

- **Wechsel des Aufenthaltsortes** nur mit Zustimmung des anderen ET oder Entscheidung des Gerichts oder der KESB, wenn
  - Übersiedlung ins Ausland oder
  - bei Auswirkungen auf eS und pers. Verkehr
- Bei Uneinigkeit Entscheid durch Gericht oder KESB

# Das Kindeswohl und dessen migrationsrechtliche Aspekte in der KRK

- **Kindeswohl** von allen staatlichen Organen **vorrangig** zu berücksichtigen (KRK 3)
- Respektierung der **elterlichen** Verantwortung für das Kind (KRK 5)
- **Trennung Eltern(teil) – Kind** soll grundsätzlich vermieden werden; im Falle getrenntlebender Eltern sind **regelmässige Kontakte** des Kindes zu beiden Eltern zu ermöglichen; Vorbehalt: u.a. Landesverweisung, Abschiebung (KRK 9/10 Abs. 2))
- Gesuche um **Familienzusammenführung** sind **wohlwollend, human und beschleunigt** zu bearbeiten (KRK 10 Abs. 1)
- Anerkennung und Sicherstellung des Grundsatzes der **gemeinsamen elterlichen Sorge** (Art. 18)

# Zwischenfazit 1

- ☞ Gemeinsames Sorgerecht im Interesse des Kindes verlangt nach
  - Möglichkeit zu **regelmässigem** persönlichem Kontakt zu beiden Elternteilen
  - nach **physisch-räumlichem Kontakt**, um des kindlichen Bindungsbedürfnisses willen (Kind-Elternteil), zur Erziehung des Kindes (Kind-Elternteil) zur Verständigung über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Elternteil-Elternteil).
- ☞ dies wird auch **manifest im Aufenthaltsbestimmungsrecht** der Eltern bzw. der Zustimmungspflicht eines grösseren Wechsels des Aufenthaltsorts (ZGB 301a Abs. 2)



# Das Kindeswohl als Kriterium beim „umgekehrten Familiennachzug“

- Definition des *umgekehrten* Familiennachzugs: (sorge- und obhutsberechtigter) Elternteil leitet sein Aufenthaltsrecht vom gefestigt anwesenden Kind ab\*
- Grundsatzentscheid des BGer: **BGE 135 I 153ff.** Im Falle einer sorgeberechtigten ausl. Mutter eines **CH-** Kindes
- Vorgaben der KRK ist stärker Rechnung zu tragen
- ☞ Im Rahmen der Interessenabwägung gemäss EMRK 8<sup>2</sup> sind gewichtige ordnungs- oder sicherheitspolizeiliche Gründe erforderlich, um dem sorge- und obhutsberechtigten ET den Verbleib in der Schweiz zu verweigern; Praxis gilt nicht unbesehen bei Kindern aus Drittstaaten (BGE 137 I 247 E. 4)

# Das Kindeswohl als Kriterium beim „umgekehrten Familiennachzug“

- Anknüpfungspunkte:
  - Schweizer Bürgerrecht des Kindes
  - **Sorgerecht und Obhut**
- Kriterien: „**Gründe von Gewicht**“
  - Eher nicht: „blosse“ **Sozialhilfe**abhängigkeit
  - Erhebliche **Straffälligkeit**: zweijährige Freiheitsstrafe als Richtwert (Reneja-Praxis) bestätigt, aber relativiert bei qualifiziertem Kindeswohl: Fortführung der gelebten Beziehung zw. straffälligen Vater und 5jährigen Sohn als ausschlaggebend gewertet (BGE 139 I 145)\*

# „Umgekehrter Familiennachzug“\* beim *nicht* **sorge- und obhutsberechtigten ET?**

- Frühere Praxis verlangte kumulativ folgende Voraussetzungen:
  - Enge *affektive* Beziehung (= ausgedehntes Besuchsrecht)
  - Enge *wirtschaftliche* Bindung (= Bezahlung von Alimenten)
  - Aufrechterhaltung der Beziehung *infolge Distanz* des ausl. ET kaum möglich
  - *Tadelloses* Verhalten

# Relativierung einzelner Kriterien beim *nicht* sorge- und obhutsberechtigten ET?

- ☞ BGE 139 I 315 relativiert **Kriterium des Besuchsrechts**: Ausübung eines *üblichen* Besuchsrechts genügt bei bereits aufenthaltsberechtigten ET; sonst besonders intensive Bindung erforderlich
- ☞ BGE 140 I 145: Relativierung des **Kriteriums des tadellosen Verhaltens**
- Bei gemeinsamer elterl. Sorge getrennt lebender Eltern mit CH-Kind führt ein Verstoss des nicht obhutsberechtigten ET gegen die öffentliche Ordnung nicht zwangsläufig zum Widerruf der Bewilligung (E. 3/4)\*.

# Rechtsprechungstendenzen des EGMR

- Grundsatz: **stärkere Gewichtung des Kindeswohls**, EGMR-Urteil *Udeh* als Beispiel
- EGMR-Urteil *M.P.E.V.* (Nr. 3910/13) vom 8.7.2014
  - Trotz 9-monatiger Freiheitsstrafe des straffälligen, **asylsuchenden** Vaters einer (bloss) **vorläufig aufgenommenen Tochter** (!) schloss der EGMR insbes. mit Blick auf Kindeswohl auf Verletzung von EMRK 8

## Zwischenfazit 2

- **Kindeswohl ist zentrales Kriterium** bei Konstellationen des sog. **umgekehrten Familiennachzugs i.w.S.**
- **auch dann, wenn** nicht CH-Kinder betroffen
- Bei hier bereits anwesenden ET schliesst **normales Besuchsrecht** einen Anwesenheitsanspruch nicht aus
- Auch **Straffälligkeit** ist nicht per se Verweigerungsgrund, ebensowenig das Nichtbezahlen von Alimenten
- Erforderlich ist **Gesamtwürdigung** im Lichte von EMRK 8

# Fallbeispiele aus der Praxis von frabina

**Fall 1** (gemäss Einleitung Esther Hubacher)

CH-Frau – Bolivian. Ehemann; Gemeinsames Kind;  
Auflösung des gem. HH nach 2 Jahren; Ehemann nicht  
erwerbstätig. Wird Aufenthalt verlängert?

**Pro:** gem. Sorgerecht

Massgeblich aber vor allem: tatsächliche Ausübung  
desselben und insbesondere persönlicher Verkehr mit  
Kind

**Contra:** Fehlende ET als Integrationsdefizit; mutmasslich  
keine Alimentenzahlungen; Sozialhilferisiko  
Chanceneinschätzung?\*

# Fallbeispiele aus der Praxis von frabina

## Fall 2

Asylsuchende aus Ghana hat gemeinsame Tochter mit CH-Vater, gem. elterliche Sorge vereinbart. Anscheinend Obhut bei Mutter. Vater nimmt Besuchsrecht wahr.

Aslygesuch der Mutter wird abgelehnt.

Fall analog Praxis zum umgekehrten Familiennachzug der sorge- und obhutsberechtigten Mutter einer CH-Tochter

☞ Bewilligungsverweigerung nur bei Vorliegen gewichtiger ordnungs- oder sicherheitspolizeilicher Gründe, die hier nicht ersichtlich sind



# Fallbeispiele aus der Praxis von Frabina

## Fall 3

Ehepaar in CH wohnhaft, lässt sich nach 5 Jahren Ehe scheiden. Ehefrau Deutsche. Zwei Kinder, 4 und 2jährig. Betreuung bis anhin grossmehrheitlich von Mutter wahrgenommen. Will nach Deutschland zurückkehren.

1. Kann sie gegen den Willen des Ehemannes mit den Kindern nach Deutschland?\*

1. Kann sie in der Schweiz bleiben, wenn sie sozialhilfeabhängig wird?\*\*

## Fazit und Ausblick

1. Das neue Sorgerecht des ZGB favorisiert das gemeinsame Sorgerecht im Dienste des Kindeswohls als Regelfall
2. Das gemeinsame Sorgerecht impliziert grundsätzlich die räumlich-physische Nähe von Eltern und Kind
3. Migrationsrechtlich begründete Wegweisungen oder Bewilligungsverweigerungen erschweren oder vereiteln die Ausübung des gem. Sorgerechts und laufen damit dem Kindeswohl zuwider; müssten durch *überwiegende* öffentliche Interessen gerechtfertigt sein
4. Interessenabwägung gest. auf EMRK 8 Ziff. 2 hat den Wertentscheidungen des EGMR und den Wertungen des schweizerischen Gg Rechnung zu tragen\*