

Vom Konsens zum Kindeswohlprinzip bei elterlichen «Konflikten»

M. Widrig

Inhalt

- I. Kernfrage
- II. Rechtliche Perspektive
- III. Psych. Perspektive
- IV. Gesellschaft
- V. Folgerungen

I. Kernfrage

Rechtsfrage:

- Kann die Anordnung der paritätischen Doppelresidenz allein vom Konsens der Eltern (bzw. dem Willen/Veto eines Elternteils) abhängen?

- Oder:

Ist der Beschluss XII ZB 601/15 des XII. Zivilsenats vom 1.2.2017 gerechtfertigt?

II. Rechtliche Perspektive

- A. Menschenrechte
- B. Konsenspflicht
- C. Betreuung
- D. Fazit

A. Menschenrechte

1. Definition

- *Rechte die allen Menschen zustehen und die Essenz der menschlichen Existenz schützen (Menschenwürde)*

A. Menschenrechte

2. “Dimensionen”

- Subjektiv-rechtlich
 - Abwehr
 - Schutz
 - Leistung
- Objektiv-rechtlich

A. Menschenrechte

3. Einschränkungbarkeit (1)

- Nicht absolut, aber
- Rechtfertigungspflicht

A. Menschenrechte

3. Einschränkungbarkeit (2) - Beispiel

- Art. 8 (2) EMRK
 - Gesetzlich vorgesehen
 - Legitimes/öffentliches Interesse
 - Notwendigkeit
 - Dringendes soziales Bedürfnis
 - Verhältnismässigkeit zwischen den Interessen des Staates und der Grundrechtsträger

A. Menschenrechte

3. Einschränkungbarkeit (3) - Beispiel

- Rechtfertigungspflicht gewährleistet
 - Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns
 - Begründungspflicht (Überprüfbarkeit)

A. Menschenrechte

4. Kinder

- Gleiche Rechte wie Erwachsene
- Besonderer Schutz
- KRK

II. Rechtliche Perspektive

- A. Menschenrechte
- B. Konsenspflicht
- C. Betreuung
- D. Fazit

B. Veto eines Elternteils

1. Wichtigste Bestimmungen der KRK

Art. 3 (1) KRK

«Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, (...) ist das Wohl des Kindes (...) vorrangig zu berücksichtigen (...).»

B. Veto eines Elternteils

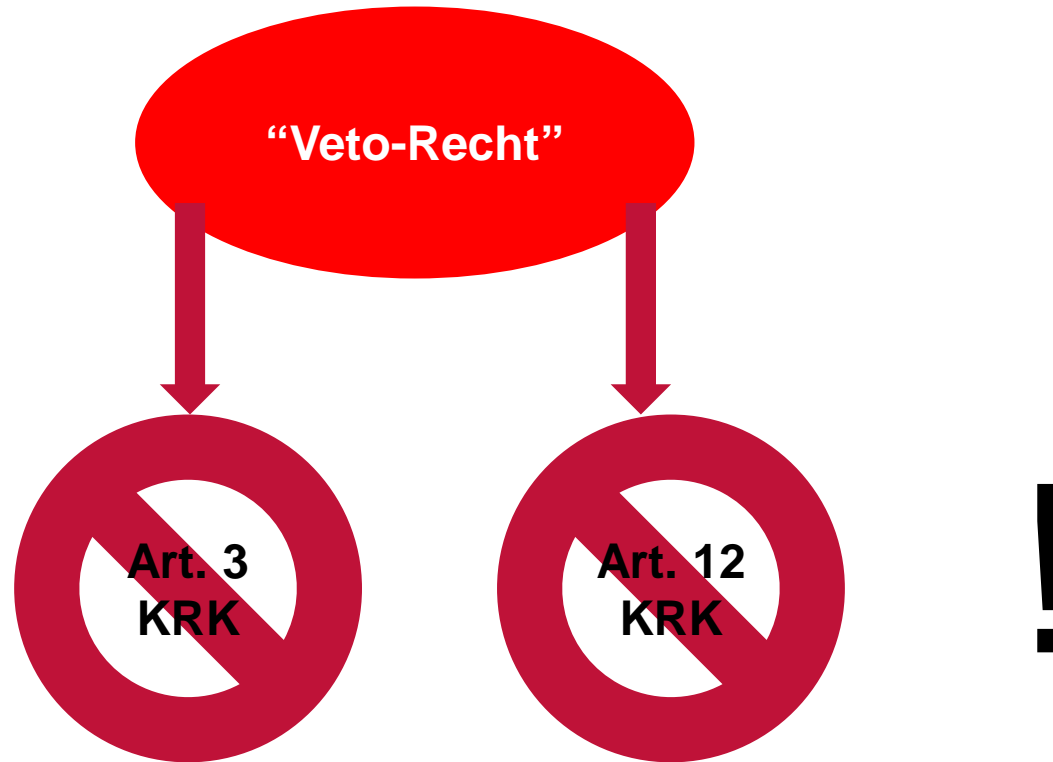
1. Wichtigste Bestimmungen der KRK

Art. 12 (1) KRK

«Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, (...) das Recht zu, (...) [seine] Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes (...).»

C. Veto eines Elternteils

1. Wichtigste Bestimmungen der KRK



B. Veto eines Elternteils

2. Zaunegger-Ansatz

Zaunegger gg. Deutschland (22028/04), 3.12.2009

- Kritik an deutscher Rechtslage
 - Diskriminierung nicht verheirateter gegenüber verheirateter Väter
 - Ausschluss der Möglichkeit überprüfen zu lassen, ob das Kindeswohl die Alleinsorge der Mutter erfordert

B. Veto eines Elternteils

2. Zaunegger-Ansatz

Definition Zaunegger-Ansatz

- *«obligation of a state to provide at least a possibility for judicial review, in order to verify whether or not a restriction of parental rights was necessary with respect to the child's best interest».*

Schneider gg. Deutschland, (17080/07), 15.09.2011, § 100.

B. Veto eines Elternteils

2. Zaunegger-Ansatz

Bewirkt im Ergebnis:

- Einzelfallgerechtigkeit
- Berücksichtigung von Art. 3 KRK in Kinderfragen

II. Rechtliche Perspektive

- A. Menschenrechte
- B. Konsenspflicht
- C. Betreuung
- D. Fazit

C. Recht auf Betreuung durch die Eltern

1. Ausgangspunkt

Art. 7 (1) KRK

«Das Kind (...) hat das Recht (...) seine Eltern zu kennen und von Ihnen betreut zu werden.»

C. Recht auf Betreuung durch die Eltern

2. Trennungsvoraussetzungen

Art. 9 (1) KRK

*«Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, (...), dass diese Trennung zum Wohl des Kindes **notwendig** ist. Eine solche (Trennung) **kann** (...) notwendig werden, wenn bei getrennt lebenden Eltern eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist.»*

C. Recht auf Betreuung durch die Eltern

3. Gemeinsame elterliche Verantwortung

Art. 18 (1) KRK

*«Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile **gemeinsam** für die Erziehung und Entwicklung des Kindes **verantwortlich** sind (...).»*

C. Recht auf Betreuung durch die Eltern

4. Folgerungen

Impliziert:

- Betreuung durch beide Eltern = Ausgangspunkt
- Einschränkungen sind zu rechtfertigen

C. Recht auf Betreuung durch die Eltern

5. Konsequenzen eines Vetorechts

Veto =

- Keine Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen.
- Kein Schutz des Menschenrechts des Kindes.

II. Rechtliche Perspektive

- A. Menschenrechte
- B. Konsenspflicht
- C. Betreuung
- D. Fazit

D. Fazit

- ≠ Art. 3 KRK
- ≠ Art. 12 KRK
- ≠ «Zaunegger-Ansatz»
- ≠ Begründungspflicht für Grundrechtseingriffe
- ≠ Einzelfallgerechtigkeit

D. Fazit

2. Beantwortung der Ausgangsfrage

- Kann die Anordnung der paritätischen Doppelresidenz allein vom Konsens der Eltern abhängen?

Aus der Perspektive der Menschenrechte: Nein!

III. Psychologische Perspektive

- A. Was wollen die Kinder?
- B. Kindeswohl und DR
- C. Konflikte im Besonderen
- D. Fazit

A. Was wollen die Kinder?

- Die meisten Kinder
 - vermissen einen Elternteil
 - wünschen mehr gemeinsame Zeit
 - 70% / 93%: Idealfall Doppelresidenz
- WILLIAM FABRICIUS (2003), Listening to Children of Divorce, Family Relations, Vol. 52, No. 4, S. 385 ff.*

A. Was wollen die Kinder?

- Zum Vergleich: Alleinlebende Eltern
 - vermissen Kinder
 - wünschen mehr Zeit: 79%
 - wünschen sich Doppelresidenz:
 - Mütter: 86% (2010)
 - Väter: 44% (1994 !)

III. Psychologische Perspektive

- A. Was wollen die Kinder?
- B. Kindeswohl und DR
- C. Konflikte im Besonderen
- D. Fazit

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

1. Empirische Forschung

Grundlagen des präsentierten Kenntnisstandes

- Resultate empirischer Forschung
- Interpretation des Kenntnisstandes durch Expert(inn)en in den bestehenden Konsensberichten
- Keine Berücksichtigung von Einzelmeinungen (!)

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

1. Empirische Forschung

Researchers	Income & conflict 50% time share = 35% - 50% ≠	# of Children		Ages	Grades Cognitive development	Depressed Anxious Dissatisfied Self esteem	Aggression Drugs- alcohol Misbehavior Hyperactive	Physical health & Stress illnesses	father-child relationship or baby-mom attachment
		Shared > 35%	Sole < 35%						
Bastaitis	≠	139	227	10-18		Better			
Bergstrom	=	17,350	34,452	12-15	Equal	Better		better	Better
Bjarnason	=	2,206	25,578	11-15		Better			Better
Brevik	\$ =	41	483	12-16		Better	Better	better	
Brotsky	=	45	10	1-10		Better	Better		
Buchanan	\$ C ≠	51	355	13-16	Better	Better	Better	better	Better
Cashmore	\$ C ≠	84	473	0-17	Better	better	Better		Better
		90	411	0-17		better	slightly better		
		26	110	13-17		equal	better		
Campana	≠	207	272	10-18		Better	Better		
Carlsund	\$ =	270	801	11-15			better	better	Better
Carlsund	\$ =	888	2,019	11-15		better		better	Better
Fabricius	=	30	201	18-20					Better
Fabricius	=	340	686	18-20					Better
Fabricius	=	75	140	18-20				better	Better
Fabricius	≠	16	56	0-3					Better
Frank	=	16	90	College					Better
Irving	=	201	194	1-11					Better
Jablonska	=	443	2,920	14-15			better	better	
Janning	=	5	17	College					Better
Kaspiew	\$C ≠	947	3,513	0-17	Slightly better	slightly better			
Kline	\$C =	35	58	3-11		Equal	Equal		Better
Lee	≠	20	39	6-12			Better		

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

1. Empirische Forschung

Lodge	C =	105	398	12-18	Equal		Equal		Better
Luepnitz	\$ =	22	30	8-13		Equal			Better
McIntosh	\$C ≠ x	14-70	14-634 *	0-5		mixed *		better	Better
		42	44	12-16		equal			Better
Melli	=	597	595	1-16		Equal		Better	Better
Maccoby	\$C ≠	326	1,050	0-12					Better
Neoh	=	27	40	8-15		Equal	Better		
Pearson	=	62	459	9-12		Better	Better		
		9	83			Equal	Equal		
Pruett	≠	99	33	2-6		Better (girls)	Equal		
Sokol	=	270-383	320-364	1 & 3					Equal attachment
Spruijt	\$C =	135	250	10-16	Equal	better (girls)	better (girls)		Better
Smart	= x	21	96	6-22		Mixed *			Better
Tornello	≠ x	51-71	597-847 *	0-5			Better		Mixed attachment
Turunen	\$C =	255	595	10-18		Better			
Vanassche	C ≠	395	1,045	12-19		Boys better			better
						Girls worse			
Westphal	\$C =	966	2,217	4-16		Better	Better		
Total number of children		29,586	81,354						

x Some data came from instruments/procedures with no established validity or reliability

* Sample sizes & outcomes varied widely on different measures & for different age groups

= Equal: All children lived 50% with each parent .

≠ Not equal: 35%-50% with each parent

\$ C study controlled for parents' incomes (\$) or levels of conflict

mixed: outcomes differed by age & gender

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

1. Empirische Forschung

«Overall children in SPC have better outcomes on measures of emotional, behavioral and psychological wellbeing, as well as better relationships with their fathers and their mothers,...»

LINDA NIELSEN (2014), Shared Physical Custody: Summary of 40 studies on outcomes for children, Journal of Divorce and Remarriage, 55:8, S. 613 ff.

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

1. Empirische Forschung

- Aktualisierte Daten (Boston 2017):
 - 52 Studien, davon:
 - 46 positiv
 - 6 gemischt

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

2. Konsensberichte

*«We believe, that social science evidence on the development of healthy parent-child relationships, and the longterm benefits of healthy parent-child relationships, support the view that **shared parenting should be the norm** for parenting plans for children of all ages, including very young children».*

RICHARD A. WARSHAK (2014), Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report, Psychology, Public Policy and Law, Vol. 20, No. 1, S. 46 ff. (Konsenspunkt 1, mitunterzeichnet von 110 Expertinnen und Experten).

B. Kindeswohl und Doppelresidenz (Allgemein)

2. Konsensberichte

*«Promotion of shared parenting constitutes a **public health issue** that extends beyond a mere legal concern.» (consensus-point 1)*

«Social science research strongly supports shared parenting when both parents agree to it.»

MARSHA KLINE PRUETT/J. HERBIE DIFONZO (2014), Closing the gap: Research, Policy, Practice and Shared Parenting, Family Court Review, 52:2, 152 ff.

III. Psychologische Perspektive

- A. Was wollen die Kinder?
- B. Kindeswohl und DR
- C. Konflikte im Besonderen
- D. Fazit

C. Konflikte im Besonderen

1. Empirische Forschung

*«Overall children in SPC have better outcomes on measures of emotional, behavioral and psychological wellbeing, as well as better relationships with their fathers and their mothers, **benefits that remained even when there were high levels of conflict between their parents.**»*

LINDA NIELSEN (2014), Shared Physical Custody: Summary of 40 studies on outcomes for children, Journal of Divorce and Remarriage, 55:8, S. 613 ff.

C. Konflikte im Besonderen

1. Empirische Forschung

- Aktualisierte Daten (Boston 2017):
 - 28 Studien berücksichtigten Konflikte
 - 12: Alle gemessenen Werte besser
 - 9: Meist besser, manchmal gleich gut
 - 3: Immer gleich gut
 - 4: gemischt

C. Konflikte im Besonderen

2. Konsensberichte

- Keine empirische Ergebnisse stützen Annahme, dass DR bei «Konflikten» unmöglich ist.
- Existenz verschiedener Konfliktarten
- Empirische Ergebnisse stützen die Ansicht, dass die DR bei einigen Arten von Konflikten möglich ist.

RICHARD A. WARSHAK (2014), Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report, Psychology, Public Policy and Law, Vol. 20, No. 1, S. 46 ff. (mitunterzeichnet von 110 Expertinnen und Experten).

C. Konflikte im Besonderen

2. Konsensberichte

«There is also empirical support for shared parenting under broader conditions (e.g., some forms of parental conflict or disagreement) for children of school age or older.»

*«There is no “one-size-fits-all” shared parenting time even for the most vulnerable of families.» (e.g. DV, **high conflict**)*

MARSHA KLINE PRUETT/J. HERBIE DIFONZO (2014), Closing the gap: Research, Policy, Practice and Shared Parenting, Family Court Review, 52:2, 152 ff.

C. Konflikte im Besonderen

3. Prävalenz von Hochkonflikten

- Hochkonflikt \neq Uneinigkeit
- Anteil an Hochkonflikten:
 - 5-15%
 - D: 5%

III. Psychologische Perspektive

- A. Was wollen die Kinder?
- B. Kindeswohl und DR
- C. Konflikte im Besonderen
- D. Fazit

D. Fazit

1. Doppelresidenz und Kindeswohl

- Beste Lösung bei Einverständnis
- Häufig auch bei Uneinigkeit / Konflikten
- Selbst bei Hochkonflikten und Fällen häuslicher Gewalt möglich

D. Fazit

2. Beantwortung der Ausgangsfrage

- Kann die Anordnung der paritätischen Doppelresidenz allein vom Konsens der Eltern abhängen?

Aus der Perspektive des Kindeswohls: Nein!

IV. Gesellschaft

A. Aufgabenteilung

B. Erwerbsanteile

C. Umfragen/Abstimmungen

D. Fazit

A. Elterliche Aufgabenteilung

1. Erwerbs-, Haus- und Familienarbeit

Age youngest Child	Task	Mother (hrs.)	Father (hrs.)
0-6 years	House & Family	55.6	29.4 35%
	Job	11.8	40.1
	Total	67.4	69.5
7-14 years	House & Family	44.4	22.2 33%
	Job	16.7	40.3
	Total	61.1	62.5

A. Elterliche Aufgabenteilung

2. Betreuungsanteile

	Hours
Mother	20.5
Father	12.2 (37%)

A. Elterliche Aufgabenteilung

2. Betreuungsanteile

Aufgabe	Mutter	Vater
Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen	59.8%	40.2%
Kinder begleiten, transportieren	56.5%	43.5%
Kleinkinder Essen geben, waschen	67.4%	32.6%

B. Erwerbsanteile

Part-Time	Children < 15	No children
Women	82.5%	41.1%
Men	10.7%	11%

Aber:

- 90% der Väter wünschen sich Teilzeitarbeit
- Väter wünschen dieselben Privilegien wie Mütter

C. Umfragen/Abstimmungen

USA Pew Research Center Poll Details	70% Favor equal bonding time for new babies
USA Maryland 2016 Details	63% Favor Shared Parenting
USA Poll 2015 Details	Various results
Canada Poll 2014 Details	72% Favor Shared Parenting
Canada Poll 2000 Details	71% Favor Shared Parenting
Canada Poll 2007 Details	79.1% Favor Shared Parenting
Canada Poll 2009 Details	78% Favor Shared Parenting
Belgium Poll 2012 Details	69.5% Favor Shared Parenting
Holland Poll 2012 Details	71% Favor Shared Parenting
United Kingdom Poll 2013 Details	84% Favor Shared Parenting
USA Massachusetts Vote 2004 Details	86% Favor Shared Parenting
USA North Dakota Vote 2006 Details	43% Favor Shared Parenting
USA North Dakota, Walsh County Vote 2012 Details	66% Favor Shared Parenting
USA North Dakota, Pre Vote Poll 2014 Details	44% Favor Shared Parenting 30% Opposed 26% Undecided
USA North Dakota, Measure 6 Vote 2014 Details	37.91% Favor Shared Parenting

Quelle: <http://lw4sp.org/polling-voting/#USAPRCPoll>

C. Umfragen/Abstimmungen

- Umfrage Tagesanzeiger (Schweiz)

Umfrage

Wer soll im Trennungsfall für die Kinder sorgen?

Sie haben erfolgreich Ihre Stimme abgegeben.

Mutter und Vater gemeinsam

63.5%

Gemeinsam wäre gut, aber das funktioniert oft nicht

29.7%

Die Mutter, weil es schlicht einfacher ist

6.8%

4595 Stimmen

C. Legislativ-Abstimmungen (USA)

North Dakota House & Senate Vote 2017 Details	Various results
kentucky House & Senate Vote 2017 Details	100% Favor Shared Parenting
North Dakota House Vote 2017 Details	77% Favor Shared Parenting
Iowa House Vote 2016 Details	58% Favor Shared Parenting
Missouri Senate Vote 2016 Details	100% Favor Shared Parenting
Missouri House Vote 2016 Details	98.7% Favor Shared Parenting
Florida Senate Vote 2016 Details	63% Favor Shared Parenting
Florida House Vote 2016 Details	66% Favor Shared Parenting
Utah Senate Vote 2015 Details	100% Favor Shared Parenting
Utah House Vote 2015 Details	98.5% Favor Shared Parenting
Canada Vote 2014 Details	31% Favor Shared Parenting
South Dakota Senate Vote 2014 Details	100% Favor Shared Parenting
South Dakota House Vote 2014 Details	97% Favor Shared Parenting
Florida Senate Vote 2013 Details	72.5% Favor Shared Parenting
Florida House Vote 2013 Details	73.3% Favor Shared Parenting
Minnesota Senate Vote 2012 Details	70.8% Favor Shared Parenting
Minnesota House Vote 2012 Details	60.2% Favor Shared Parenting
South Dakota Senate Vote 2013 Details	38.2% Favor Shared Parenting
South Dakota House Vote 2013 Details	76.8% Favor Shared Parenting
Arkansas Senate Vote 2013 Details	84.8% Favor Shared Parenting
Arkansas House Vote 2013 Details	95.5% Favor Shared Parenting
Arizona Senate Vote 2012 Details	100% Favor Shared Parenting
Arizona House Vote 2012 Details	83.6% Favor Shared Parenting
Georgia House Vote 2007	98.8% Favor Shared Parenting

Quelle: <http://lw4sp.org/polling-voting/#USAPRCPoll>

C. Zunehmende Offenheit hoher Gerichte

- Bundesrichter Nicolas von Werdt:
«Die Hoffnungen der Väter sind berechtigt»

<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/die-hoffnungen-der-vaeter-sind-berechtigt/story/24428591>

D. Fazit

1. Zusammenfassung gesellschaftlicher Aspekte

- Gesellschaftliche Trends verlangen nach Anpassungen im Scheidungsrecht
- **Alle** (Volk und staatliche Behörden) stehen der Doppelresidenz grundsätzlich positiv gegenüber

D. Fazit

2. Beantwortung der Ausgangsfrage

- Kann die Anordnung der paritätischen Doppelresidenz allein vom Konsens der Eltern abhängen?

Aus gesellschaftlicher Perspektive: Nein!

V. Folgerungen

Beantwortung der Ausgangsfrage

- Muss die Doppelresidenz auch gegen den Willen eines Elternteils möglich sein?
 - Rechtliche Perspektive: Ja
 - Psychologische Perspektive: Ja
 - Gesellschaftliche Perspektive: Ja
- Der Beschluss XII ZB 601/15 des XII. Zivilsenats vom 1.2.2017 nicht nur gerechtfertigt. Er war notwendig!