



Bern, den 24. April 2024

Alternierende Obhut: Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulates 21.4141
Silberschmidt vom 29. September 2021

Inhaltsverzeichnis

1	Auftrag	5
1.1	Postulat 21.4141 Silberschmidt	5
1.2	Weitere parlamentarische Vorstösse zur alternierenden Obhut	5
1.2.1	Interpellation 20.4467 Silberschmidt	6
1.2.2	Parlamentarische Initiative 21.449 Kamerzin	6
1.2.3	Motion 22.4000 Romano	6
1.3	Verwandte Geschäfte	7
1.3.1	Familienverfahrensrecht und Familiengerichtsbarkeit	7
1.3.2	Kindesunterhaltsrecht	8
2	Ausgangslage	8
2.1	Revision der Bestimmungen über die elterliche Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung	8
2.2	Bericht des Bundesrates von 2017 «Alternierende Obhut»	9
2.3	Rechtsprechung des Bundesgerichts seit 2017	11
3	Alternierende Obhut in der Praxis	12
3.1	Vorgehensweise	12
3.2	Studie «Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhutsregelung»	13
3.3	Studie «Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen – Betreuungs- und Erziehungsverantwortung für die Kinder»	18
4	Würdigung des Bundesrates	22
4.1	Alternierende Obhut in der Praxis	22
4.1.1	Beantwortung der im Postulat gestellten Fragen	23
4.1.2	Prüfung eines allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs	24
4.2	Berechnung des Unterhaltsbeitrags: Analyse der Auswirkungen der Revision des Kindesunterhaltsrechts	28
4.3	Anpassung bei der Begrifflichkeit?	29
4.4	Familienverfahren und Familiengerichtsbarkeit	31
5	Schlussfolgerung	32

Zusammenfassung

Zwischen 2014 und 2017 wurden die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB) zur elterlichen Sorge und zum Kindesunterhalt geändert, um die gemeinsame elterliche Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung zu stärken: 2014 wurde der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Trennung oder Scheidung festgelegt (Art. 296 Abs. 2, 298 Abs. 1 und 298b Abs. 2 ZGB), während 2017 zwei Bestimmungen (Art. 298 Abs. 2^{ter} und 298b Abs. 3^{ter} ZGB) eingeführt wurden, in denen die zuständige Behörde (Gericht oder Kindesschutzbehörde) verpflichtet wird zu prüfen, ob die alternierende Obhut im Einzelfall die dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung ist, wenn «ein Elternteil oder das Kind dies verlangt». Ohne den Eltern ein bestimmtes Betreuungsmodell vorschreiben zu wollen, war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, damit eine ausgeglichene Beteiligung beider Elternteile an der Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung zu fördern.

Das Bundesgericht hat in seiner seitherigen Rechtsprechung die Kriterien für die Anordnung der alternierenden Obhut in strittigen Fällen definiert und dabei den gesetzgeberischen Willen unterstrichen, die gemeinsame Elternschaft in Form der alternierenden Obhut nach einer Trennung oder Scheidung zu fördern. Dennoch wird verschiedentlich kritisiert, dass die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte die alternierende Obhut in der Praxis immer noch nur dann anordnen würden, wenn sie von beiden Eltern beantragt werde. Angesichts dieser Situation wurden verschiedene Vorstösse zur Thematik der alternierenden Obhut eingereicht. Das vom Nationalrat am 17. Dezember 2021 angenommene Postulat 21.4141 Silberschmidt verlangt eine «Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung».

In Erfüllung des Postulates wurden in einer ersten Phase zwei interdisziplinäre Studien in Auftrag gegeben. Damit wurde zum einen die Gerichtspraxis zur alternierenden Obhut evaluiert, zum anderen auch die Perspektive und Erfahrung zum Betreuungsmodell «alternierende Obhut» sowohl von den Behörden und den Fachpersonen als auch von den betroffenen Eltern (und womöglich auch der Kinder) miteinbezogen.

Aus diesen beiden Studien ergibt sich, dass sich die meisten Eltern über die Regelung der Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung einigen. Dass sie sich eher selten für eine alternierende Obhut entscheiden, hat dabei vorab mit den realen Lebensumständen (z.B. Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern, berufliche Verpflichtungen oder finanzielle Situation) zu tun als mit ihren Konflikten zwischen einander. Dass insbesondere die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte eine schnellere Verbreitung der alternierenden Obhut behindern würden, hat sich in den Studien nicht bestätigt. Die meisten Richterinnen und Richter bemühen sich, mit zerstrittenen Eltern passende individuelle Lösungen für die Kinderbetreuung zu diskutieren und zu entwickeln und lassen auch schrittweise Übergänge und Probephasen zu. Zudem achten sie darauf, dass möglichst beide Eltern im Alltag der Kinder präsent bleiben. Die Betreuungsanteile der Väter sind in den letzten Jahren durchaus gestiegen und beschränken sich oft nicht mehr auf das früher «gerichtsübliche» Besuchsrecht jedes zweite Wochenende, sondern umfassen heute regelmässige Betreuungszeiten auch unter der Woche.

Unter diesen Umständen besteht für den Bundesrat kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf betreffend die alternierende Obhut. Der ursprüngliche gesetzgeberische Wille wird heute umgesetzt. Auch ist der Bundesrat davon überzeugt, dass es im Bereich der Kinderbetreuung im Alltag eine Regelung braucht, die auf individuelle Lösungen im Einzelfall fokussiert. Damit kann im konkreten Fall und unter Berücksichtigung sämtlicher Lebensumstände jeweils diejenige Betreuungslösung gewählt beziehungsweise angeordnet werden, die dem Kindeswohl am meisten entspricht. Einzig die Begrifflichkeit der Obhut bedarf weiterer Prüfung im Hinblick auf eine mögliche Verbesserung und Gesetzesanpassung, damit sich möglichst alle Eltern in ihrer Rolle bei der Kinderbetreuung voll anerkannt fühlen.

Zur Förderung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung besteht nach Ansicht des Bundesrates vielmehr im Bereich des Familienverfahrensrechts Verbesserungs- und Handlungsbedarf, wie das auch in den Studien bestätigt wurde. Diesbezüglich kann auf die laufenden Arbeiten zur Erfüllung anderer Postulate verwiesen werden: Sowohl das Anliegen nach einer Vereinheitlichung von Zuständigkeit und Verfahren für die Regelung der Kinderbelange unabhängig vom Zivilstand der Eltern als auch nach der Integration von Konfliktdeeskalationsinstrumenten wie Mediation und angeordnete Beratung im Verfahren werden dabei geprüft.

1 Auftrag

1.1 Postulat 21.4141 Silberschmidt

Am 29. September 2021 reichte Nationalrat Andri Silberschmidt das Postulat 21.4141 «Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung» ein. Nachdem der Bundesrat dieses am 17. November 2021 zur Annahme empfohlen hatte, wurde es vom Nationalrat am 17. Dezember 2021 ohne Diskussion angenommen und an den Bundesrat überwiesen.¹ Der Wortlaut des Postulates lautet:

Der Bundesrat wird beauftragt, eine Evaluation der erst- und zweitinstanzlichen Gerichtspraxis zum revidierten Unterhaltsrecht (in Kraft seit 1.1.2017) mit Fokus auf die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung zu erstellen. Diese Evaluation soll in einer repräsentativen Auswahl von Kantonen untersuchen, wie häufig Formen alternierender Obhut a) in absoluten Zahlen, b) in strittigen Fällen und c) im Verhältnis zur Gesamtzahl der Scheidungs- und Trennungsurteile, in welchen minderjährige Kinder betroffen sind, angeordnet wurde. In der Evaluation soll ersichtlich sein, wie alt die Kinder sind/waren und welche Anträge die Eltern gestellt haben. Ebenso muss klar herausgelesen werden, welche Betreuungsanteile Väter respektive Mütter abdecken. Neben den Auswirkungen der Gesetzesrevision auf die Praxis ist auch abzuklären, ob und allenfalls wie sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu auf die erst- und zweitinstanzlichen Urteile ausgewirkt hat.

Zur Begründung wurde unter anderem Folgendes angeführt:

Im Zentrum des Postulats steht der Aspekt der alternierenden Obhut, die im revidierten Gesetz explizit erwähnt wird und neu auch bei Uneinigkeit zwischen den Eltern vom Gericht geprüft werden muss.

Das vorliegende Postulat wird als notwendige Ergänzung zum Postulat Altermatt (19.3503)² verstanden, das sich mit erfolgreichen Ansätzen im Vollzug der gemeinsamen Elternschaft befasst und das vom Bundesrat bereits entgegen genommen wurde. Dieses verlangt eine Evaluation von Modellen und Möglichkeiten zur Förderung einvernehmlicher Konfliktlösungen im Fall von Trennung und Scheidung. Eine Analyse der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung ist in der Tat unerlässlich, weil heute keine Transparenz über die Gerichtssusanz in der Beurteilung der Obhuts- und Betreuungsfrage besteht. Ein besonderer Fokus auf die alternierende Obhut ist dabei fachlich wie politisch angezeigt.

1.2 Weitere parlamentarische Vorstösse zur alternierenden Obhut

Das Anliegen des Postulates 21.4141 bildete in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Gegenstand verschiedener parlamentarischer Vorstösse:³

¹ AB N 2021 2711

² vgl. Ziff. 1.3.1

³ Die Vorstösse sind abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäftsnummer.

1.2.1 Interpellation 20.4467 Silberschmidt

In seiner Antwort auf die Interpellation 20.4467 «*Alternierende Obhut. Wie wird der Wille des Gesetzgebers umgesetzt?*» hielt der Bundesrat fest, dass laut einer wissenschaftlichen Analyse zu 90 Urteilen über streitig geführte Verfahren aus dem Jahr 2019⁴ etwa die Hälfte der Anträge, die von einem Elternteil einseitig gestellt worden waren, gutgeheissen wurde. Die Gerichte würden also nicht schematisch entscheiden, sondern aufgrund der Umstände des Einzelfalles, unter Berücksichtigung des Kindeswohls.

1.2.2 Parlamentarische Initiative 21.449 Kameron

Die parlamentarische Initiative 21.449 «*Bei gemeinsamer elterlicher Sorge die alternierende Obhut fördern*» verlangt eine Änderung der Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210). Gemäss dem Wortlaut der Initiative prüft *und fördert* die zuständige Behörde die Möglichkeit einer alternierenden Obhut im Sinne des Kindeswohls, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Laut der Initiative soll ausserdem im Gesetz festgelegt werden, dass die Weigerung eines Elternteils der Anordnung einer alternierenden Obhut nicht entgegenstehen darf.

Die Rechtskommissionen beider Räte haben der parlamentarischen Initiative Folge gegeben.⁵

1.2.3 Motion 22.4000 Romano

Die Motion 22.4000 «*Grundsätzliches Recht der Kinder auf alternierende Obhut nach der Trennung oder Scheidung ihrer Eltern*» geht noch weiter, und dies in zwei Punkten. Einerseits wird verlangt, dass das Zivilgesetzbuch so angepasst wird, dass «Kinder grundsätzlich von der alternierenden Obhut profitieren können, wie dies bereits bei der gemeinsamen elterlichen Sorge die Regel ist». Andererseits soll laut der Motion die alternierende Obhut so ausgestaltet werden, dass ein Kind gleich viel Zeit mit jedem der beiden Elternteile verbringen kann, d.h. 50 Prozent mit jedem Elternteil. Der Bundesrat hat die Ablehnung dieser Motion beantragt. Die Suche nach individuellen Lösungen – welche die Aufrechterhaltung der Beziehung zu beiden Eltern erlauben und gleichzeitig dem Kindeswohl am besten entsprechen – sei gegenüber einer Anordnung der alternierenden Obhut als Regelfall zu bevorzugen.

Am 25. September 2023 hat der Nationalrat die Motion mit 112 zu 42 Stimmen bei 22 Enthaltungen angenommen.⁶ Am 8. Januar 2024 hat die Rechtskommission des Ständerates (RK-S) die Diskussion über die Motion sistiert, da zunächst der Bericht

⁴ MONIKA LEUENBERGER, Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, FamPra.ch 2019, S. 1100 ff.

⁵ Der Verlauf der Diskussionen zur Pa. Iv. 21.449 ist abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > (Geschäftsnummer) 21.449.

⁶ AB 2023 N 1927 f.

des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Silberschmidt 21.4141 abgewartet werden soll.⁷

1.3 Verwandte Geschäfte

Die Thematik der alternierenden Obhut und der Förderung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung betrifft nicht nur die eigentliche Organisation der Kinderbetreuung, sondern auch weitere Rechtsbereiche wie das Familienverfahrensrecht (nachfolgend Ziff. 1.3.1) und den Kindesunterhalt (nachfolgend Ziff. 1.3.2). Auch in diesen Bereichen wurden verschiedene parlamentarische Vorstösse eingereicht und überwiesen.

1.3.1 Familienverfahrensrecht und Familiengerichtsbarkeit

Mit der Erhöhung der Anzahl sich trennender Paare (verheiratete und unverheiratete) mit Kindern und den daraus resultierenden Konflikten stellt sich zunehmend die Frage, wie familienrechtliche Verfahren im Interesse der Kinder verbessert werden können.

- Das Postulat 19.3503 Müller-Altarmatt «*Weniger Verletzungen beim Kampf ums Kind. Massnahmen für das Wohl von Kind, Mutter und Vater*» beauftragt den Bundesrat, eine Evaluation der in den Kantonen bestehenden Modelle und Praxis betreffend Mediation und Intervention bei Streitigkeiten innerhalb getrennter Familien durchzuführen.
- Das Postulat 19.3478 Schwander «*Kinderbelange ernst nehmen*» beauftragt den Bundesrat, in einem Bericht darzulegen, wie die Beurteilung von Kinderbelangen schweizweit einheitlich – unabhängig vom Zivilstand der Eltern – geregelt werden kann.
- Die Frage der unterschiedlichen Zuständigkeiten und Verfahren für die Beurteilung der Kinderbelange je nach Zivilstand der Eltern wird auch im Postulat 23.3047 Feri «*KESB Zuständigkeiten bei Unterhalts- und Elternverträgen*» aufgeworfen.
- Mit dem Postulat 22.3380 der Rechtskommission des Nationalrates (RK-N) «*Für ein Familiengericht*» wurde der Bundesrat zudem beauftragt, zu prüfen, ob es in allen Kantonen zweckmässig wäre, ein einziges Gericht für familienrechtliche Streitigkeiten im weitesten Sinne zu schaffen. Vor dem Gerichtsverfahren sollte ausserdem immer ein Schlichtungsverfahren vor einer interdisziplinären Schlichtungsbehörde stattfinden.

Diese Postulate werden alle gemeinsam in drei Schritten erfüllt. Nachdem in einem ersten bereits abgeschlossenen Schritt in Zusammenarbeit mit den Kantonen eine Bestandesaufnahme über die geltende Behördenorganisation und Verfahrensregelung durchgeführt wurde, wurde in einem zweiten Schritt am 27. November 2023 die

⁷ Vgl. Medienmitteilung RK-S vom 09.01.2024, abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > (Geschäftsnummer) 22.4000.

öffentliche Veranstaltung «Familien und Justiz – Justiz und Familien. Ist das Familienverfahrensrecht noch zeitgemäss? Braucht die Schweiz Familiengerichte?» durchgeführt.⁸ Im dritten und letzten Schritt wird derzeit gestützt auf diese Grundlagen der Bericht mit einer Auslegeordnung für eine künftige Revision des Familienverfahrensrechts erarbeitet, der bis Ende 2024/Anfang 2025 vorliegen soll. Ziel ist es, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie die familienrechtlichen Verfahren effizienter, rascher und vor allem weniger belastend für sämtliche Beteiligten ausgestaltet werden können, um insbesondere jedem Kind die Möglichkeit zu geben, eine starke Bindung zu beiden Elternteilen zu pflegen.

1.3.2 Kindesunterhaltsrecht

Weil die Obhutsregelung (alleinige Obhut oder alternierende Obhut) Auswirkungen auf die Berechnung und Höhe des Unterhaltsbeitrags an das Kind hat, gilt es auch, folgenden kürzlich ebenfalls überwiesenen parlamentarischen Vorstoss zu erwähnen:

- Das Postulat 23.4328 RK-N «*Analyse des Unterhaltsbeitrags*» verlangt namentlich eine Analyse der Wirkungen der Revision des Kindesunterhaltsrechts auf die Berechnung des Unterhaltsbeitrags für das Kind, insbes. mit Bezug auf den Betreuungsunterhalt.

2 Ausgangslage

2.1 Revision der Bestimmungen über die elterliche Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung

Zwischen 2014 und 2017 wurden die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches zur elterlichen Sorge und zum Kindesunterhalt geändert, um die gemeinsame elterliche Verantwortung nach einer Trennung oder Scheidung zu stärken: 2014 wurde der *Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Trennung oder Scheidung* festgelegt (Art. 296 Abs. 2, 298 Abs. 1 und 298b Abs. 2 ZGB), während 2017 zwei Bestimmungen (Art. 298 Abs. 2^{ter} und 298b Abs. 3^{ter} ZGB) eingeführt wurden, in denen die zuständige Behörde (Gericht oder Kindesschutzbehörde) verpflichtet wird zu *prüfen, ob die alternierende Obhut im Einzelfall die dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung ist*, wenn «ein Elternteil oder das Kind dies verlangt».

Ohne den Eltern ein bestimmtes Betreuungsmodell vorschreiben zu wollen, war dem Gesetzgeber diese Prüfpflicht der Behörden ein Anliegen, um damit eine ausgeglichene Beteiligung beider Elternteile an der Betreuung des Kindes nach einer Trennung

⁸ Die Dokumente dieser Veranstaltung sind abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Aktuell > Veranstaltungen.

oder Scheidung zu fördern. Der Begriff der alternierenden Obhut wurde im Gesetz bewusst nicht als Betreuung zu gleichen Teilen definiert.⁹ Die Praxis geht entsprechend dem gesetzgeberischen Willen heute *ab einem Betreuungsanteil von ca. 30%* von einer alternierenden Obhut aus.¹⁰

2.2 Bericht des Bundesrates von 2017 «Alternierende Obhut»

Im Rahmen der Beratung zur Einführung der genannten Bestimmungen (Art. 298 Abs. 2^{ter} und 298b Abs. 3^{ter} ZGB) hatte der Nationalrat das Postulat 15.3003¹¹ angenommen, mit dem der Bundesrat beauftragt wurde, in einem Bericht die Probleme darzulegen, die eine alternierende Obhut für das Kind sowie für seine Eltern mit sich bringen kann.

Zur Beantwortung des Postulates hatte das Bundesamt für Justiz (BJ) ein Expertenteam der Universität Genf (Fakultät der Rechtswissenschaft und Fakultät der Sozialwissenschaften) beauftragt, eine interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut zu erstellen.¹² Dabei wurden folgende Fragen beantwortet:

«Unter welchen Umständen ist die alternierende Obhut die beste Lösung für das Kind?»

Aufgrund der Forschungsergebnisse in den Sozialwissenschaften kann nicht behauptet werden, dass es ein bestimmtes Modell der Obhut und Kinderbetreuung gibt, das für sämtliche familiäre und soziale Situationen ideal wäre. [...] Aus Sicht des Kindeswohls ist in erster Linie die Art der gemeinsamen Elternschaft zwischen den Eltern nach der Trennung [...] massgebend: denjenigen Eltern, die eine Art von vereinter gemeinsamer Elternschaft leben, wo trotz Trennung die Zusammenarbeit im Vordergrund steht,

⁹ Vgl. parlamentarische Debatte:

- AB 2014 S 1120 SR Stadler: «Mit den Artikeln 298 und 298b zielen wir auf einen grundsätzlichen Anspruch des Kindes auf Betreuung durch beide Elternteile. Die Betreuungsverhältnisse vor der Trennung der Eltern sollen nicht automatisch und gleichsam unbesehen die Betreuungsverhältnisse nach der Trennung definieren, denn die Verhältnisse werden sich geändert haben. Die Gerichte sollen im vorgesehenen Fall die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, die nicht unbedingt im Verhältnis fifty-fifty organisiert sein muss, prüfen.»

- AB 2015 N 79 NR Von Graffenried: «Alternierende Obhut, was ist das? Das ist eine Betreuungs- und Lebensform für Kinder getrennt lebender Eltern, bei welcher ein Kind zu mindestens 30 Prozent bei jedem Elternteil lebt und von diesem auch betreut wird. Es geht also um alle Fälle, in denen das Besuchsrecht etwas ausgeweitet wird, bis zu den Fällen mit einer Fifty-fifty-Betreuung. Das ist mit einer alternierenden Obhut gemeint.»

- AB 2015 S 188 SR Stadler: «Es war nie die Rede davon, eine alternierende Obhut müsse genau im Verhältnis 50 zu 50 Prozent ausgesprochen werden, im Gegenteil: Die Formulierung meint, die Gerichte hätten in Berücksichtigung des Rechts des Kindes auf eine regelmässige persönliche Beziehung zu beiden Elternteilen im Sinne des Kindeswohls auch die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen, wenn ein Elternteil oder das Kind das verlangt. Nur eine Prüfung soll verlangt werden, nicht der sich daraus ergebende Entscheid. Das Modell der alternierenden Obhut kann dabei verschiedene Formen annehmen und ist keine mathematische Formel.»

¹⁰ Vgl. Studie Gerichtspraxis, S. 9 (Ziff. 3.2)

¹¹ Postulat 15.3003 RK-N «Alternierende Obhut. Klärung der Rechtsgrundlagen und Lösungsvorschläge»

¹² Der Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 und die interdisziplinäre Studie der Universität Genf vom März 2017 können unter folgender Adresse abgerufen werden: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Unterhalt des Kindes > Alternierende Obhut.

gelingt es besser als den anderen, die alternierende Obhut in zufriedenstellender Weise umzusetzen. Wenn dagegen die Meinungsverschiedenheiten über die Art und die praktische Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft gross und permanent sind und das Kind direkt betreffen, sind die Konsequenzen für die Entwicklung und das Wohlergehen des Kindes sehr negativ. In einer Konfliktsituation verstärkt die alternierende Obhut die Spannungen zwischen den Eltern, da sie zwischen ihnen aufgrund der regelmässigen Alternanzen und des grossen Koordinationsbedarfs gegenseitige Verflechtungen schafft. [...]

Welche psychosozialen Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit diese Form der Obhut im Alltag funktionieren kann?

Es muss zwischen persönlichen Voraussetzungen sowie Voraussetzungen auf der Beziehungsebene einerseits und materiellen Voraussetzungen andererseits unterschieden werden: aus persönlicher Sicht und unter dem Beziehungsaspekt stellt eine funktionierende gemeinsame Elternschaft vor der Trennung einen Faktor dar, der eine alternierende Obhut begünstigt. Die Forschung unterstreicht ebenfalls die positiven Auswirkungen der Partizipation des Kindes an der Entscheidungsfindung zur konkreten Organisation der Obhut. Was die materiellen Voraussetzungen betrifft, muss festgestellt werden, dass die alternierende Obhut eine kostspielige Art der Elternschaft ist: die Eltern müssen deshalb über relativ gute Einkommen verfügen.

Kann der Staat diese Form der gemeinsamen Elternschaft fördern, und wenn ja, wie?

[...] der Staat [kann] in erster Linie auf der Ebene der allgemeinen Familienpolitik die Organisation der alternierenden Obhut erleichtern [...], namentlich indem er Massnahmen [...] entwickelt, die es erlauben würden, die Frage der Art der Obhut von der Frage des Unterhalts zu entkoppeln. Ebenfalls wünschenswert wäre eine stärkere finanzielle Beteiligung des Staates an der Mediation und den angeordneten Beratungen, damit diese kostenlos angeboten und somit generell eingeführt werden könnten. [...] Angesichts der in diesem Bericht aufgezeigten Vielfalt von Funktionsweisen der Elternschaft nach Trennung wird davon abgeraten, die alternierende Obhut als zwingendes Modell einzuführen. Es wäre für das Wohl des Kindes gefährlich, Familien nach Trennung in Situationen, in denen die psychosozialen und materiellen Voraussetzungen für eine alternierende Obhut nicht gegeben sind, zu einer solchen Organisationsweise zu verpflichten.»¹³

¹³ MICHELLE COTTIER/ ERIC D. WIDMER/ SANDRINE TORNARE/MYRIAM GIRARDIN, Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut, Genf, März 2017, S. 79-81.

Die Fakultät für Sozialwissenschaften der Universität Genf hat ihre Forschung fortgesetzt. 2020 erschien folgendes neues Werk: MARIE-ÈVE ZUFFEREY BERSIER ET AL., Les modes de garde après séparation: conditions et conséquences sur les relations familiales. Genève: Université de Genève, 2020. (Sociograph, Sociological Research Studies). Die Frage der alternierenden Obhut als Regel wurde erneut untersucht, mit demselben Ergebnis wie im Jahr 2017: «En conclusion, notre étude révèle que la garde partagée - perçue comme le mode de garde le plus égalitaire - ne peut pas être imposée en tous circonstances, le cas par cas doit être privilégié (Zusammenfassend zeigt unsere Studie, dass die alternierende Obhut – die als jene Betreuungsform gilt, bei der die beiden Elternteile am ausgeglichensten beteiligt sind – nicht unter allen Umständen durchgesetzt werden kann. Eine individuelle Lösung ist zu bevorzugen)» (S. 91).

Gestützt auf diese Resultate ist der Bundesrat in seinem Bericht vom 8. Dezember 2017 (nachfolgend: Bericht alternierende Obhut 2017) zum Schluss gekommen, dass der Entscheid des Gesetzgebers, das Prinzip der alternierenden Obhut nicht im Gesetz zu verankern, richtig war: «Die alternierende Obhut ist nicht nur in Bezug auf die Interaktion der Eltern anspruchsvoll, sondern hängt auch von gewissen materiellen Voraussetzungen (aufgrund höherer Auslagen) und strukturellen Rahmenbedingungen (bezüglich Arbeitsmarkt, familienergänzendes Kinderbetreuungsangebot, Familienpolitik) ab, die nicht in jedem Fall vorliegen. Ausserdem kann sie sich für das Kind wegen der häufigen Wechsel des Aufenthaltsorts als grosse Belastung erweisen. [...] Es geht darum, eine «massgeschneiderte» Lösung zu finden, [...] [so] dass die Suche nach individuellen Lösungen zu bevorzugen ist und diejenige Betreuungslösung gewählt werden soll, die dem Kindeswohl am besten entspricht.»¹⁴

2.3 Rechtsprechung des Bundesgerichts seit 2017

In seiner Rechtsprechung nach 2017 hat das Bundesgericht die *Kriterien für die Anordnung der alternierenden Obhut in strittigen Fällen* definiert und dabei den gesetzgeberischen Willen unterstrichen, die gemeinsame Elternschaft in Form der alternierenden Obhut nach einer Trennung oder Scheidung zu fördern.¹⁵ Insbesondere kann aus der blossen Weigerung, die alternierende Obhut einzuführen, nicht auf eine Unfähigkeit der Eltern zur Zusammenarbeit geschlossen werden. Erst ein ausgeprägter und anhaltender Konflikt zwischen den Eltern in Bezug auf Fragen, die das Kind betreffen, lässt auf künftige Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit schliessen und hat in der Regel zur Folge, dass das Kind immer wieder Konfliktsituationen ausgesetzt wird, was dessen Interessen zuwiderlaufen könnte.¹⁶

Ungeachtet dessen wird verschiedentlich kritisiert, dass die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte die alternierende Obhut in der Praxis immer noch nur dann anordnen würden, wenn sie von beiden Eltern beantragt werde. Widersetze sich ein Elternteil, werde in den meisten Fällen auf die Anordnung der alternierenden Obhut verzichtet. Die Obhut werde einem Elternteil – meistens der Mutter – alleine zugeteilt, während dem andern Elternteil ein «übliches Besuchsrecht» zustehe.¹⁷ Das Postulat 21.4141 bzw. der Auftrag zur Analyse der tatsächlichen Praxis der Gerichte ist auch vor diesem Hintergrund zu sehen.

¹⁴ Bericht alternierende Obhut 2017 (Fn. 12), Zusammenfassung, S. 3.

¹⁵ Siehe vorab BGE 142 III 612 E. 4.2 sowie 4.3 und 142 III 617 E. 3.2.3.

¹⁶ Vgl. insb. BGE 142 III 612 E. 4.3 und BGer 5A_991/2019 vom 19. Januar 2021 E. 5.1.2 mit Verweisen, Für eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Kriterien für die Obhutszuteilung vgl. Bericht des Bundesrates 2017, S. 14f. und Studie Gerichtspraxis, S. 10f.

¹⁷ Vgl. z.B. die Begründung der parlamentarischen Initiative 21.449 Kamerzin «Bei gemeinsamer elterlicher Sorge die alternierende Obhut fördern».

3 Alternierende Obhut in der Praxis

3.1 Vorgehensweise

Zur Beantwortung des Postulates wurden zwei interdisziplinäre Studien in Auftrag gegeben:

- Zur Evaluation der Gerichtspraxis wurde vom Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS in Zusammenarbeit mit Prof. Andrea Büchler, Barbara Borkowski, Dr. Zeno Raveane, und Sharon Petralia von der Universität Zürich sowie Dr. Linus Cantieni und Dr. Heidi Simoni die Studie *«Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhutsregelung»* (nachfolgend: Studie Gerichtspraxis, vgl. Ziff. 3.2) erstellt. Sie besteht aus einer Analyse der Gerichtspraxis in fünf – bezüglich Grösse, Sprache, Stadt-Land-Dimension und Häufigkeit alternierender Betreuungsarrangements möglichst heterogenen – Kantonen: St. Gallen, Schwyz, Waadt, Wallis und Zürich. In diesen Kantonen wurde eine schriftliche Befragung aller erstinstanzlichen Gerichte durchgeführt. Weiter wurden Expertengespräche mit Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte sowie mit spezialisierten Anwältinnen und Anwälten aus den entsprechenden Kantonen durchgeführt. Schliesslich wurde eine Stichprobe von etwas über einem Viertel der zweitinstanzlichen Gerichtsentscheide der Jahre 2021 und 2022 zu strittigen Obhutsfragen ausgewertet.
- Daneben wurde vom grossmehrheitlich gleichen Team ausgehend von einem breiter angelegten Forschungsprojekt¹⁸ eine zweite Studie spezifisch mit Blick auf die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Postulat interessierenden Fragenstellungen erstellt. Die Studie *«Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen – Betreuungs- und Erziehungsverantwortung für die Kinder»* (nachfolgend: Studie Eltern, vgl. Ziff. 3.3) basiert auf den Antworten aus der in 2021 gesamtschweizerischen durchgeführten Online-Befragung «Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen» zur Alltagssituation von Familien mit Kindern, deren Eltern in unterschiedlichen Haushalten wohnen.¹⁹

Mit diesen beiden Studien wurde nicht nur die Gerichtspraxis zur alternierenden Obhut evaluiert, sondern es wurde auch die Perspektive und Erfahrung zum Betreuungsmodell «alternierende Obhut» sowohl von den Behörden und den Fachpersonen als

¹⁸ Der daraus resultierende Bericht «Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen - Elternschaft und Kinderalltag» kann unter der folgenden Adresse abgerufen werden: www.ekff.admin.ch > Dossiers > Thematische Schwerpunkte 2019-2023 > Familiensituationen nach Trennung oder Scheidung.

¹⁹ Die Befragung wurde im Rahmen des Forschungsprojekts «Kinder in multilokalen Familienarrangements» durchgeführt. Vgl. www.buero-bass.ch > kernbereiche > projekte > familienpolitik > 12/2022. Die Befragung ist repräsentativ für getrennt wohnende Eltern von Kindern zwischen 1 und 17 Jahren, die in der Schweiz geboren sind, im Haushalt eines Elternteils leben und einen in der Schweiz lebenden zweiten Elternteil in einem anderen Privathaushalt haben.

auch von den betroffenen Eltern (und womöglich auch der Kinder²⁰) miteinbezogen. Denn mit Blick auf die sich stellenden Fragen und insbesondere des möglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs ist nicht nur die Praxis der Behörden und die Art und Anzahl der Entscheide zur alternierenden Obhut von Interesse, sondern auch wie diese Entscheide gefällt und dann praktisch umgesetzt bzw. von den Eltern und Kindern tatsächlich gelebt werden.

Zur besonderen Konstellation bei häuslicher Gewalt wurde weiter die im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) und der Schweizerischen Konferenz gegen Häusliche Gewalt (SKHG) erstellte Studie «Unterstützungsangebote und Schutzmassnahmen für Kinder, die Gewalt in der elterlichen Paarbeziehung ausgesetzt sind» berücksichtigt.²¹

3.2 Studie «Evaluation der Gerichtspraxis nach der Revision des Unterhaltsrechts mit Fokus auf die Obhutsregelung»

Die Analyse der Gerichtspraxis hat zusammengefasst Folgendes ergeben:²²

- *Die meisten Eltern können sich bezüglich der Obhutsregelung einigen.* Sowohl die Anwältinnen und Anwälte wie auch die Richterinnen und Richter geben an, dass in 90% der Fälle eine vollumfängliche Einigung erreicht werden könne. Die alternierende Obhut wird nicht oft gewählt. Die realen Umstände (z.B. Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern, berufliche Verpflichtungen oder finanzielle Situation) schränken die Wahlmöglichkeiten bezüglich der Betreuung der Kinder oft ein.²³
- *Die alternierende Obhut ist in den Vertiefungskantonen der Westschweiz selbstverständlicher.* Darin widerspiegele sich die stärkere Erwerbsintegration der Mütter vor einer Trennung in der Westschweiz.²⁴

²⁰ Die Auswirkungen der verschiedenen Familienarrangements auf die Kinder bilden den Gegenstand eines neuen Forschungsprojekts «FamyCH 2023-2027: vers une meilleure compréhension de l'impact des arrangements de garde sur le bien-être des enfants en Suisse».

²¹ P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, Unterstützungsangebote und Schutzmassnahmen für Kinder, die Gewalt in der elterlichen Paarbeziehung ausgesetzt sind, Kurzversion des Berichts, Luzern/Siders/Fribourg, Januar 2024. Vgl. www.ebg.admin.ch > Medienmitteilung 22. Januar 2024 «Elterliche Partnerschaftsgewalt: Betroffene Kinder besser schützen».

²² Vgl. Studie Gerichtspraxis, S. 4-12 Zusammenfassung und S. 81-86.

²³ Studie Gerichtspraxis, S. 10 Zusammenfassung und S. 82.

²⁴ Studie Gerichtspraxis, S. 82.

- In den analysierten *Eheschutz- und Massnahmeverfahren*²⁵ wurden je nach Kanton in 7–19% der Fälle eine *alternierende Obhut* festgelegt. In den *Scheidungsverfahren* resultierte in 9–29% der Fälle eine *alternierende Obhut*.²⁶
- Weniger als die Hälfte der Gerichte²⁷ konnten Angaben zur Häufigkeit der Anträge auf eine *alternierende Obhut* machen. Wo Angaben vorliegen, liegt der Anteil *gemeinsamer elterlicher Anträge auf alternierende Obhut* bei 9% in Eheschutz- und Massnahmeverfahren und bei 13% in Scheidungsverfahren. Solche gemeinsamen Anträge wurden nie abgelehnt. *Alleinige Anträge auf alternierende Obhut* sind selten²⁸ und werden bei den antwortenden Gerichten immer von den Vätern, nie den Müttern oder den Kindern gestellt. Zur Häufigkeit, mit der die alleinigen Anträge angenommen wurden, liegen aufgrund der tiefen Fallzahlen keine belastbaren Erkenntnisse vor. Sicher ist, dass auch Ablehnungen vorkamen. Aus der Gerichtsbefragung geht als bei einem solchen Entscheid relevant hervor, ob ein realistisches Betreuungskonzept des Antragstellers vorliegt oder nicht.²⁹
- *Ein Weiterzug aufgrund strittiger Obhutsfragen an die nächste Instanz ist äusserst selten.* Aus den untersuchten zweitinstanzlichen Entscheiden zeigte sich, dass die Berufungen praktisch gleich häufig von Müttern und Vätern ausgingen. Die Väter wehren sich häufig gegen eine alleinige Obhut der Mutter, in Ausnahmefällen aber auch gegen eine konkrete Regelung der alternierenden Obhut. Die Mütter wehren sich gegen eine alternierende Obhut oder gegen eine alleinige Obhut des Vaters. Oft lassen sich die Anliegen vor der zweiten Instanz nicht durchsetzen und es gibt *keinerlei Hinweise, dass den Anliegen der Mütter oder denjenigen der Väter mehr Verständnis entgegengebracht würde*.³⁰

²⁵ Scheidungen von Eltern mit minderjährigen Kindern erfolgen oft erst Jahre nach der faktischen Trennung. Wer die Kinder wann betreut, kann nicht erst dann geregelt werden. Entweder einigen sich die Eltern im Moment der Trennung selber über das Betreuungsarrangement oder es kommt zu einem Eheschutzverfahren und/oder vorsorglichen Massnahmen im Rahmen des Scheidungsverfahrens. Daher wurden diese beiden Verfahrenstypen ebenfalls in die Analyse einbezogen (Studie Gerichtspraxis, S. 4 Zusammenfassung).

²⁶ Wenn ein Verfahren (Eheschutz oder vorsorgliche Massnahmen) vorausgeht, kommt es gemäss den Angaben der Gerichte selten oder fast nie vor, dass die Obhutsregelung im Scheidungsurteil grundlegend verändert wird. Der höhere Anteil alternierender Obhut in den Scheidungsverfahren hängt vielmehr damit zusammen, dass eine alternierende Obhut häufig einvernehmlich geregelt wird und dann keine vorausgehenden Verfahren bestehen (Studie Gerichtspraxis, S. 4 Zusammenfassung).

²⁷ In den Vertiefungskantonen haben sich gut 70% der erstinstanzlichen Gerichte an der Umfrage beteiligt (Studie Gerichtspraxis, S. 4 Zusammenfassung).

²⁸ Bei 6 der 11 Gerichte mit Angaben kam dies bei Eheschutz- und Massnahmeverfahren nie vor. Bei 4 der 11 Gerichte gilt dies auch für Scheidungsverfahren. Bei den übrigen Gerichten gab es über alle Verfahren hinweg jeweils 1-3 Fälle in zwei Jahren (Studie Gerichtspraxis, S. 4 Zusammenfassung).

²⁹ Studie Gerichtspraxis, S. 4f. Zusammenfassung.

³⁰ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung und S. 82.

- *Wenn eine alternierende Obhut festgelegt wird*, geben drei Viertel der antwortenden Gerichte an, dass häufig eine gleichmässige *Aufteilung der Betreuung* erfolge. Die Aussagen der Gerichte stehen aber in einem gewissen Widerspruch zu denjenigen der Richterinnen und Richter in den Expertengesprächen. Gemäss deren Aussagen kommen ungleiche Betreuungsanteile bei alternierender Obhut deutlich häufiger vor.³¹ Auch wenn ein *klarer Trend zu mehr Mitbetreuung durch die Väter* festgestellt wurde, liegen die von den Vätern angestrebten Betreuungsanteile in der Regel weit weg von einem egalitären Betreuungsengagement.³² Wenn ein Elternteil einen grösseren Betreuungsanteil übernimmt, ist dies in aller Regel die Mutter.³³
- *Wenn die Obhutsfrage strittig ist*, stehen aus Sicht der Richterinnen und Richter nicht die Rechte der Eltern im Vordergrund, sondern dass diese sich zusammenraufen und eine gute Lösung für ihre Kinder finden. Die Richterinnen und Richter wie auch die Anwältinnen und Anwälte erachten es als *sinnvoll, die Eltern darin zu unterstützen, selber eine massgeschneiderte Lösung zu finden*.³⁴ Ist ein gerichtlicher Entscheid notwendig, so spielen in den Erwägungen der Gerichte insbesondere die Erziehungsfähigkeit der Eltern, die Distanz zwischen den Haushalten, die Kommunikationsfähigkeit der Eltern und der Wille der Kinder eine Rolle.³⁵ Bei der Organisation der Betreuung vor der Trennung und der persönlichen Verfügbarkeit für die Betreuung sind die Einschätzungen heterogen.³⁶
- Die *teilweise geäusserte Ansicht, dass die unteren Gerichte eine schnellere Verbreitung der alternierenden Obhut behindern, lässt sich nicht bestätigen*. Im Gegenteil ist der Wille der meisten Richterinnen und Richter beeindruckend, mit strittigen Eltern gute *individuelle Lösungen* für ihre Kinder zu entwickeln und sich dafür *in Einigungsverhandlungen Zeit* zu nehmen.³⁷
- Insbesondere wenn die Eltern vor der Trennung eine einseitige Arbeitsteilung praktizierten und das Familienmodell somit mit der Trennung grundlegend ge-

³¹ Zudem besteht eine erhebliche Diskrepanz zwischen der vereinbarten oder angeordneten Obhutsregelung und der gelebten Realität der Betreuung: Nur in 37% dieser Fälle übernehmen beide Eltern die Betreuung zu mindestens einem Drittel. Vgl. Studie Gerichtspraxis, S. 81 und Ziff. 3.3

³² Studie Gerichtspraxis, S. 6 Zusammenfassung.

³³ Studie Gerichtspraxis, S. 81.

³⁴ Studie Gerichtspraxis, S. 82.

³⁵ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung.

³⁶ Studie Gerichtspraxis, S. 5, 6, 7 Zusammenfassung.

³⁷ Studie Gerichtspraxis, S. 7 Zusammenfassung und S. 85f.

ändert wird, werden auch *schrittweise Übergänge und Probephasen* zugelassen.³⁸ So können die Richterinnen und Richter überprüfen, ob ein realisierbares Betreuungskonzept vorliegt, und ob ein Elternteil die alternierende (oder alleinige) Obhut aus einer *rein finanziellen Motivation* verlangt.³⁹

- *Bei der Erweiterung des Besuchsrechts hat sich viel verändert.* Die Richterinnen und Richter berichten regelmässig, dass sie darauf achten, dass möglichst beide Eltern im Alltag der Kinder präsent bleiben. Die *Betreuungsanteile der Väter sind durchaus gestiegen* und beschränken sich oft nicht mehr auf die früher «gerichtsüblichen» Besuche jedes zweite Wochenende, sondern umfassen einzelne regelmässige Betreuungszeiten unter der Woche.⁴⁰
- Schliesslich werden auch die Situationen aufgezeigt, in welchen die *alternierende Obhut problematisch bzw. ausgeschlossen* ist:
 - *Sexueller Missbrauch, häusliche und familiäre Gewalt und fehlende Erziehungsfähigkeit* werden als klare «rote Linien» bezeichnet, die eine alternierende Obhut ausschliessen würden.⁴¹
 - Die *Hochstrittigkeit der Eltern* stellt ein Problemfeld dar, auch wenn gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung diese keine «rote Linie» mehr ist. Damit ist die Hochstrittigkeit für die Gerichte zu einem brisanten Thema geworden, weil diese Situation alternierend betreute Kinder durchaus stark belasten und in ihrem Wohl gefährden kann. Ungeplantes, wie z.B. wenn das Kind bei einem Elternteil ein Schulbuch vergessen hat, kann für dieses rasch zum grossen Stress werden, wenn die Eltern unfähig sind, miteinander zu reden. Auch besteht die Gefahr, dass ein Elternteil den anderen vor dem Kind herabsetzt und das Kind als Bote missbraucht wird.⁴²
 - Das *Alter der Kinder* spielt ebenfalls eine Rolle. Bei Entscheiden mit alternierender Obhut im Zeitpunkt der Scheidung liegt das Alter gemäss Angaben der Gerichte selten unter drei Jahren. Kinder ab 8 Jahren werden etwas häufiger alternierend betreut als solche zwischen 4 und 7 Jahren.⁴³
 - Die *Meinung der Kinder* muss ernst genommen werden: Eine Betreuungsregelung muss einen für die Kinder bewältigbaren Alltag gewährleisten. Wenn Kinder angehört werden, favorisieren zwar manche eine multilokale Lebensweise an den beiden Wohnorten der Eltern, manche hingegen wünschen das

³⁸ Studie Gerichtspraxis, S. 7, 8 Zusammenfassung und S. 83.

³⁹ Studie Gerichtspraxis, S. 7, 8 Zusammenfassung.

⁴⁰ Studie Gerichtspraxis, S. 8 Zusammenfassung.

⁴¹ Studie Gerichtspraxis, S. 7 Zusammenfassung und S. 59 und 84.

⁴² Studie Gerichtspraxis, S. 7 und 10f. Zusammenfassung und S. 84.

⁴³ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung und S. 83.

ausdrücklich nicht.⁴⁴ Vor allem Teenager können sich gegen eine alternierende Obhut aussprechen.⁴⁵

Die Studie Gerichtspraxis hat Verbesserungspotential bzw. Handlungsbedarf in folgenden Bereichen ergeben:

- *Begrifflichkeiten*

- Der *Obhutsbegriff ist unscharf*. Dies führt dazu, dass auch der Begriff der alternierenden Obhut weder in den Urteilen noch in der Alltagsrealität mit einem bestimmten Betreuungsanteil übereinstimmt, sondern sehr unterschiedlich interpretiert wird. Selbst das in der Praxis geltende Minimum eines Betreuungsanteils von 30% ist höchstens eine Richtschnur. Somit kann das identische Betreuungsarrangement einmal als alternierende Obhut und ein anderes Mal als alleinige Obhut mit erweitertem Besuchsrecht bezeichnet sein.⁴⁶
- Die *Zweiteilung in alleinige und alternierende Obhut* lässt unbeachtet, dass die meisten Lösungen im gelebten Alltag dazwischen liegen und führt zu unnötigen Konflikten. In der Praxis sind die Begrifflichkeiten des Gesetzes zur Obhut für eine Mehrheit der interviewten Fachpersonen unbefriedigend. Viele stossen sich daran, dass die Eltern den Begriff der Obhut nicht verstehen, so dass sie sowieso alternative Begrifflichkeiten (wie Betreuungsregelung, Betreuungsverantwortung) verwenden müssen.⁴⁷
- Der *vielfältigen Realität wird die Vorgabe einer alternierenden Obhut als Regelfall in keiner Weise gerecht*. Die Probleme werden dadurch nicht gelöst. Adäquater als die duale Kategorisierung erscheint es, von individuellen Lösungen auf einem Kontinuum auszugehen und diese zu propagieren.⁴⁸

- *Berechnung der Unterhaltsbeiträge*

- Die bestehende *Diskrepanz zwischen dem Obhutsbegriff und der tatsächlichen, konkreten Betreuung* hat zur Folge, dass sich alle abgeleiteten finanziellen Konsequenzen auf die konkrete Betreuungsregelung und nicht auf den Obhutsbegriff abstützen sollten.⁴⁹
- Im geltenden System besteht ein unerwünschter *Kippschalter-Effekt beim Übergang zwischen alleiniger und alternierender Obhut* bei einem Betreuungsanteil von rund 30%. Weil sich mit der Obhutsregelung der Berech-

⁴⁴ Studie Gerichtspraxis, S. 83.

⁴⁵ Studie Gerichtspraxis, S. 86.

⁴⁶ Studie Gerichtspraxis, S. 84.

⁴⁷ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung und S. 84.

⁴⁸ Studie Gerichtspraxis, S. 86.

⁴⁹ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung und S. 84f.

nungsmodus ändert, kann hier bereits eine kleine Änderung an der Betreuungs-lösung erhebliche finanzielle Konsequenzen haben. Wichtig wäre daher, den Übergang von alleinigen zu beidseitigen finanziellen Unterhaltsverpflichtungen fließender auszugestalten.⁵⁰

- Der *Berechnungsmodus gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts* wird insbesondere bei einer Beteiligung beider Eltern an der Betreuung als zu kompliziert und aufwändig in der Handhabung erachtet. Es ist nicht klar, wie sich die für die Berechnung des Unterhalts relevanten Betreuungsanteile berechnen und wieweit dabei Herausforderungen bei der Vereinbarkeit der Betreuung mit einer Berufstätigkeit zu berücksichtigen sind.⁵¹
- Stark kritisiert wird zudem, dass *Zukunftsannahmen und Prognosen über die ganze Zeit des Aufwachsens der Kinder* gestellt und mehrere Unterhaltsperioden berechnet werden müssen. Die Gerichte wünschen sich einen einfacheren und verständlichen Automatismus.⁵²
- *Das Verfahren betreffend die Trennung unverheirateter Eltern ist unbefriedigend.* Richter- und Anwaltschaft beurteilen nicht nur die im Vergleich zu verheirateten Eltern unterschiedlichen Zuständigkeiten, sondern auch die geltende Ausgestaltung des Verfahrens hinsichtlich unverheirateter Eltern als nicht zielführend.⁵³
- *Vordringlich erscheint, strittige Eltern nach einer Trennung bei der Reorganisation der gemeinsamen Elternschaft besser zu unterstützen,* damit ihre Verantwortung gegenüber den Kindern wieder in den Fokus rückt und alternierende Betreuungsarrangements in der Realität auch funktionieren können.⁵⁴
- *Änderungsbedarf zeigt sich bezüglich der auf multidisziplinäre Zusammenarbeit ausgerichtete Verfahrensmodelle,* zum Beispiel in Form einer spezialisierten Familiengerichtsbarkeit.⁵⁵

3.3 Studie «Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen – Betreuungs- und Erziehungsverantwortung für die Kinder»

Aus der Auswertung der gesamtschweizerischen Online-Befragung «Wenn die Eltern nicht zusammenwohnen» (Studie Eltern) ergeben sich folgende Antworten auf die vom BJ gestellten Fragenkomplexe⁵⁶ insbesondere zur Aufteilung der Betreuung, zum Funktionieren der alternierenden Obhut in der Praxis und zum Umgang mit diesbezüglichen Konflikten:⁵⁷

⁵⁰ Studie Gerichtspraxis, S. 6 Zusammenfassung und S. 85.

⁵¹ Studie Gerichtspraxis, S. 84.

⁵² Studie Gerichtspraxis, S. 84.

⁵³ Studie Gerichtspraxis, S. 85.

⁵⁴ Studie Gerichtspraxis, S. 86.

⁵⁵ Studie Gerichtspraxis, S. 85.

⁵⁶ Vgl. Studie Eltern, Tabelle 1, S. 2.

⁵⁷ Vgl. Studie Eltern, S. III – IX, 51 – 54.

Aufteilung der Betreuung vor und nach der Revision von 2017

- Statistische Verfahren, die den gleichzeitigen Einfluss verschiedener Faktoren messen, zeigen, dass *Kinder eher alternierend betreut werden*, das heisst mindestens ein Drittel der Nächte bei beiden Elternteilen verbringen, *wenn*
 - die Trennung der Eltern nach der Revision von 2017 erfolgte,
 - die Kinder weder ganz klein sind noch in der Pubertät stehen (6–11 Jahre),
 - die Beziehungsqualität der Eltern gut ist und
 - die Eltern über einen höheren Bildungsabschluss und daher in der Regel bessere Verdienstmöglichkeiten verfügen.⁵⁸
- Eine mehr oder weniger *egalitäre Aufteilung der Betreuungsverantwortung* wird nach wie vor nur von einer *Minderheit* der getrennten Eltern gelebt. Dies erstaunt insofern kaum, als es sich bei den ungetrennten Elternpaaren ebenso verhält.⁵⁹
- Im Zeitvergleich vor und nach der Revision hat die *Wahrscheinlichkeit stark abgenommen, dass ein Vater die Kinder sehr selten oder nur tagsüber sieht*. Wohnen die Kinder (fast) immer beim gleichen Elternteil, so hat ein Grossteil von ihnen viel Kontakt mit dem Elternteil im anderen Haushalt.⁶⁰
- Schliesslich gab es eine *Verschiebung von Jugendlichen mit Betreuung durch beide Eltern mit stark unterschiedlichen Anteilen hin zu einem egalitären Wohnarrangement* (mit 48-52% bei beiden Eltern).⁶¹

Anordnungen bzw. Vereinbarungen bei Trennung oder Scheidung

- *Bei 84% der befragten Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht wurde die Obhut im Rahmen eines Verfahrens von einem Gericht oder der Kindesschutzbehörde (KESB) ausdrücklich festgelegt*. Bei knapp der Hälfte (48%) ist die Obhut beiden Eltern zugeteilt (alternierende Obhut)⁶², bei 46% hat ein Elternteil die alleinige Obhut und in den übrigen 6% der Fälle ist die Regelung nicht bei allen Kindern gleich. Bei 0–3-jährigen Kindern entspricht die Regelung nur in 42% der Fälle einer alternierenden Obhut. Bei den 12–17-jährigen Jugendlichen steigt dieser Anteil auf 70%.⁶³

⁵⁸ Studie Eltern, S. IV.

⁵⁹ Studie Eltern, S. 51.

⁶⁰ Studie Eltern, S. IV und S. 51.

⁶¹ Studie Eltern, S. IV.

⁶² Hier ist ein gewisser Widerspruch zu den Resultaten der Studie Gerichtspraxis festzustellen, wonach die alternierende Obhut nur in einer Minderheit der Fälle festgelegt wurde (Vgl. Ziff. 3.2). Eventuell lässt sich dieser Unterschied damit erklären, dass für die betroffenen Eltern nicht die rechtliche Bezeichnung, sondern das konkrete Betreuungsarrangement massgebend ist und ein identisches Betreuungsarrangement kann einmal als alternierende Obhut und ein anderes Mal als alleinige Obhut mit erweitertem Besuchsrecht bezeichnet sein (Studie Gerichtspraxis, S. 84).

⁶³ Studie Eltern, S. V.

- Bei insgesamt 15% der Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht hat das Gericht oder die KESB über die Obhut entschieden, weil die Eltern *keine einvernehmliche Lösung* fanden. Bei rund einem Drittel dieser Fälle wurde eine alternierende Obhut angeordnet.⁶⁴
- *Die Wohndistanz und die finanzielle Lage prägen das Betreuungsarrangement mit:* Alternierende Betreuung über weitere Distanzen kommen kaum vor. Vielmehr erscheint der Wille, in der Nähe des jeweils anderen Elternteils zu wohnen, als eine Voraussetzung für das Funktionieren eines solchen Familienarrangements. Es zeigt sich aber auch klar ein Zusammenhang zwischen dem Bildungsniveau als Indikator für die Verdienstchancen und der alternierenden Betreuung. In der heutigen Realität sind also auch finanzielle Voraussetzungen notwendig dafür, ein solches Familienarrangement leben zu können.⁶⁵
- *Nur wenige Eltern haben beim Aushandeln des Wohn- und Betreuungsarrangements für ihre Kinder die Hilfe professioneller Beratung oder Mediation in Anspruch genommen (8%).* Alternierende Betreuung geht etwas häufiger mit einer Beratung einher. Möglich ist sowohl, dass die Beratung eher zu einer alternierenden Betreuung führt, als auch, dass Eltern, die sich eine alternierende Betreuung vorstellen können, eher eine Beratung in Anspruch nehmen, oder aber es gilt beides.⁶⁶

Funktionieren der alternierenden Obhut in der Praxis

- Es besteht eine erhebliche *Diskrepanz zwischen der vereinbarten oder angeordneten alternierenden Obhut und der gelebten Realität der Betreuung:*
 - Nur bei 37% der Eltern mit der Regelung «alternierende Obhut» werden die Kinder im Alltag effektiv alternierend zu mindestens je einem Drittel der Nächte von beiden Eltern betreut. Bei einer behördlich angeordneten alternierenden Obhut gegen den Willen eines Elternteils ist dies gar nur bei 26% der Fall.⁶⁷
 - In 34% der Fälle betreuen beide Eltern, aber die Kinder sind mindestens zwei Drittel der Nächte bei der Mutter.
 - Bei den übrigen 29% der Eltern mit dem rechtlichen Status «alternierende Obhut» leben die Kinder de facto bei einem Elternteil und besuchen den anderen nur.⁶⁸
- *Für die meisten Kinder bleiben aber beide Eltern zentrale Bezugspersonen:* Ob ein Kind alternierend betreut wird, also mindestens einen Drittel der Nächte bei beiden Eltern verbringt, oder ob sonst ein reger Kontakt zum anderen Elternteil

⁶⁴ Studie Eltern, S. V.

⁶⁵ Studie Eltern, S. 53.

⁶⁶ Studie Eltern, S. VI.

⁶⁷ Studie Eltern, S. VII.

⁶⁸ Studie Eltern, S. VIII.

besteht, scheint für dessen Platz im Beziehungsnetz eines Kindes nicht entscheidend zu sein: Unabhängig von der Betreuungsaufteilung zählen in all diesen Fällen zwei Drittel der ab 12-Jährigen beide Eltern zu den nächsten Bezugspersonen.⁶⁹

- *Wenn die Realität der Betreuung von der Obhutsregelung abweicht, sind nicht immer Konflikte der Grund:* So ist der Wunsch beider Eltern, gleichermassen im Alltag der Kinder Verantwortung zu übernehmen, aufgrund von Schwierigkeiten der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und der Finanzierbarkeit nicht immer einfach umsetzbar. Aber auch die Bedürfnisse von Eltern und Kindern können sich im Laufe der Zeit verändern, ohne dass deshalb eine neue rechtliche Regelung gesucht wird.⁷⁰
- *Die finanziellen Abmachungen und die tatsächlichen Zahlungen* stimmen bei gut zwei Dritteln der Eltern überein. Beim Rest kommt es etwa doppelt so häufig vor, dass ein Elternteil weniger bezahlt als abgemacht. Betreuen die Eltern ihre Kinder effektiv alternierend zu mindestens je einem Drittel, so halten sie sich mit 78% am häufigsten an die finanziellen Abmachungen.⁷¹

Konflikte und Umgang mit Veränderungen

- *Alternierende Betreuung bedingt Kontakte und Kooperation. Konflikte sind nicht das grösste Problem, sondern fehlende Aushandlungsfähigkeit und Kompromissbereitschaft:* Die Fähigkeit und Bereitschaft, auch bei persönlichen Konflikten und einer weitgehend «parallelen» Elternschaft (in der möglichst vieles a priori detailliert schriftlich geregelt ist) im Interesse der Kinder in einem gewissen Mindestmass zu kooperieren, erscheint als zentral für das Funktionieren alternierender Betreuungsarrangements. Eine komplette Verweigerung der Kommunikation und Unfähigkeit zur Kooperation geht in hohem Masse zu Lasten der Kinder, die zwischen verfeindeten Elternhäusern hin und her wechseln, das Spannungsfeld aushalten und vielleicht sogar als Botinnen oder Boten wirken müssen. Müssen die Kinder die fehlende Kommunikation zwischen den Eltern ersetzen, kann dies psychologisch sehr belastend und überfordernd sein.⁷²
- *Vielen Eltern fehlt ein Zugang zu niederschwelliger fachlicher Unterstützung.* 18% der Eltern, welche die Kinder beide zu gewissen Anteilen betreuen, nennen als Schwierigkeit, es gebe keine Stelle, die bei im Laufe der Zeit auftretenden Konflikten in Kinderbelangen unkompliziert und alltagsnah berät und vermittelt.⁷³

⁶⁹ Studie Eltern, S. 53.

⁷⁰ Studie Eltern, S. IX.

⁷¹ Studie Eltern, S. VII.

⁷² Studie Eltern, S. IX und S. 53.

⁷³ Studie Eltern, S. VIII.

Die Studie Eltern hat folgende Schlussfolgerungen und Vorschläge ergeben:

- Aufgrund der erheblichen Diskrepanz zwischen der vereinbarten oder angeordneten alternierenden Obhut und der gelebten Realität der Betreuung ergibt sich, dass *der alternierenden Obhut als rechtliches Konzept der Realitätsbezug fehlt*. Die gelebten Familienarrangements sind vielfältig. Die im Gesetz angelegte Dichotomie von alleiniger Obhut mit Besuchsrecht zum einen und alternierender Obhut zum anderen wird ihnen nicht gerecht.⁷⁴
- *Anstelle der Zweiteilung in alternierende Obhut einerseits und alleinige Obhut mit Besuchsrecht andererseits*, die häufig Anlass zu Auseinandersetzungen unter den Eltern bietet, wird vorgeschlagen, den *einheitlichen Begriff der Betreuungsverantwortung beider Eltern zu verwenden*.⁷⁵
- *Als Wert- und Orientierungsrahmen soll die geteilte Betreuungs- und Erziehungsverantwortung der Eltern gelten*. Abweichungen von egalitären Lösungen sollen im Hinblick auf das Kindeswohl und die Alltagstauglichkeit begründet werden. Die konkrete Ausgestaltung und allfällige begründete Abweichungen von einer ausgeglichenen Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit müssen dabei in den Lasten- und Leistungsausgleich zwischen den Eltern miteinfließen.⁷⁶
- *Wünsche und Anliegen der Kinder sollten öfters erfragt werden*. Die Eltern selber tun dies mehrheitlich nicht und im Rahmen behördlicher Verfahren wurden nur bei 10% der Eltern die Kinder angehört. Es müssen Wege gefunden werden, wie jedes Kind zu seinem Recht kommt, sich im familialen und behördlichen Rahmen gebührend einzubringen.⁷⁷
- Aus den Aussagen zum fehlenden *niederschweligen Zugang zu einer konfliktvermittelnden Stelle* kann gefolgert werden, dass Mediations- und Beratungsangebote das Potenzial haben, das Leben von getrennten Eltern und dadurch auch das ihrer Kinder zu erleichtern, wenn sie alltagsnah verfügbar sind.⁷⁸

4 Würdigung des Bundesrates

4.1 Alternierende Obhut in der Praxis

Gestützt auf die in fünf Kantonen durchgeführte Analyse der Gerichtspraxis lassen sich die meisten der im Postulat gestellten Fragen beantworten (vgl. sogleich Ziff. 4.1.1), wenn auch nicht mit absoluten Zahlen. Die beiden durchgeführten Studien klären zudem den gesellschaftlichen Rahmen insgesamt ab, in den sich die Thematik der alternierenden Obhut einfügt und geben damit einen umfassenden Einblick in die

⁷⁴ Studie Eltern, S. 51.

⁷⁵ Studie Eltern, S. 51.

⁷⁶ Studie Eltern S. IX und 54.

⁷⁷ Studie Eltern, S. VIII.

⁷⁸ Studie Eltern, S. 54.

aktuelle Bedeutung dieses Betreuungsmodells sowohl für die Gerichte und Behörden als auch für die betroffenen Eltern und Kinder. Denn mit Blick auf die Prüfung eines allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs ist, wie ausgeführt, nicht nur die Art und Anzahl der gerichtlichen Entscheide zur alternierenden Obhut von Interesse, sondern insbesondere auch, wie diese Entscheide zustande kommen und in der Folge praktisch umgesetzt bzw. von Eltern und Kindern auch tatsächlich gelebt werden (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.1.2).

4.1.1 Beantwortung der im Postulat gestellten Fragen

Gestützt auf die Studie Gerichtspraxis lassen sich die folgenden Angaben zu den im Postulat ausdrücklich verlangten Untersuchungen (vgl. vorne Ziff. 1.1) machen:

- Die Kinderbetreuung nach der Trennung und Scheidung wird meistens von den Eltern selbst und nicht von den Gerichten geregelt. In 90% der Fälle können sich die Eltern darüber einigen.
- Die alternierende Obhut wird nur in einer Minderheit der Fälle gerichtlich festgelegt. Wo Angaben vorliegen, wurde in den Eheschutzverfahren und bei vorsorglichen Massnahmen je nach Kanton in 7–19% der Fälle eine alternierende Obhut festgelegt. In den Scheidungsverfahren in 9–29% der Fälle. Dass der Anteil in den vorgelagerten Verfahren (Eheschutz/vorsorgliche Massnahmen) tiefer ist als bei den Scheidungen, hängt damit zusammen, dass jene nur in strittigen Fällen durchlaufen werden.
- Wo Angaben vorliegen, liegt der Anteil gemeinsamer elterlicher Anträge auf alternierende Obhut bei 9% in Eheschutz- und Massnahmeverfahren und bei 13% in Scheidungsverfahren. Solche gemeinsamen Anträge wurden gemäss Studie nie abgelehnt.
- Alleinige Anträge nur von einem Elternteil auf alternierende Obhut sind in der Praxis selten. Wo Angaben vorliegen, wurden diese immer von Vätern gestellt, nie von Müttern oder Kindern. Zur Häufigkeit, mit der solchen alleinigen Anträge entsprochen wurde, liegen aufgrund der tiefen Fallzahlen keine belastbaren Erkenntnisse vor.
- Bei Gerichtsentscheiden auf alternierende Obhut liegt das Alter der Kinder im Zeitpunkt der Scheidung selten unter drei Jahren. Bei Kindern ab 8 Jahren im Zeitpunkt der Scheidung wird etwas häufiger eine alternierende Obhut festgelegt als bei solchen zwischen 4 und 7 Jahren.
- Ungleiche Betreuungsanteile sind häufiger als egalitäre Betreuungsanteile. Der grösste Betreuungsanteil wird in der Regel von der Mutter übernommen, auch wenn ein klarer Trend zu mehr Mitbetreuung durch die Väter festgestellt wurde.
- Bei der Regelung des Besuchsrechts hat sich seit der Revision von 2017 viel verändert. Die Betreuungsanteile der Väter sind gestiegen und beschränken sich oft nicht mehr auf die früher «gerichtsüblichen» Besuchsrechte jedes

zweite Wochenende, sondern umfassen einzelne regelmässige Betreuungszeiten unter der Woche.

- Die meisten erstinstanzlichen Richterinnen und Richter nehmen sich in Einigungsverhandlungen Zeit, um mit den Eltern individuelle Lösungen für ihre Kinder zu diskutieren und zu entwickeln. Insbesondere wenn nach der Trennung oder Scheidung eine Änderung der bisherigen Betreuungsverantwortung gewünscht wird, werden auch schrittweise Übergänge und Probephasen zugelassen, damit die neuen Betreuungskonzepte getestet werden können.
- Ein Weiterzug eines Entscheids aufgrund strittiger Obhutsfragen an die höhere Instanz ist äusserst selten. Oft lassen sich die Anliegen vor der zweiten Instanz auch nicht durchsetzen. Es gibt aber keinerlei Hinweise, dass diese den Anliegen der Mütter (gegen die alternierende Obhut oder gegen die alleinige Obhut des Vaters) oder denjenigen der Väter (gegen die alleinige Obhut der Mutter oder gegen die konkrete Regelung der alternierenden Obhut) «mehr Verständnis entgegenbringen» oder eine bestimmte Form der Obhut «grundsätzlich bevorzugen» würde.

Schliesslich wurde in der Studie Eltern festgestellt, dass Kinder eher alternierend betreut werden, wenn die Trennung der Eltern nach 2017 erfolgt ist. Im Zeitvergleich vor und nach der Revision von 2017 gab es zudem eine Verschiebung von Jugendlichen mit Betreuung durch beide Eltern mit stark unterschiedlichen Anteilen hin zu einem egalitären Wohnarrangement.

Zusammenfassend hat sich die teilweise geäusserte Kritik oder Befürchtung nicht bestätigen lassen, dass die Revision von 2017 in der Praxis wirkungslos geblieben wäre und dass insbesondere erstinstanzliche Richterinnen und Richter mit ihren Entscheiden die zunehmend egalitäre Beteiligung beider Elternteile an der Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung «bremsen» oder die Verbreitung der alternierenden Obhut behindern würden.

4.1.2 Prüfung eines allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs

Die beiden Studien sind zum klaren Ergebnis gekommen, dass die *Beteiligung beider Elternteile an der Betreuung der Kinder nach einer Trennung oder Scheidung an Bedeutung gewonnen hat*, insbesondere nach dem Inkrafttreten der Revision des Kindesunterhaltsrechts im Jahr 2017. So ist die alleinige Obhut eines Elternteils mit einem Besuchsrecht des anderen Elternteils jedes zweite Wochenende heute nicht mehr «üblich»; gleichzeitig wurde die Grenze zwischen alternierender Obhut und alleiniger Obhut mit erweitertem Besuchsrecht fließender. Aus Sicht des Bundesrates erfreulich ist auch die Feststellung, dass im Zeitvergleich vor und nach der Revision von 2017 die Wahrscheinlichkeit stark abgenommen hat, dass ein Vater seine Kinder sehr selten oder nur tagsüber sieht. Auch wenn die Kinder (fast) immer bei nur einem Elternteil wohnen, so hat heute ein Grossteil der Kinder viel Kontakt mit dem Elternteil im anderen Haushalt und somit mit beiden Elternteilen.

4.1.2.1 Zur gesetzlichen Förderung der geteilten Betreuung der Kinder nach einer Trennung oder Scheidung

Zwar ist die *Aufteilung der Betreuung nach wie vor ungleich* und sind die Formen der egalitären alternierenden Obhut noch wenig verbreitet. Daher ist auch der Bundesrat der Ansicht, dass die alternierende Obhut weiter gefördert werden könnte und sollte. Er ist aber nicht der Meinung, dass eine solche Förderung und Entwicklung durch eine Änderung der entsprechenden Bestimmungen im Zivilgesetzbuch erreicht werden kann, mit dem Ziel, die Gerichte und die KESB zu veranlassen, häufiger die alternierende Obhut auszusprechen (demgegenüber aber die Ansicht der beiden Rechtskommissionen zur Pa.lv. 21.449 Kamerzin, vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.2).

Die beiden Studien haben klar gezeigt, dass der Entscheid, auf eine Form der alternierenden Betreuung zu verzichten, meistens von den Eltern selbst und nicht von den Gerichten getroffen wird. Die Tatsache, dass eine alternierende Obhut auch heute noch in der Minderheit der Fälle vereinbart wird, ist somit nicht auf die Einstellung der Richterschaft zurückzuführen; entscheidend dafür sind primär die anspruchsvollen materiellen Voraussetzungen dieser Betreuungsform, insbesondere die Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern sowie auch die finanziellen Voraussetzungen. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass gemäss Studie Gerichtspraxis die alternierende Obhut in der Westschweiz verbreiteter ist als in der übrigen Schweiz. Darin widerspiegelt sich gemäss Studie die stärkere Erwerbsintegration der Mütter vor einer Trennung oder Scheidung in der Westschweiz.

Für die Verbreitung der alternierenden Obhut spielen somit die *gesellschaftlichen Rahmenbedingungen* eine zentrale Rolle. Die Studien lassen den Schluss zu, dass eine möglichst gleichmässig verteilte Kinderbetreuung nach der Trennung oder Scheidung der Eltern vor allem dort gelingt, wo die Eltern die Kinderbetreuung bereits *während* der Lebensgemeinschaft gleichmässig wahrgenommen haben. Dies zu fördern, ist Aufgabe der *Familien- und Kinderpolitik*.⁷⁹ Diesbezüglich ist auf den Aktionsplan der Gleichstellungsstrategie 2030 und auf die im Handlungsfeld «Vereinbarkeit und Familie» enthaltenen Massnahmen hinzuweisen.⁸⁰ Demgegenüber ist *eine im Zivilgesetzbuch verankerte Förderung* der geteilten Betreuung der Kinder nach einer Trennung oder Scheidung nach Ansicht des Bundesrates *nicht zielführend*.

4.1.2.2 Zur gesetzlichen Verankerung des Grundsatzes der alternierenden Obhut zu gleichen Teilen

Im aktuellen gesellschaftlichen Kontext erachtet es der Bundesrat *auch nicht für angebracht, den Grundsatz der alternierenden Obhut zu gleichen Teilen im Zivilgesetzbuch zu verankern*, mit der Möglichkeit, ausnahmsweise davon abzuweichen, «wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist», so wie dies mit der Revision von 2014 für die gemeinsame elterliche Sorge geschehen ist (vgl. Art. 298 Abs. 1 und 298b

⁷⁹ Vgl. auch PIERRE LÜSSI/MERET LÜTOLF, Ein neues Familienmodell als Standard für Politik und Gesellschaft, Soziale Sicherheit (CHSS), 30. Januar 2024. Dieser Text basiert auf dem Beitrag «Egalitäre Vereinbarkeitspolitik — Das Familienreferenzmodell der Zukunft», der am 5. Dezember 2023 in der EKFF-Sammelpublikation «Familien und Familienpolitik in der Schweiz — Herausforderungen im Jahr 2040» erschienen ist.

⁸⁰ Vgl. www.gleichstellung2030.ch > Strategie > Handlungsfeld 2: Vereinbarkeit und Familie.

Abs. 2 ZGB) und es mit der Motion 22.4000 Romano für die Obhut verlangt wird (vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.3).

Eine gesetzlich verankerte Vorgabe einer alternierenden Obhut zu gleichen Teilen (50–50) als Regelfall wäre für viele Eltern aus den vorstehend erwähnten Gründen schlichtweg *nicht praktikabel und damit nicht umsetzbar*. Die in der Studie Eltern festgestellte Diskrepanz zwischen der im gerichtlichen oder behördlichen Entscheid festgelegten Obhutsregelung und der tatsächlich gelebten Realität⁸¹ würde sich damit vermutlich noch verstärken, mit durchaus problematischen Folgen für die beteiligten Eltern und Kinder. Denn in diesem Kontext ist zu beachten, dass eine bestimmte Form der Obhutszuteilung in ganz vielen Fällen mit einem bestimmten gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeitrag einhergeht, der später nicht ohne weiteres abgeändert werden kann.

Vor allem wäre aber die systematische Festlegung eines solchen Betreuungsmodells für die alltägliche Kinderbetreuung im Gesetz als Standard *nicht Kindeswohlkonform*. Beim Entscheid über die Betreuungsanteile der Elternteile gilt das Kindeswohl als oberste Maxime: Daraus ergibt sich die Pflicht der zuständigen Gerichte und Behörden, stets die Umstände des Einzelfalls zu prüfen und eine an dessen Besonderheiten angepasste Lösung zu finden.⁸² Gemäss den zwei Studien sind in der Praxis *andere den Familienbedürfnissen im Einzelfall besser entsprechende Formen der geteilten Betreuung verbreitet*, welche es den Kindern ohne weiteres erlauben, eine regelmässige und solide Beziehung mit beiden Elternteilen zu behalten und zu leben (60–40, 70–30). Die Vorstellung und der Anspruch auf eine absolut egalitäre Kinderbetreuung entsprechen dabei vermutlich mehr einem Bedürfnis der Eltern als der Kinder. Nach Beobachtungen in der Praxis können sich die Kinder mit unterschiedlichen Betreuungsmodellen «anfreunden», solange diese von beiden Eltern mitgetragen werden.⁸³ Bezüglich einer absolut egalitären Verteilung erscheint denn auch die Frage der Obhutszuteilung deutlich komplexer als die elterliche Sorge, was ebenfalls gegen die Übertragung des diesbezüglichen Grundsatzes spricht. Anzuführen ist, dass die bisherige liberale Grundhaltung im schweizerischen Familienrecht gegen eine solche starre gesetzliche Regelung spricht.⁸⁴

Die gesetzliche Vorgabe der Aufteilung der Kinderbetreuung zu gleichen Teilen als Standardlösung könnte auch in Anbetracht der nicht immer leicht erkennbaren *Gefahr von häuslicher Gewalt* problematisch sein. Eine im Januar 2024 veröffentlichte Studie

⁸¹ Vgl. dazu auch HEIDI STUTZ / HEIDI SIMONI, Theoretische Obhutsüberlegungen und die gelebte Betreuungsrealität in Familien mit getrennten Eltern, FamPra.ch 1/2024, S. 106 – 120.

⁸² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 3.2 (in diesem Fall wurde die alternierende Obhut zwar angeordnet, die Betreuung der Tochter während eines Halbtages in der Woche blieb aber strittig) und 5A_800/2022 vom 28. März 2023 E. 5.4.2.

⁸³ Vgl. auch SABINE AESCHLIMANN / JONAS SCHWEIGHAUSER / DIEGO STOLL, Das Parlament revidiert das Familienrecht – was sagen Lehre und Praxis dazu?, FamPra.ch 1/24, S. 93.

⁸⁴ Vgl. dazu bereits Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529, 565.

kommt zum Schluss, dass – auch wenn Gewalt von den befragten Behördenvertreterinnen und -vertretern (Gerichte und KESB) explizit als Ausschlussgrund für eine geteilte Betreuung benannt wird – dennoch «selbst in Fallbeispielen mit Hinweisen auf psychische und körperliche Partnerschaftsgewalt (z.B. Beschimpfungen, Ohrfeigen) einige Befragte zu einer alternierenden Obhut tendieren».⁸⁵ Daher könne die häufig schwierige Nachweisbarkeit der Gewaltvorwürfe und die starke Überzeugung, dass der Kontakt zu beiden Elternteilen prinzipiell dem Kindeswohl dient, dazu führen, dass häusliche Gewalt «bagatellisiert, normalisiert oder gänzlich negiert» wird.⁸⁶ Daher wird empfohlen, in jedem Fall abzuklären, ob Vorfälle häuslicher Gewalt (inkl. elterlicher Partnerschaftsgewalt) in den Familien bekannt sind,⁸⁷ um dies insbesondere beim Entscheid über die Obhut und den persönlichen Verkehr adäquat berücksichtigen und somit den Schutz des Kindes und des gewaltbetroffenen Elternteils gewährleisten zu können.⁸⁸

4.1.2.3 Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei der alternierenden Obhut

Aufgrund dieser Erkenntnisse ist der Bundesrat der Überzeugung, dass bei der Festlegung der alltäglichen Kinderbetreuung zwischen den Elternteilen *die Prüfung des Einzelfalles der beste, weil überzeugendste Ansatz ist*.⁸⁹ Damit kann im konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände jeweils diejenige Betreuungslösung gewählt beziehungsweise gegebenenfalls angeordnet werden, die dem Kindeswohl am besten entspricht.⁹⁰ Die geltende Formulierung der einschlägigen Bestimmungen im Zivilgesetzbuch (Art. 298 Abs. 2^{ter} und 298b Abs. 3^{ter} ZGB) gewährleistet diese Prüfung und signalisiert gleichzeitig die Bedeutung, die der Gesetzgeber einer ausgewogenen Beteiligung beider Elternteile bei der Kinderbetreuung beimisst. Es besteht somit nach Ansicht des Bundesrates kein diesbezüglicher Anpassungsbedarf.

Diese Beurteilung wird zudem auch durch die laufenden Diskussionen zum Thema der gesetzlichen Verankerung der alternierenden Obhut als Regelfall in einigen Nachbarländern bekräftigt. So hat in *Frankreich* im letzten Jahr eine entsprechende Diskussion stattgefunden.⁹¹ Im Ergebnis hat der französische Senat im Dezember 2023 aus vergleichbaren Überlegungen beschlossen, beim geltenden französischen Recht zu bleiben,⁹² das die Suche nach individuellen Lösungen für das Kind ins Zentrum

⁸⁵ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, a.a.O., S. 6.

⁸⁶ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, a.a.O., S. 8: «Diese Mechanismen werden durch den Umstand erleichtert, dass die Behördenvertreter:innen ihre Entscheide unter Unsicherheit treffen müssen, da die Folgen der Entscheide kaum vorhersehbar sind. Dies macht sie besonders anfällig für den Einfluss von Stereotypen und falschen Überzeugungen. Hierzu zählen beispielsweise stereotype Vorstellung von häuslicher Gewalt und den beteiligten Personen oder Argumente, wie sie im Zusammenhang mit dem umstrittenen Konzept des «Parental Alienation Syndromes» (u. a. Gardner, 2002) angebracht werden. Letzteres zeigt sich z. B. dann, wenn die Gewaltvorwürfe eines Elternteils, ohne diese abzuklären, als strategisches Element im Verfahren abgetan werden, obwohl die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorwürfe wahr sind, höher ist, als dass es sich um Falschbeschuldigungen handelt.»

⁸⁷ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, a.a.O., S. 10.

⁸⁸ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, a.a.O., S. 11.

⁸⁹ Bereits im Bericht alternierende Obhut 2017 kam der Bundesrat zu diesem Schluss (vgl. Ziff. 2.2).

⁹⁰ Vgl. auch SABINE AESCHLIMANN / JONAS SCHWEIGHAUSER / DIEGO STOLL, a.a.O., S. 88f.

⁹¹ Vgl. Proposition de loi relative aux droits de l'enfant à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents en cas de séparation de ces derniers, Texte n° 308 (2021-2022) de Mme Élisabeth DOINEAU et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 16 décembre 2021. Cette proposition et les travaux parlementaires y relatifs peuvent être consultés à l'adresse suivante: <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp121-308.html>

⁹² «Le Sénat conforte la garde alternée des enfants, sans en faire un principe - Alors qu'une sénatrice centriste proposait de faire de la garde alternée une « présomption légale », les sénateurs se sont montrés prudents et ont décidé de ne pas systématiser ce mode de garde», le Parisien, 14.12.2023. Cet article peut être consulté à l'adresse suivante: <https://www.leparisien.fr/societe/le-senat-conforte-la-garde-altee-des-enfants-sans-en-faire-un-principe-14-12-2023-LA5AF32C3VG7REYYA2I7UFC5QE.php>

stellt.⁹³ In *Deutschland* wird zwar voraussichtlich das sog. «Wechselmodell» im Rahmen der laufenden Reform des Kindschaftsrechts Eingang in das Gesetz finden, aber nicht als gesetzliches Pflichtmodell der zeitlichen Aufteilung der Betreuung des Kindes, sondern als Möglichkeit und dies sowohl in der Form des symmetrischen (d.h. hälftige Teilung der Betreuungszeit) als auch des asymmetrischen (d.h. erhebliche Beteiligung an der gesamten Betreuung, aber unterhalb von 50 Prozent) Wechselmodells. Weiterhin soll aber das Kindeswohl zentraler Massstab für die Anordnung des Betreuungsmodells bleiben. Zudem soll der Schutz vor häuslicher Gewalt in Sorge- und Umgangsverfahren verbessert werden, wobei den Vorgaben der Istanbul-Konvention Rechnung getragen werden soll.⁹⁴

4.2 Berechnung des Unterhaltsbeitrags: Analyse der Auswirkungen der Revision des Kindesunterhaltsrechts

In der Studie Gerichtspraxis haben sowohl Richterinnen und Richter als auch Anwältinnen und Anwälte die Regelung des Kindesunterhaltsrechts als Hindernis zur Festlegung der alternierenden Obhut bzw. zur Vereinbarung einer geteilten Betreuung erwähnt. Zum einen sei nicht klar, wie die für die Berechnung des Unterhalts relevanten Betreuungsanteile zu berechnen seien und inwieweit dabei Herausforderungen bei der Vereinbarkeit der Betreuung mit einer Berufstätigkeit zu berücksichtigen seien. Zum anderen wurde der sog. *Kippschalter-Effekt beim Übergang zwischen alleiniger und alternierender Obhut bei einem Betreuungsanteil von rund 30%* kritisiert. Weil sich mit der Obhutsregelung der Berechnungsmodus ändere, könne namentlich bereits eine kleine Änderung an der Betreuungslösung erhebliche finanzielle Konsequenzen auf die Aufteilung des Barunterhalts des Kindes unter den Eltern haben. Wichtig wäre daher, den Übergang von alleinigen zu beidseitigen finanziellen Unterhaltsverpflichtungen «fliessender auszugestalten».⁹⁵

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass diese Problematik einer eingehenden Analyse bedarf. Die sich im Zusammenhang mit der *Berechnung von Unterhaltsbeiträgen* stellenden Fragen und Schwierigkeiten werden im Rahmen der laufenden Arbeiten zur Erfüllung des Postulats 23.4328 geprüft werden können (vgl. Ziff. 1.3.2). In diesem Rahmen sollen daher auch die in der Studie Gerichtspraxis geäußerte Kritik an der aktuellen Verknüpfung von Obhut und Unterhalt sowie die Vorschläge für eine Be-

⁹³ Vgl. Art. 373-2-9, a. 1 et 2 du Code civil français: «(1) En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. (2) A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.»

⁹⁴ Vgl. Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts: Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht, 25. Januar 2024, S. 9 ff. (abrufbar unter: www.bmj.de > Themen > Gesellschaft und Familie > Kinder > Sorge- und Umgangsrecht).

⁹⁵ Studie Gerichtspraxis, S. 84f.

rechnung des Unterhaltsbeitrags «nur» gestützt auf das konkrete Betreuungsarrangement geprüft und behandelt werden.⁹⁶ Auch die Auswirkungen einer Anpassung der Begrifflichkeit bei der Obhut auf die Berechnung des Unterhaltsbeitrags werden dabei geprüft werden können. Die Prüfung der Auswirkungen einer derartigen Änderung muss aber auch andere Rechtsbereiche umfassen, weil an anderen Stellen im geltenden Recht ebenfalls (direkt oder indirekt) Rechtswirkungen an die «Obhut» geknüpft werden (vgl. dazu Ziff. 4.3 sogleich).

4.3 Anpassung bei der Begrifflichkeit?

Wie gesehen (vgl. dazu Ziff. 3.2 und 3.3 vorne), haben beide Studien bei der Begrifflichkeit «*alternierende Obhut*» und «*alleinige Obhut mit Besuchsrecht*» einen gewissen Verbesserungs- und Anpassungsbedarf geortet. Anscheinend hat sich zwar zumindest die Richterschaft damit arrangiert.⁹⁷ Bei der Regelung der Aufteilung der Kinderbetreuung zeigte sich in den Expertengesprächen mit Richterinnen und Richtern ein gewisser Pragmatismus, so dass eine ungleiche Betreuungsregelung je nach Wunsch der Eltern als alternierende oder alleinige Obhut bezeichnet wird.⁹⁸ Die Mehrheit der Anwältinnen und Anwälte vermeidet hingegen die Begrifflichkeiten alternierende und alleinige Obhut soweit wie möglich, weil diese Dichotomie von den Eltern nicht verstanden werde und die Konflikte anheize.⁹⁹

Gemäss der Studie wird diese Begrifflichkeit von einem grossen Teil der Lehre kritisiert.¹⁰⁰ Demnach steht sie in Widerspruch mit dem Konzept einer gemeinsamen und gleichberechtigten Elternschaft nach der Trennung oder Scheidung, wie sie den Revisionen von 2014 und 2017 zugrunde lag, weil es für die Entwicklung des Kindes wichtig ist, mit beiden Elternteilen weiterhin eine enge Beziehung unterhalten zu können. Die damalige Beibehaltung der Begriffe «Obhut» und «Besuchsrecht» könne so verstanden werden, dass das Kind und der besuchsberechtigte Elternteil jeweils bloss «Besucher» im Leben des jeweils anderen sind und somit, dass einer der Elternteile für das Kind wichtiger ist.¹⁰¹ Hinzu komme, dass der Obhutsbegriff unscharf sei. Weil der Begriff der alternierenden Obhut nicht mit einem bestimmten Betreuungsanteil übereinstimme, könne das identische Betreuungsarrangement einmal als alternierende Obhut und ein anderes Mal als alleinige Obhut mit erweitertem Besuchsrecht bezeichnet sein.¹⁰² Beide Studien weisen schliesslich darauf hin, dass die im Gesetz angelegte Dichotomie von alleiniger Obhut mit Besuchsrecht zum einen und alternierender Obhut zum anderen unbeachtet lässt, dass die meisten Lösungen im gelebten

⁹⁶ Vgl. PHILIPP MAIER/ MERCEDES GEIGER, Betreuen oder bezahlen – weshalb Obhut und Unterhalt untrennbar miteinander verknüpft sind, *Anwaltsrevue* 10/2023, S. 430–438.

⁹⁷ Studie Gerichtspraxis, S. 8 Zusammenfassung.

⁹⁸ Studie Gerichtspraxis S. 81.

⁹⁹ Studie Gerichtspraxis, S. 5 Zusammenfassung.

¹⁰⁰ Studie Gerichtspraxis, S. 9 und Studie Eltern, S. 4, beide mit Verweisen.

¹⁰¹ Vgl. PHILIPP MAIER/ MERCEDES GEIGER, Betreuen oder bezahlen – weshalb Obhut und Unterhalt untrennbar miteinander verknüpft sind, *Anwaltsrevue* 10/2023, S. 430–438, hier 431.

¹⁰² Studie Gerichtspraxis, S. 84.

Alltag dazwischen liegen. Auf diese duale Kategorisierung sollte daher verzichtet werden und stattdessen der einheitliche Begriff der *Betreuungsverantwortung* beider Eltern verwendet werden.¹⁰³

Der Bundesrat kann diese Kritik nachvollziehen und hat von dem daraus resultierenden Vorschlag der Studie («Betreuungsverantwortung») Kenntnis genommen. Vor einer möglichen Anpassung der Begriffe *alternierende Obhut* und *alleinige Obhut mit Besuchsrecht* (bzw. Recht auf persönlichen Verkehr, Art. 273 ZGB) im Gesetz sollten aber nach Ansicht des Bundesrates die Auswirkungen der vorgeschlagenen Begriffsänderung vertieft analysiert werden. Mehrere Bestimmungen des geltenden Rechts knüpfen (direkt oder indirekt) Rechtswirkungen an die «Obhut». So wird im Zivilrecht zum Beispiel der Wohnsitz des Kindes unter Umständen von demjenigen des Elternteils, unter dessen Obhut es steht, abgeleitet (vgl. Art. 25 Abs. 1 ZGB) und der obhutsberechtigte Elternteil kann unter gewissen Voraussetzungen den Aufenthaltsort des Kindes ohne die Zustimmung des anderen Elternteils wechseln (vgl. Art. 301a Abs. 2 ZGB). Sodann sind Obhut und Unterhalt miteinander verknüpft (vgl. dazu vorne Ziff. 4.2).¹⁰⁴ Aber auch in anderen Rechtsbereichen wird am bestehenden Begriff der Obhut angeknüpft, so zum Beispiel im Sozialversicherungsrecht¹⁰⁵ und im Steuerrecht¹⁰⁶. Wie ausgeführt, wird diese Analyse im Rahmen der laufenden Arbeiten zur Erfüllung des Postulats 23.4328 durchgeführt werden können (vgl. Ziff. 1.3.2).

Erst gestützt auf eine solche Prüfung der Auswirkungen der skizzierten Begriffsänderung bei der Obhut kann über eine entsprechende Gesetzesanpassung entschieden werden. Diese Prüfung wäre konsequenterweise vorrangig beziehungsweise vorgängig auch dann vorzunehmen, wenn man entgegen der Ansicht des Bundesrates von einem gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei der alternierenden Obhut ausgeht, wie dies bei der parlamentarischen Initiative 21.449 Kamerzin und der Motion 22.4000 Romano der Fall ist (vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.2 und Ziff. 1.2.3). Es ist davon

¹⁰³ Studie Gerichtspraxis, S. 86 und Studie Eltern, S. 51.

¹⁰⁴ Vgl. PHILIPP MAIER/ MERCEDES GEIGER, a.a.O., S. 438: «In der vorliegenden Arbeit wurde aufgezeigt, dass trotz der berechtigten Kritik am Obhutsbegriff kein Weg an dessen Anwendung vorbeiführt. Ob alternierende oder alleinige Obhut vorliegt, ist weiterhin relevant und entscheidend und stellt eine wichtige Weichenstellung im Hinblick auf den festzusetzenden Kindesunterhalt dar. Die hier vorgestellte Methode der Bestimmung der Betreuungsquote durch Berücksichtigung der Betreuungsverantwortung soll es Eltern und Fachpersonen ermöglichen, möglichst schnell und eigenverantwortlich zu bestimmen, welche der drei bundesgerichtlichen Berechnungsweisen – grundsätzliche Unterhaltungspflicht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, Anwendung der Matrix bei alternierender Obhut mit ungleichen Betreuungsanteilen oder alleiniges Abstellen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beider Elternteile bei alternierender Obhut mit hälftigen Betreuungsanteilen – zur Anwendung gelangt.»

¹⁰⁵ Vgl. Art. 29^{sexies} Abs. 1 Bst. 1 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10).

¹⁰⁶ Vgl. Kreisschreiben Nr. 30 der eidgenössischen Steuerverwaltung «Ehepaar- und Familienbesteuerung nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)» vom 21. Dezember 2010 und auch kantonale Gesetze, wie z.B. Art. 10 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Bern (BSG 661.11): «Das Einkommen und das Vermögen von minderjährigen Kindern wird den Inhabern der elterlichen Sorge zugerechnet. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge geschiedener, gerichtlich oder tatsächlich getrennter Eltern werden Einkommen und Vermögen der Inhaberin oder dem Inhaber der Obhut zugewiesen; bei gemeinsamer Obhut erfolgt eine je hälftige Zuweisung.»

auszugehen, dass das Anliegen im Rahmen diesbezüglicher Umsetzungsarbeiten ebenfalls geltend gemacht würde.

4.4 Familienverfahren und Familiengerichtsbarkeit

Gemäss der Studie Gerichtspraxis ist es aber vor allem vordringlich, «strittige Eltern nach einer Trennung bei der Reorganisation der gemeinsamen Elternschaft besser zu unterstützen, damit ihre Verantwortung gegenüber den Kindern wieder in den Fokus rückt und alternierende Betreuungsarrangements in der Realität auch funktionieren können.»¹⁰⁷ Für die Kinder sei nicht nur der regelmässige Kontakt zu beiden Eltern wichtig, sondern auch ihre *Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit*. Ihre *Konfliktfähigkeit* stelle auch ein wichtiges Element für eine geteilte Betreuung nach der Trennung dar. Kinder sollten nicht «im Konflikt der Eltern gefangen bleiben, als Bote dienen oder anhören müssen, wie ein Elternteil den anderen schlecht macht.»¹⁰⁸ Eltern sollten fähig sein bzw. werden, den eigenen Konflikt von der beidseitigen Wahrnehmung der Elternschaft zu trennen.¹⁰⁹

Auch für den Bundesrat ist es zentral, dass sich trennende Eltern in gerichtlichen und behördlichen Verfahren bestmöglich dabei unterstützt werden, dass sie selbst – soweit möglich – ihre gemeinsame elterliche Verantwortung gegenüber den Kindern mit Blick auf das Kindeswohl bestmöglich organisieren und entsprechend leben können – und das soweit möglich losgelöst von einem klassischen streitigen Zivilprozess mit seinen gerade nicht auf Deeskalation und die Regelung familiärer Beziehungen ausgerichteten Elementen.

Der Bundesrat hat hier bereits den Handlungsbedarf anerkannt und mehrfach unterstrichen. Bezüglich der im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut in der Studie Gerichtspraxis geäusserten diesbezüglichen Anliegen kann daher auf die bereits erwähnten laufenden Arbeiten zur Thematik *Familienverfahren und Familiengerichtsbarkeit* verwiesen werden, denen am 27. November 2023 auch eine öffentliche Veranstaltung in Fribourg gewidmet war (vgl. Ziff. 1.3.1). Sowohl das geäusserte Anliegen nach einer Vereinheitlichung von Zuständigkeit und Verfahren für die Regelung der Kinderbelange unabhängig vom Zivilstand der Eltern als auch das Anliegen nach einer früheren behördlichen Intervention (z.B. vor einer Schlichtungsbehörde) und nach der Integration von raschen Konfliktdeeskalationsinstrumenten wie Mediation und angeordnete Beratung im Verfahren werden im Rahmen dieser Arbeiten geprüft. Dabei gilt es, besondere Aspekte wie namentlich häusliche Gewalt in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen und zu berücksichtigen. Derzeit wird ein Bericht mit einer Auslegeordnung für eine künftige Revision des Familienverfahrensrechts erarbeitet, der bis Ende 2024/Anfang 2025 vorliegen soll.

¹⁰⁷ Vgl. Studie Gerichtspraxis, S. 12 Zusammenfassung und S. 86.

¹⁰⁸ Studie Gerichtspraxis, S. 7 Zusammenfassung und 67.

¹⁰⁹ Studie Gerichtspraxis, S. 34.

5 Schlussfolgerung

Durch die im Rahmen der Revision des Kindesunterhaltsrechts verabschiedeten und am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} ZGB, wonach das zuständige Gericht oder die zuständige Behörde bei gemeinsamer elterlicher Sorge «im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut prüft, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt», hat der Gesetzgeber hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er eine ausgeglichene Beteiligung beider Eltern an der täglichen Kinderbetreuung nach der Trennung oder Scheidung fördern will. Ohne damit die alternierende Obhut als Regelmodell gesetzlich vorzuschreiben, wollte der Gesetzgeber damit sicherstellen, dass Gerichte und Behörden prüfen, ob diese Form der Kinderbetreuung dem Kindeswohl im Einzelfall am besten entspricht.

Aus den Resultaten der zwei durchgeführten interdisziplinären Studien zur Gerichtspraxis betreffend die alternierende Obhut einerseits sowie zur Perspektive und Erfahrung der betroffenen Familien andererseits ergibt sich, dass dieser Wille des Gesetzgebers verstanden und auch umgesetzt wird. Die Tatsache, dass Formen der egalitären Kinderbetreuung nach wie vor noch nicht sehr verbreitet sein mögen, ist nicht etwa auf die Einstellung der Richterschaft oder der Anwaltschaft zurückzuführen, sondern vielmehr auf die anspruchsvollen Voraussetzungen dieser Betreuungsform, insbesondere die Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern sowie auch die finanziellen Voraussetzungen und beruflichen Rahmenbedingungen dafür. Eine weitere Entwicklung in Richtung einer möglichst gleichmässig auf beide Elternteile aufgeteilten Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung kann daher nach Ansicht des Bundesrates nicht durch eine Änderung des Zivilgesetzbuchs bezüglich alternierender Obhut, sondern vielmehr durch eine Änderung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen gefördert werden. Für den Bundesrat besteht somit derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf in Bezug auf die alternierende Obhut, weder in Richtung einer gesetzlich verankerten Förderung der geteilten Betreuung der Kinder nach einer Trennung oder Scheidung noch hinsichtlich einer gesetzlichen Verankerung der alternierenden Obhut zu gleichen Teilen als Regelfall (vgl. Ziff. 4.1.2 vorne).

Demgegenüber besteht nach Ansicht des Bundesrates Prüf- und auch Handlungsbedarf in anderen Bereichen, die eng mit der Förderung der gemeinsamen Verantwortung der Eltern nach der Trennung oder Scheidung und somit auch mit der alternierenden Obhut und ihrer Verbreitung zusammenhängen: Zum einen soll das Zusammenspiel von Obhut und Unterhalt und die Möglichkeiten einer allfälligen Vereinfachung der Unterhaltsberechnung analysiert werden. Aber auch die Begrifflichkeit der alternierenden Obhut bedarf weiterer Prüfung im Hinblick auf eine mögliche Verbesserung, damit sich möglichst alle Eltern in ihrer Rolle bei der Kinderbetreuung anerkannt fühlen. Beide Fragen werden im Rahmen der laufenden Arbeiten in Erfüllung eines bereits überwiesenen Postulats geprüft werden können (vgl. Ziff. 4.2 und 4.3 vorne). Vor allem besteht aber Handlungsbedarf im Bereich des Familienverfahrensrechts. Diesbezüglich kann auf die laufenden Arbeiten zur Erfüllung anderer Postulate verwiesen werden: Sowohl das Anliegen nach einer Vereinheitlichung von Zuständigkeit und Verfahren für die Regelung der Kinderbelange unabhängig vom Zivilstand der Eltern als auch nach der Integration von Konfliktdeeskalationsinstrumenten wie

Alternierende Obhut: Evaluation der Gerichtspraxis

Mediation und angeordnete Beratung im Verfahren werden dabei derzeit geprüft (vgl. Ziff.4.4 vorne).



Berne, le 24 avril 2024

Garde alternée : Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au
postulat 21.4141 Silberschmidt du 29 septembre
2021

Table des matières

1	Mandat	5
1.1	Postulat 21.4141 Silberschmidt	5
1.2	Autres interventions parlementaires sur la garde alternée	6
1.2.1	Interpellation 20.4467 Silberschmidt	6
1.2.2	Initiative parlementaire 21.449 Kamerzin	6
1.2.3	Motion 22.4000 Romano	6
1.3	Objets connexes.....	7
1.3.1	Procédure et juridiction en en droit de la famille.....	7
1.3.2	Droit des contributions d'entretien de l'enfant.....	8
2	Contexte	8
2.1	Révision des dispositions sur la responsabilité parentale après une séparation ou un divorce	8
2.2	Rapport du Conseil fédéral de 2017 « Garde alternée »	9
2.3	Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017.....	11
3	La garde alternée dans la pratique.....	11
3.1	Méthode	11
3.2	Étude « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde »	13
3.3	Étude « Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants »	18
4	Appréciation du Conseil fédéral.....	22
4.1	La garde alternée dans la pratique.....	22
4.1.1	Réponse aux questions du postulat	23
4.1.2	Évaluation de la nécessité de légiférer.....	24
4.2	Calcul de la contribution d'entretien : analyse des conséquences de la réforme.....	28
4.3	Faut-il adapter la terminologie ?	28
4.4	Procédure et juridiction en droit de la famille.....	30
5	Conclusions	31

Condensé

Entre 2014 et 2017, les dispositions du code civil (CC) relatives à l'autorité parentale et à l'entretien de l'enfant ont été modifiées afin de renforcer la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce. Le principe de l'autorité parentale conjointe a été inscrit dans la loi en 2014 (art. 296, al. 2, 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC), tandis que deux dispositions ont été ajoutées en 2017 (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}) pour obliger l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant) à examiner si la garde alternée est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce « si le père, la mère ou l'enfant la demande ». Sans pour autant prescrire un modèle donné, le législateur voulait favoriser ainsi une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de leur enfant après une séparation ou un divorce.

La Tribunal fédéral a entretemps défini dans sa jurisprudence les critères pour la mise en place de la garde alternée dans les cas litigieux, en soulignant la volonté législative de promouvoir la coparentalité sous la forme de la garde alternée après la séparation et le divorce. Il est cependant parfois encore reproché aux tribunaux de première et de deuxième instance de ne prononcer la garde alternée que lorsque les deux parents la demandent. Diverses interventions parlementaires consacrées à la garde alternée ont été déposées dans ce contexte. Le Conseil national a adopté le postulat 21.4141 Silberschmidt le 17 décembre 2021, qui demande une « évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite ».

Pour donner suite à ce postulat, deux études interdisciplinaires ont été commandées dans un premier temps. L'une a évalué la pratique des tribunaux sur la garde alternée et l'autre s'est concentrée sur la perspective et l'expérience des autorités, des spécialistes et des parents concernés (ainsi que des enfants lorsque c'était possible) sur ce modèle de prise en charge.

Il ressort des deux études que la plupart des parents trouvent un accord sur la garde de leurs enfants après leur séparation ou leur divorce. Le fait qu'ils choisissent assez rarement la garde alternée a davantage à voir avec les circonstances réelles (distance entre les domiciles des parents, obligations professionnelles ou situation financière) qu'avec les conflits qui les opposent. Les études n'ont en revanche pas confirmé que les tribunaux feraient obstacle à la diffusion de la garde alternée. La plupart des juges s'efforcent de trouver des solutions individuelles avec les parents en conflit et ils admettent des phases de transition et d'essai graduelles. Ils veillent en outre à ce que les deux parents restent aussi présents que possible dans le quotidien de leurs enfants. La part de prise en charge moyenne des pères a progressé ces dernières années et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter au droit de visite auparavant usuel d'un week-end sur deux, ce droit englobe actuellement des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine.

Dans ces circonstances, le Conseil fédéral ne voit pas de nécessité de légiférer sur la garde alternée. La volonté d'origine du législateur est appliquée aujourd'hui. Le Con-

seil fédéral est en outre convaincu qu'il est primordial de conserver une règle qui accorde la priorité à la recherche de solutions individuelles dans le domaine de la prise en charge des enfants au quotidien. C'est la seule manière de retenir ou d'ordonner dans chaque cas le régime de prise en charge qui correspond le mieux au bien de l'enfant, en tenant compte de toutes les circonstances matérielles de la famille. Seul le terme de « garde » mérite d'être étudié de plus près afin de déterminer s'il existe un potentiel d'amélioration et si une modification de la loi s'impose afin que le plus grand nombre possible de parents se reconnaissent dans leur rôle de prise en charge.

Afin de favoriser la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce, le Conseil fédéral observe un bien plus grand besoin d'amélioration et de révision en matière de procédure en droit de la famille, comme l'ont également montré les études. On renverra à ce propos aux travaux liés à d'autres postulats : tant l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, que l'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure, seront examinées dans ce contexte.

1 Mandat

1.1 Postulat 21.4141 Silberschmidt

Le conseiller national Andri Silberschmidt a déposé le postulat 21.4141 « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite » le 29 septembre 2021. Le Conseil fédéral a proposé de l'adopter le 17 novembre 2021 et le Conseil national l'a accepté sans discussion le 17 décembre 2021 puis l'a transmis au Conseil fédéral¹. Le postulat a la teneur suivante :

Le Conseil fédéral est chargé d'évaluer la pratique des tribunaux de première et de deuxième instance suite à la révision du droit des contributions d'entretien (en vigueur depuis le 1er janvier 2017), en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite. Cette évaluation doit permettre d'examiner, dans des cantons choisis pour leur représentativité, la fréquence à laquelle des formes de garde alternée ont été ordonnées a) au total, b) dans des cas litigieux et c) par rapport au nombre total de jugements de divorce et de séparation de corps impliquant des enfants mineurs. L'évaluation doit indiquer l'âge des enfants et les demandes formulées par les parents. Elle précisera aussi dans quelle mesure chacun des parents prend en charge les enfants. Outre les effets de la révision de la loi sur la pratique, il convient de montrer si la jurisprudence du Tribunal fédéral a influencé les jugements de première et de deuxième instance et, le cas échéant, comment.

Le développement du postulat précise notamment ceci :

Le présent postulat cible en particulier la question de la garde alternée, explicitement mentionnée dans la révision, que le tribunal doit à présent examiner comme option en cas de désaccord entre les parents.

Le postulat doit être compris comme un complément (indispensable) au postulat Altermatt 19.3503², auquel le Conseil fédéral est favorable et qui traite de la mise en œuvre de l'autorité parentale conjointe. Le Conseil fédéral est chargé d'évaluer les modèles et les possibilités permettant de résoudre à l'amiable les cas de divorce et de séparation litigieux. Il est indispensable d'étudier la jurisprudence des tribunaux de première et de deuxième instance, car nous n'avons aujourd'hui aucune vue globale sur leur pratique en matière de garde et de prise en charge. Des points de vue technique et politique, il serait bon d'étudier de plus près la garde alternée.

¹ BO N 2021 2711

² Voir le ch. 1.3.1.

1.2 Autres interventions parlementaires sur la garde alternée

La question soulevée par le postulat 21.4141 a fait l'objet d'autres interventions parlementaires ces dernières années³.

1.2.1 Interpellation 20.4467 Silberschmidt

Dans sa réponse à l'interpellation 20.4467 « *Garde alternée. Comment la volonté du législateur est-elle appliquée ?* », le Conseil fédéral a indiqué que selon une analyse scientifique de 2019 portant sur 90 jugements prononcés dans des procédures litigieuses⁴, environ la moitié des demandes formulées par un seul parent avaient été approuvées. Confrontés à de tels cas, les tribunaux ne décident donc pas de manière schématique, mais prennent en compte les circonstances du cas d'espèce en veillant au bien de l'enfant.

1.2.2 Initiative parlementaire 21.449 Kamberzin

L'initiative parlementaire 21.449 « *Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe* » demande une modification des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, du code civil (CC, RS 210). Elle propose d'écrire dans la loi que l'autorité compétente examine *et favorise*, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si l'un des parents ou l'enfant le demande, et que le refus de l'un des parents ne saurait y faire obstacle.

Les commissions des affaires juridiques des deux conseils ont donné suite à cette initiative parlementaire⁵.

1.2.3 Motion 22.4000 Romano

La motion 22.4000 « *Parents séparés ou divorcés. La garde alternée doit devenir la règle, dans l'intérêt de l'enfant* » va plus loin encore, et ce à deux égards. Elle demande de modifier le code civil « de sorte que la garde alternée devienne la règle, comme l'autorité parentale conjointe, afin que l'enfant puisse bénéficier par principe des soins et de l'éducation dispensés par ses deux parents ». Elle demande en outre que la garde alternée soit organisée de manière à permettre à l'enfant de passer 50 % du temps avec chaque parent. Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion, car il est d'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individuelles qui favorisent le bien de l'enfant et lui permettent de maintenir une relation avec ses deux parents, plutôt que de faire de la garde alternée une règle générale.

Le Conseil national a adopté la motion le 25 septembre 2023 par 112 voix contre 42 et 22 abstentions⁶. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États

³ Ces interventions sont disponibles sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

⁴ MONIKA LEUENBERGER, *Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag*, FamPra.ch 2019, p. 1100 ss

⁵ La transcription des débats est disponible sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > (Numéro d'objet) 21.449.

⁶ BO 2023 N 1927 s.

(CAJ-E) a suspendu le traitement de la motion le 8 janvier 2024, car elle préfère attendre le présent rapport⁷.

1.3 Objets connexes

La garde alternée et l'encouragement de la responsabilité commune des parents après la séparation ou le divorce sont des enjeux qui dépassent la seule organisation de la prise en charge des enfants. Ils ont également des conséquences dans d'autres domaines juridiques, notamment la procédure en droit de la famille (voir le ch. 1.3.1) et les contributions d'entretien (voir le ch. 1.3.2). Diverses interventions parlementaires sur ces sujets ont également été déposées et transmises.

1.3.1 Procédure et juridiction en en droit de la famille

Suite à l'augmentation du nombre de couples (mariés ou non) avec enfants qui se séparent et des conflits qui en résultent, il est primordial de se demander comment améliorer la procédure dans l'intérêt de l'enfant.

- Le postulat 19.3503 Müller-Altermatt « *Moins de conflits en lien avec l'autorité parentale. Mesures en faveur de l'enfant, de la mère et du père* » demande au Conseil fédéral d'évaluer les pratiques cantonales en matière de médiation et d'intervention en cas de conflits dans les familles séparées.
- Le postulat 19.3478 Schwander « *Prendre la situation des enfants au sérieux* » demande au Conseil fédéral de présenter dans un rapport les modalités d'une réglementation, uniforme à l'échelle du pays, des procédures devant le Tribunal fédéral qui donnera les mêmes droits à tous les enfants, quel que soit l'état civil de leurs parents.
- Les différences de compétences et de procédure selon l'état civil des parents ont également fait l'objet du postulat 23.3047 Feri « *Rôle des autorités de protection de l'enfant dans l'élaboration de conventions d'entretien et d'accords entre parents* ».
- Le postulat 22.3380 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) « *Pour un tribunal de la famille* » charge le Conseil fédéral d'évaluer la pertinence d'instituer dans tous les cantons un tribunal unique des affaires familiales au sens large. Préalablement à la saisine du tribunal, les litiges devraient en outre faire l'objet d'une tentative de conciliation obligatoire devant une juridiction interdisciplinaire.

Il a été décidé de réunir ces quatre postulats et d'y donner suite en trois étapes. La première consistait à faire un état des lieux avec les cantons de l'organisation des

⁷ Voir le communiqué de presse de la CAJ-E du 9 janvier 2024, disponible sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > (Numéro d'objet) 22.400.

autorités et des règles de procédure. La deuxième était la conférence publique « Familles et justice – Justice et familles. La procédure en droit de la famille est-elle encore appropriée ? La Suisse a-t-elle besoin de tribunaux des affaires familiales ? », qui s'est tenue à Fribourg le 27 novembre 2023⁸. La troisième et dernière étape, fondée sur les deux premières, est la rédaction d'ici fin 2024/début 2025 d'un rapport présentant les possibilités de révision de la procédure en droit de la famille. L'objectif est de la rendre plus efficiente, plus rapide et surtout moins pesante pour toutes les parties, en particulier afin que chaque enfant puisse tisser des liens forts avec ses deux parents.

1.3.2 Droit des contributions d'entretien de l'enfant

Puisque le régime de garde (exclusive ou alternée) a des conséquences sur le calcul et le montant des contributions d'entretien de l'enfant, il convient de mentionner également l'intervention parlementaire suivante, récemment adoptée :

- Le postulat 23.4328 de la CAJ-N « *Analyse de la contribution d'entretien* » charge notamment le Conseil fédéral d'analyser les effets de la révision du droit des contributions d'entretien de l'enfant sur le montant de ces contributions et en particulier sur la contribution de prise en charge.

2 Contexte

2.1 Révision des dispositions sur la responsabilité parentale après une séparation ou un divorce

Entre 2014 et 2017, les dispositions du code civil relatives à l'autorité parentale et aux contributions d'entretien de l'enfant ont été modifiées afin de renforcer *la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce* : l'autorité parentale conjointe est devenue la norme en 2014 (art. 296, al. 2, 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC) et en 2017, deux dispositions ont été ajoutées (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC) qui prévoient que l'autorité compétente (le juge ou l'autorité de protection de l'enfant) *examine si la garde alternée est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce*, « si le père, la mère ou l'enfant la demande ».

Le législateur ne souhaitait pas imposer un mode de prise en charge donné, mais néanmoins obliger les autorités à procéder à cet examen pour favoriser une participation plus équilibrée des parents séparés ou divorcés à la prise en charge des enfants. C'est délibérément que la notion de garde alternée n'a pas été définie dans la loi

⁸ Les présentations de cette conférence peuvent être téléchargées sur : www.ofj.admin.ch > Actualité > Manifestations.

comme une prise en charge à parts égales⁹. Conformément à la volonté du législateur, les professionnels considèrent aujourd'hui qu'il y a garde alternée *dès que la part de prise en charge de l'un des parents atteint 30 %*¹⁰.

2.2 Rapport du Conseil fédéral de 2017 « Garde alternée »

Dans le cadre des délibérations sur l'adoption des dispositions précitées (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC), le Conseil national a adopté le postulat 15.3003¹¹, qui chargeait le Conseil fédéral de présenter un rapport sur les problèmes posés par la garde alternée pour l'enfant et ses parents.

Pour traiter ce postulat, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a commandé aux facultés de droit et des sciences de la société de l'Université de Genève une étude interdisciplinaire sur la garde alternée¹². L'étude a répondu comme suit aux questions posées.

« Dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant ? »

Les résultats de recherche des sciences sociales ne permettent pas d'affirmer qu'il existerait un modèle de garde et de prise en charge de l'enfant qui serait idéal dans toutes les situations familiales et sociales. [...] Dans la perspective du bien de l'enfant, c'est en premier lieu le type de coparentalité existant entre les parents suite à la séparation ou au divorce qui est décisif [...] : les parents qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration malgré la séparation/divorce parviennent davantage que les autres à développer de manière satisfaisante ce type de garde. Par contre, lorsque le désaccord autour des pratiques et des styles de coparentalité est profond, qu'il perdure dans le temps et qu'il implique directement l'en-

⁹ Voir les débats parlementaires :

– BO 2014 E 1120 : Markus Stadler explique que les art. 298 et 298b ont pour objectif de donner à l'enfant le droit d'être pris en charge par ses deux parents. Les rapports de prise en charge avant la séparation des parents ne doivent selon lui pas être repris automatiquement, car ils changent nécessairement au moment de la rupture. Il ajoute que les tribunaux doivent étudier la possibilité d'une garde alternée qui ne soit pas nécessairement partagée à parts égales.

– BO 2015 N 79 : Alec Von Graffenried définit la garde alternée comme une forme de vie et de prise en charge des enfants de parents séparés dans laquelle l'enfant vit au moins à 30 % chez chaque parent. Il s'agit de cas dans lesquels le droit de visite est étendu, potentiellement jusqu'à atteindre une prise en charge à parts égales.

– BO 2015 E 188 : Markus Stadler indique qu'il n'a jamais été question que la garde alternée corresponde exactement à une prise en charge à parts égales. Au contraire, le texte doit faire en sorte que les tribunaux étudient la possibilité d'une garde alternée lorsqu'un parent ou l'enfant le demande, la priorité étant le bien de l'enfant et son droit à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents. Il précise qu'on attend uniquement un examen, pas une décision particulière, et que la garde alternée, loin d'être une formule mathématique, peut prendre plusieurs formes.

¹⁰ Voir l'étude sur les tribunaux, p. 9 (ch. 3.2).

¹¹ Postulat 15.3003 CAJ-N « Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions »

¹² Le rapport du Conseil fédéral du 8 décembre 2017 et l'étude interdisciplinaire de l'Université de Genève de mars 2017 sont disponibles sur : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Entretien de l'enfant > Garde alternée.

fant, les conséquences pour le développement et le bien-être de l'enfant sont très négatives. En situation de conflit, la garde alternée exacerbe les tensions entre les parents, car elle génère des interdépendances fonctionnelles entre eux, liées aux alternances répétées et à la nécessité d'un travail de coordination important. [...]

Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien ?

On peut distinguer les conditions relationnelles et personnelles d'une part, et les conditions matérielles d'autre part : du point de vue relationnel et personnel, un mode de coparentalité fonctionnelle avant la rupture est un facteur qui favorise la réussite d'un mode de garde alternée. La recherche souligne également l'effet positif de la participation de l'enfant dans la prise de décisions quant à l'organisation concrète de la garde. Du point de vue matériel, il est à constater que la garde alternée est un mode de garde coûteux : les parents doivent donc disposer de revenus relativement importants.

L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité ?

[...] c'est en premier lieu au niveau des politiques familiales plus générales que l'État peut faciliter l'organisation de la garde alternée, notamment en développant des mesures [...] qui permettraient de découpler la question du mode de garde de la question de la pension alimentaire. À cela s'ajoute un soutien financier plus actif de l'État aux pratiques de médiation et aux consultations ordonnées, visant à leur généralisation via la gratuité. [...] Au vu de la pluralité de modes de fonctionnement de la parentalité post-séparation ou post-divorce, révélée par ce rapport, nous ne recommandons pas d'imposer la garde alternée comme modèle prioritaire. Dans des situations où les conditions psychosociales et matérielles d'un tel modèle ne sont pas réunies, il serait dangereux pour le bien de l'enfant de contraindre les familles post-séparation/divorce à ce mode d'organisation. »¹³

Fort de ces résultats, le Conseil fédéral a conclu dans son rapport du 8 décembre 2017 (ci-après : rapport garde alternée 2017) que la décision du législateur d'inscrire le principe de la garde alternée dans la loi était judicieuse : « La garde alternée est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais dépend aussi de certaines conditions matérielles (augmentation des frais) et structurelles (marché du travail, structures d'accueil extrafamiliales de l'enfant, politique familiale) qu'il n'est pas toujours aisé de réunir. De plus, elle peut se révéler très lourde pour l'enfant en

¹³ MICHELLE COTTIER/ERIC D. WIDMER/SANDRINE TORNARE/MYRIAM GIRARDIN, Étude interdisciplinaire sur la garde alternée, Genève, mars 2017, p. 79 à 81.

La faculté des sciences de la société a poursuivi ses recherches. Un nouvel ouvrage est paru en 2020 : MARIE-ÈVE ZUFFEREY BERSIER ET AL., Les modes de garde après séparation : conditions et conséquences sur les relations familiales. Genève : Université de Genève, 2020. (Sociograph, Sociological Research Studies). La question de la garde alternée a été étudiée à nouveau, avec la même conclusion qu'en 2017 : « En conclusion, notre étude révèle que la garde partagée – perçue comme le mode de garde le plus égalitaire – ne peut pas être imposée en toutes circonstances, le cas par cas doit être privilégié. » (p. 91).

raison des changements fréquents d'un lieu de vie à l'autre. [...] une "solution sur mesure" [...] doit être trouvée. Le Conseil fédéral est aussi de l'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individualisées et choisir le mode de prise en charge de l'enfant qui correspond le mieux à son bien. »¹⁴

2.3 Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017

Dans sa jurisprudence depuis 2017, le Tribunal fédéral a défini les *critères déterminants pour instaurer une garde alternée en cas de litige* et souligné ce faisant la volonté du législateur d'encourager la parentalité commune sous la forme de la garde alternée après une séparation ou un divorce¹⁵. En particulier, le simple refus des parents de mettre en place une garde alternée ne permet pas de conclure qu'ils sont incapables de collaborer. Seul un conflit profond et durable sur les enjeux liés à l'enfant permet de conclure que la collaboration future sera difficile et signifie en règle générale que l'enfant sera fréquemment exposé à des situations de discorde, ce qui peut être contraire à ses intérêts¹⁶.

Nonobstant, d'aucuns critiquent les tribunaux de première et de deuxième instance, car ils ne prononceraient la garde alternée que lorsque les deux parents la demandent. Si un parent s'y oppose, le tribunal y renonce le plus souvent. La garde est alors attribuée à un seul parent, généralement à la mère, tandis que l'autre obtient un « droit de visite usuel »¹⁷. Le postulat 21.4141 et le mandat d'analyser la pratique des tribunaux sont à replacer dans ce contexte.

3 La garde alternée dans la pratique

3.1 Méthode

Deux études interdisciplinaires ont été commandées pour répondre au postulat.

- L'évaluation de la pratique des tribunaux a été confiée au Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS), qui s'est associé à Andrea Büchler, Barbara Borkowski, Zeno Raveane et Sharon Petralia de l'université de Zurich, ainsi qu'à Linus Cantieni et Heidi Simoni. Ceux-ci ont rédigé l'étude « *Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde* » (ci-après : étude tribunaux, voir le ch. 3.2). Elle comprend une analyse de la pratique des tribunaux dans cinq cantons les plus hétérogènes possible en termes de taille, de langue, de répartition ville-campagne et de fréquence des arrangements de prise en charge alternée. Les cantons sélectionnés sont Saint-Gall, Schwytz, Vaud, le Valais et Zurich. Tous les tribunaux de première instance de ces cantons ont

¹⁴ Rapport garde alternée 2017 (nbp. 12), résumé, p. 3

¹⁵ Voir les ATF 142 III 612, consid. 4.2 s. et 142 III 617, consid. 3.2.3.

¹⁶ Voir notamment l'ATF 142 III 612, consid. 4.3 et l'arrêt du TF 5A_991/2019 du 19 janvier 2021, consid. 5.1.2 et les références citées.

Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, voir le rapport garde alternée 2017, p. 14 s. et l'étude sur les tribunaux, p. 10 s.

¹⁷ Voir le développement de l'iv. pa. 21.449 Kamerzin « Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe ».

été invités à participer à un sondage écrit. Les auteurs ont aussi conduit des discussions d'experts avec des juges de première instance ainsi qu'avec des avocats spécialisés des cantons examinés. Enfin, ils ont analysé directement un échantillon représentant un peu plus d'un quart des décisions judiciaires de deuxième instance rendues en 2021 et en 2022 sur des cas de garde alternée litigieux.

- À partir d'un projet de recherche plus vaste¹⁸, une équipe essentiellement identique a réalisé une seconde étude axée spécifiquement sur des questions en relation avec le postulat. L'étude « *Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants* » (ci-après : étude parents, voir le ch. 3.3) se fonde sur les réponses fournies lors de l'enquête en ligne réalisée à l'échelle nationale « Quand les parents ne vivent pas ensemble », consacrée au quotidien des familles dans lesquelles les parents font ménage à part¹⁹.

Ces deux études n'ont pas seulement évalué la pratique des tribunaux sur la garde alternée, elles ont aussi pris en compte la perspective et l'expérience des parents (et des enfants lorsque c'était possible) en plus de celles des autorités et des spécialistes²⁰. En effet, eu égard aux questions soulevées et dans la perspective d'une possible intervention législative, ce ne sont pas seulement les pratiques des autorités, les types de décisions de garde alternée et leur nombre qui comptent, mais aussi la manière dont ces décisions sont prises puis appliquées et comment elles sont réellement vécues par les parents et les enfants.

S'agissant de la situation particulière des familles exposées à des violences domestiques, l'étude « Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental²¹ », commandée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) et la Conférence suisse contre la violence domestique (CSVD), a également été prise en compte.

¹⁸ Le rapport « Quand les parents ne vivent pas ensemble - Parentalité et quotidien des enfants » est disponible sur : www.ekff.admin.ch > Dossiers > Thèmes prioritaires de la COFF 2019-2023 > Situations familiales après une séparation ou un divorce.

¹⁹ L'enquête a été réalisée dans le cadre du projet « Enfants dans des constellations familiales multilocalisées ». Voir www.buerobass.ch > Domaines d'activités > Société et sécurité > Politique de la famille > 12/2022. Elle offre une image représentative des parents ne vivant pas ensemble, qui ont des enfants de 1 à 17 ans nés en Suisse vivant chez l'un de leurs parents et dont le deuxième parent vit en Suisse dans un autre ménage privé.

²⁰ Les effets des différents arrangements familiaux sur les enfants seront encore approfondis par un nouveau projet de recherche « FamyCH 2023-2027 : vers une meilleure compréhension de l'impact des arrangements de garde sur le bien-être des enfants en Suisse ».

²¹ P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental, version courte du rapport, Lucerne/Sierre/Fribourg, janvier 2024. Voir www.ebg.admin.ch > Communiqué de presse 22 janvier 2024 « Mieux protéger les enfants exposés à la violence au sein du couple parental ».

3.2 Étude « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde »

En résumé, les conclusions de l'analyse de la pratique des tribunaux sont les suivantes²² :

- *La plupart des parents parviennent à s'entendre sur les modalités de la garde.* Les avocats comme les juges indiquent que 90 % des parents parviennent à un accord intégral en cas de divorce. La garde alternée est rarement retenue. Les conditions réelles (p. ex. la distance entre les domiciles respectifs des parents, les obligations professionnelles ou la situation financière) restreignent souvent les possibilités de prise en charge des enfants²³.
- La garde alternée est *plus généralisée dans les cantons de Suisse romande* analysés, ce qui reflète la plus grande intégration professionnelle des mères romandes avant une séparation par rapport au reste de la Suisse²⁴.
- Dans le cadre des *procédures de protection de l'union conjugale et des mesures provisionnelles* analysées²⁵, *une garde alternée a été instaurée dans 7 à 19 % des cas*, selon les cantons. Cette part oscille entre 9 et 29 % dans les jugements de divorce²⁶.
- Moins de la moitié des tribunaux²⁷ ont pu fournir des indications sur la fréquence des requêtes de garde alternée. Selon les données disponibles, le taux de *demandes de garde alternée déposées conjointement* par les deux parents s'élève à 9 % dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles, et à 13 % dans les procédures de divorce.

²² Voir l'étude sur les tribunaux, p. 4 à 12 du résumé et 81 à 86 du rapport.

²³ Étude sur les tribunaux, p. 10 du résumé et 82 du rapport

²⁴ Étude sur les tribunaux, p. 82

²⁵ Il est fréquent que plusieurs années s'écoulent entre la séparation de fait et le divorce de parents d'enfants mineurs. Or on ne peut attendre que le divorce soit prononcé pour régler la question de la garde des enfants : soit les parents parviennent à s'entendre sur les modalités de celle-ci au moment de la séparation, soit une procédure de protection de l'union conjugale et/ou des mesures provisionnelles sont engagées dans le cadre de la procédure de divorce. C'est pourquoi ces deux types de procédures ont été inclus dans l'analyse.

²⁶ Il est (très) rare selon les tribunaux interrogés que le régime de garde décidé dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles soit considérablement modifié ultérieurement par le jugement de divorce. Le taux de gardes alternées plus élevé dans les procédures de divorce tient plutôt au fait qu'une garde alternée est souvent réglée par consentement mutuel et que, dans ce cas, il n'y a pas de procédure préalable (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

²⁷ Un peu plus de 70 % des tribunaux de première instance des cantons sélectionnés ont participé au sondage (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

Ces demandes conjointes n'ont jamais été refusées. Les *demandes de garde alternée formulées par un seul parent* sont rares²⁸, mais toutes émanent du père, jamais de la mère ou des enfants. Vu le faible nombre de cas, on ne dispose pas de résultats probants sur le taux d'acceptation des demandes déposées par un seul parent, mais il est certain qu'il y a eu des refus. L'élément déterminant selon les tribunaux est de savoir si les modalités de prise en charge proposées par le parent requérant sont réalistes²⁹.

- *Il est très rare que des litiges autour des questions de garde fassent l'objet d'un recours auprès de l'instance supérieure.* Il ressort des décisions de deuxième instance étudiées que les mères et les pères interjettent appel à parts égales, ces derniers s'opposant le plus souvent à une garde exclusive de la mère et, à titre exceptionnel, aux modalités concrètes de la garde alternée décidée. Quant aux mères, l'objet de leur appel est la garde alternée ou la garde exclusive octroyée au père. Généralement, ni la mère ni le père n'obtiennent gain de cause. *Rien n'indique, dans l'ensemble, que les tribunaux de deuxième instance fassent preuve de plus de compréhension à l'égard des demandes des mères ou de celles des pères*³⁰.
- *Lorsqu'ils prononcent une garde alternée*, deux tiers des tribunaux indiquent qu'elle est assortie d'une *répartition égale de la prise en charge*. Les affirmations des tribunaux entrent quelque peu en contradiction avec les discussions d'experts avec des juges, desquelles il ressort qu'en cas de garde alternée, les parts de prise en charge inégale sont nettement plus courantes que les répartitions identiques³¹. Même si on constate que les *pères s'investissent de plus en plus dans la prise en charge de leurs enfants*, la part qu'ils demandent est en général très éloignée d'un arrangement équilibré³². Lorsqu'un des parents assume une grande part de prise en charge, c'est le plus souvent la mère³³.
- *Lorsque la question de la garde est litigieuse, les juges estiment que ce ne sont pas les droits des parents qui priment, mais le fait que ceux-ci trouvent ensemble une bonne solution pour leurs enfants.* Les juges comme les avocats

²⁸ Six des onze tribunaux disposant d'informations à ce sujet indiquent qu'aucune requête de ce type n'a été déposée dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles. Quatre de ces onze tribunaux précisent que cela vaut aussi pour les procédures de divorce. Les autres tribunaux font état d'un à trois cas pour les deux années observées, toutes procédures confondues (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

²⁹ Étude sur les tribunaux, p. 4 s. du résumé

³⁰ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et p. 82 du rapport

³¹ Il existe en outre un fort décalage entre l'arrangement de garde choisi ou prononcé et la réalité de la prise en charge : les deux parents n'assument une prise en charge à un tiers au moins que dans 37 % des cas. Voir l'étude sur les tribunaux, p. 81 et le ch. 3.3.

³² Étude sur les tribunaux, p. 6 du résumé

³³ Étude sur les tribunaux, p. 81

estiment *pertinent d'aider les parents à trouver une solution sur mesure*³⁴.

Lorsque le tribunal est contraint de trancher, la distance séparant les logements de la mère et du père, leur aptitude à la communication ainsi que la volonté des enfants jouent un rôle déterminant dans les considérants des jugements³⁵. Tous les tribunaux n'accordent cependant pas la même importance à l'organisation avant la séparation et à la disponibilité personnelle pour la prise en charge³⁶.

- *Les résultats ne confirment pas le point de vue selon lequel les tribunaux de première et de deuxième instance entravent la généralisation de la garde alternée*. Au contraire, il est frappant de noter que la plupart des juges s'efforcent de trouver avec les parents en conflit des solutions adéquates pour leurs enfants et qu'ils y consacrent le temps nécessaire dans le cadre des audiences de conciliation³⁷.
- Lorsque les tâches étaient réparties de façon unilatérale avant la séparation et que celle-ci induit une modification profonde et immédiate du modèle familial, le juge peut admettre des *phases de transition et d'essai graduelles*³⁸. Il peut vérifier que les modalités de prise en charge sont réalistes et s'assurer que l'un des parents ne demande pas la garde alternée (ou exclusive) pour des *raisons purement financières*³⁹.
- La vision qu'ont les juges de *l'élargissement du droit de visite* a fondamentalement changé. Autant que faire se peut, ils veillent à maintenir la présence des deux parents dans le quotidien des enfants. *La part de prise en charge des pères a ainsi notablement augmenté* et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter aux visites auparavant usuelles d'un week-end sur deux, ce droit englobe des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine⁴⁰.
- Les situations dans lesquelles la garde alternée est problématique, voire exclue, sont les suivantes :
 - *Abus sexuels, violences domestiques et familiales et incapacité d'assumer l'éducation des enfants* sont autant de « lignes rouges » pour une garde alternée⁴¹.

³⁴ Étude sur les tribunaux, p. 82

³⁵ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé

³⁶ Étude sur les tribunaux, p. 5 à 7 du résumé

³⁷ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 85 s. du rapport

³⁸ Étude sur les tribunaux, p. 7 s. du résumé 83 du rapport

³⁹ Étude sur les tribunaux, p. 7 s. du résumé

⁴⁰ Étude sur les tribunaux, p. 8 du résumé

⁴¹ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 59 et 84 du rapport

- Un *grave conflit entre les parents* peut être source de problèmes, même s'il ne s'agit plus d'une « ligne rouge » selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Le conflit grave est dès lors devenu un thème sensible pour les tribunaux, car il peut affecter les enfants en garde alternée. Une situation imprévue, p. ex. l'oubli d'un livre d'école chez l'un des parents, peut vite devenir une grande source de stress si les parents sont incapables de communiquer. Ce type de situation recèle aussi le risque qu'un des parents rabaisse l'autre devant l'enfant et fasse de celui-ci son émissaire⁴².
- L'*âge des enfants* joue lui aussi un rôle. Les tribunaux prononcent rarement une garde alternée au moment du divorce lorsque l'enfant a moins de trois ans. Les enfants de huit ans et plus bénéficient plus souvent d'une garde alternée que ceux âgés de quatre à sept ans⁴³.
- L'*avis des enfants* doit être pris au sérieux : l'arrangement de garde doit assurer un quotidien satisfaisant pour l'enfant. Lorsque les enfants sont entendus, certains sont favorables au dédoublement des lieux de vie, tandis que d'autres s'y opposent expressément⁴⁴. Les adolescents en particulier peuvent refuser une garde alternée⁴⁵.

L'étude sur les tribunaux a relevé un potentiel d'amélioration, voire une nécessité d'agir, dans les domaines suivants :

- *Terminologie*

- La notion de « garde » est imprécise. Le terme de garde alternée lui-même ne correspond à une part de prise en charge précise ni dans les jugements ni dans la réalité du quotidien, et donne ainsi lieu à des interprétations très différentes. Quant au minimum de prise en charge de 30 % en usage dans la pratique, il a tout au plus valeur de référence. Un arrangement de prise en charge identique pourra tantôt être qualifié de garde alternée, tantôt de garde exclusive avec droit de visite élargi⁴⁶.
- La dualité opposant garde alternée et garde exclusive néglige le fait que la réalité quotidienne se situe souvent quelque part entre les deux et mène à des conflits inutiles. Dans la pratique, le libellé de la loi en matière de garde est insatisfaisant pour la majorité des spécialistes interrogés. Ils sont nombreux à constater que les parents ne comprennent pas la notion de garde, si

⁴² Étude sur les tribunaux, p. 7 et 10 s. du résumé et 84 du rapport

⁴³ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 83 du rapport

⁴⁴ Étude sur les tribunaux, p. 83

⁴⁵ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁴⁶ Étude sur les tribunaux, p. 84

bien qu'il est nécessaire d'employer des formulations alternatives, telles que régime de prise en charge et responsabilité de la prise en charge⁴⁷.

- *Imposer la garde alternée comme règle générale ne saurait être la réponse à une réalité complexe.* Cette solution ne résoudrait pas les problèmes. Plutôt que de s'accrocher à la dichotomie dictée par la loi, il paraît pertinent de rechercher des solutions individuelles qui fonctionnent sur la durée et de les diffuser⁴⁸.

- *Calcul des contributions d'entretien*

- Vu l'écart entre la notion de garde et la réalité de la prise en charge, il est d'autant plus important que les conséquences financières soient appréciées sur la base des modalités concrètes de la prise en charge plutôt que sur celle de la notion de garde⁴⁹.

- Il existe en outre un *point de basculement indésirable lors du passage de la garde exclusive à la garde alternée* dans les cas où la part de prise en charge avoisine les 30 %. Étant donné que l'arrangement de la garde influe sur le mode de calcul, une modification minime du taux de prise en charge peut déjà avoir des conséquences financières considérables. Des mesures s'imposent pour fluidifier ce passage⁵⁰.

- Les spécialistes sont nombreux à considérer que le calcul de la contribution d'entretien selon la jurisprudence du Tribunal fédéral est trop complexe, surtout lorsque la prise en charge est assumée par les deux parents. Selon eux, le calcul de la contribution d'entretien et la mesure dans laquelle il faut tenir compte de la compatibilité entre prise en charge et activité professionnelle manquent de clarté⁵¹.

- Les tribunaux critiquent également le fait qu'il faille *pronostiquer l'avenir de l'enfant jusqu'à l'âge adulte* et calculer plusieurs périodes d'entretien. Ils souhaiteraient un automatisme plus simple et plus compréhensible⁵².

- *La procédure de séparation des parents non mariés est insatisfaisante.* Juges et avocats considèrent comme inadaptées non seulement les différences d'autorités compétentes pour parents mariés et parents non mariés, mais aussi la procédure en vigueur applicable à ces derniers⁵³.

⁴⁷ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 84 du rapport

⁴⁸ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁴⁹ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 84 s. du rapport

⁵⁰ Étude sur les tribunaux, p. 6 du résumé et 85 du rapport

⁵¹ Étude sur les tribunaux, p. 84

⁵² Étude sur les tribunaux, p. 84

⁵³ Étude sur les tribunaux, p. 85

- *Il apparaît urgent d'améliorer le soutien aux parents en conflit après une séparation pour réorganiser la parentalité commune* afin que ceux-ci puissent assumer pleinement leur responsabilité à l'égard de leurs enfants et, ce faisant, permettre à des arrangements de prise en charge alternée de fonctionner dans la réalité⁵⁴.
- *Il faut élaborer des modèles de procédure fondés sur la collaboration multidisciplinaire*, par exemple sous la forme de tribunaux dédiés aux affaires familiales⁵⁵.

3.3 Étude « Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants »

L'analyse des réponses fournies lors de l'enquête en ligne réalisée à l'échelle nationale « Quand les parents ne vivent pas ensemble » (étude sur les parents) apporte les réponses suivantes aux questions posées par l'OFJ⁵⁶, notamment en ce qui concerne la répartition de la prise en charge, le fonctionnement de la garde alternée dans la pratique et la gestion des conflits⁵⁷.

Répartition de la prise en charge avant et après la révision de 2017

- Les procédés statistiques qui mesurent l'influence simultanée de différents facteurs montrent que *les enfants sont plutôt pris en charge de manière alternée quand* :
 - les parents se sont séparés après la révision de 2017 ;
 - les enfants ne sont ni tout petits, ni d'âge pubère (entre 6 et 11 ans) ;
 - les parents ont une relation de bonne qualité ;
 - les parents ont un niveau d'études assez élevé, ce qui indique des revenus potentiellement plus élevés⁵⁸.
- Comme auparavant, *les parents séparés qui se répartissent équitablement la prise en charge sont minoritaires*. Ce constat est d'autant moins surprenant qu'il en va de même des parents vivant ensemble⁵⁹.
- Si l'on examine l'évolution dans le temps, en comparant la situation avant et après la révision, *la probabilité qu'un père ne voie ses enfants que très rarement, ou que pendant la journée, a aussi fortement diminué*. La majorité des

⁵⁴ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁵⁵ Étude sur les tribunaux, p. 85

⁵⁶ Voir l'étude sur les parents, tableau 1, p. 2.

⁵⁷ Voir l'étude sur les parents, p. III à IX et 51 à 54.

⁵⁸ Étude sur les parents, p. IV

⁵⁹ Étude sur les parents, p. 51

enfants qui vivent (presque) toujours chez un seul de leurs parents ont des contacts réguliers avec le second dans l'autre foyer⁶⁰.

- Dans le même temps, pour les enfants de douze ans ou plus, on a assisté à une *régression des prises en charge très inégalitaires par les deux parents au profit d'arrangements plus égalitaires* (avec 48 à 52 % du temps passé chez chacun des parents)⁶¹.

Conventions ou décisions en cas de séparation ou de divorce

- *Pour 84 % des parents interrogés ayant l'autorité parentale conjointe, la question de la garde a été expressément réglée dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une procédure menée devant une autorité de protection de l'enfant (APEA). Pour un peu moins de la moitié d'entre eux (48 %), la garde a été attribuée aux deux parents (garde alternée)⁶² ; pour 46 %, l'un des parents a la garde exclusive, et pour les 6 % restants, la garde n'est pas réglée de la même manière pour tous les enfants. Pour les enfants de 0 à 3 ans, la garde est alternée dans 42 % des cas seulement. Pour les adolescents de 12 à 17 ans, cette proportion passe à 70 %⁶³.*
- Pour 15 % des parents ayant l'autorité parentale conjointe, c'est le tribunal ou l'APEA qui a décidé des modalités de garde, les parents ne parvenant pas à trouver une solution amiable. Dans près d'un tiers de ces cas, une garde alternée a été ordonnée⁶⁴.
- *La distance entre les domiciles et la situation financière influencent l'arrangement de prise en charge. On ne rencontre guère de prises en charge alternées quand la distance est importante. Au contraire, la volonté d'habiter à proximité de l'autre parent semble être la condition pour faire fonctionner un tel arrangement familial. Mais on observe aussi un lien clair entre le niveau de formation, qui influence les opportunités de revenus, et la prise en charge alternée. La réalité est donc que les conditions financières doivent être réunies pour pouvoir choisir et vivre un arrangement familial de ce type⁶⁵.*

⁶⁰ Étude sur les parents, p. IV et p. 51

⁶¹ Étude sur les parents, p. IV

⁶² Ce chiffre semble entrer en contradiction avec les résultats de l'étude sur tribunaux, qui a constaté que la garde alternée est minoritaire (voir le ch. 3.2). Cette différence s'explique peut-être par le fait que les parents retiennent l'arrangement de prise en charge concret et non sa désignation juridique, des modalités identiques pouvant être désignées tantôt comme garde alternée, tantôt comme garde exclusive avec droit de visite élargi (étude sur les tribunaux, p. 84).

⁶³ Étude sur les parents, p. V

⁶⁴ Étude sur les parents, p. V

⁶⁵ Étude sur les parents, p. 53

- *Peu de parents (8 %) ont eu recours à un conseil ou une médiation professionnels pour négocier un arrangement sur la résidence et la prise en charge de leurs enfants.* La prise en charge alternée va un peu plus souvent de pair avec une démarche de conseil. Il est possible que le conseil ait tendance à conduire à une prise en charge alternée, mais aussi que les parents capables d'envisager une prise en charge alternée aient plus tendance que les autres à recourir à un conseil professionnel, ces deux hypothèses étant également compatibles⁶⁶.

Fonctionnement de la garde alternée dans la pratique

- *Il existe une disparité considérable entre les modalités de garde convenues ou ordonnées et la réalité vécue de la prise en charge :*
 - Seuls 37 % des parents ayant le régime légal « garde alternée » s'occupent effectivement en alternance de leurs enfants, c'est-à-dire au moins un tiers du temps chacun. Ce taux chute à 26 % lorsque la garde alternée a été ordonnée par une autorité contre la volonté d'un parent (au moins)⁶⁷.
 - Dans 34 % des cas, la prise en charge est assurée par les deux parents, mais l'enfant dort chez sa mère au moins les deux tiers du temps.
 - Dans les 29 % restants, les enfants vivent de facto chez un de leurs parents et rendent seulement visite à l'autre⁶⁸.
- *Pour la plupart des enfants, les deux parents restent des personnes de référence centrales.* Le fait qu'un enfant soit pris en charge de manière alternée, donc qu'il dorme au moins un tiers du temps chez chaque parent, ou que les contacts avec l'autre parent soient intenses ne semble pas décisif pour la place de ce parent dans le réseau relationnel de l'enfant : quelle que soit la part de prise en charge, deux tiers des enfants de douze ans et plus comptent leurs deux parents parmi leurs personnes de référence les plus proches⁶⁹.
- *Quand la réalité de la prise en charge diffère de la garde telle qu'elle a été réglée, cela ne s'explique pas toujours par des conflits.* Le désir des parents d'assumer à parts égales la prise en charge quotidienne de leurs enfants n'est pas toujours facile à réaliser en raison des difficultés pour financer ce modèle ou pour concilier vie de famille et vie professionnelle. Mais même les besoins des parents et des enfants peuvent évoluer au fil du temps sans que cela conduise pour autant à la recherche d'une nouvelle réglementation de la prise en charge⁷⁰.

⁶⁶ Étude sur les parents, p. VI

⁶⁷ Étude sur les parents, p. VII

⁶⁸ Étude sur les parents, p. VIII

⁶⁹ Étude sur les parents, p. 53

⁷⁰ Étude sur les parents, p. IX

- *Pour deux tiers des parents, les paiements effectués coïncident avec ce qui a été convenu sur le plan financier.* Pour les autres, il arrive environ deux fois plus souvent qu'un parent verse moins que ce qui était prévu plutôt qu'il ne verse plus. Quand les parents s'occupent effectivement en alternance de leurs enfants, en assurant chacun au moins un tiers du temps, la situation la plus fréquente (78 %) est qu'ils respectent leurs accords financiers⁷¹.

Conflits et gestion des changements

- *La prise en charge alternée requiert des contacts et de la coopération. Le problème le plus important ne vient pas des conflits, mais du manque d'aptitude à la négociation et au compromis :* en cas de conflits personnels et d'une parentalité en grande partie « parallèle », dans laquelle il convient de régler par écrit et en détail le plus de points possible, la capacité et la volonté de coopérer un minimum dans l'intérêt des enfants sont capitales pour que les arrangements prévoyant une prise en charge alternée fonctionnent. La rupture complète de la communication et de la coopération se fait avant tout au détriment des enfants, qui transitent entre deux foyers ennemis, doivent supporter les tensions et parfois même agir comme émissaires. Il peut être très éprouvant pour eux d'être contraints de supporter et de compenser le manque de communication de leurs parents⁷².
- *Peu de parents ont facilement accès à une assistance professionnelle.* 18 % des parents qui prennent tous deux en charge en partie leurs enfants déplorent l'absence d'accès simple au quotidien à des services de conseil et de médiation pour résoudre les conflits survenant au fil du temps concernant les enfants⁷³.

L'étude sur les parents formule les conclusions et les propositions suivantes :

- La disparité considérable entre les modalités de garde convenues ou ordonnées et la réalité vécue de la prise en charge signifie que *le concept juridique de garde alternée n'a souvent pas grand rapport avec la réalité*. Les arrangements familiaux vécus sont variés. La dichotomie ancrée dans la loi entre garde exclusive avec droit de visite et garde alternée ne correspond pas à cette multiplicité de situations⁷⁴.

⁷¹ Étude sur les parents, p. VII

⁷² Étude sur les parents, p. IX et p. 53

⁷³ Étude sur les parents, p. VIII

⁷⁴ Étude sur les parents, p. 51

- *L'étude propose de remplacer cette dichotomie*, qui favorise les conflits entre les parents, par la *notion unique de responsabilité de prise en charge des deux parents*⁷⁵.
- *L'exercice conjoint des responsabilités de prise en charge et d'éducation devrait servir de cadre de référence*. Si les parents s'écartent de ce modèle égalitaire, cela doit être au profit de solutions plus viables au quotidien pour l'enfant comme pour les parents. La solution concrète et les éventuels écarts par rapport à une répartition égalitaire de l'activité professionnelle et du travail familial doivent être pris en compte dans la compensation des charges et des prestations familiales entre les parents⁷⁶.
- *Il faudrait plus souvent demander aux enfants quels sont leurs souhaits et leurs besoins*. La majorité des parents eux-mêmes ne le font pas, et dans le cadre des procédures, les enfants sont entendus dans seulement 10 %. Il faut trouver des possibilités pour que le droit de chaque enfant à être entendu dans le cadre familial ou par les autorités soit respecté⁷⁷.
- On peut déduire des commentaires sur le manque d'*accès simple à des services de résolution des conflits* que les offres de conseil et de médiation accessibles au quotidien peuvent simplifier la vie des parents séparés, et dès lors aussi celle de leurs enfants⁷⁸.

4 Appréciation du Conseil fédéral

4.1 La garde alternée dans la pratique

L'analyse de la pratique des tribunaux des cinq cantons sélectionnés permet de répondre à la plupart des questions soulevées par le postulat (voir le ch. 4.1.1), même si elle ne fournit pas de chiffres absolus. Les deux études apportent en outre un éclairage global sur le contexte social dans lequel s'inscrit la garde alternée et donnent ainsi un aperçu complet de l'importance de ce modèle de prise en charge pour les tribunaux et les autorités comme pour les parents et les enfants. Or, comme dit plus haut, pour évaluer la nécessité de légiférer, ce ne sont pas seulement les types de décisions de garde alternée et leur nombre qui comptent, mais aussi la manière dont elles sont prises puis appliquées et comment elles sont réellement vécues par les parents et les enfants (voir le ch. 4.1.2).

⁷⁵ Étude sur les parents, p. 51

⁷⁶ Étude sur les parents p. IX et 54

⁷⁷ Étude sur les parents, p. VIII

⁷⁸ Étude sur les parents, p. 54

4.1.1 Réponse aux questions du postulat

L'étude sur les tribunaux permet d'apporter les éléments de réponse suivants aux questions expressément posées par le postulat (voir le ch. 1.1) :

- Les modalités de prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce sont le plus souvent décidées par les parents eux-mêmes et non par le juge. Dans 90 % des cas, les parents arrivent à se mettre d'accord.
- La garde alternée n'est prononcée par le juge que dans la minorité des cas. Selon les données disponibles et selon les cantons, la garde alternée est prononcée à l'issue de 7 à 19 % des cas de mesures protectrices de l'union conjugale et de 9 à 29 % des procédures de divorce. Cette part plus faible dans les procédures préventives (mesures protectrices de l'union conjugale et mesures provisionnelles) s'explique par le fait qu'elles n'ont lieu que dans les cas litigieux.
- Selon les données disponibles, les deux parents demandent conjointement la garde alternée à l'issue de 9 % des mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles et dans 13 % des procédures de divorce. D'après l'étude, ces demandes communes n'ont jamais été refusées.
- En pratique, il est rare qu'un seul parent demande la garde alternée, et lorsque c'est le cas, c'est toujours le père qui en est à l'origine, jamais la mère ni l'enfant. Vu le faible nombre de cas, on ne dispose pas de résultats probants sur le taux d'acceptation des demandes déposées par un seul parent.
- Les tribunaux prononcent rarement une garde alternée au moment du divorce lorsque l'enfant a moins de trois ans. Les enfants de huit ans et plus bénéficient plus souvent d'une garde alternée que ceux âgés de quatre à sept ans.
- Les parts de prise en charge inégale sont nettement plus courantes que les répartitions identiques. Lorsqu'un des parents assume une grande part de prise en charge, c'est le plus souvent la mère, même si on constate que les pères s'investissent de plus en plus dans la prise en charge de leurs enfants.
- La réglementation du droit de visite a grandement évolué depuis la révision de 2017. La part de prise en charge des pères a notablement augmenté et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter aux visites auparavant usuelles d'un week-end sur deux, ce droit englobe des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine.
- La plupart des juges de première instance consacrent le temps nécessaire pour trouver avec les parents des solutions adéquates pour leurs enfants dans le cadre des audiences de conciliation. En particulier lorsque la séparation ou le divorce induit un changement des responsabilités de prise en charge, le juge peut admettre des phases de transition et d'essai graduelles.

- Il est très rare que des litiges autour des questions de garde fassent l'objet d'un recours auprès de l'instance supérieure. Généralement, ni la mère ni le père n'obtient gain de cause. Rien n'indique que les tribunaux de deuxième instance « fassent preuve de plus de compréhension » à l'égard des demandes des mères (opposées à la garde alternée ou à la garde exclusive octroyée au père) ou de celles des pères (opposés à la garde exclusive de la mère ou aux modalités concrètes de la garde alternée) ni qu'ils « privilégient systématiquement » l'un des deux types de garde.

Enfin, l'étude consacrée aux parents a révélé que les enfants bénéficient plus souvent d'une garde alternée lorsque leurs parents se sont séparés après 2017. La révision a également conduit à une régression des prises en charge très inégalitaires par les deux parents au profit d'arrangements plus égalitaires.

En conclusion, la critique ou la crainte selon laquelle la révision de 2017 serait restée sans effet dans la réalité et que les juges de première instance en particulier feraient obstacle à la garde alternée ou aux arrangements de prise en charge plus égalitaires n'a pas été confirmée.

4.1.2 Évaluation de la nécessité de légiférer

Les deux études concluent sans équivoque qu'*il est plus courant qu'avant que les deux parents participent à la prise en charge de leurs enfants après une séparation ou un divorce*, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit des contributions d'entretien de l'enfant en 2017. En effet, la garde exclusive d'un parent avec droit de visite de l'autre parent un week-end sur deux n'est plus « usuelle » et il est devenu difficile de cerner la limite entre garde alternée et garde exclusive avec droit de visite élargi. Le Conseil fédéral constate également avec satisfaction la forte diminution, depuis la révision de 2017, de la proportion de pères qui ne voient leurs enfants que très rarement ou que la journée. Même si les enfants habitent encore presque toujours chez un seul parent, la plupart d'entre eux ont de nombreux contacts avec l'autre parent dans le second foyer.

4.1.2.1 La loi doit-elle favoriser le partage de la prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce ?

Certes, la *répartition de la prise en charge demeure inégale* et les formes de garde alternée égalitaires restent peu répandues. Sur ce point, le Conseil fédéral estime lui aussi que la garde alternée pourrait et devrait encore être encouragée. Cependant, il estime qu'une modification du code civil visant à amener les tribunaux et les APEA à prononcer plus souvent la garde alternée ne permettra pas d'amorcer le changement attendu (contrairement à l'avis des deux CAJ sur l'initiative parlementaire 21.449 Kammerlin, voir le ch. 1.2.2).

Les deux études ont clairement montré que ce sont le plus souvent les parents eux-mêmes et non les tribunaux qui renoncent à une forme de garde alternée. Le fait que la garde alternée demeure minoritaire ne peut donc pas être attribué à une prédisposition du juge, mais plutôt aux exigences matérielles élevées posées par cette forme de prise en charge, notamment eu égard à la distance entre les domiciles des parents

et à leur capacité financière. À ce propos, il est à noter que selon l'étude sur les tribunaux, la garde alternée est plus fréquente en Suisse romande que dans le reste du pays. Les auteurs y voient le reflet de la meilleure intégration professionnelle des mères romandes avant la séparation ou le divorce.

Le *contexte social* joue donc un rôle crucial dans la diffusion de la garde alternée. Les études aboutissent à la conclusion qu'une répartition aussi égalitaire que possible de la prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce réussit surtout dans les cas où les parents s'occupaient des enfants de manière égalitaire déjà *durant* la vie commune. Il appartient à la *politique de la famille et de l'enfance* d'encourager ces modes de prise en charge⁷⁹. On renverra ici au plan d'action de la Stratégie égalité 2030 et plus spécifiquement aux mesures prévues au champ d'action « Conciliation et famille »⁸⁰. En revanche, le Conseil fédéral ne juge *pas pertinent d'inscrire dans le code civil l'obligation de favoriser* la prise en charge partagée des enfants après une séparation ou un divorce.

4.1.2.2 Faut-il inscrire dans la loi le principe de la garde alternée à parts égales ?

Dans le contexte actuel, le Conseil fédéral considère qu'il n'est *pas indiqué d'inscrire dans le code civil le principe de la garde alternée à parts égales* avec la possibilité de s'en écarter à titre exceptionnel « si le bien de l'enfant le commande », comme ce fut le cas en 2014 pour l'introduction de l'autorité parentale conjointe (art. 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC), principe que la motion 22.4000 Romano demande de transposer à la garde (voir le ch. 1.2.3).

Pour les raisons citées, faire de la garde alternée à parts égales (50 – 50) une norme expresse de la loi ne serait *tout simplement pas envisageable pour de nombreux parents, et dès lors ce principe ne serait pas applicable*. L'écart constaté dans l'étude sur les parents entre la décision du juge ou de l'autorité et la réalité vécue⁸¹ risquerait de se creuser davantage, ce qui serait problématique tant pour les parents concernés que pour leurs enfants. Il faut en effet prendre en compte le fait que dans nombre de cas, la répartition de la garde détermine le montant des contributions d'entretien. Or, cette décision judiciaire ne peut être modifiée sans autre par la suite.

En particulier, élever la garde alternée au rang de modèle de garde standard dans la loi *ne serait pas compatible avec le bien de l'enfant*, qui demeure la maxime suprême

⁷⁹ Voir aussi PIERRE LÜSSI/MERET LÜTOLF, Un nouveau modèle familial comme référence pour la politique et la société, Sécurité sociale (CHSS), 30 janvier 2024. Ce texte se fonde sur l'exposé « Politique de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle égalitaire – Le modèle familial de référence de l'avenir », paru le 5 décembre 2023 dans l'ouvrage collectif de la COFF « Familles et politique familiale en Suisse – Défis en 2040 ».

⁸⁰ Voir www.egalite2030.ch > Stratégie > Champ d'action 2 : Conciliation et famille.

⁸¹ Voir également HEIDI STUTZ/HEIDI SIMONI, Theoretische Obhutsüberlegungen und die gelebte Betreuungsrealität in Familien mit getrennten Eltern, *FamPra.ch* 1/2024, p. 106 à 120.

pour déterminer les parts de prise en charge : les tribunaux et les autorités doivent systématiquement observer les spécificités du cas d'espèce et trouver une solution adaptée⁸². D'après les deux études, *d'autres formes de garde partagée qui répondent mieux dans certains cas aux besoins de la famille sont répandues*. Les répartitions 60 – 40 et 70 – 30 permettent également aux enfants de tisser et de vivre une relation régulière et solide avec leurs deux parents. Dès lors, la notion de droit à une prise en charge parfaitement égale des enfants reflète peut-être davantage un besoin des parents que des enfants. Selon les observations faites dans la pratique, les enfants peuvent s'« accommoder » de différents modèles de prise en charge, du moment que les deux parents sont favorables au modèle choisi⁸³. Dans l'optique de l'égalité absolue, la question de l'attribution de la garde paraît nettement plus complexe que celle de l'autorité parentale, ce qui constitue un argument de plus contre la transposition du principe applicable à cette dernière. Il convient d'ajouter que l'orientation jusqu'ici libérale du droit suisse de la famille s'oppose à un cadre légal aussi strict⁸⁴.

Faire de la répartition égale de la prise en charge la nouvelle norme légale pourrait également poser problème eu égard au *risque de violences domestiques*, qui n'est pas toujours facilement identifiable. Une étude publiée en janvier 2024 relève que même si les représentants des autorités interrogées (APEA, tribunaux civils) citent la violence comme un motif d'exclusion de la garde alternée : « même dans les exemples de cas présentant des indices de violence psychique et physique dans le couple (par ex. insultes, gifles), quelques personnes interrogées tendent à opter pour une garde alternée »⁸⁵. Par conséquent, la difficulté fréquente à prouver les accusations de violence et la forte conviction que le contact avec les deux parents est en principe dans l'intérêt de l'enfant pourraient conduire « à minimiser, à normaliser ou à nier totalement la violence »⁸⁶. Les auteurs recommandent donc de déterminer systématiquement si des cas de violence domestique (y compris la violence dans le couple

⁸² Voir les arrêts du TF 5A_463/2022 du 22 mai 2023, consid. 3.2 (en l'espèce la garde alternée avait été ordonnée, mais la prise en charge de la fille durant une demi-journée de la semaine restait litigieuse) et 5A_800/2022 du 28 mars 2023, consid. 5.4.2.

⁸³ Voir SABINE AESCHLIMANN/JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, Das Parlament revidiert das Familienrecht – was sagen Lehre und Praxis dazu?, *FamPra.ch* 1/24, p. 93.

⁸⁴ Voir le message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant), FF 2014 511 546.

⁸⁵ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 8 : « Ces mécanismes sont facilités par le fait que les représentant·e·s des autorités doivent prendre leurs décisions dans l'incertitude, car les conséquences de ces décisions ne sont guère prévisibles. Cela les rend particulièrement vulnérables à l'influence des stéréotypes et des idées reçues. Il s'agit, par exemple, de représentations stéréotypées de la violence domestique et des personnes impliquées ou d'arguments tels que ceux avancés dans le cadre du concept controversé du "syndrome d'aliénation parentale" (entre autres Gardner, 2002). Ce dernier se manifeste, par exemple, lorsque les accusations de violence d'un parent rejetées sans vérification sont traitées comme un élément stratégique de la procédure, bien

parental) sont connus⁸⁷, notamment pour déterminer comment la prendre en compte lors de l'attribution de la garde et de la réglementation des relations personnelles, afin de garantir la protection de l'enfant et du parent victime de la violence⁸⁸.

4.1.2.3 Pas de nécessité de légiférer sur la garde alternée

Fort de ces observations, le Conseil fédéral est convaincu que pour répartir la prise en charge des enfants entre les parents, *l'examen au cas par cas est la solution la plus convaincante*⁸⁹. De cette manière, les circonstances du cas d'espèce peuvent être prises en compte afin de toujours choisir ou, si nécessaire, prononcer la solution de prise en charge la plus favorable au bien de l'enfant⁹⁰. La formulation actuelle des dispositions du code civil (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC) garantit que cet examen est effectué tout en signalant l'importance donnée par le législateur à la prise en charge équilibrée des enfants par les deux parents. Le Conseil fédéral ne voit donc pas la nécessité d'intervenir sur ce point.

Cet examen fait écho aux discussions menées actuellement dans certains pays voisins sur l'inscription de la garde alternée dans la loi comme solution privilégiée. Ce fut notamment le cas en *France* l'an passé⁹¹. Pour des raisons similaires, le Sénat français a décidé en décembre 2023 de conserver le droit en vigueur⁹², qui fixe comme priorité la recherche de solutions individuelles pour l'enfant⁹³. L'*Allemagne* va quant à elle introduire une forme de garde alternée (nommée « Wechselmodell ») à l'issue de sa réforme en cours du droit de l'enfance, mais elle n'en fera pas une obligation pour la répartition de la prise en charge des enfants. Il s'agira plutôt d'une possibilité, tantôt symétrique (50 – 50), tantôt asymétrique (part importante, mais inférieure à 50 %). Le choix du modèle de prise en charge se fera toujours à l'aune du bien de l'enfant. De plus, la protection face à la violence domestique durant la procédure portant sur

que la probabilité que les accusations soient vraies soit plus élevée que celle indiquant le contraire. Dans ce contexte, un manque de connaissances sur les thèmes pertinents spécifiques à la violence augmente le risque que les stéréotypes et les idées reçues influencent la prise de décision. »

⁸⁷ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁸ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁹ Il était déjà parvenu à cette conclusion dans le rapport de 2017 sur la garde alternée (voir le ch. 2.2).

⁹⁰ Voir également SABINE AESCHLIMANN/JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, *op. cit.*, p. 88 s.

⁹¹ Voir la proposition de loi relative aux droits de l'enfant à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents en cas de séparation de ces derniers, Texte n° 308 (2021-2022) de Mme Élisabeth DOINEAU et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 16 décembre 2021. Cette proposition et les travaux parlementaires y relatifs peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl21-308.html>

⁹² « Le Sénat conforte la garde alternée des enfants, sans en faire un principe - Alors qu'une sénatrice centriste proposait de faire de la garde alternée une "présomption légale", les sénateurs se sont montrés prudents et ont décidé de ne pas systématiser ce mode de garde », *Le Parisien*, 14 décembre 2023. Cet article peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.leparisien.fr/societe/le-senat-conforte-la-garde-alternee-des-enfants-sans-en-faire-un-principe-14-12-2023-LA5AF32C3VG7REYYA2I7UFC5QE.php>

⁹³ Voir l'art. 373-2-9, al. 1 et 2 du Code civil français : « (1) En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. (2) À la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. »

l'autorité parentale et les relations personnelles (*Sorge- und Umgangsverfahren*) doit être améliorée, tout en prenant en compte la Convention d'Istanbul⁹⁴.

4.2 Calcul de la contribution d'entretien : analyse des conséquences de la réforme

Dans l'étude sur la pratique des tribunaux, les avocats comme les juges ont cité les règles applicables à la contribution d'entretien de l'enfant parmi les obstacles à la diffusion de la garde alternée et des accords de prise en charge partagée. Selon eux, le calcul de la contribution d'entretien et la mesure dans laquelle il faut tenir compte de la compatibilité entre prise en charge et activité professionnelle manquent de clarté. *Il existe en outre un point de basculement indésirable lors du passage de la garde exclusive à la garde alternée dans les cas où la part de prise en charge avoisine les 30 %*. Étant donné que l'arrangement de la garde influe sur le mode de calcul, une modification minime du taux de prise en charge peut déjà avoir des conséquences considérables sur la répartition des contributions d'entretien entre les parents. Des mesures s'imposeraient pour « fluidifier ce passage »⁹⁵.

Le Conseil fédéral estime que cette problématique requiert un examen plus approfondi. Les questions et les difficultés soulevées par *le calcul des contributions d'entretien* pourront être étudiées lors des travaux liés au postulat 23.4328 (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). C'est dans ce cadre qu'il conviendra d'examiner et de traiter les critiques formulées dans l'étude sur la pratique des tribunaux à l'encontre du lien actuel entre la garde et l'entretien, ainsi que les propositions visant à calculer la contribution d'entretien en se basant « uniquement » sur l'arrangement concret de la garde⁹⁶. Ces travaux seront également l'occasion d'examiner une adaptation de la terminologie de la garde au calcul de la contribution d'entretien. L'analyse de l'impact d'une modification de cet ordre devra également prendre en compte les autres domaines du droit dans lesquels la notion de « garde » déploie des effets (directement ou non ; voir le ch. 4.3).

4.3 Faut-il adapter la terminologie ?

Comme dit plus haut (ch. 3.2 et 3.3), les deux études ont relevé un certain potentiel d'amélioration des notions de « *garde alternée* » et de « *garde exclusive avec droit de visite* ». Pour leur part, les tribunaux semblent s'en être accommodés⁹⁷. Il ressort des discussions avec les juges un certain pragmatisme, ces derniers désignant un accord

⁹⁴ Voir les *Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts : Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht*, 25 janvier 2024, p. 9 s. (disponible sur : www.bmj.de > Themen > Gesellschaft und Familie > Kinder > Sorge- und Umgangsrecht).

⁹⁵ Étude sur les tribunaux, p. 84 s.

⁹⁶ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *Betreuen oder bezahlen – weshalb Obhut und Unterhalt untrennbar miteinander verknüpft sind*, *Revue de l'avocat* 10/2023, p. 430 à 438.

⁹⁷ Étude sur les tribunaux, p. 8 du résumé

de prise en charge inégal comme garde alternée ou garde exclusive selon le souhait des parents⁹⁸. En revanche, la majorité des avocats évitent ces termes autant que possible, car ils craignent que les parents ne comprennent pas cette dichotomie, ce qui peut amener de nouveaux conflits⁹⁹.

Selon l'étude sur la pratique des tribunaux, la majorité des auteurs de doctrine critiquent également la terminologie¹⁰⁰. Ils y voient une contradiction avec le concept de parentalité commune et égalitaire après la séparation ou le divorce, qui a servi de fondation aux révisions de 2014 et de 2017, puisqu'il est important pour le développement de l'enfant qu'il puisse conserver des liens étroits avec ses deux parents. Le choix d'alors de conserver les termes « garde » et « droit de visite » pourrait donc être compris comme rabaissant l'enfant et le parent bénéficiant d'un droit de visite au rang de simples « visiteurs » dans la vie l'un de l'autre, ce qui en retour donnerait plus d'importance à l'un des deux parents pour l'enfant¹⁰¹. À cela s'ajoute l'imprécision du terme de « garde ». La garde alternée n'impliquant pas une part de prise en charge précise, un arrangement de prise en charge identique pourra tantôt être qualifié de garde alternée, tantôt de garde exclusive avec droit de visite élargi¹⁰². Les deux études mentionnent enfin que cette dichotomie créée par la loi ne tient pas compte du fait que la plupart des solutions vécues au quotidien se situent quelque part entre les deux. Elles proposent donc de renoncer à cette catégorisation au profit de la notion unique de *responsabilité de prise en charge* des deux parents¹⁰³.

Le Conseil fédéral peut comprendre ces critiques et a pris connaissance de la proposition formulée en conséquence (« responsabilité de prise en charge »). Avant une éventuelle modification des termes *garde alternée* et *garde exclusive avec droit de visite* (ou droit d'entretenir des relations personnelles, art. 273 CC) dans la loi, il juge toutefois nécessaire d'analyser ses conséquences plus en détail. En effet, plusieurs dispositions du droit en vigueur associent des effets (directement ou non) à la « garde ». En droit civil, par exemple, l'enfant partage dans certains cas le domicile de celui de ses parents qui détient la garde (art. 25, al. 1, CC), lequel peut à certaines conditions modifier le lieu de résidence de l'enfant sans l'accord de l'autre parent (art. 301a, al. 2, CC). En outre, la garde et l'entretien sont liés (voir le ch. 4.2)¹⁰⁴. Le

⁹⁸ Étude sur les tribunaux p. 81

⁹⁹ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé

¹⁰⁰ Étude sur les tribunaux, p. 9 et étude sur les parents, p. 4, toutes deux avec renvois

¹⁰¹ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *op. cit.*, p. 431.

¹⁰² Étude sur les tribunaux, p. 84

¹⁰³ Étude sur les tribunaux, p. 86 et étude sur les parents, p. 51

¹⁰⁴ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *op. cit.*, p. 438. Les auteurs montrent que malgré les critiques formulées à l'égard du terme de « garde », son utilisation est inévitable. Qu'il s'agisse de garde alternée ou exclusive, elle demeure décisive et pose un jalon important pour le calcul de la

terme de garde a des répercussions sur d'autres domaines du droit encore, tels que le droit des assurances sociales¹⁰⁵ et le droit fiscal¹⁰⁶. Comme indiqué précédemment, cette analyse pourra être effectuée dans le cadre des travaux induits par le postulat 23.4328 (voir le ch. 1.3.2).

Une décision ne pourra être prise sur cette modification terminologique qu'une fois que ses conséquences auront été étudiées. En toute logique, le Parlement devrait également effectuer cet examen à titre préalable s'il estime, contre l'avis du Conseil fédéral, qu'il y a lieu de légiférer sur la garde alternée, comme le demandent l'initiative parlementaire 21.449 Kamerzin et la motion 22.4000 Romano (voir les ch. 1.2.2 et 1.2.3). On peut également supposer que la question de la terminologie se poserait également dans ce contexte.

4.4 Procédure et juridiction en droit de la famille

D'après l'étude sur la pratique des tribunaux, il est urgent « d'améliorer le soutien aux parents en conflit après une séparation pour réorganiser la parentalité commune afin que ceux-ci puissent assumer pleinement leur responsabilité à l'égard de leurs enfants et, ce faisant, permettre à des arrangements de prise en charge alternée de fonctionner¹⁰⁷ ». Il est non seulement important pour les enfants qu'ils maintiennent un contact régulier avec leurs deux parents, mais aussi que ces derniers soient *capables de communiquer et de coopérer*. Leur *aptitude à gérer le conflit* a elle aussi son importance dans la décision d'octroyer une garde alternée, car il faut éviter « que les enfants ne deviennent les otages du conflit parental, ne servent d'émissaire ou ne doivent écouter le dénigrement d'un parent par l'autre¹⁰⁸ ». Les parents doivent être en mesure de faire la part des choses entre leur conflit et leur responsabilité mutuelle envers leurs enfants¹⁰⁹.

Il est également primordial pour le Conseil fédéral que les parents qui se séparent se sentent soutenus au mieux durant les procédures judiciaires et administratives, de sorte qu'ils puissent eux-mêmes organiser au mieux leur responsabilité vis-à-vis de leur enfant et la vivre en conséquence, en tenant compte du bien de ce dernier. Dans

contribution d'entretien de l'enfant. Ils présentent une méthode visant à permettre aux parents et aux professionnels du domaine de déterminer rapidement et en autonomie laquelle des méthodes de calcul du Tribunal fédéral est applicable.

¹⁰⁵ Art. 29^{sexies}, al. 1, let. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)

¹⁰⁶ Voir la circulaire n° 30 de l'Administration fédérale des contributions du 21 décembre 2010 « Imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) » ainsi que le droit cantonal, par ex. l'art. 10, al. 2, de la loi sur les impôts du canton de Berne (RSB 661.11) : « Les revenus et la fortune des enfants mineurs s'ajoutent à ceux des détenteurs de l'autorité parentale. Lorsque des parents divorcés, ou séparés judiciairement ou de fait, exercent l'autorité parentale conjointe, les revenus et la fortune de leurs enfants s'ajoutent à ceux du parent qui en a la garde ; en cas de garde conjointe, la répartition se fait par moitié. »

¹⁰⁷ Étude sur les tribunaux, p. 12 du résumé et 86 du rapport

¹⁰⁸ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 67 du rapport

¹⁰⁹ Étude sur les tribunaux, p. 34

la mesure du possible, il faut éviter un procès civil classique, dont les mécanismes ne sont pas toujours axés sur la désescalade et l'organisation des relations familiales.

Le Conseil fédéral a déjà reconnu et souligné à plusieurs reprises la nécessité d'agir sur ce point. Concernant la demande formulée dans l'étude sur la pratique des tribunaux en lien avec la garde alternée, on renverra aux travaux déjà en cours sur la question de la procédure et de la juridiction en droit de la famille. La conférence publique à Fribourg du 27 novembre 2023 y a justement été consacrée (voir le ch. 1.3.1). Ces travaux seront l'occasion d'examiner non seulement l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, mais aussi les possibilités d'intervention plus précoce des autorités (par exemple devant une autorité de conciliation) et d'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure. Dans ce contexte, il conviendra d'examiner et de prendre en compte également des aspects particuliers, tels que la violence domestique. Le rapport sur lequel se fondera une éventuelle révision de la procédure en droit de la famille est en cours de rédaction et devrait être publié fin 2024/début 2025.

5 Conclusions

Avec les art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017 à l'issue de la révision du droit des contributions d'entretien et qui prévoient que lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge ou l'autorité compétente « examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande », le législateur a exprimé de manière suffisamment claire sa volonté d'encourager une participation équilibrée des deux parents à la prise en charge quotidienne des enfants après la séparation ou le divorce. Sans pour autant prescrire la garde alternée comme modèle standard, le législateur voulait s'assurer que les tribunaux et les autorités vérifient au cas par cas si cette forme de prise en charge est favorable au bien de l'enfant.

Les résultats des deux études interdisciplinaires sur la pratique des tribunaux en matière de garde alternée et sur la perspective et l'expérience des familles concernées montrent que la volonté du législateur a été comprise et appliquée. Le fait que la garde alternée demeure minoritaire ne peut donc pas être attribué à une prédisposition du juge ou des avocats, mais plutôt aux exigences matérielles élevées posées par cette forme de prise en charge, notamment eu égard à la distance entre les domiciles des parents et à leur capacité financière. De l'avis du Conseil fédéral, ce n'est pas en modifiant les dispositions du code civil relatives à la garde alternée que l'on pourra favoriser la prise en charge équilibrée des enfants par les deux parents après une séparation ou un divorce, mais plutôt en modifiant le contexte social. D'après lui, il n'y a donc actuellement pas lieu de légiférer sur la garde alternée, que ce soit pour favoriser la prise en charge partagée des enfants après une séparation ou un divorce ou pour faire de la garde alternée à parts égales le modèle standard (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

Le Conseil fédéral estime toutefois nécessaire d'intervenir dans d'autres domaines étroitement liés à l'encouragement de la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce et, dès lors, également associés à la garde alternée. Il s'agit premièrement des liens entre garde et entretien et de la possibilité de simplifier le calcul de la contribution. Deuxièmement, la terminologie de la garde alternée mériterait d'être examinée en vue d'une possible amélioration, afin que le plus grand nombre possible de parents se reconnaissent dans leur rôle de prise en charge. Ces deux questions seront étudiées dans le cadre des travaux induits par un autre postulat (voir les ch. 4.2 et 4.3). Surtout, il y a besoin d'agir en lien avec la procédure en droit de la famille. Là encore, on renverra aux travaux liés à d'autres postulats : tant l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, que l'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure, seront examinées dans ce contexte (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).