

## 2. Obergericht und übrige Gerichte

### 2.1 Zivilrecht

3277

**Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsprozesses.**  
Zuteilung der Obhut im Falle eines schwerkranken Kindes (ZGB Art. 145, 156, 285)

Aus den Erwägungen:

a) Wird der gemeinsame Haushalt aufgehoben, so ist die Obhut über die Kinder einem Elternteil zuzuweisen. Massgebend ist das Kindeswohl (BGE 101 II 202; *Hegnauer*, Grundriss des Eherechts, 2. A., N. 12.59). Für die Zuteilung der Obhut sind die Grundsätze zu Art. 156 ZGB massgebend. Für die Dauer des Scheidungsverfahrens sind die Kinder in der Regel demjenigen Elternteil zuzusprechen, der in der Lage ist, sie weitgehend persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen. In diesem Verfahrensstadium ist noch nicht abzuklären, bei welchem Elternteil das Recht der Kinder auf optimale Fürsorge und Erziehung für die Zukunft besser gewährleistet sei (BGE 111 II 223).

Der Massnahmerichter ist kraft seiner Zuständigkeit für die Dauer des Prozesses zur Anordnung der durch die Umstände gebotenen Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 283 bis 285 ZGB befugt (*Bühler/Spühler*, a.a.O., N. 226 zu Art. 145 ZGB).

b) Es steht fest, dass die Gesuchstellerin keiner ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit nachgeht und somit in der Lage ist, die Kinder weitestgehend selbst zu betreuen. Andererseits steht ebenfalls fest, dass der Gesuchsgegner eine Vollzeitstelle versieht und deshalb die Kin-

der nicht selbst beaufsichtigen könnte. Sodann ist ausgewiesen, dass beide Kinder nach dem Auszug des Vaters aus der ehelichen Wohnung bis zur einstweiligen Verfügung vom 2.5.1996 resp. der vorläufigen Zuteilung des Knaben an den Vater, bei der Mutter gelebt haben. Gründe, die gegen die Fähigkeit der einen oder anderen Partei zur Erziehung und Betreuung der Kinder sprechen würden, sind nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht. Zu beachten ist sodann, dass das Kriterium der örtlichen Stabilität nur bei der Zuteilung an die Mutter erfüllt ist.

Gestützt auf diese Feststellungen und mit Blick auf BGE 111 II 223 f. drängt sich im vorliegenden Fall die Zuweisung der Obhut über die Kinder an die Mutter auf. Sie ist anders als der Vater in der Lage, die Kinder weitgehend persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen.

c) Anlass zu Kritik an der Gesuchstellerin hat denn auch einzig ihre Weigerung geboten, den Knaben gegen sein Krebsleiden schulärztlich behandeln zu lassen. Allein diese Weigerung hat zur vorsorglichen Zuteilung der elterlichen Gewalt an den Vater geführt. Eine andere Lösung, etwa die Anwendung von Auflagen oder Bedingungen, war angesichts der damit verbundenen Probleme bei der Vollstreckung und der zeitlichen Dringlichkeit ausgeschlossen.

Aufgrund der eingeholten Auskünfte der behandelnden Ärzte muss leider angenommen werden, dass ohne Behandlung die Krankheit des Knaben tödlich verlaufen wird. Bei Durchführung einer Chemo- und Strahlentherapie liegen die Heilungschancen dagegen immerhin bei 20 bis 30 %. Die von der Gesuchstellerin ins Auge gefasste Erdstrahlentherapie mit Radon ist nach Ansicht der Schulärzte nicht nur ohne Erfolgsaussichten, sondern sogar contra-produktiv. Für den Einzelrichter steht ausser Zweifel, dass somit nur die von der Schulmedizin vorgeschlagene Therapie in Frage kommen kann.

Nun darf aber nicht übersehen werden, dass diese Therapie mit gewissen negativen Folgen für das Kind verbunden ist. Gemäss Auskunft eines Onkologen ist mit Einbussen der kognitiven Leistungen zu rechnen. Dazu gesellen sich die allseits bekannten Nebenfolgen der Therapie (Unwohlsein, Haarausfall etc.). Diese Folgen sind es, die gegen ein vorbehaltloses Bejahen der schulmedizinischen Behandlung sprechen können. Der Entscheid über die Durchführung dieser Behandlung setzt deshalb ein Abwägen voraus. In diesem Prozess spielen nun nebst rein objektiven Argumenten auch - einfach ausgedrückt - weltanschauliche Überlegungen eine gewisse Rolle. Diese

sind zu beachten und auch - als Ausfluss der Freiheitsrechte jeden Bürgers - zumindest teilweise zu respektieren. Die anfängliche Weigerung der Gesuchstellerin, die schulmedizinische Behandlung durchführen zu lassen, muss deshalb ernst genommen werden. Sie zeugt im Kernpunkt nicht von einem Desinteresse am Wohl des Kindes, sondern ist im Gegenteil Ausfluss einer intensiven Beschäftigung mit dem, was für das Kind das Beste ist oder sein soll.

Der Einzelrichter ist der Meinung, dass das Abwägen der Argumente klar zu einer Bejahung der schulmedizinischen Therapie führt. Angesichts dessen, dass der Verzicht auf Massnahmen den sicheren Tod des Kindes bedeuten würde, können und müssen die skizzierten Nebenfolgen in Kauf genommen werden.

Dies hat zwischenzeitlich auch die Gesuchstellerin eingesehen. Sie ist nun bereit, die am 17.5.1996 begonnene Chemotherapie weiterführen zu lassen. Diese Kehrtwendung scheint Ausfluss einer intensiven Auseinandersetzung mit der gesamten Problematik zu sein, hat sich doch die Gesuchstellerin u.a. noch mit zwei weiteren Ärzten, die über Zusatzausbildungen im anthroposophischen bzw. homöopathischen Bereich verfügen, in Verbindung gesetzt und beraten lassen. In dieser Kehrtwendung vermag der Einzelrichter deshalb nichts Negatives zu sehen. Es ist hervorzuheben, dass dabei weit mehr als nur Opportunismus mitgespielt hat. Die Kehrtwendung der Gesuchstellerin ist deshalb nicht als blosse prozesstaktische Erklärung zu qualifizieren.

Ist die Gesuchstellerin mit der Durchführung der schulmedizinischen Massnahmen aber einverstanden, fällt der einzige Grund, der gegen eine Zuteilung der Obhut an sie gesprochen hätte, weg. Somit sind die beiden Kinder der Gesuchstellerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens zur Pflege und Erziehung zuzuweisen.

d) Der guten Ordnung halber ist klarzustellen, dass die Chemotherapie fortzuführen ist. In diesem Sinn wird der Gesuchstellerin deshalb die Weisung erteilt. Sollte sie sich wider Erwarten nicht an eine Weisung halten, müsste sie mit dem unverzüglichen und definitiven Entzug der Obhut rechnen.

e) Nur am Rande sei bemerkt, dass der Gesuchsgegner allein aus der Tatsache, dass ihm mit einstweiliger Verfügung vom 2.5.1996 die elterliche Gewalt über den Knaben eingeräumt worden ist, an dieser Stelle nichts für sich ableiten kann. Es handelte sich dabei klar um eine vorläufige (superprovisorische) Massnahme, die als Folge der zeitlichen Dringlichkeit hatte erlassen werden müssen und die unter

dem Vorbehalt der Bestätigung oder Abänderung im vorliegenden Entscheid stand (vgl. auch Art. 224 ZPO). Insbesondere musste der Gesuchsgegner auch mit einem anderslautenden Entscheid rechnen und durfte deshalb noch keine Dispositionen treffen, die mit längerfristigen Verbindlichkeiten (Miete einer grösseren Wohnung etc.) verbunden sind.

KGer Einzelrichter 7.6.1996

### 3278

**Personenstand.** Eine Registerberichtigung infolge Änderung des Geschlechtes ist vom Kantonsgericht im nicht streitigen Verfahren anzuordnen (Art. 45 ZGB, Art. 12 Ziff. 1 ZPO).

(Zusammenfassung der wesentlichsten Erwägungen des Kantonsgerichtes in einem Verfahren, in dem eine schriftliche Urteilsbegründung infolge Parteiverzichtes unterblieb.)

- Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für den rechtlichen Nachvollzug einer medizinisch durchgeführten Geschlechtsumwandlung besteht in der Schweiz nicht (BGE 119 II 269).
- Die Durchsetzung der Geschlechtsänderung ist nicht auf dem Verwaltungsweg zu suchen, sondern erfolgt in einem richterlichen Verfahren (BGE 119 II 270).
- Es handelt sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Als Partei tritt also lediglich der Gesuchsteller/die Gesuchstellerin auf. Anzuhören sind aber das Zivilstandsamt am Wohnsitz sowie der kantonale Zivilstandsdienst.
- In der früheren Praxis kantonaler Gerichte (etwa ZZW 1987 S. 7) wurde die sachliche Zuständigkeit dem nach Art. 45 ZGB zuständigen Richter zugehalten. Nach Art. 7 Ziffer 3 ZPO wäre dies im Kanton Appenzell Ausserrhoden der Einzelrichter des Kantonsgerichtes. Das Bundesgericht hat aber nun erst kürzlich das Gesuch um Änderung des Personenstandes als eine Statusklage besonderer Art bezeichnet (BGE 119 II 270). Handelt es sich aber um etwas eigenes, verbietet es sich, die Zuständigkeit über einen Analogiebeschluss zu begründen. Abzustellen für die sachliche Zuständigkeit ist deshalb auf Art. 12 Ziffer 1 ZPO.