

AR GVP 34/2022 Nr. 3838

Eheschutzmassnahmen (Art. 176 ZGB); alternierende Obhut (Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB). Ein Mindestalter für die Anordnung der alternativen Obhut gibt es in der Schweiz nicht (E. 2.9).

Betreuungsquoten. Dabei ist die gesamte Zeit, die das Kind beim einen Elternteil verbringt, zu berücksichtigen, nicht nur diejenige in wachem Zustand oder zu Hause (E. 2.18).

Wohnsitz der Kinder bei alternativer Obhut. Im konkreten Fall angewendete Kriterien (E. 3.3).

Anordnung Familientherapie (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Stufenfolge möglicher Kindesschutzmassnahmen und Anordnung im konkreten Fall (E. 4.1).

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 21.09.2022, ERZ 20 19 und ERZ 21 36

Aus den Erwägungen:

2.9 Die Berufungsklägerin ist sodann der Auffassung, die beiden Kinder seien zu jung für eine alternierende Obhut. In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung finden sich nur wenige Hinweise darauf, die Anordnung der geteilten Obhut hänge von einem Mindestalter der Kinder ab. Es wird immer wieder auf die Situation von Säuglingen und Kleinkindern eingegangen (vgl. etwa MAIER/VETTERLI, in: FamKomm Scheidung, Band I, 4. Aufl. 2022, N. 2c S. 577 zu Art. 176 ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.3) und damit stillschweigend vorausgesetzt, dass auch für diese Altersgruppe die Betreuung gleichmässig auf die Eltern aufgeteilt werden kann. MONIKA LEUENBERGER (Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, FamPra 2019 S. 1106) dagegen sieht bei Kindern bis 5 Jahren die Möglichkeit eines Entwicklungsrisikos. ULRICH RAKE (in: Johannsen/Henrich/ Althammer [Hrsg.], Familienrecht, München 7. Aufl. 2020, N. 47 S. 1220 zu § 1684 BGB) vertritt in Deutschland ebenfalls die Auffassung, bei Säuglingen und Kleinkindern komme ein Wechselmodell im Hinblick auf die sensible Phase der frühen Bindungsentwicklung regelmässig nicht in Betracht. Er erwähnt eine Altersgrenze von 3 Jahren. Vorliegend sind beide Kinder über 5 Jahre alt und liegen damit über den von LEUENBERGER und RAKE postulierten Altersgrenzen. Anzuführen ist zudem, dass sich das Bundesgericht gegen eine psychologisch begründete allgemeine Altersgrenze ausgesprochen hat (Urteil des Bundesgerichts 5A_367/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 3.3).

2.18 Für die Bestimmung der Betreuungsquoten macht das Gesetz keine Vorgaben. Mit den Betreuungsanteilen sind jene Zeiträume gemeint, die ein Kind, das mit beiden Elternteilen in häuslicher Gemeinschaft lebt, bei einem der beiden Elternteile verbringt (TOBIAS BRÄNDLI, Die Voraussetzungen der alternierenden Obhut, in: plädoyer 2019 S. 46). Fragen könnte man sich, ob die gesamte Zeit, die das Kind beim einen Elternteil verbringt, beachtlich ist, oder nur die Zeit im wachen Zustand oder zu Hause. Es drängt sich auf, die gesamte Zeit zu berücksichtigen, also unabhängig davon, ob sie in die Nacht oder die Schulzeit fällt. Dafür sprechen zunächst Gründe der Praktikabilität, sodann aber auch der Umstand, dass der Elternteil, dem die Betreuung in der Nacht- und in der Schulzeit grundsätzlich obliegt, die Verantwortung für das Kind trägt und entsprechende Dispositionen treffen muss (persönliche Aufsicht, Kinderhütendienst bei Abwesenheit, Erreichbarkeit bei Notfällen etc.). MAIER/VETTERLI (a.a.O., N. 1g S. 572 zu Art. 176 ZGB) legen überzeugend dar, dass insbesondere auch die Zeit der Fremdbetreuung demjenigen Elternteil anzurechnen ist, der für diese Zeit die Betreuungsverantwortung trägt.

3.3 Eingangs ist festzuhalten, dass die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit beider Elternteile zu respektieren ist (BGE 142 III 481 E. 2.5). Die Berufungsklägerin durfte deshalb beschliessen, von A. nach B. zu ziehen. Die Motive des Wegzugs der Mutter stehen somit nicht zur Debatte.

Sodann ist festzuhalten, dass der Frage des Wohnsitzes nicht nur symbolische Bedeutung zukommt. Mit dem Wohnsitz sind verschiedene Rechtsfolgen verknüpft. Vorliegend steht der Ort der Beschulung im Vordergrund. Dabei wird nicht übersehen, dass nach Art. 20 Abs. 1 Schulgesetz (bGS 4211.0) die Schulpflicht in der Gemeinde zu erfüllen ist, in der sich der Lernende ständig *aufhält*. Bei hälftiger Betreuung des Kindes an zwei verschiedenen Orten ergibt sich das Erfordernis für eine Einigung der Eltern oder einen behördlichen Entscheid.

Es lassen sich keine Argumente finden, die klar für den einen oder anderen Ort sprechen würden. Die etwa hälftige - symmetrische - Betreuung der Kinder führt zu einem etwa hälftigen Aufenthalt der Kinder in A. und B. Allein aus dem Umfang der Betreuung lässt sich nicht ableiten, zu welchem Ort die Kinder die engere Beziehung haben. Hier ist anzufügen, dass das Bundesgericht der Meinung ist, der längere Aufenthalt eines Kindes an einem Ort führe nicht zwingend zur Annahme des Lebensmittelpunktes (Urteil des Bundesgerichts 5A_210/2021 vom 7. September 2021 E. 4.2). Mit Blick auf das Alter der Kinder (5;10 und 7;10 Jahre) spielt der Aspekt der Peergroup noch keine grosse Rolle. Gleiches gilt für Vereinsaktivitäten. C. besucht in A. eine Regelklasse in der öffentlichen Schule, D. den Kindergarten. Es wurde nicht geltend gemacht und nachgewiesen, dass die Schule in A. gegenüber jener in B. einen gewichtigen Nachteil aufweisen würde oder in B. ein Angebot bestünde, das in A. nicht abgedeckt wird. Von keiner Seite wurde geltend gemacht, die Wohnungen der Eltern seien nicht kindgerecht. Zugunsten von A. spricht der Umstand, dass die Grosseltern väterlicherseits in diesem Ort wohnen. Ebenso ist der Aspekt der Stabilität und Kontinuität ein Argument für A., weil C. seit rund 2 Jahren und D. seit rund einem Jahr die Schule bzw. den Kindergarten in A. besuchen (zuvor wurde D. in A. in der Kita betreut). In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass der Berufungsbeklagte in A. verankert ist, weil er dort aufgewachsen ist und seine Arbeitsstelle hat. Diese Umstände sprechen eher gegen einen Wegzug in absehbarer Zeit. Die Berufungsklägerin dagegen wollte vorerst nach E. ziehen, hat sich dann aber für B. entschieden. Eine besondere Beziehung zu dieser Gemeinde ist nicht ersichtlich, insbesondere hat die Berufungsklägerin dort kein familiäres Umfeld und auch keinen ausserhäuslichen Arbeitsplatz. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie aus B. wieder wegzieht (womit es zu einem Schulwechsel kommen würde, wenn die Kinder Wohnsitz bei der Mutter hätten; hier ist darauf hinzuweisen, dass der Wohnsitz auch bei gerichtlicher Festsetzung ein abgeleiteter bleibt: AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter 14. Februar 2022 Ziffer 5.1.5; BGE 147 III 121 E. 3.2.3), ist höher als beim Berufungsbeklagten. Gegen A. spricht der von den Kindern gegenüber dem Kindesvertreter geäusserte Wunsch, in B. wohnen zu wollen. Weil die Kinder jünger als zwölf Jahre und damit noch nicht urteilsfähig sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_192/2021 vom 18. November 2021 E. 4.1), kommt ihrem Wunsch nur ein geringes Gewicht zu. Auch die Gutachterin hat darauf hingewiesen, aufgrund des Entwicklungsalters dürfte die Entscheidung, wo die Kinder wohnen und zur Schule gehen sollen, nicht allein auf den Willen der Kinder abgestützt werden. Insgesamt neigt sich die Waagschale leicht auf die Seite von A.. Mithin ist der Wohnsitz der Kinder beim Vater festzulegen.

4.1

4.1.1 Der Vertreter der Kinder beantragt die Verpflichtung der Eltern zur Teilnahme an einer Familientherapie. Sowohl die Mutter als auch der Vater sind damit einverstanden.

4.1.2 Nach Art. 315a Abs. 1 ZGB trifft das Gericht, wenn es nach den Bestimmungen über die Ehescheidung (inkl. vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO) oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug. Massnahmen sind anzuordnen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind. Die gesetzlich vorgesehenen

Massnahmen sind nach der Stärke des Eingriffs abgestuft: die unterste Stufe des Interventionssystems bilden die Erteilung von Ermahnungen und Weisungen sowie die Überwachung (die sogenannte Erziehungsaufsicht) gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB (PETER BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB I, 6. Aufl. 2018, N. 2 und 14 ff. zu Art. 307 ZGB). Wo diese Massnahmen zum Schutz des Kindeswohls nicht ausreichen, ist eine Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB oder der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäss Art. 310 ZGB anzuordnen. Die Erziehungsaufsicht entspricht nicht der Intensität der Erziehungsbeistandschaft, da bei ersterer die Eltern ihre Rechte und Pflichten nach wie vor autonom ausüben, wohingegen den Eltern durch die Erziehungsbeistandschaft zumindest Teile ihrer Befugnisse insofern entzogen werden, als eine Zusammenarbeitspflicht mit dem Beistand besteht (*derselbe*, a.a.O., N. 23 f. zu Art. 307 ZGB). Gemäss Art. 308 ZGB ordnet das Gericht eine Erziehungsbeistandschaft an, sofern es die Verhältnisse erfordern. Dies ist in der Praxis vor allem bei getrenntlebenden oder geschiedenen Eltern der Fall. Voraussetzung für die Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB ist auch hier eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls. Dabei ist die Gefährdung durch Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts umso eher anzunehmen, je sensibler und schutzbedürftiger ein Kind ist (BGE 108 II 372 E. 1). Ein Verschulden eines Elternteils ist nicht vorausgesetzt (Urteil des Bundesgerichts 5A_131/2021 vom 10. September 2021 E. 4.2.1). Aufgabe des Beistands ist es, die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat zu unterstützen (Art. 308 Abs. 1 ZGB), ohne jedoch Entscheidungsbefugnisse zu haben. Gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB können begleitende Anordnungen auch der Organisation des persönlichen Verkehrs und der psychischen Verarbeitung der Trennung durch die betroffenen Kinder dienen (*derselbe*, a.a.O., N. 12 zu Art. 308 ZGB). Wo die Anordnung einer Beistandschaft im Sinne von Abs. 1 und/oder 2 nicht genügt, kann die elterliche Sorge entsprechend beschränkt werden, mithin die konkurrierende Vertretungsmacht von Eltern und Beistand ausgeschlossen werden. Die Beschränkung der elterlichen Sorge kann sich auf Teile oder den gesamten dem Beistand übertragenen Aufgabenbereich beziehen und ist angezeigt, wo die Eltern wenig kooperativ sind und Gefahr besteht, dass sie die Anordnungen des Beistands unterlaufen (*derselbe*, a.a.O., N. 20 zu Art. 308 ZGB). Gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ist indes der behördliche Eingriff auf das nach den konkreten Umständen Nötige zu beschränken.

4.1.3 Bei einer Familientherapie geht es unter anderem um die Kommunikation zwischen den beteiligten Personen. Die Kommunikation soll verändert und damit die Beziehungen innerhalb der Familie verbessert werden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2.3). Diesbezüglich besteht im Familiengefüge F.-G. ein Bedarf, was auch die Eltern anerkennen, indem sie dem Antrag des Kindesvertreters zustimmen. Die Gutachterin hat erwähnt, die Kindseltern seien noch in ihrem Trauerprozess verfangen und ihre Diskussionen über Lösungsalternativen wirkten entlang eigener Bedürfnisse verzerrt. Beide Eltern seien bemüht, nach der "Non plus Ultra" Alternative zu suchen, wobei aber deutlich geworden sei, dass das Finden einer solchen Lösung für sie nicht möglich sei, solange ihrerseits keine Loslösung vom bisherig gelebten Familienmodell und ihrer Beziehung als Paar erfolge. Für die weitere Entwicklung der Kinder sei es entscheidend, inwiefern es den Kindseltern in absehbarer Zeit gelinge, eine von ihren eigenen Konflikten losgelöste Elternbeziehung zu organisieren. Auch in diesem Bereich kann eine Therapie eine positive Entwicklung der Kindseltern unterstützen. Im Vordergrund würden dabei für die Eltern psychotherapeutische Einzelgespräche stehen. Von der Anordnung solcher wird im Moment abgesehen. Es ist denkbar, dass im Rahmen einer Familientherapie der Bedarf für Einzeltherapien der Eltern klar hervortritt. Es ist dann zu erwarten, dass die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte die notwendigen Schritte selbst - auch ohne gerichtliche Anordnung - gehen. Bezüglich des Abgleichs der Rollen der Eltern hat die Gutachterin eine ungeklärte Fragestellung erkannt. Auch dieser Punkt kann in einer Familientherapie einer Lösung zugeführt werden. Zudem wird es darum gehen, den vorliegenden Entscheid und seine Umsetzung gemeinsam anzugehen. Schliesslich hat die Gutachterin beiden Elternteilen empfohlen, ihre Beziehungsmuster und deren Auswirkungen auf die Beziehungen zu den Kindern zu hinterfragen. Die Gutachterin hat es als zentral erachtet, dass die Kindseltern gemeinsame Haltungen bezüglich der gemeinsamen Verantwortung als Eltern und den je separaten Elternrollen/Elternfunktionen auf-

bauen. Die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte sind deshalb anzuweisen, gemeinsam an einer ambulanten Familientherapie bei einem Therapeuten ihrer gemeinsamen Wahl teilzunehmen. Der Umfang ist auf mindestens 5 Sitzungen anzusetzen. Die Therapie ist bis spätestens Ende 2022 zu beginnen und soll so lange dauern, als sie notwendig ist. Es soll sich nicht um eine aufsuchende Familientherapie handeln. Die Weisung zur Durchführung einer Therapie lässt sich auf Art. 307 Abs. 3 ZGB stützen (Urteil des Bundesgerichts 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 2.2). Von der Verknüpfung der Weisung mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) wird angesichts der Zustimmung der Eltern zum Antrag des Kindesvertreters abgesehen.

Es versteht sich von selbst, dass die Vertraulichkeit der Therapiegespräche für den angestrebten Erfolg der Therapie unabdingbar ist. Die Informationen aus der Familientherapie dürfen nicht in einen (anschliessenden) Gerichtsprozess einfließen, weil die Eltern sich sonst strategisch verhalten und das Prinzip der Offenlegung missachten (vgl. CAROLINE MÖHRLE, Mediation und mediative Techniken in der Hand des staatlichen Richters im revidierten Scheidungsrecht, AJP 1999 S. 1548).