

# **BE\_ZIVILSTRAF KES 2019 280 vom 6. August 2019**

BE Obergericht, 2019-08-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_KES\\_2019\\_280](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_KES_2019_280)

FR: BE\_ZIVILSTRAF KES 2019 280 du 6 août 2019

IT: BE\_ZIVILSTRAF KES 2019 280 del 6 agosto 2019

## **Regeste**

Zuständigkeit; Kompetenzattraktion; Art. 298d ZGB | persönlicher Verkehr

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

E.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2015, ist der gemeinsame Sohn der nicht miteinander verheirateten Eltern C.\_\_\_\_\_. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin oder Kindsmutter) und A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer oder Kindsvater).

### **E. 1.2**

Nach ihrer Trennung vereinbarten die Parteien in der gerichtlich genehmigten Vereinbarung vom 21. März 2016 die gemeinsame elterliche Sorge sowie die alternierende Obhut für E.\_\_\_\_\_. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung lebten die Eltern beide noch in F.\_\_\_\_\_. Im Oktober 2017 zog die Kindsmutter nach G.\_\_\_\_\_ in den Kanton Bern. Der Kindsvater erklärte sich mit der Verlegung des Wohnsitzes seines Sohnes nach G.\_\_\_\_\_ einverstanden.

### **E. 2**

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2018 beantragte der Beschwerdeführer bei der KESB Seeland (nachfolgend: Vorinstanz oder KESB), dass E.\_\_\_\_\_ seinen Wohnsitz bei ihm in H.\_\_\_\_\_ haben und dort beschult werden solle sowie, dass die Vereinbarung betreffend die gemeinsame elterliche Sorge vom 21. März 2016 eingehalten werden solle.

### **E. 3**

Mit Kammerentscheid vom 18. März 2019 wies die Vorinstanz den Antrag des Beschwerdeführers ab, forderte die Eltern zu einem Mediationsversuch auf und empfahl, Themenbereiche bzgl. elterlicher Kommunikation und Betreuungsanteile im Rahmen der Mediation zu bearbeiten. Das Verfahren wurde bezüglich der konkreten Ausgestaltung der alternierenden Obhut und der Anordnung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210] für die Dauer der Mediation sistiert.

### **E. 4**

Avec suite de frais judiciaires et dépens.» Zudem stellte Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ den Antrag, es seien I.\_\_\_\_\_ (Grossmutter mütterlicherseits von E.\_\_\_\_\_), J.\_\_\_\_\_ (Partner der Kindsmutter) und K.\_\_\_\_\_ (Partnerin des Kindsvaters) anzuhören.

### **E. 5**

In ihrer Vernehmlassung vom 14. Mai 2019 (pag. 33 ff.) beantragte die Vorinstanz, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 6**

Mit Verfügung vom 7. Juni 2019 stellte der Instruktionsrichter fest, dass die Beschwerdegegnerin innert Frist keine Stellungnahme eingereicht hat.

#### **E. 7**

Mit Eingabe vom 14. Juni 2019 (pag. 51 ff.) reichte Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ weitere Bemerkungen sowie ihre Kostennote ein.

#### **E. 8**

Die Vorinstanz stellte mit Eingabe vom 17. Juni 2019 (pag. 67 ff.) dem KESGer den Bericht der «Mediation Familiare» vom 11. Juni 2019 sowie eine Einladung an die Parteien zur Anhörung bei der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zu.

#### **E. 9**

Die Beschwerdegegnerin, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_, reichte mit Eingabe vom 8. Juli 2019 (pag. 85 ff.) beim KESGer ihre Stellungnahme ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 10**

Mit Entscheid vom 9. Juli 2019 hob die Vorinstanz die Sistierung des Kinderschutzverfahrens auf und verzichtete auf die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme für E.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz hielt im Entscheid fest, dass die Eltern auf freiwilliger Ebene die Mediation insbesondere zur konkreten Ausgestaltung der alternierenden Obhut nach Vorliegen des obergerichtlichen Entscheids zum Wohnort von E.\_\_\_\_\_ weiterführen werden.

#### **E. 11**

Mit Eingabe vom 9. Juli 2019 (pag. 117 ff.) stellte die Vorinstanz dem KESGer das Protokoll der Anhörung der Parteien vom 8. Juli 2019 sowie ihren Entscheid vom 9. Juli 2019 zur Kenntnisnahme zu.

4 II.

#### **E. 12**

Für Beschwerden gegen Entscheide der KESB ist grundsätzlich das KESGer zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG; BSG 213.316] und Art. 28 Abs. 4 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]).

#### **E. 13**

Mit Eingabe vom 15. Juli 2019 teilte die Beschwerdegegnerin dem KESGer mit, dass sie bei der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland am 12. Juli 2019 eine Unterhaltsklage eingereicht und auch die Regelung der Frage der Obhut und der Kontaktrechte beantragt habe. Mit Blick auf die entsprechende Kompetenzzattraktion werde die Schlichtungsbehörde Biel, resp. gegebenenfalls das ordentliche Zivilgericht ebenfalls die übrigen Kinderbelange zu regeln haben. Mit einer weiteren Eingabe vom 17. Juli 2019 reichte die Beschwerdegegnerin beim KESGer eine Kopie des Nichteintretensentscheids der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland vom 15. Juli 2019 sowie eine Kopie ihrer am 17. Juli 2019 beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland eingereichten Unterhaltsklage ein.

### **E. 13.1**

Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen regelt die Kindesschutzbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Sie kann sich auf die Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken (Art. 298d Abs. 1 und 2 ZGB). Hinsichtlich Unterhaltsstreitigkeiten kommt der Kindesschutzbehörde aber keine Regelungskompetenz zu. Wird hingegen beim zuständigen Gericht auf Unterhalt geklagt, regelt seit 1. Januar 2017 das Gericht auch die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange neu (sog. Kompetenzattraktion; Art. 298d Abs. 3 ZGB).

### **E. 13.2**

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2018 beantragte der Kindsvater den Wohnsitzwechsel seines Sohnes E. \_\_\_\_\_ und damit die Abänderung der bestehenden Obhutsregelung. Die KESB hat aufgrund ihrer Zuständigkeit die Frage, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 298d Abs. 1 und 2 ZGB für eine Abänderung der Obhut im vorliegenden Fall erfüllt sind, abgeklärt. Mit Entscheid vom 18. März 2019 wies die KESB den Antrag des Kindsvaters ab und ordnete eine Mediation für die Kindseltern an. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 17. April 2019 fristgerecht Beschwerde. Mit Eingabe vom 12. Juli 2019 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland eine Unterhaltsklage inkl. Regelung der übrigen Kinderbelange ein. Nach dem Nichteintretensentscheid der Schlichtungsbehörde reichte die Beschwerdegegnerin am 17. Juli 2019 Klage beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland ein. Aufgrund der seit 1. Januar 2017 geltenden Zuständigkeitsregelung ist fraglich, inwiefern das KESGer zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde bzw. des angefochtenen Entscheids überhaupt noch zuständig ist.

#### **E. 13.3.1**

Bis am 31. Dezember 2016 war bei unverheirateten Eltern in strittigen Fällen die KESB für die Regelung von elterlicher Sorge, Erziehungsgutschriften, Obhut, per-

sönlichem Verkehr/Betreuungsanteile zuständig, während der Entscheid über strittigen Unterhalt dem Gericht vorbehalten war. Die geteilte Zuständigkeit warf Probleme auf. Die per 1. Januar 2017 eingeführte Kompetenzattraktion hat auf Vorschlag der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats erst in der parlamentarischen Beratung ihren Weg ins Gesetz gefunden, weshalb sich für die im Raum stehende Frage der Zuständigkeit die Botschaft als Auslegungshilfe nicht anbietet.

#### **E. 13.3.2**

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem ähnlichen Fall wie dem vorliegenden (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PQ170081 vom 2. März 2018; der angefochtene Entscheid erfolgte hier vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision) betreffend Zuständigkeit erläutert, dass durch die neue Gesetzgebung beabsichtigt worden sei, die Doppelspurigkeiten zwischen dem Gericht und der KESB zu beseitigen, mit dem Ziel, dass jeweils nur eine Stelle für die Regelung aller offenen und strittigen Fragen zuständig sein soll. Die Kompetenzattraktion solle dem Kindeswohl und der Prozessökonomie dienen, eine Überweisung des im zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren (der Kanton Zürich kennt innerkantonal zwei Beschwerdeinstanzen gegen Entscheide der KESB) stehenden Obhuts- und Betreuungsstreits an ein erstinstanzliches Gericht widerspräche

diesen Grundsätzen. Aus diesen Gründen entschied das Obergericht des Kantons Zürich, dass eine Überweisung an das mit der Unterhaltsklage befassende Gericht nicht zu erfolgen habe.

### **E. 13.3.3**

Gemäss SAMUEL ZOGG entfällt seit der Gesetzesänderung die sachliche Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde zur Regelung der «weiteren Kinderbelange» ex lege, sobald eine Unterhaltsklage beim Gericht eingereicht wird. Das mit der Unterhaltsklage befassende Gericht werde ex lege auch zur annexweisen Regelung dieser Kinderbelange zuständig. Aufgrund der neuen Kompetenzattraktion habe das Gericht nach Eingang einer nicht offensichtlich unzulässigen Unterhaltsklage regelmässig bei der zuständigen KESB nachzufragen, ob diese ein Verfahren betreffend elterliche Sorge bzw. weitere Kinderbelange führe. Die KESB habe in diesem Fall ein noch hängiges, die weiteren Kinderbelange betreffendes Verfahren aufgrund nachträglich weggefallener sachlicher Zuständigkeit mit einem Nichteintretensentscheid zu beenden und die Akten dem Gericht zu übersenden (ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019, S. 3 f. II. 2.).

### **E. 13.4**

Die Problematik besteht im vorliegenden Fall darin, dass die KESB zwar bereits über den Antrag der Neuregelung der Obhut (bzw. konkret die Wohnsitzfrage) entschieden hat, der vorinstanzliche Entscheid aufgrund der angehobenen Beschwerde aber noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

#### **E. 13.4.1**

Wird nun der Lehrmeinung von ZOGG gefolgt, der sich allerdings nicht explizit mit der hier vorliegenden Problematik befasst hat, würde die sachliche Zuständigkeit der KESB mangels rechtskräftigen Entscheids per 12. Juli 2019 ex lege an das mit der Unterhaltsklage befassende Gericht fallen. Dies erscheint nicht sachgerecht. Die Gesetzesänderung wollte den Parteien nicht ermöglichen, einen Entscheid der KESB abzuwarten, um im Anschluss daran (statt ein Beschwerdeverfahren einzuleiten) beim Gericht eine Unterhaltsklage einzureichen, wenn sie mit dem KESB-Entscheid nicht einverstanden sind. Das Unterhaltsklageverfahren würde damit an die Stelle des Beschwerdeverfahrens treten, mit der Folge, dass die gleichen Fra-

gen (vorliegend bzgl. Obhut und Betreuungsregelung) wiederum in einem erstinstanzlichen (nun rein zivilrechtlichen) Verfahren zum Thema gemacht werden könnten. Dies würde indirekt ein Abschneiden des Beschwerdeweges bedeuten, was nicht als Folge der Gesetzesänderung gewollt sein kann. Zudem würde dies dem Kindeswohl sowie dem Ziel der eingeführten Kompetenzattraktion, nämlich der Verhinderung von Doppelspurigkeiten, zuwiderlaufen. Die Kompetenzattraktion ist sachgerecht bei laufenden erstinstanzlichen Verfahren, nicht aber als «Ersatz» eines Beschwerdeverfahrens nach ausgefallenem erstinstanzlichem Entscheid der Kindesschutzbehörde, mit der Gefahr erheblicher Verzögerungen bei der Entscheidfindung. Die Gesetzesänderung gemäss Art. 298d Abs. 3 ZGB weist somit in Bezug auf die Einreichung von Unterhaltsklagen bei erstinstanzlich bereits abgeteilten KESB-Verfahren eine durch den Gesetzgeber nicht gewollte Regelungslücke auf.

#### **E. 13.4.2**

Bezüglich Kindesschutzmassnahmen (vorliegend die Anordnung einer Mediation Ziff. 2 – 5) gilt, dass für ihre Anordnung gemäss Art. 315 Abs. 1 ZGB grundsätzlich die KESB zuständig ist. In eherechtlichen Verfahren hat das Gericht die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, es trifft auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die KESB mit dem Vollzug. Jedoch behält Art. 315a Abs. 3 ZGB ausnahmsweise die Zuständigkeit der KESB in zwei Fällen vor: Die Kindesschutzbehörde bleibt jedoch befugt: 1. ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen; 2. die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann. Die KESB bleibt zur Weiterführung eines Kindesschutzverfahrens befugt, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem eherechtlichen Verfahren eingeleitet wurde, ausser die Verhältnisse hätten sich gegenüber den von der KESB beurteilten Verhältnissen grundsätzlich verändert und das Gericht hätte deshalb nicht die bestehende Anordnung anzupassen, sondern eine neue Situation zu beurteilen (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB; vgl. BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N. 8 zu Art. 315-315b ZGB). Eine Dringlichkeitszuständigkeit (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) ist gemäss Bundesgericht dann zu bejahen, wenn es dem Gericht aufgrund fehlender Auseinandersetzung mit dem Fall in der Vergangenheit sowie aufgrund räumlicher Distanz an Vertrautheit mit den familiären Verhältnissen mangelt (Urteil des Bundesgerichts 5C.252/2005 vom 16. Dezember 2005).

#### **E. 13.4.3**

Nachdem die KESB mit Entscheid vom 18. März 2019 das Verfahren aufgrund der angeordneten Mediation sistierte, entschied sie mit Entscheid vom 9. Juli 2019, auf die Anordnung weiterer Kindesschutzmassnahmen zu verzichten. Sowohl die Ziff. 1 des Entscheids vom 18. März 2019 (aufgrund des hängigen Beschwerdeverfahrens) als auch der Entscheid vom 9. Juli 2019 (laufende Rechtsmittelfrist) sind noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 12.5.1) besteht in Bezug auf die Regelung der elterlichen Sorge und weiterer Kinderbelange aufgrund des geänderten Art. 298d Abs. 3 ZGB eine Regelungslücke bei bereits von der KESB entschiedenen, aber angefochtenen Streitigkeiten. Mit Blick darauf, dass der

7 Gesetzgeber Doppelspurigkeiten verhindern wollte, ist die Lücke so zu schliessen, dass in Anlehnung an die Ausnahmeregelung von Art. 315a Abs. 3 ZGB das KESGer zuständig bleibt.

#### **E. 13.4.4**

Solange noch kein (erstinstanzlicher) Entscheid der KESB vorliegt und diese einzig Abklärungen getätigt und/oder vermittelt hat, kann beim zuständigen Regionalgericht Klage eingereicht werden und das Regionalgericht hat diesfalls auf die Klage einzutreten. Gleichzeitig entfällt die Zuständigkeit der KESB. Liegt hingegen bereits ein Entscheid der KESB vor, dann bleibt das Verfahren auf der «verwaltungsrechtlichen Schiene» (KESB bzw. KESGer) fixiert, bis ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt. Dementsprechend bleibt die KESB für die Regelung der Kinderbelange auch zuständig, falls die Beschwerdeinstanz die Sache zur neuen Beurteilung an sie zurückweist.

#### **E. 13.4.5**

Infolgedessen bleibt das KESGer für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig und hat die KESB im Falle einer Zurückweisung der Sache erneut darüber zu entscheiden.

#### **E. 13.4.6**

Im Weiteren sei darauf hingewiesen, dass beide Elternteile von E.\_\_\_\_\_ Inhaber der elterlichen Sorge sind und zwischen ihnen zurzeit die alternierende Obhut gilt. Es stellt sich deshalb zudem die Frage, inwiefern es sich bei einer Unterhaltsklage inkl. Antrag auf Regelung weiterer Kinderbelange um ein „gleiches“ Verfahren handelt und so das hängige Kindesschutzverfahren ohne Weiteres auf das Unterhaltsklageverfahren übertragen werden könnte. Schliesslich ist die Parteistellung der Eltern und des Kindes bei einer Unterhaltsklage nicht identisch mit derjenigen in einem Kindesschutzverfahren. Da die Zuständigkeit des KESGer vorliegend bejaht wird, kann diese Frage jedoch offen bleiben.

#### **E. 14**

Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

#### **E. 15**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450b Abs. 1 ZGB und Art. 42 Abs. 2 VRPG und Art. 450 Abs. 3 ZGB) ist einzutreten.

#### **E. 16**

Da sich keine fachspezifischen Fragen des Kindesschutzes stellen, erfolgt die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). III.

#### **E. 17**

Trotz des Wechsels des Wohnsitzes von E.\_\_\_\_\_ und der Kindsmutter nach G.\_\_\_\_\_ in den Kanton Bern im Oktober 2017 haben die Eltern an der alternierenden Obhut festgehalten. E.\_\_\_\_\_ bleibt jeweils drei bis vier aufeinanderfol-

gende Tage bei einem Elternteil. An den Tagen beim Kindsvater wird E.\_\_\_\_\_ von ihm oder während dessen Arbeitszeit von seiner Partnerin K.\_\_\_\_\_ betreut. Während der Zeit bei der Kindsmutter wird E.\_\_\_\_\_ von ihr oder während ihrer Arbeitszeit von der Grossmutter mütterlicherseits oder ihrem Partner J.\_\_\_\_\_ betreut. Einen Halbtage pro Woche besucht E.\_\_\_\_\_ die Krippe L.\_\_\_\_\_ in M.\_\_\_\_\_.

#### **E. 18**

Aus dem Abklärungsbericht vom 7. Februar 2019 der espace libre geht hervor, dass die alternierende Obhut im jetzigen Zeitpunkt keine negativen Auswirkungen auf das Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_ habe. Er lebe sowohl bei der Kindsmutter wie auch beim Kindsvater in einem günstigen Umfeld und könne sich an beiden Orten gut weiterentwickeln. Im Hinblick auf die Einschulung des Kindes im August 2019, welche grössere Änderungen im täglichen Leben von E.\_\_\_\_\_ mit sich bringen werde, sei jedoch eine Anpassung der Betreuungsmodalitäten unumgänglich. Die geteilte Obhut habe seit der Trennung gut funktioniert. Durch zunehmende Kommunikationsprobleme in Bezug auf die Betreuungszeiten, finanzielle Fragen und erzieherischen Ansichten werde die Ausübung der alternierenden Obhut belastet. Aufgrund der bevorstehenden Einschulung

von E. \_\_\_\_\_, mit welcher die gelebte Betreuung des Kindes nicht mehr realisierbar sei und unter Berücksichtigung des Umstands, dass weder die Kindsmutter noch der Kindsvater gewillt seien, ihren Wohnsitz zu verlegen, werde die Zuteilung der alleinigen Obhut an einen Elternteil empfohlen, unter Einräumung eines ausgedehnten Besuchsrechts zu Gunsten des anderen Elternteils. IV.

## **E. 19**

Die Beschwerde richtet sich einzig gegen die Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids vom 18. März 2019 und damit gegen die Abweisung des Antrags des Beschwerdeführers auf Verlegung des Wohnsitzes von E. \_\_\_\_\_ nach H. \_\_\_\_\_.

### **E. 19.1**

Die Vorinstanz erwog, dass mit Vereinbarung vom 21. März 2016 zwischen den Kindseltern zwar die gemeinsame elterliche Sorge sowie die alternierende Obhut vereinbart wurde, aber auf eine detaillierte Festlegung der Betreuungsanteile und -zeiten verzichtet und auch die finanziellen Aspekte lediglich in sehr rudimentärer Weise geregelt worden seien. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung hätten die Eltern noch zusammen an der Route N. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ gewohnt. Als die Kindsmutter im Oktober 2017 ihren Wohnsitz nach G. \_\_\_\_\_ verlegt habe, habe sich der Kindsvater ausdrücklich damit einverstanden erklären können, dass der Wohnsitz des gemeinsamen Kindes ebenfalls nach G. \_\_\_\_\_ verlegt werde. Die Eltern hätten trotz des Wechsels des Wohnortes der Kindsmutter die alternierende Obhut beibehalten und E. \_\_\_\_\_ habe jeweils in gegenseitiger Absprache drei bis vier aufeinanderfolgende Tage bei einem Elternteil verbracht. Diese Ausführungen würden erhellen, dass die von Art. 298d Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ZGB vorausgesetzte wesentliche Veränderung der Verhältnisse vorliegend nicht gegeben sei. Zwar habe die Kindsmutter den Wohnsitz zusammen mit dem Kind im Oktober 2017 nach G. \_\_\_\_\_ verlegt, jedoch seien seither gut 1 ½ Jahre vergan-

gen und ändere dieser Wohnsitzwechsel weder etwas an der tatsächlichen Betreuung von E. \_\_\_\_\_ noch an den gelebten Betreuungsanteilen der Eltern. Vielmehr würden die Eltern ihr Modell der alternierenden Obhut in gleicher Art und Weise weiterleben, wie sie es vor dem Wegzug der Kindsmutter nach G. \_\_\_\_\_ getan hätten. Die von Gesetzes wegen notwendige Voraussetzung der wesentlichen Änderung der Verhältnisse sei daher nicht gegeben. Die Situation sei zwar mit der Einschulung von E. \_\_\_\_\_ in G. \_\_\_\_\_ verändert, jedoch würden die Wohnorte der Eltern nicht so weit auseinander liegen, dass eine Aufrechterhaltung der alternierenden Obhut unmöglich wäre. Zudem sei anzufügen, dass beide Elternteile mindestens seit Abschluss der Vereinbarung vom 21. März 2016 hochprozentig arbeiten würden und so oder anders auf umfangreiche Drittbetreuung angewiesen seien. Eine Abänderung der geltenden Obhutsregelung mit Wohnsitz des Kindes in G. \_\_\_\_\_ zur Wahrung des Kindeswohls erscheine nicht angezeigt, zumal sich aus dem Abklärungsbericht ergebe, dass E. \_\_\_\_\_ zu beiden Elternteilen eine intakt bestehende Bindung habe, dass beide Elternteile erziehungsfähig seien und dass das Kindeswohl sowohl bei der Kindsmutter als auch beim Kindsvater gewährleistet sei. Für die Vorinstanz sei zudem anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs deutlich zum Ausdruck gekommen, dass beide Eltern sowohl die Bereitschaft, den Willen wie auch das Engagement zeigten, sich persönlich um das Kind zu kümmern und mit ihm Zeit verbringen zu wollen. Die alternierende Obhut könne zudem gemäss geltender Rechtsprechung auch festgelegt werden, wenn diesbezüglich zwischen den Eltern keine Einigung bestehe. Was

für die Neu- festlegung gelte, müsse umso mehr im Rahmen eines Antrags auf Abänderung ei- ner alternierenden Obhut gelten. Aus diesen Gründen sei das Gesuch des Kinds- vaters abzuweisen.

### **E. 19.2**

In seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer die falsche und unvollständige Feststellung des Sachverhalts geltend, aus denen eine Verletzung von Art. 298d Abs. 1 ZGB hervorgehe. Nach der Rechtsprechung seien die Art. 298d Abs. 1 und Art. 134 Abs. 1 ZGB fast gleich gefasst und enthalten die Bedingungen für eine Änderung der Fragen, die sich auf das Kind beziehen. Es sei daher notwendig, sich bei der Auslegung des Art. 298d Abs. 1 ZGB auf Art. 134 Abs. 1 ZGB abzustützen, der im Falle einer Scheidung zur Anwendung komme. Unter Zitierung zweier Bundesgerichtsentscheide führte der Beschwerdeführer aus, jede Änderung der Aufteilung der elterlichen Sorge oder der Obhut setze daher voraus, dass die neue Regelung im Interesse des Kindes erforderlich sei, weil we- sentliche neue Tatsachen vorliegen. Mit anderen Worten, eine neue Regelung hange nicht nur vom Vorhandensein wichtiger neuer Umstände ab, sondern müsse auch aufgrund des Kindeswohls erforderlich sein. Seit der Unterzeichnung der Vereinbarungen am 21. März 2016 seien wichtige neue Umstände eingetreten, der Umzug der Kindsmutter nach G.\_\_\_\_\_ ver- bunden mit der bevorstehenden Einschulung. Nach Einschätzung des Abklärungs- berichts resp. des Sachverständigen sei eine Anpassung der Kinderbetreuung auf- grund der Einschulung von E.\_\_\_\_\_ bereits im August 2019 unumgänglich. Es sei demnach dem Kindsvater die alleinige Obhut zuzuteilen mit ausgedehntem Be-

10 suchsrecht bei der Kindsmutter und das Kind sei in H.\_\_\_\_\_ einzuschulen, dies stelle die am besten geeignete Lösung für das Kindeswohl dar. Der Richter könne nicht ohne Weiteres von einer Sachkenntnis abweichen, son- dern müsse eine solche Abweichung aufgrund des Willkürverbots begründen. Wenn die Aussagekraft eines Gutachtens in bestimmten wesentlichen Punkten zweifelhaft sei, dann müsse der Richter gegebenenfalls zusätzliche Beweise sam- meln, um diese Zweifel auszuräumen. Vorliegend sei der Abklärungsbericht aber kohärent und schlüssig. Aus dem vor- instanzlichen Entscheid gehe nicht hervor, weshalb von der Empfehlung des Ab- klärungsberichts abgewichen worden sei. Aufgrund der veränderten Verhältnisse scheine eine neue Regelung des Sorgerechts sowie des Wohnsitzes unter Berück- sichtigung des Kindeswohls angezeigt. Die Voraussetzungen des Art. 298d ZGB seien somit erfüllt und eine Änderung der Obhut sei vorliegend erforderlich. Im Weiteren zeigt der Beschwerdeführer unter Aufführung verschiedenster Gründe und unter Einbezug des Abklärungsberichts auf, weshalb es seiner Meinung nach dem Kindeswohl am besten entsprechen würde, wenn E.\_\_\_\_\_ seinen Wohn- sitz in H.\_\_\_\_\_ hätte und dort eingeschult würde.

### **E. 19.3**

In ihrer Vernehmlassung bringt die Vorinstanz vor, dass sich aus der Perspektive des Kindeswohls beurteile, ob eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eine Abänderung der getroffenen Anordnungen bewirken solle (Interventionsschwelle). Einerseits sollten stabile und kontinuierliche Rahmenbedingungen eine harmoni- sche Entwicklung gewährleisten, andererseits müsse die Möglichkeit bestehen, den rechtlichen Rahmen den Entwicklungen anzupassen. Eine Neuregelung der Eltern- rechte (elterliche Sorge, Obhut, Betreuung, persönlicher Verkehr) setze voraus, dass die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden drohe. Das Gericht müsse zum

Schluss kommen, dass die aktuelle Regelung dem Kind mehr schade als der Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen, der mit der Änderung einhergehe. Der Abklärungsbericht sei zum Schluss gekommen, dass E.\_\_\_\_\_ sowohl bei der Kindsmutter als auch beim Kindsvater in einem günstigen Umfeld lebe und sich an beiden Orten gut weiterentwickeln könne. Es könne daher vorliegend mitnichten davon gesprochen werden, dass die aktuelle Regelung dem Kind mehr schade als der Verlust von Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen, die mit einer allfälligen Änderung einhergehen würde. Vielmehr sei festzuhalten, dass das Wohl von E.\_\_\_\_\_ mit der aktuellen Regelung vollumfänglich gewährleistet sei und es keiner Anpassung bzw. Änderung bedürfe, um seine Bedürfnissen gerecht zu werden.

#### **E. 19.4**

In ihrer verspätet eingereichten Stellungnahme teilt die Beschwerdegegnerin mit, dass sie sich weiterhin dem durch den Kindsvater beantragten Obhutswechsel, resp. Wohnsitzwechsel widersetze. Die Vorinstanz habe ihren Entscheid umfassend und korrekt begründet, weshalb auf diese umfassenden und zutreffenden Ausführungen verwiesen werde. E.\_\_\_\_\_ sei 4-jährig und werde im Sommer dieses Jahres in den ordentlichen Kindergarten eintreten. Er werde nicht das erste Kind sein, welches in diesem Alter eine weitere Mutter-/Schulsprache erlernen müsse,

11 was erfahrungsgemäss umso unproblematischer erscheine, je früher dies geschehe. Im Weiteren führt die Beschwerdegegnerin aus, weshalb die Bedenken der Kindergärtnerin sowie des Kindsvaters in Bezug auf den Schuleintritt in einen deutschsprachigen Kindergarten fehl gehen. V.

#### **E. 20.1**

Der Beschwerdeführer beantragte eine Anhörung seiner Partnerin, der Grossmutter mütterlicherseits von E.\_\_\_\_\_ sowie des Partners der Beschwerdegegnerin.

#### **E. 20.2**

Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin wurden durch die Vorinstanz am 8. März 2019 persönlich angehört. Auch im Rahmen der Abklärungen für den Abklärungsbericht vom 7. Februar 2019 der espace libre fanden Gespräche und Kontakte mit den Eltern und deren Partnern sowie der Grossmutter statt. Da sich der rechtserhebliche Sachverhalt anhand der vorliegenden Akten hinreichend feststellen lässt, würde eine Anhörung durch das KESGer nichts ändern (antizipierte Beweiswürdigung, Art. 18 Abs. 2 VRPG). Von den Angaben dieser drei Personen sind keine zusätzlichen Informationen und Erkenntnisse zu erwarten, welche für den vorliegenden Entscheid notwendig sind. Aus diesem Grund ist der Antrag des Beschwerdeführers abzuweisen.

#### **E. 21.1**

Grundvoraussetzung für die Neuregelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsregelung gemäss Art. 298d Abs. 2 ZGB ist – wie bei der Neuregelung der elterlichen Sorge – dass sich die Verhältnisse geändert haben. Falls dies nicht der Fall ist, kann Art. 298d ZGB nicht angerufen werden und die KESB hat Kindesschutzmassnahmen zu prüfen, sollte das Kindeswohl durch die Nichtregelung der strittigen Punkte gefährdet sein (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, N. 17 zu Art. 298d ZGB).

#### **E. 21.2**

Die Regelung der elterlichen Sorge und der anderen Kinderbelange sind Entscheidungen, welche grundsätzlich auf Dauer ausgerichtet sind. Da das Kind in seiner Entwicklung auf Sicherheit und Stabilität angewiesen ist, soll die Regelung Bestand haben und soll nicht beliebig neu darüber verhandelt werden können. Aus diesem Grund sind wesentliche und ihrerseits dauerhafte veränderte Verhältnisse für die Neubeurteilung der Situation und allfälligen Änderung der Regelung Voraussetzung. Ob eine wesentliche Veränderung vorliegt, beurteilt sich aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls. Zu bejahen wird sie insbesondere sein, wenn die bisherige Regelung oder Vereinbarung sich auf das Zusammenleben bezog und die Eltern sich inzwischen getrennt haben, bei Veränderung der Betreuungsmöglichkeiten, bei Wiederverheiratung des hauptbetreuenden Elternteils, bei einer nicht vorausgesehenen Entwicklung des Kindes, oder im Fall der Notwendigkeit der Fremdunterbringung und Fremdbetreuung des Kindes. Nebst der wesentlichen Veränderung muss die Neuregelung zum Wohl des Kindes auch geboten sein. Ei-

12 ne Änderung der Kinderbelange kommt deshalb nur in Betracht, wenn die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht und eine Abänderung entsprechend geboten ist (vgl. SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, N. 2 und 5 f. zu Art. 298d ZGB; vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 298d ZGB).

### **E. 21.3**

Grundsätzlich obliegt die Verantwortung für ein Kind den Eltern. Ist jedoch das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde die geeignete Massnahme zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Zur Wahrung des Kindeswohls ist stets mit der mildesten zur Verfügung stehenden Massnahme zu begegnen und nur im Falle, dass die Eltern die ihnen obliegenden Pflichten nicht oder nicht ausreichend wahrnehmen (Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität kindesschutzrechtlicher Massnahmen). Der behördliche Eingriff ist auf das nach den konkreten Umständen Nötige zu beschränken. Die ergriffene Massnahme soll ausserdem nicht an Stelle der elterlichen Bemühungen treten, sondern bestehende elterliche Defizite kompensieren (Komplementarität der Kindesschutzmassnahme; BREITSCHMID, a.a.O. N. 4 ff. zu Art. 307 ZGB).

### **E. 22.1**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer über den Umzug der Beschwerdegegnerin in den Kanton Bern nach G.\_\_\_\_\_ im Oktober 2017 informiert war und er auch die nötige Zustimmung für den Wechsel des Wohnsitzes von E.\_\_\_\_\_ gab. Hingegen argumentiert der Beschwerdeführer damit, dass seit der Unterzeichnung der Vereinbarung am 21. März 2016 wichtige neue Umstände eingetreten seien. Als wichtige neue Umstände bringt er den Umzug der Beschwerdegegnerin nach G.\_\_\_\_\_ in Verbindung mit der Einschulung von E.\_\_\_\_\_ vor.

### **E. 22.2**

Der Wohnsitzwechsel der Beschwerdegegnerin zusammen mit dem gemeinsamen Sohn nach G.\_\_\_\_\_ vor 1 ½ Jahren hatte anfangs – wie dies auch die Vorinstanz festgehalten hat – keinen Einfluss auf das bis dahin gelebte Betreuungsmodell, da die Eltern die alternierende Obhut genauso weiterführten, wie sie es vor dem Umzug der Kindsmutter nach G.\_\_\_\_\_ gemacht haben. Als neuer Faktor kommt nun aber die bevorstehende Einschulung von E.\_\_\_\_\_ hinzu. Diese hat sehr wohl einen Einfluss auf

das bisher gelebte Betreuungsmodell der alternierenden Obhut. Durch die Schulzeiten und die Wohndistanz zwischen den Kindseltern von rund 20 Kilometern verändern sich zumindest die konkreten Betreuungs- sowie die Bring- und Holzeiten. Insofern liegen veränderte Verhältnisse vor, welche eine Diskussion für eine Anpassung des Wohnsitzes von E.\_\_\_\_\_ erforderlich machen. Es liegen damit «wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse» gemäss Art. 298d Abs. 1 und 2 ZGB vor.

### **E. 22.3**

Der Abklärungsbericht vom 7. Februar 2019 hielt fest, dass zunehmend Kommunikationsprobleme in Bezug auf die Betreuungszeiten, finanzielle Fragen und erzieherischen Ansichten die Ausübung der alternierenden Obhut belasten, insgesamt die alternierende Obhut im jetzigen Zeitpunkt aber keine negativen Auswirkungen auf das Kindeswohl von E.\_\_\_\_\_ hat. Dennoch geht aus dem Abklärungsbe-

13 richt hervor, dass im Hinblick auf die Einschulung von E.\_\_\_\_\_ im August 2019 eine Anpassung der Betreuungsmodalitäten i. S. einer alleinigen Obhut eines Elternteils unter Einräumung eines ausgedehnten Besuchsrechts zu Gunsten des anderen Elternteils empfohlen wird.

### **E. 22.4**

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es zwar einzig um die strittige Frage der Wohnsitzverlegung des Sohnes, welche aber einen grossen Einfluss auf dessen Einschulung und damit auch auf die künftige Betreuungsregelung hat. Wie auch aus dem Abklärungsbericht hervorgeht, ist es für die Wahrung des Kindeswohls von E.\_\_\_\_\_ nötig, dass sämtliche Kinderbelange, konkret die Betreuungsregelung, die Obhut sowie der Wohnsitz, inhaltlich geregelt werden. Das KESGer kann vorliegend nicht isoliert über die Frage der Verlegung des Wohnsitzes entscheiden, da die Frage zwingend zusammen mit den erwähnten weiteren Kinderbelangen zu regeln ist. Bei einer Entscheidung des KESGer in der Sache würde den Parteien zudem in Bezug auf die weiteren Kinderbelange eine Instanz verloren gehen. Die Sache ist deshalb zur Regelung sämtlicher Kinderbelange (Betreuungsregelung, Obhut, Wohnsitz) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 22.5**

Die Einschulung, ob nun am Wohnsitz des Beschwerdeführers oder der Beschwerdegegnerin, führt zu einem neuen Tagesablauf, der automatisch Auswirkungen auf die Betreuungsregelung und als deren Folge allenfalls auf die Frage der geteilten Obhut hat. Erst in einem dritten Schritt wird als weitere Folge davon die Wohnsitzfrage zu klären sein. Diese Kinderbelange sind unabhängig von einer Gefährdung des Kindeswohls von der KESB zu regeln.

### **E. 23**

Nach dem Gesagten kommt das KESGer deshalb zum Schluss, dass mit der Einschulung von E.\_\_\_\_\_ veränderte Verhältnisse eintreten und dabei sämtliche Kinderbelange (Betreuungsregelung, Obhut, Wohnsitz) gleichzeitig zu regeln sind. Es rechtfertigt sich daher, die Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen. VI.

### **E. 24**

Bei der Frage um Abänderung der bestehenden Obhutsregelung handelt es sich nicht um eine Kindesschutzmassnahme, so dass keine Ausnahme von der Kostenpflicht gemäss Art. 70 Abs. 3 Bst. d KESG vorliegt. Angesichts des Verfahrensausgangs hat die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die gestützt auf Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Bst. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden auf CHF 1'000.00 bestimmt und der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Ihr wird dafür noch separat Rechnung gestellt werden. Dem Beschwerdeführer werden CHF 1'000.00 für vorgeschossene Gerichtskosten aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

## **E. 25**

Die Beschwerdegegnerin hat als unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

14

### **E. 25.1**

In Verwaltungsverfahren beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren gemäss Art. 11 Abs. 1 der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811) zwischen CHF 400.00 und CHF 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

### **E. 25.2**

Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_ macht in ihrer Honorarnote vom 14. Juni 2019 ein Honorar von CHF 3'289.00 geltend, wobei sie von einem Aufwand von 9.5 Stunden à CHF 312.00 ausgeht. Für Auslagen veranschlagt sie CHF 299.00 (10 % des Honorars) und die Mehrwertsteuer beläuft sich entsprechend auf CHF 253.10. Das geltend gemachte Honorar, erscheint unter Berücksichtigung des in der Sache gebotenen Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Prozesses als zu hoch. Zudem gibt die Honorarnote keine detaillierte Auskunft über die konkreten Auslagekosten, welche mit 10 % des Honorars ebenfalls zu hoch ausfallen. Vorliegend erachtete das KESGer ein Honorar von pauschal CHF 2'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) als angemessen. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von pauschal CHF 2'800.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

## **E. 26**

Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf einen Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VRPG).

15 Das Gericht entscheidet:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.