

BGE 144 III 10

Bundesgericht (BGE), 2018-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144 III 10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144_III_10)

FR: ATF 144 III 10

IT: DTF 144 III 10

Regeste

Regeste Art. 301a und 307 ZGB; Umzug des Kindes in einen anderen Landesteil; Sanktionslosigkeit bei Verletzung des Zustimmungserfordernisses; Weisung betreffend Aufenthaltsort des Kindes als Kindesschutzmassnahme; Anpassung des persönlichen Verkehrs. Die Verletzung des Zustimmungserfordernisses nach Art. 301a Abs. 2 ZGB bleibt zivilrechtlich sanktionslos (E. 5). Eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend Aufenthaltsort des Kindes stellt eine von Art. 301a ZGB unabhängige Kindesschutzmassnahme dar, welche eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt und nur im Ausnahmefall gerechtfertigt ist (E. 6). Bei der Anpassung des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB ist den konkreten Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen; die Verweisung auf ein Regelbesuchsrecht ist nicht statthaft (E. 7).

Erwägungen

E. 4

Was die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechtes und die Auslegung von Art. 301a ZGB anbelangt, geht der Beschwerdeführer zu Recht davon aus, dass das Obergericht den Inhalt der betreffenden Norm in grundlegender Weise verkannt hat, wenn es die Auffassung vertritt, mit der Obhut zuteilung an die Mutter habe das Bezirksgericht die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder gleichsam bewilligt. Eines der Kernelemente der Sorgerechtsnovelle war, das Aufenthaltsbestimmungsrecht von der Obhut zu lösen (zur früheren Rechtslage vgl. insbesondere BGE 120 Ia 260 E. 2a S. 263; BGE 128 III 9 E. 4a S. 10; BGE 136 III 353 E. 3.2 S. 356) und als direkte Komponente des Sorgerechts auszugestalten (vgl. Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des ZGB [elterliche Sorge], BBl 2011 9107 zu Art. 301a); dies findet Ausdruck in Art. 301a Abs. 1 ZGB. Indem das Obergericht das Aufenthaltsbestimmungsrecht weiterhin an der Obhut aufhängt und damit den mit der Sorgerechtsrevision herbeigeführten Paradigmenwechsel ignoriert, wendet es die betreffende Norm willkürlich an, wie der Beschwerdeführer im Einzelnen zutreffend aufzeigt; allein massgeblich für die Frage der Aufenthaltsbestimmung ist die Sorgerechtslage. Steht ein Kind - wie vorliegend - unter der gemeinsamen elterlichen Sorge, heisst dies freilich nicht durchwegs, dass der Elternteil, welcher den Aufenthaltsort der Kinder verlegen will, auf die Zustimmung des anderen Elternteils bzw. auf behördliche oder gerichtliche Genehmigung angewiesen ist, obwohl Art. 301a Abs. 1 ZGB dies nahelegen würde. Dies trifft einzig auf die von Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB geregelte Auswanderung zu. Hingegen bedarf gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB die binnenstaatliche Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder nur dann der Zustimmung, wenn dies eine erhebliche Auswirkung auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder des Besuchsrechts hat. Dass dies vorliegend zutrifft - insbesondere die BGE 144 III 10 S. 13 erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung des väterlichen Besuchsrechts sind

unverkennbar (vgl. dazu E. 7), aber auch im Zusammenhang mit der Ausübung der elterlichen Sorge sind die erheblichen Auswirkungen zu bejahen (vgl. dazu E. 6.4) -, wird von keiner Seite in Frage gestellt. Der Umzug der Kinder in den Tessin hätte deshalb der Zustimmung des Vaters bedurft und die Mutter hat durch ihr eigenmächtiges Handeln dessen Aufenthaltsmitbestimmungsrecht verletzt, welches ihm als Sorgerechtsinhaber zustand.

E. 5

Das Obergericht baut seine weiteren Erwägungen im Wesentlichen auf den Umstand, dass die Missachtung von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB bereits vor der Einleitung des Verfahrens durch heimliche Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder während einer Abwesenheit des Vaters erfolgt ist. Indes sieht Art. 301a ZGB auch bei einer Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, die während hängigem Verfahren oder im Nachgang zu einem den Wechsel des Aufenthaltsortes nicht genehmigenden Entscheid erfolgt, keine zivilrechtliche Sanktion vor (zur Sanktionslosigkeit der Norm siehe SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 16 und 18 zu Art. 301a ZGB ; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 49 zu Art. 301a ZGB ; BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, 2013, Rz. 150 und 180; BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, Jusletter 11. August 2014 Rz. 91; FASSBIND, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014 S. 699; MAZENAUER, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und Kindesentführung, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, 2014, S. 273; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl. 2014, Rz. 879). Mit anderen Worten gibt Art. 301a Abs. 2 ZGB unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem der Aufenthaltsort der Kinder verlegt wird, dem anderen Elternteil keine zivilrechtliche Möglichkeit, die betreffenden Handlungen effektiv zu verhindern oder rückgängig zu machen. Indirekt eine Sanktionierung bewirken könnte eine Obhutsumteilung, wie sie im Zusammenhang mit dem auf missbräuchlichen Motiven beruhenden Wegzug des hauptbetreuenden Elternteils allenfalls zu prüfen ist (Art. 301a Abs. 5 ZGB ; BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 495, BGE 142 III 502 E. 2.5 S. 511). Das setzt indes voraus, dass das Kind angesichts der gesamten Umstände beim anderen Elternteil besser aufgehoben wäre BGE 144 III 10 S. 14 und dieser das Kind auch tatsächlich betreuen kann und will (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 495). Dass dies vorliegend der Fall sein könnte, hat schon das Bezirksgericht verneint (besondere Arbeitszeiten des Vaters, fehlendes Betreuungskonzept etc.), und der Vater verlangte die Obhutsuteilung bereits im Berufungsverfahren nicht mehr, weshalb die betreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid an der Sache vorbeigehen.

E. 6

Zur Diskussion steht allein die in der Beschwerde breit angelegte und im Folgenden zu prüfende Frage einer auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestützten Weisung an die Mutter betreffend den Aufenthaltsort der Kinder. Die Möglichkeit einer entsprechenden Massnahme wird im Zusammenhang mit Art. 301a ZGB in der Literatur im befürwortenden Sinn diskutiert (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 28 zu Art. 301a ZGB ; BUCHER, a.a.O., Rz. 148 und 181; MAZENAUER, a.a.O., S. 273; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 875 und 881; CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2015 S. 793). Es ist jedoch zu beachten, dass es

sich dabei nicht um ein den Wegzugsentscheid nach Art. 301a ZGB begleitendes Instrument handelt, mit welchem sich ein aus der Gebotsmissachtung oder aus einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen ergebender elterlicher Handlungsunwert sanktionieren liesse (vgl. analog für die Sorgerechtszuteilung BGE 142 III 197 E. 3.7 S. 201). Vielmehr geht es um eine Kindeschutzmassnahme, bei welcher ausschliesslich die Frage der Kindeswohlgefährdung Prüfungsgegenstand und auch Prüfungsmassstab ist. Die auf Art. 301a Abs. 1 ZGB basierende Wegzugsautonomie der Elternteile (BGE 142 III 481 E. 2.4-2.6 S. 487 ff., BGE 142 III 502 E. 2.5 S. 511) bleibt deshalb grundsätzlich unberührt. Höchstens indirekt kann eine Rückwirkung auf die Niederlassungsfreiheit gegeben sein insofern, als gegebenenfalls eine Platzierung der Kinder anders als im Haushalt des wegzugswilligen Elternteils nicht in Frage kommt, die Veränderung des Aufenthaltsortes die Kinder in unmittelbare Gefahr gebracht hat und das Rückgängigmachen der Ortsveränderung diese Gefahr beseitigen würde. Eine solche Konstellation wird in der Praxis der absolute Ausnahmefall sein und der Anwendungsbereich von Art. 307 Abs. 3 ZGB ist entsprechend klein. Ob vor dem Hintergrund des soeben Gesagten die obergerichtliche Verneinung einer Kindeswohlgefährdung gegen das Willkürverbot verstösst, ist im Folgenden zu prüfen. BGE 144 III 10 S. 15

E. 6.1

Das Obergericht hat die auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestützte bezirksgerichtliche Weisung ersatzlos gestrichen mit der Begründung, im Zusammenhang mit der Aufenthaltsbestimmung sei die Interventionsschwelle von Art. 310 ZGB zu beachten und mithin nur bei einer auf Extremfälle beschränkten Kindeswohlgefährdung einzuschreiten, etwa bei einem Wegzug in ein Krisengebiet. Vorliegend sei für die Kinder aufgrund des Wegzuges in den Tessin keine Gefährdung ersichtlich, auch nicht im Zusammenhang mit allfälligen anfänglichen Integrationsschwierigkeiten der Kinder oder mit dem erschwerten Besuchsrecht des Vaters, weil die Kinder zweisprachig seien und folglich die deutsche Sprache nicht mehr verlieren würden, so dass sie weiterhin guten Kontakt zum Vater pflegen könnten.

E. 6.2

Diesbezüglich rügt der Beschwerdeführer eine mit der willkürlichen Ausblendung des von der Mutter herbeigeführten Rechtsmissbrauches verbundene willkürliche Anwendung von Art. 307 Abs. 3 ZGB . Insbesondere sei bei Rechtsmissbrauch entgegen den sinngemässen Ausführungen des Obergerichts nicht nur eine allfällige Obhutsumteilung, sondern als mildere Massnahme auch der Erlass von Weisungen im Sinn von Art. 307 Abs. 3 ZGB zu prüfen. Vorliegend führe insbesondere der Wechsel der Hauptsprache zu einer wesentlichen Veränderung; im Gegensatz zum Obergericht sei davon auszugehen, dass die Kinder angesichts ihres Alters die Deutschkenntnisse schnell verlernen würden und deshalb eine Entfremdung drohe, obwohl er vorher eine sehr enge und intensive Beziehung zu ihnen gepflegt und einen grossen Betreuungsanteil wahrgenommen habe. Die Mutter habe ja auch allein aus diesem Grund den Aufenthaltsort der Kinder in den Tessin verlegt, was einen Rechtsmissbrauch und eine Gefährdung des Kindeswohles darstelle.

E. 6.3

Was zunächst den Sachverhalt und diesbezüglich die Rüge des Beschwerdeführers anbelangt, das Obergericht habe in willkürlicher Weise das rechtsmissbräuchliche Handeln der Mutter ausgeblendet, so ist Folgendes festzuhalten: Die Bezugnahme des Obergerichtes

auf BGE 142 III 481 E. 2.5 S. 490, wonach die elterlichen Wegzugsmotive grundsätzlich nicht zur Debatte stünden und auch kaum justiziabel wären, sowie auf BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 494, wonach ein allein auf Entfremdung der Kinder zielendes rechtsmissbräuchliches Verhalten in der Praxis selten sei, geht im vorliegenden Fall an der Sache vorbei. Diese Erwägungen gründen auf dem Umstand, dass der Gesetzgeber mit einer bewussten Wertung die Niederlassungsfreiheit der Elternteile respektieren wollte (dazu BGE 142 III 481 BGE 144 III 10 S. 16 E. 2.4-2.6 S. 487 ff.), und zielen darauf, dass keine langwierige Auseinandersetzung um die meist nur schwer zu eruierenden elterlichen Wegzugsmotive stattfinden soll. Vor Bezirksgericht waren diese aber nicht umstritten; vielmehr hat die Mutter in der Parteibefragung den allein durch das Unterbinden von Kontakten zum Vater motivierten Wegzug selbst dargelegt (vgl. im Einzelnen nicht publ. E. 3.2). Der Sachverhalt war mithin gar nie umstritten und das vom Bezirksgericht festgestellte rechtsmissbräuchliche Handeln der Mutter offenkundig. Im vorliegenden Sachzusammenhang hat dieser Umstand indes keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens (grundsätzliche Sanktionslosigkeit des Verstosses gegen Art. 301a ZGB, vgl. E. 5; keine Kindeswohlgefährdung im konkreten Fall, vgl. E. 6.4), so dass sich weitergehende Äusserungen dazu erübrigen.

E. 6.4

Zu prüfen bleiben die Willkürfragen im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Diese gehen dahin, dass die Kinder angesichts ihres Alters von vier bzw. fünf Jahren im Zeitpunkt des Wegzuges und vor dem Hintergrund der fehlenden Bindungstoleranz der Mutter die deutsche Sprache, zu welcher sie aufgrund der konkreten Umständen nur noch wenig Bezug haben (italienischsprachige Wohngegend; italienischsprachige Mutter; in Italienisch erfolgende Einschulung; wenig Besuchsgemeinschaften mit dem Vater), verlernen könnten und somit eine Kommunikationsunfähigkeit drohe. Die Ausführungen sind aus der Perspektive des Vaters, welcher mangels entsprechender Sprachkenntnisse auch kaum inhaltlichen Zugang zu den für eine wirksame Sorgerechtsausübung wichtigen und zwangsläufig in italienischer Sprache verfassten Unterlagen (schulische, medizinische und anderweitige Belange) haben wird, nachvollziehbar. Entscheidend für die Frage der Kindeswohlgefährdung ist jedoch, ob den Kindern selbst eine unmittelbare Gefahr oder ein Schaden droht. Dies ist nicht der Fall: Sie waren bereits im Zeitpunkt des Wegzuges (auch) italienischsprachig und es bestehen keine aktenkundigen Hinweise, dass ihnen in Bellinzona irgendwelche Mängel drohen könnten. Im Übrigen lässt sich der vom Vater befürchteten sprachlichen und physischen Entfremdung auch mit einer angepassten Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts entgegenwirken (dazu E. 7). Ein auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestütztes Wegzugsverbot bzw. Rückkehrgebot, wie es dem Beschwerdeführer in der konkreten Situation vorschwebt, würde im Übrigen darauf hinauslaufen, BGE 144 III 10 S. 17 dass verbreitet dem hauptbetreuenden Elternteil der Wegzug in eine andere Sprachregion und damit gegebenenfalls die Rückkehr in sein Heimatland vereitelt würde. Das ist nicht, was der Gesetzgeber mit der verabschiedeten Fassung von Art. 301a Abs. 2 ZGB intendiert hat (dazu ausführlich BGE 142 III 481 E. 2.4 S. 488 und E. 2.5 S. 490). Insgesamt hält es, insbesondere vor dem Hintergrund einer angepassten Besuchsrechtsregelung (dazu E. 7), ohne Weiteres vor dem Willkürverbot stand, wenn das Obergericht vom Erlass der Weisung, dass die Mutter den Aufenthaltsort der Kinder in einen Umkreis von 1,5 Stunden ab U. verlegen muss, abgesehen hat.

E. 7

Angefochten ist sodann der Umfang des persönlichen Verkehrs.

E. 7.1

In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer zum einen die Verletzung der aus dem rechtlichen Gehör fliessenden Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV), insbesondere im Zusammenhang mit dem Ferienrecht. Indes hat das Obergericht den Umfang des Besuchs- und Ferienrechts begründet, nämlich durch Verweis auf die Gerichtsüblichkeit. Dies stellt eine den in der nicht publ. E. 3.1 dargestellten Anforderungen genügende Begründung dar. Ob das mittels Verweises auf eine Praxis erfolgende Hinwegsehen über die Umstände des konkreten Einzelfalls in der Sache Bestand haben kann, ist eine Frage der Rechtsanwendung, welche vorliegend mit geeigneten Willkürregeln anzugehen ist (dazu sogleich).

E. 7.2

Was den Umfang des persönlichen Verkehrs anbelangt, ist von der kantonal festgestellten Tatsache auszugehen, dass der Vater aufgrund seiner besonderen Arbeitszeiten keine ganzen Besuchswochenenden, sondern nur die Sonntage für die Besuche verfügbar hat. Das Obergericht hat befunden, dass das vom Bezirksgericht eingeräumte Besuchsrecht an jedem zweiten Sonntag altersgemäss praxisüblich sei. Der Verweis des Vaters auf seine bisherige partnerschaftliche Kinderbetreuung rechtfertige keine Ausdehnung des Besuchsrechts über das Gerichtsübliche hinaus. Zudem sei es auch angezeigt, die vom Bezirksgericht gewährten vier Ferienwochen auf die gerichtsüblichen zwei Wochen zu reduzieren. Im Übrigen sei das Ferienrecht praxisgemäss erst ab Eintritt ins Schulalter zuzusprechen und der Entscheid des Bezirksgerichts auch insofern anzupassen. Der Beschwerdeführer hält diese Anordnungen vor dem Hintergrund seiner bis zum Wegzug eng gepflegten Beziehung zu den Kindern BGE 144 III 10 S. 18 und angesichts der sich abzeichnenden sprachlichen Barriere für willkürlich. Er wirft dem Obergericht vor, nicht auf die konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles Bezug genommen zu haben, was im Übrigen in Widerspruch dazu stehe, dass das Obergericht im Zusammenhang mit dem Absehen von Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB festgehalten habe, der grösseren Distanz sei mit einer angepassten Regelung des persönlichen Verkehrs Rechnung zu tragen. Willkürlich sei auch, dass er die Kinder in Bellinzona besuchen müsse, obwohl er nicht Italienisch spreche und keinerlei Bezug zu Bellinzona habe; das Besuchsrecht sei grundsätzlich bei ihm zuhause auszuüben. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Regelung des persönlichen Verkehrs (Urteile 5A_381/2010 vom 21. Juli 2010 E. 5.3.2; 5A_432/2011 vom 20. September 2011 E. 2.5; 5A_79/2014 vom 5. März 2015 E. 4.3; 5A_367/2015 vom 12. August 2015 E. 5.1.1) und auch spezifisch für Wegzugsfälle (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 493 f., BGE 142 III 502 E. 2.4.1 S. 508 f. und E. 2.5 S. 511) stets betont, dass auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen sei. Vor diesem Hintergrund ist es willkürlich, auf eine Praxis zu verweisen, wenn die Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge springen. Das Obergericht ist somit in Willkür verfallen, wenn es ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalles (bisherige Betreuungssituation; Wegzug auf grosse Distanz; befürchtete sprachliche Entfremdung) auf das "Gerichtsübliche" verwiesen hat, zumal aufgrund der Arbeitszeiten des Vaters kein Besuchsrecht möglich ist, wie es im angefochtenen Entscheid ab dem Zeitpunkt des Schuleintritts als "gerichtsüblich" bezeichnet wird. Das Besuchsrecht wird nämlich auch nach dem - kurz bevorstehenden - Eintritt der Kinder ins Schulalter auf Sonntage mit gewisser Stundenzahl beschränkt bleiben

und mithin keine Übernachtungen beinhalten. Sodann ist es angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Ferienrecht sachwidrig, auf das "Gerichtsübliche" zu verweisen, umso mehr als es sich bei der betreffenden 2-Wochen-Praxis im schweizerischen Quervergleich um eine eigentliche Minimallösung handelt (vgl. BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 273 ZGB ; BÜCHLER/WIRZ, Scheidung, Schwenger [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2011, N. 20 zu Art. 273 ZGB ; MICHEL, in: ZGB, Kurzkommentar, 2012, N. 12 zu Art. 273 ZGB). BGE 144 III 10 S. 19

E. 7.3

Da verschiedene der konkreten Situation angepasste Besuchs- und Ferienrechtsregelungen sowie Übergabemodalitäten (insbesondere auch örtlich) denkbar sind, welche vor dem Willkürverbot standhalten, scheint es angezeigt, wenn das Bundesgericht nicht reformatorisch entscheidet, sondern die Sache diesbezüglich zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückweist (Art. 107 Abs. 2 BGG).

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