

## **BGE 142 III 197**

Bundesgericht (BGE), 2016-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_142\\_III\\_197](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_142_III_197)

FR: ATF 142 III 197

IT: DTF 142 III 197

### **Regeste**

Regeste Art. 298 Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB; alleinige elterliche Sorge. Die gemeinsame elterliche Sorge setzt einen informationellen und einen gewissen physischen Zugang des anderen Elternteils zum Kind sowie ein Mindestmass an Übereinstimmung zwischen den Elternteilen im Bezug auf die Kinderbelange voraus (E. 3.5). Sanktionsgedanken gegen einen nicht kooperierenden Elternteil dürfen bei der Sorgerechtsentscheidung keine Rolle spielen (E. 3.7).

Regeste Art. 298 al. 1, art. 298b al. 2 et art. 298d al. 1 CC; autorité parentale exclusive. L'autorité parentale conjointe suppose que chaque parent puisse entretenir un certain lien physique avec l'enfant, ait un accès à l'information concernant celui-ci et qu'il existe un accord minimal entre les parents au sujet des intérêts de l'enfant (consid. 3.5). La décision sur l'autorité parentale ne saurait être motivée par la volonté de sanctionner le parent qui ne coopère pas (consid. 3.7).

Regesto Art. 298 cpv. 1, art. 298b cpv. 2 e art. 298d cpv. 1 CC; autorità parentale esclusiva. L'autorità parentale congiunta presuppone che l'altro genitore abbia un certo accesso fisico e informazionale al figlio e che vi sia un minimo di accordo tra i genitori riguardo agli interessi del figlio (consid. 3.5). Motivazioni di tipo sanzionatorio contro un genitore che non coopera non devono giocare alcun ruolo nella decisione sull'autorità parentale (consid. 3.7).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

(...)

#### **E. 3.5**

Was die Gründe für eine Alleinzuteilung im Sinn von Art. 298 Abs. 1 oder Art. 298b Abs. 2 ZGB anbelangt, hat das Bundesgericht in BGE 141 III 472 E. 4.6 S. 478 festgehalten, dass insbesondere ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten kann, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und die Alleinzuteilung diesem besser Rechnung trägt. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht des Beschwerdeführers, dass das Kindeswohl nicht tangiert werde, wenn gar keine Kooperation stattfindet. Für das Kind macht es in der Regel wenig Unterschied, welcher Art der Mangel bei der elterlichen Interaktion ist, und ein gemeinsames Sorgerecht lässt sich offensichtlich nicht zu seinem Wohl ausüben, wenn zwischen den entscheidbefugten Eltern nicht ansatzweise ein Austausch möglich ist. Bei der elterlichen Sorge handelt es sich um ein sog. Pflichtrecht (BGE 136 III 353 E. 3.1 S. 356; Urteil 5A\_198/2013 vom 14. November 2013 E. 4.1). Es hat das Recht und die Pflicht zum Gegenstand, über die wesentlichen Belange des Kindes zu

entscheiden. Dies erfordert vorab, dass der Sorgerechtsinhaber Zugang zu aktuellen Informationen über das Kind hat. Für eine sinnvolle Ausübung des Sorgerechts wird aber in der Regel auch der persönliche Kontakt zum Kind unabdingbar sein; es ist nur schwer vorstellbar, dass ein Sorgerechtsinhaber pflichtgemäss Entscheidungen zum Wohl des Kindes treffen kann, wenn über lange Zeit kein irgendwie gearteter Austausch zwischen ihm und dem Kind stattfindet. Wo das Sorgerecht den Eltern gemeinsam zusteht oder zustehen soll, ist schliesslich erforderlich, dass diese in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können (in diesem Sinn das deutsche Bundesverfassungsgericht, Entscheid 1 BvR 738/01 vom 1. März 2004 Rz. 9). Ist dies nicht der Fall, führt ein gemeinsames Sorgerecht fast zwangsläufig zu einer Belastung des Kindes, welche anwächst, sobald dieses das fehlende Einvernehmen der Eltern selbst wahrnehmen kann. Im Übrigen drohen auch Gefahren wie die Verschleppung wichtiger Entscheidungen, beispielsweise im Zusammenhang mit notwendiger medizinischer Behandlung. BGE 142 III 197 S. 200

### **E. 3.6**

Im vorliegenden Fall fehlt es nach den kantonalen Feststellungen in jeder Hinsicht an den Voraussetzungen, wie sie für eine effektive Ausübung des Sorgerechts gegeben sein müssen. Trotz den anhaltenden Bemühungen der Beiständin hat der Beschwerdeführer das inzwischen bald sechsjährige Mädchen kein einziges Mal mehr gesehen, seit es 16 Monate alt war. Dabei handelt es sich zwar in erster Linie um einen Aspekt des Besuchsrechts. Indem der Beschwerdeführer aber keinerlei physischen Zugang zum Kind hat und er weitgehend auch vom Informationsfluss über das Kind abgeschnitten sein dürfte, wäre das gemeinsame Sorgerecht eine bloss formale Hülse, welche er inhaltlich nicht zu füllen wüsste. Er wäre überdies nicht in der Lage, aus eigener Kraft vom Sorgerecht Gebrauch zu machen, soweit es ein Recht ist, und im Interesse des Kindes zu wirken, soweit es sich um eine Pflicht handelt. Selbst mit der Hilfe der Beiständin vermöchte er das Sorgerecht nicht in einer effektiven Weise auszuüben, wie die chronische Unterbindung der Besuchsrechtsausübung trotz mannigfaltiger Hilfestellung durch die Beiständin eindrücklich dokumentiert. Vielmehr wäre er als Mitinhaber des Sorgerechts darauf angewiesen, in allen Belangen, welche einen gemeinsamen Entscheid erfordern, stets von Neuem die Kindesschutzbehörde oder gar den Richter anzurufen und um autoritative Entscheidung zu bitten. Es liegt offensichtlich nicht im Kindeswohl, wenn für jede Einzelfrage ein Verfahren zu eröffnen wäre, in welches das Kind mit zunehmendem Alter hineingezogen würde. Es würde dadurch fast zwangsläufig in einen unnötigen Loyalitätskonflikt geraten oder aber eine eigene Abwehrhaltung gegen den Beschwerdeführer entwickeln, welche auch das bislang bestehende Defizit bei der Besuchsrechtsausübung verstärken und auf die persönliche Ebene des Kindes ziehen würde. Abhilfe könnte auch die Alleinzuweisung bestimmter Entscheidbefugnisse im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht schaffen; dies kann nur dort zu Gebote stehen, wo sich der elterliche Konflikt auf einzelne Probleme beschränkt, im Grundsatz aber ein einvernehmliches Zusammenwirken möglich ist (vgl. BGE 141 III 472 E. 4.7 S. 478 f.).

### **E. 3.7**

Es bleibt die Frage, ob und wie einer einseitigen elterlichen Blockade - welche in den Augen des Beschwerdeführers Rechtsmissbrauch bedeutet - beizukommen ist (vgl. spezifisch zu diesem Thema FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH,

Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, ZBJV 2014 S. 897 ff., insb. 899). BGE 142 III 197 S. 201 Bei einer einseitigen Blockade stehen meist nicht Aspekte des Rechtsmissbrauchs im Vordergrund. Vielmehr handelt es sich vorab um ein Problem tatsächlicher Natur. Den Eltern obliegt zwar im Rahmen des Sorgerechts namentlich auch die Pflicht zu einträchtigem Zusammenwirken bei dessen Ausübung. Ferner stehen bei Verletzung dieser Pflicht durchaus verschiedene Behelfe zur Verfügung (insbesondere auf Art. 307 ZGB gestützte Mahnungen und Weisungen, wozu auch die Möglichkeit gehört, eine Therapie, eine psychologische Begleitung oder eine Mediation anzuordnen, vgl. Urteile 5A\_457/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4; 5A\_411/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.3.2). Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass all diese Massnahmen unter Umständen wenig fruchten, jedenfalls soweit die Blockade grundsätzlich ist und womöglich in der Persönlichkeitsstruktur oder der besonderen Familiengeschichte der Beteiligten begründet liegt. In rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass sich die Zuteilung der Sorgerechte weder an der "Schuldfrage" auf Elternebene orientieren (Urteil 5A\_923/2014 vom 27. August 2015 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 141 III 472 ) noch von Sanktionsgedanken gegenüber dem nicht kooperationswilligen Elternteil leiten lassen darf (vgl. COESTER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [...], §§ 1626-1633, RKEG, Berlin 2015, N. 101 zu § 1626a BGB). Eine über die Ausgestaltung des Sorgerechts erfolgende Massregelung des für den Elternkonflikt verantwortlich gemachten Elternteils würde unweigerlich auf dem Buckel des Kindes geschehen. Bereits aus dem Wortlaut von Art. 296 ff. ZGB ergibt sich, dass das Kindeswohl die einzige Maxime für die Sorgerechtszuteilung sein kann. Freilich darf die Alleinsorge nicht schon dort ausgesprochen werden, wo sie dem Kindeswohl am besten gerecht würde. Das Parlament hat durch Ablehnung eines entsprechenden Minderheitsantrages das Konzept der freien richterlichen Sorgerechtszuteilung ausdrücklich verworfen (AB 2012 N 1635). Die gemeinsame elterliche Sorge stellt nach dem Willen des Gesetzgebers den Grundsatz dar und die Zuteilung oder Belassung der Alleinsorge muss die eng begrenzte Ausnahme bleiben ( BGE 141 III 472 E. 4.7 S. 478 f.) für den Fall, dass das Kindeswohl bei gemeinsamer Sorge erheblich beeinträchtigt wäre und die Alleinzuteilung eine Verbesserung der Lage - bzw. die Belassung der Alleinsorge die Abwendung einer zu befürchtenden Verschlechterung - verspricht, wie dies vorliegend der Fall ist. BGE 142 III 197 S. 202 In Bezug auf die Frage, wem die Alleinsorge, wenn diese aufgrund des Kindeswohls angezeigt ist, zustehen soll, wurde im Urteil 5A\_923/2014 von 27. August 2015 E. 5.1 (nicht publ. in: BGE 141 III 472 ) festgehalten, dass bei einer einseitigen Blockade die Zuteilung an den kooperativen Elternteil zu prüfen ist, insbesondere wenn dieser eine gute Bindungstoleranz aufweist, während die Kooperations- oder Kommunikationsunfähigkeit des anderen Teils mit der Tendenz einhergeht, das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden. Vorliegend würde die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an den Vater jedoch bereits am formellen Umstand scheitern ( Art. 99 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 1 BGG ), dass er weder im kantonalen noch im vorliegenden Verfahren einen entsprechenden Antrag gestellt, sondern sich darauf beschränkt hat, die gemeinsame elterliche Sorge zu verlangen. Sie könnte aber auch von der Sache her nicht in Frage kommen. Der Beschwerdeführer ist augenfällig nicht fähig, das Kind bei sich aufzunehmen und für dieses zu sorgen. Nicht zur Debatte stehen kann aufgrund des Subsidiaritätsprinzips ferner die (ebenfalls nicht beantragte) Fremdplatzierung des Kindes, soweit es beim betreuenden Elternteil an sich gut aufgehoben ist (vgl. GEISER, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?, ZKE 2015 S. 243). Die vorliegende, relativ

atypische Situation gebietet, dass die alleinige elterliche Sorge der Mutter zu belassen ist. Zwar scheint die in der Literatur verschiedentlich angesprochene Gefahr, der hauptbetreuende Elternteil könnte bewusst eine Eskalation herbeiführen, um das alleinige Sorgerecht zu erlangen oder zu behalten, im Allgemeinen klein zu sein und sind solche Handlungsmotive jedenfalls vorliegend nicht ersichtlich. Dennoch erscheint das rechtliche Ergebnis insofern wenig billig, als die gemeinsame elterliche Sorge, wie sie als Grundsatz gesetzlich vorgesehen ist, an der einseitigen mütterlichen Blockade scheitert und die Mutter mit ihrer Verweigerungshaltung auch gegen die Interessen des Kindes handelt. Die unbefriedigende Lage ist aber letztlich hinzunehmen, weil in der konkreten Situation ein gemeinsames Sorgerecht das Kind anhaltenden behördlichen Interventionen bei der Ausübung dieses Rechtes aussetzen würde, welche seinem Wohl offensichtlich abträglich wären.

### **E. 3.8**

Vor dem geschilderten Hintergrund ist in der vorliegenden konkreten Situation der gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB analog anwendbare Art. 298b Abs. 2 ZGB nicht verletzt, wenn das Obergericht keine gemeinsame elterliche Sorge zugesprochen hat. BGE 142 III 197 S. 203 Wo das Gericht nach umfassender Prüfung der Voraussetzungen und Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen sowie insbesondere in Beobachtung des Kindeswohles ohne Verletzung von Art. 298b ZGB zu einem Ergebnis gekommen ist, sind Verfassungsrügen konsumiert. (...)

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