

## **BGer 5A\_400/2015 vom 25. Februar 2016**

Bundesgericht, 2016-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_400\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_400_2015)

FR: TF 5A\_400/2015 du 25 février 2016

IT: TF 5A\_400/2015 del 25 febbraio 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Endentscheid in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen steht mithin offen.

#### **E. 2**

Strittig ist vorab die Frage, ob C.\_\_\_\_\_ im kantonalen Verfahren eine Kindesvertretung hätte bestellt werden müssen.

##### **E. 2.1**

Das Obergericht hat im Zusammenhang mit Art. 314a bis Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 ZGB festgehalten, die blossе Tatsache des Elternkonfliktes genüge nicht, weil dies auf ein vom Gesetzgeber nicht gewünschtes Obligatorium hinauslaufen würde. Sodann hat es unter Verweis auf den Basler Kommentar befunden, Kindesvertretungen seien eine sinnvolle Einrichtung und nützten als "Übersetzungshilfe" in der manchmal nicht einfachen Kommunikation zwischen Institutionen und Betroffenen; allerdings könnten zu viele Beteiligte ein Verfahren auch komplizieren. Anschliessend hat es zum konkreten Fall erwo-gen, C.\_\_\_\_\_ sei fünf Jahre alt. Sie kenne ihren Vater nicht und dürfte bei der Diskussion, ob die gemeinsame elterliche Sorge anzuordnen sei, derzeit die Tragweite des Entscheides kaum erkennen. Dieser werde für sie im Moment auch keine direkten Konsequenzen haben. Die KESB sei eine interdisziplinäre Behörde und es sei nicht davon auszugehen, dass ihr dabei eine Kindesvertretung angesichts des Alters von C.\_\_\_\_\_ und der Tatsache, dass diese den Vater nicht kennt, behilflich sein könnte.

##### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer sieht darin eine Verletzung von Art. 299 ZPO sowie von Art. 314a bis ZGB . Er ist der Ansicht, es gebe eine "faktische Vermutung" zugunsten einer Kindesvertretung, sobald die Eltern unterschiedliche Anträge stellten. Im Übrigen sei die Mutter aufgrund ihrer verweigernden Haltung nicht fähig, das Kind zu vertreten.

##### **E. 2.3**

Der im Bereich des Kindesschutzes anwendbare Art. 314a bis ZGB entspricht dem in eherechtlichen Verfahren zur Anwendung gelangenden Art. 299 ZPO . Beide Normen auferlegen der Behörde bzw. dem Gericht, ex officio zu prüfen, ob dem Kind als Vertretung in Form eines Beistandes eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zur Seite zu stellen ist; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Eltern in Bezug auf das Sorgerecht unterschiedliche Anträge stellen ( Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO bzw. Art. 314a bis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ). Selbst in diesem Fall besteht aber lediglich eine Prüfungspflicht des Gerichtes und ist die Anordnung einer Kindesvertretung keineswegs imperativ; die

Bezeichnung einer Vertretung steht vielmehr im Ermessen des Gerichtes (Urteile 5A\_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.1.2; 5A\_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.3).

Die Kindesvertretung hat verschiedene Aspekte, welchen je nach Alter des Kindes und Situation des Einzelfalles unterschiedliches Gewicht zukommt. Ein Teilgehalt besteht darin, dass die Vertretung den Willen des Kindes gegenüber dem Gericht zum Ausdruck bringt; insbesondere in diesem Bereich ist der gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB spezifisch für die Überwachung des Besuchsrechts eingesetzte Beistand keine Kindesvertretung im Sinn von Art. 299 ZPO bzw. Art. 314a bis ZGB. Der angesprochene Aspekt der Vertretung kann aber nur bei urteilsfähigen Kindern von Belang sein, mithin nicht bei der erst fünfjährigen C.\_\_\_\_\_. Aber bereits bei einem fünfjährigen Kind, welches in der Regel noch nicht gerichtlich angehört wird (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.2 S. 555 ff.), könnte die Kindesvertretung allenfalls die Funktion eines "Dolmetschers" (vgl. Urteile 5A\_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.2; 5A\_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.3) zwischen Kind und Gericht insofern wahrnehmen, als je nach konkreter Situation ein kindesgerecht geführtes Gespräch in einem ungezwungenen Rahmen bereits möglich ist und sich die Vertretung so ein Bild über die Wahrnehmungen des Kindes machen kann. Wie das Obergericht zutreffend ausgeführt hat, scheint dies aber in der vorliegenden Situation nicht möglich, weil das fünfjährige Mädchen den Vater seit Jahren nicht mehr gesehen hat; weder kann es sich an ihn erinnern noch kann es sich vor diesem Hintergrund eine vage Vorstellung davon machen, was die angebehrten Massnahmen für seine Person bedeuten würden. Folglich gibt es nichts, was eine Vertretung dem Gericht im Sinn eines "Dolmetschers" übermitteln könnte. Ein weiterer Aspekt der Kindesvertretung ist, dass sich diese ein Bild von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwistern, etc.) machen und dem Gericht zur Kenntnis bringen kann; auch solche Informationen sind für die Entscheidungsfindung wichtig. Ein elternunabhängiges neutrales Bild über die konkrete Situation des Kindes wird aber in umfassender Weise bereits durch die Berichte vermittelt, welche die Beiständin des Kindes im Rahmen der bestehenden Besuchsrechtsbeistandschaft regelmässig abliefern; es ist nicht ersichtlich, was ein Verfahrensbeistand im Sinn von Art. 299 ZPO bzw. Art. 314a bis ZGB an zusätzlichen Informationen in Erfahrung bringen könnte. Es bleibt mithin zu prüfen, ob eine Kindesvertretung den entscheidbefassten Behörden bzw. Gerichten, für welche die Untersuchungs- und Offizialmaxime gelten, zusätzliche Unterstützung oder Entscheidungshilfe bieten könnte bei der Frage, ob im vorliegenden Einzelfall das Kindeswohl einem gemeinsamen Sorgerecht entgegensteht, so dass vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge abzuweichen ist. Dies ist aber ebenfalls nicht zu sehen.

#### **E. 2.4**

Nach dem Gesagten hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es C.\_\_\_\_\_ für das vorliegende Verfahren nicht spezifisch verbeiständet hat.

#### **E. 3**

In materieller Hinsicht verlangt der Beschwerdeführer die gemeinsame elterliche Sorge.

#### **E. 3.1**

Das Obergericht hat auf die parlamentarische Diskussion zum neuen Sorgerecht verwiesen und festgehalten, dass für die Frage der Alleinsorge im Sinn von Art. 298 ff. ZGB nicht die Kriterien von Art. 311 ZGB zur Anwendung kämen; insbesondere bei einem

unüberwindbaren Dauerkonflikt zwischen den Eltern könne von einem gemeinsamen Sorgerecht abgesehen werden. Dies stehe in Einklang mit Stimmen aus der Psychologie, wonach die gemeinsame elterliche Sorge dort ihre Grenze finden müsse, wo aufgrund eindeutiger und objektiver Kriterien von einem unauflösbaren Konflikt auszugehen sei und das Kind in einen seine Entwicklung beeinträchtigenden Loyalitätskonflikt geraten könnte. Ein Problem liege freilich darin, dass mit einer konsequenten Kooperationsverweigerung die Alleinsorge erzwungen werden könne. Vorliegend sei aber zu beachten, dass zwischen Vater und Tochter keine Beziehung bestehe; seit C. \_\_\_\_\_ 16 Monate alt sei, hätten die beiden keinen Kontakt mehr. Sodann seien die Eltern ausser Stande, miteinander zu kommunizieren. Selbst mit Hilfe der Beiständin sei es dem Vater zur Zeit nicht möglich, den Kontakt mit seiner Tochter aufzunehmen. Die gemeinsame Sorge wäre nicht durchführbar und hätte angesichts des obstruktiven Verhaltens der Mutter nur vermehrte Rechtsstreitigkeiten zur Folge. Dies läge weder im Interesse des Kindes noch könnte es die Beziehung zwischen den Eltern verbessern.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, es bestehe gar kein Konflikt, und schon gar kein Dauerkonflikt, sondern einfach Funkstille. Insofern bestünden für das Kind gar keine Schwierigkeiten; dass sich die gemeinsame elterliche Sorge negativ auf das Kindeswohl auswirken würde, sei eine bloss Hypothese. Sodann seien nicht die Eltern kooperationsunfähig, sondern bloss die Mutter. Diese verhalte sich mithin rechtsmissbräuchlich. Eine allfällige Unzumutbarkeit für den einen Elternteil sei kein Grund, von der gemeinsamen Sorge abzusehen. Insgesamt habe das Obergericht somit Art. 296 Abs. 2 und Art. 298b Abs. 2 i.V.m. Art. 311 ZGB verletzt.

### **E. 3.3**

Nach der per 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Sorgerechtsnovelle steht den Eltern die Sorge über ihre Kinder gemeinsam zu ( Art. 296 Abs. 2, Art. 298a Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB ). Indes sind Ausnahmen zulässig, wenn das Kindeswohl solche gebietet (vgl. Art. 298 Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 ZGB ). Vorliegend ist die Frage zu entscheiden, ob ein solcher Fall gegeben ist; dabei ist gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB der Art. 298b Abs. 2 ZGB sinngemäss zur Anwendung zu bringen.

### **E. 3.4**

Das Bundesgericht hat sich mit der Frage, welche Kriterien für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge massgebend sind, neulich an einer öffentlichen Sitzung eingehend auseinandergesetzt. Es ist zum Schluss gekommen, dass für die Frage der Alleinzuteilung nicht die gleichen Voraussetzungen gelten wie für den Entzug im Sinn einer Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 311 ZGB (dazu im Einzelnen BGE 141 III 472 E. 4, worauf verwiesen wird). Mit der gegenteiligen Behauptung lässt sich keine Verletzung von Bundesrecht begründen.

### **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 entscheidungsbefugten 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.

### **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 eine gemeinsame Entscheidung erfordern, stets von Neuem die Kinderschutzbehörde 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, in: ZBJV 2014, S. 897 ff., insb. S. 899).

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, 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 (Urteil 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.

In Bezug auf die Frage, wem die Alleinsorge, wenn diese aufgrund des Kindeswohls angezeigt ist, zustehen soll, wurde im Urteil 5A\_923/2014 vom 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?, in: 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.

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.

### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Zufolge offensichtlicher Prozessarmut ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, je unter Beigabe der sie vertretenden Rechtsanwältin ( Art. 64 BGG ). Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen. Sodann ist beiden Rechtsvertreterinnen ein reduziertes Honorar aus der Bundesgerichtskasse auszurichten ( Art. 64 Abs. 2 BGG sowie Art. 6 und 10 Reglement SR 173.110.210.3).

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