

NW_GERICHTE 26489 vom 12. Juli 2021

NW Gerichte, 2021-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_26489

FR: NW_GERICHTE 26489 du 12 juillet 2021

IT: NW_GERICHTE 26489 del 12 luglio 2021

Regeste

Vorsorgliche Massnahmen KESB (VA 21 10)

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Nidwalden («KESB») vom 16. März 2021 (Nr. 2051). Gegen Entscheide der KESB kann Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergriffen werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB sowie Art. 37 Ziff. 2 EG ZGB [NG 211.1]). Zuständig ist das Verwaltungsgericht Nidwalden, Verwaltungsabteilung, das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 31, Art. 33 Ziff. 3 und Art. 38 Abs. 1 GerG [NG 261.1]). Das Verwaltungsgericht Nidwalden ist somit örtlich wie sachlich zuständig.

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer formell oder materiell beschwert ist, d.h. wer am Verfahren beteiligt ist (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), wer der betroffenen Person nahesteht (dortige Ziff. 2) oder wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des

7■22

angefochtenen Entscheids hat (dortige Ziff. 3). Vorliegend ordnete die KESB eine Mediation der Eltern an und regelte vorsorglich für die Dauer der Mediation die Betreuung der Betroffenen. Damit ist der Beschwerdeführer als Verfahrensbeteiligter, Kindesvater und als Verfügungsadressat besonders berührt und hat ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides. Der Beschwerdeführer ist somit zur Beschwerde berechtigt.

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist demnach einzutreten.

E. 2.1

Das Beschwerdeverfahren richtet sich primär nach den bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen des ZGB (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 ff. ZGB) und subsidiär nach den Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (Art. 34 EG ZGB; NG 265.1). Sofern weder das ZGB noch das VRG eine Regelung enthalten, sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 450f ZGB). Im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sind insbesondere die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 443 ff. ZGB) zu beachten, soweit das Gesetz in den Art. 450 ff. ZGB keine abweichenden Vorschriften enthält. Dies gilt namentlich für die in Art. 446 ZGB verankerte uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialmaxime und das an gleicher Stelle festgeschriebene Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Diese fundamentalen Verfahrensgrundsätze sind im gesamten Bereich des Kindes- und

Erwachsenenschutzes in allen Instanzen zu berücksichtigen (ANNA MURPHY/DANIEL STECK, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, N. 18.84 ff.). Da die Behörde bzw. das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 446 Abs. 4 ZGB), ist es folglich nicht an die materiell-rechtliche Begründung der Verfahrensbeteiligten gebunden (MURPHY/STECK, a.a.O., N. 18.100 m.w.H.).

E. 2.2

Gemäss Art. 450a Abs. 1 ZGB können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen (Ziff. 1), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Ziff. 2) sowie Unangemessenheit (Ziff. 3) gerügt werden. Damit ist die Beschwerde ein vollkommenes ordentliches Rechtsmittel, das die umfassende Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheids

8■22

in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ermöglicht. Allerdings muss sich die gerichtliche Beschwerdeinstanz aufgrund des in Art. 450a Abs. 1 ZGB festgehaltenen Rügeprinzips primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (MURPHY/STECK, a.a.O., N. 19.34 f.).

E. 3.1.1

Der Beschwerdeführer beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des Entscheides der KESB vom 16. März 2021 und Rückweisung zur Neubeurteilung (Ziff. 1 der Beschwerdeanträge).

Der Beschwerdeführer beanstandet zusammengefasst vorab die Anordnung einer Mediation.

Zur Begründung wird dazu im Wesentlichen sinngemäss geltend gemacht, dass die KESB seinen Antrag auf superprovisorische Anordnung der alternierenden Obhut abgewiesen habe und stattdessen bezüglich persönlichem Verkehr eine vorsorgliche Massnahme angeordnet habe, die nur marginal über einem gerichtsblichen Besuchsrecht liege. Die KESB begründe dies damit, dass für die superprovisorische Anordnung der alternierenden Obhut keine Veranlassung bestehe. Das Kindeswohl sei nicht gefährdet, wenn mit einem Entscheid über die Obhut bis nach durchgeführter Mediation zugewartet werde. Eine tragfähige Lösung gebe es nur, wenn sich die Eltern mit Hilfe der Mediation einigen würden. Eine alternierende Obhut könne nicht angeordnet werden, da der Betroffenen beim Beschwerdeführer mutmasslich kein eigenes Zimmer zur Verfügung stehe. Die Wohnsituation erweise sich als nicht stabil genug.

Die von der KEB verfügte Massnahme sei nicht verhältnismässig, mithin weder geeignet, noch erforderlich. Die Eltern hätten diametral gegensätzliche Ansichten über die Obhutszuteilung. Der Vater sehe das Kindeswohl am besten gewährleistet unter seiner alleinigen Obhut. Die Mutter wehre sich gegen eine alternierende Obhut. Bei diesen beidseits gemachten Meinungen erscheine es im Hinblick auf den bisherigen Verfahrensverlauf chancenlos, dass ein ohne Entscheidungskompetenz ausgestatteter Mediator eine Einigung herbeiführen könne. Die Anordnung der Mediation sei ungeeignet. Stattdessen solle sich die KESB entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag konkret materiell mit dem Antrag des Beschwerdeführers vom 27. November 2020 auseinandersetzen, die notwendigen

Abklärungen vornehmen und schliesslich einen Entscheid fällen. Demnach sei die von der KESB angeordnete Massnahme aufzuheben und die Sache zur umgehenden Bearbeitung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese solle die für den Entscheid notwendigen Sachverhaltsabklärungen vornehmen und sodann bezüglich der Obhut eine Regelung festlegen.

In der Replik ergänzte er, dass die Parteien in der Lage seien, die Übergabe der Betroffenen zu koordinieren und sich darüber abzustimmen. Die Kommunikationsfähigkeit zwischen den Parteien sei gegeben und müsse nicht mittels Mediation zunächst hergestellt werde.

E. 3.1.2

Sowohl die Beschwerdegegnerin 1 als auch die KESB sprechen sich für die Durchführung der Mediation aus. Die Beschwerdegegnerin 1 führt zudem aus, dass die Haltung des Beschwerdeführers, der den Mediator degradiere, exemplarisch zeige, wie dieser denke. Er alleine habe Recht. Er habe eine übersteigerte Vorstellung davon, was ihm alles zustehe.

E. 3.2.1

Art. 298d ZGB sieht für Kinder unverheirateter Eltern die Möglichkeit der Abänderung der Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder Betreuungsanteile wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse vor. Zuständig ist, vorbehaltlich die Klage auf Änderung des Unterhaltsbeitrages, die Kindesschutzbehörde (Abs. 1). Für das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde sind die Bestimmungen von Art. 314 i.V.m. Art. 443-449c ZGB anwendbar (INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], 6. Auflage, N. 9 zu Art. 298d).

E. 3.2.2

Art. 314 Abs. 2 ZGB sieht ausdrücklich vor, dass die Kindesschutzbehörde in geeigneten Fällen die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern kann. Das KESB-Verfahren soll seiner Natur und Bestimmung nach vorab zu vermittelnd-akzeptierten Lösungen hinführen (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], 6. Auflage, N. 7 zu Art. 314). Im Rahmen des Kindesschutzes ist die KESB generell befugt, die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind zu ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle zu

bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Gestützt auf diese Bestimmung wäre die KESB gar berechtigt, seit Jahren getrenntlebende Eltern zur Wahrnehmung einer professionellen Elternberatung oder Therapien zu verpflichten, wenn die Wahrung des Kindeswohls dies gebietet (Urteil [des Bundesgerichts] 5A_65/2017 vom 24. Mai 2017, E. 2).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist es also durchaus die Aufgabe der KESB, in strittigen Fällen vorab auf eine gütliche Lösung hinzuwirken. Darüber hinaus wird der Sinn von professioneller (psychologischer/therapeutischer) Unterstützung im Prozess der Lösungsfindung auch durch das Bundesgericht nicht in Frage gestellt, im Gegenteil. Gerade in den Fällen wie den vorliegenden, in welchen sich die Eltern Manipulation und

Instrumentalisierung der gemeinsamen Tochter vorwerfen und wo beide Teile bislang nicht von der eigenen Meinung bezüglich der angemessenen Betreuung der Tochter abrücken wollen, macht eine Mediation durchaus Sinn. Sie dient letztlich dem Kindeswohl, denn es besteht die Möglichkeit, dass nach Durchführung der Mediation der elterliche Konflikt entschärft und das gegenseitige Verständnis gefördert wird und die Eltern so in die Lage versetzt werden, das Kind vom bestehenden Loyalitätskonflikt zu entlasten.

Insoweit der Beschwerdeführer geltend macht, dass er und die Beschwerdegegnerin 1 in der Lage seien, die Modalitäten der Übergabe der Betroffenen abzusprechen, womit eine Mediation nicht nötig sei, verkennt er die Anforderungen an die Eltern in Fällen der alternierenden Obhut (dazu nachstehend E. 4.5). Um von einer dem Kindeswohl entsprechenden Kooperation und einem konstruktiven Zusammenwirken der Eltern ausgehen zu können, genügt es nicht, wenn diese sich bloss über die Modalitäten der Kindesübergabe einig sind, zumal die Betroffene bereits schulpflichtig ist. Im Übrigen liess der Beschwerdeführer selbst mit Schreiben vom 23. Februar 2021 an die KESB die Kommunikation zwischen den Parteien als schwierig bezeichnen.

E. 3.2.3

Folglich ist die Anordnung einer Mediation gemäss Ziffern 1 – 3 der angefochtenen Verfügung nicht zu beanstanden. Zwar kommt einem Mediator keine Entscheidkompetenz zu, wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt. Jedoch ist sie entgegen dessen Ansicht nicht chancenlos. Bei der Mediation beruht der Einigungsversuch vor allem auf den Wünschen und Interessen der Parteien. Die Parteien sollen versuchen, den Standpunkt und die zugrundeliegenden Interessen der jeweiligen Gegenpartei zu verstehen und gestützt auf diese

11■22

Erkenntnisse eine Lösung zu erarbeiten, welche den berechtigten Ansprüchen beider Parteien gerecht wird (CHRISTINE MÖHLER, in: Kommentar ZPO, Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, 2015, N. 7 zu Art. 213). Ein solcher Prozess erfordert selbstredend seine Zeit. Der Ausgang des Verfahrens kann für die KESB im Übrigen auch weitere Anhaltspunkte liefern bezüglich des Entscheides über die Frage der streitigen Obhutszuteilung, sollten sich die Eltern darüber nicht im Rahmen der Mediation letztlich dann doch nicht einigen können.

Dabei ist im Weiteren davon auszugehen, dass die KESB die angeordnete Mediation nicht auf unbestimmte Dauer laufen lassen wird. Sollte der Mediator im Rahmen seiner Berichterstattung (Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung) zum Schluss gelangen, dass die Mediation nicht zum Ziel führen wird oder allenfalls eine der Parteien die Mediation abbrechen, so hätte die KESB selbst den Entscheid betreffend die streitige Obhut verbindlich zu treffen sowie das Kontaktrecht definitiv zu regeln.

Die beschwerdeführerische Rüge, wonach die KESB verpflichtet wäre, umgehend einen (End-)entscheid zu fällen, anstatt eine Mediation anzuordnen, verfängt nicht.

E. 4.1.1

Der Beschwerdeführer beanstandet weiter zusammengefasst und sinngemäss, dass die KESB nicht hätte eine vorsorgliche Massnahme erlassen dürfen, sondern direkt hätte definitiv über die Obhutszuteilung entscheiden müssen. Darüber hinaus sei die angeordnete Massnahme umfangmässig nicht angemessen.

Konkret bringt er vor, dass er zwischen März 2020 bis und mit November 2020 die alleinige Obhut über die Betroffene ausgeübt habe, weshalb er die faktisch gelebten Verhältnisse habe rechtlich geregelt wissen wollen. Zu diesem Zweck habe er im November 2020 die alleinige Obhut über die Betroffene beantragt. Anstatt einen entsprechenden Entscheid zu erlassen, habe sich die Vorinstanz auf eine Elternvereinbarung aus dem Jahre 2012 abgestützt, die weiter Gültigkeit haben solle. In der Folge habe die Beschwerdegegnerin 1 die Betroffene in einer Knall auf Fall Aktion im Januar 2021 beim Beschwerdeführer abgeholt und einstweilen bei sich behalten, unbekümmert des Wunsches der Betroffenen, welche beim

12■22

Beschwerdeführer leben wolle. Der Beschwerdeführer sei dann wieder an die KESB gelangt und habe superprovisorisch die alternierende Obhut beantragt. Die Vorinstanz habe, nebst der Anordnung der Mediation, für den Beschwerdeführer im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein Besuchsrecht eingeräumt, welches nur marginal über einem gerichtsblichen liege.

Diese Anordnung sei nicht verhältnismässig. Seit November 2020 setze sich die Beschwerdegegnerin 1 dagegen zur Wehr, dass der Beschwerdeführer die Betroffene in einem über dem gerichtsblichen Besuchsrecht liegenden Umfang betreue. Unabhängig davon, ob sich nach Ansicht der Beschwerdeinstanz das Vorgehen der Vorinstanz (anstelle eines rechtssicherheits- und rechtsfriedensbringenden Entscheides über die Obhut) bezüglich der Anordnung einer Mediation als angemessen erweise, müsse der persönliche Verkehr zur Betroffenen anders geregelt werden. Unter der aktuell von der KESB festgelegten Regelung könne der Beschwerdeführer nur sporadisch Zeit mit der Betroffenen verbringen. Eine nachhaltige Beteiligung an der Erziehung sei somit nicht möglich. Die Vorinstanz sehe von der Anordnung der alternierenden Obhut einzig gestützt auf das Argument ab, dass die Wohnsituation beim Beschwerdeführer nicht stabil sei. Dieses Argument widerlege die Vorinstanz gleich selber, indem sie mehrere Wochen Ferien einbeziehe. Der Beschwerdeführer lebe sehr wohl in geordneten Wohnverhältnissen. Die Betroffene habe bei ihm ein eigenes Bett.

Der Beschwerdeführer erfülle sämtliche für die Anordnung einer alternierenden Obhut notwendigen Voraussetzungen. Die Betroffene habe bei ihm ein eigenes Zimmer als auch ein eigenes Bett. Sodann wohne er in Gehdistanz zur Schule. Weiter wohne auch der Halbbruder der Betroffenen beim Beschwerdeführer. Aufgrund seiner Homeoffice-Tätigkeit könne er sich auch tagsüber der Betreuung der Betroffenen widmen. Die alternierende Obhut vermöge demnach das Kindeswohl besser zu wahren als die bestehende Variante. Die alternierende Obhut entspreche ferner dem Grundsatz bei umstrittener Obhutzuteilung. Bei der gegenwärtig getroffenen Regelung würden einerseits Verhältnisse geschaffen, welche nicht dem Kindeswohl entsprechen. Andererseits werde durch die für die Verfahrensdauer geschaffene Sachlage ein einseitiger Entscheid zu Gunsten der Beschwerdegegnerin 1 präjudiziert. Die Zeit arbeite für diese. Sie brauche bloss die Mediation sowie allfällige nachfolgende Verfahrenshandlungen zu verzögern.

13■22

E. 4.1.2

Die Beschwerdegegnerin 1 bestreitet, dass der Beschwerdeführer zwischen März und November 2020 die alleinige Obhut über die Betroffene ausgeübt habe. Sinngemäss führt

sie aus, dass sie sich im Frühsommer 2020 getrennt haben und die Kinder aufgrund einer gemeinsamen Absprache zunächst in der "alten" (bzw. bisherigen) Familienwohnung beim Beschwerdeführer bleiben sollten, damit sie sich in der nahegelegenen Wohnung, die sie bislang als Büro in einem Wohnhaus genutzt habe, inklusive zweier Kinderzimmer einrichten könne. Sie habe allerdings den Schlüssel zur ehemaligen gemeinsamen Wohnungen behalten und sich dort täglich um die Kinder gekümmert. Als sie dann nicht bereit gewesen sei, sich noch einmal auf die Beziehung mit dem Beschwerdeführer einzulassen, habe dieser ihr den Schlüssel abgenommen und ihr den Zutritt zur Wohnung verwehrt. Dabei habe er die Kinder massiv gegen sie instrumentalisiert und sie auch von ihr entfremdet. Der Beschwerdeführer verweigere jedes Gespräch mit ihr und erzähle den Kindern, sie hätte sie alle verlassen. Der Beschwerdeführer könne sich nicht vorstellen, wie sich dies auf die Kinderseele auswirke. Sie sei froh und dankbar, dass die Betroffene nun bei ihr lebe. Diese habe innert weniger Tagen wieder zu sich gefunden und sei gelöst. Das dem Beschwerdeführer eingeräumte Kontaktrecht liege weit über dem gerichtlichen Besuchsrecht und dies trotz ungeklärter Wohnsituation seinerseits und einem laufenden Strafverfahren. Trotzdem giesse er weiter Öl ins Feuer, statt seine Energie im Sinne des Kindeswohls für die Mediation zu nutzen.

E. 4.1.3

In den weiteren Rechtsschriften der Parteien halten diese im Wesentlichen am jeweils eigenen Standpunkt fest. Der Beschwerdeführer bestätigt überdies, dass ein Strafverfahren (Wirtschaftsdelikte) gegen ihn laufe, dies jedoch nichts mit seiner Erziehungsfähigkeit zu tun habe und zudem die Unschuldsvermutung bestehe.

E. 4.2

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer eines Verfahrens vor der KESB ist gesetzlich vorgesehen: Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes. Massnahmen des Kindesschutzes können für die Dauer des Verfahrens vorsorglich angeordnet werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB; zur Anwendbarkeit von Art. 445 im Kindesschutzverfahren vgl. BGE 140 III 529 E. 2.2.1). Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt allerdings

14■22

- im Kindesschutzverfahren wie auch sonst - Dringlichkeit voraus. Es muss sich daher als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3; Urteil des BGer 5A_993/2016 vom 19. Juni 2017 E. 4.2.1; AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, ZGB I, 5. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 445 ZGB). Beim Entscheid, ob eine vorsorgliche Massnahme anzuordnen ist, kommt der zuständigen Behörde ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 130 II 149 E. 2.2; 129 II 286 E. 3; Urteile des BGer 5A_339/2017 vom 8. August 2017 E. 4.4.1; 2C_720/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.1). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfolgt gestützt auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage, wobei für deren Anordnung das Beweismass der Glaubhaftmachung genügt. Es muss folglich ausreichen, wenn eine Gefährdung aufgrund summarischer Prüfung zwar als wahrscheinlich erscheint, die Möglichkeit einer Fehlannahme aber nicht ausgeschlossen werden kann. Erforderlich ist überdies, dass eine Abwägung der verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen den Ausschlag für die vorsorgliche

Massnahme gibt und diese verhältnismässig erscheint (MURPHY/STECK, a.a.O., N. 18.69 ff.; AUER/MARTI, a.a.O., N. 6 ff., 27 ff. zu Art. 445 ZGB).

E. 4.3.1

Im Verfahren vor der KESB streiten sich die Eltern über die Zuteilung der Obhut über die gemeinsame Tochter. Im angefochtenen Entscheid vom 16. März 2021 hat die KESB noch keinen expliziten Entscheid über die Zuteilung der Obhut gefällt. Sie hat in der Darlegung des Sachverhaltes (Lit. A des angefochtenen Entscheides) zwar auf ihr Schreiben vom 15. Januar 2021 verwiesen, wonach die Elternvereinbarung vom 19. Oktober 2012 nach wie vor Gültigkeit habe und die Betroffene damit unter der alleinigen Obhut der Kindsmutter stehe. Aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheides ergibt sich dann jedoch, dass die KESB die vorsorgliche Massnahme gerade im Hinblick auf eine Lösung bzw. einen Entscheid auch bezüglich der nun strittigen Obhut angeordnet hat (E. 2.1). Sie ging für die Dauer des Verfahrens lediglich einstweilen davon aus, dass die Elternvereinbarung nach wie vor Gültigkeit habe, womit die Obhut über das Kind im Falle der Auflösung der Hausgemeinschaft der Mutter zustehe. Nachdem die von den Eltern unterzeichnete "Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge der unverheirateten Eltern" am 27. November 2012 durch die damals zuständige Vormundschaftsbehörde bewilligt wurde, es sich also um eine behördlich bewilligte Elternvereinbarung handelt, ist dies nicht zu beanstanden.

15■22

Für das weitere Verfahren vor der KESB ist folglich davon auszugehen, dass die KESB aufgrund der sich seit Abschluss der Elternvereinbarung geänderten Verhältnisse nun gestützt auf Art. 298d ZGB die Kinderbelange neu zu regeln hat, mithin auch darüber zu befinden hat, ob die damals zwischen den Eltern vereinbarte Zuteilung der Obhut an die Mutter allein nach wie vor dem Kindeswohl angemessen ist (vgl. Urteil [des Bundesgerichts] 5A_198/2013 vom 14. November 2013, E. 4).

E. 4.3.2

Bezüglich der streitigen Obhut ist in Erinnerung zu rufen, dass am 1. Juli 2014 die revidierten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über die elterliche Sorge in Kraft getreten sind (AS 2014 357). Neu ist die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern der Regelfall (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Vorliegend haben die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge bereits vor Inkrafttreten der ZGB Revision vereinbart. Diese ist unbestritten. Von der elterlichen Sorge ist die Obhut zu unterscheiden. Unter der Herrschaft des alten Rechts war das "Obhutsrecht" Bestandteil des elterlichen Sorgerechts. "Obhut" im Rechtssinne bedeutete das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes und die Modalitäten seiner Betreuung zu bestimmen. Im neuen Recht umfasst die elterliche Sorge auch das "Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen" (s. Art. 301a Abs. 1 ZGB). Die Bedeutung der "Obhut" reduziert sich - losgelöst vom Sorgerecht - auf die "faktische Obhut", das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (BGE 142 III 612 E. 4.1). Grundsätzlich kann auch dann, wenn die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt wird, die Obhut nur einem Elternteil zugesprochen werden. Ein Elternteil kann aus dem Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht das Recht ableiten, das Kind tatsächlich betreuen zu können (Urteil [des Bundesgerichts] 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 4.2.2.1). Dies bedeutet, dass auch im Falle der

gemeinsamen elterlichen Sorge nicht notwendigerweise die Errichtung der alternierenden Obhut einhergeht (BGE 142 III 612 E. 4.2). Unabhängig davon, ob sich die Eltern auf eine alternierende Obhut geeinigt haben, muss das mit dieser Frage befassende Gericht [bzw. im Falle ihrer Zuständigkeit die KESB] prüfen, ob dieses Betreuungsmodell möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Denn nach der Rechtsprechung gilt das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts; es ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses demnach immer der entscheidende Faktor, während die Interessen und Wünsche der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Ob die alternierende Obhut überhaupt in Frage kommt und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträgt, hängt demnach von den konkreten Umständen ab. Das bedeutet, dass die Behörde gestützt auf festgestellte

16■22

Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen hat, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht (BGE 142 III 612 E. 4.2).

Diese Rechtslage gilt auch für die Beurteilung der strittigen Obhut im vorliegenden Fall, auch wenn die Elternvereinbarung vom 19. Oktober 2012 vor Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen über die elterliche Sorge abgeschlossen wurde. Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB unterstehen sowohl die Entstehung als auch Wirkungen des Kindesverhältnisses dem neuen Recht.

E. 4.4.1

Die KESB hat gemäss den Erwägungen 3.3 des angefochtenen Entscheides bedacht, dass die Betroffene seit Auflösung des gemeinsamen Haushaltes einstweilen beim Vater verblieben sei, wobei dies aber nicht dem Willen der Mutter entspreche. Sie hielt fest, dass sich die Mutter zu einer alternierenden Obhut mit hälftiger Betreuung nicht einverstanden erklären könne, jedoch beide Eltern der Ansicht seien, dass die bestehende Elternvereinbarung nicht den aktuellen Bedürfnissen der Betroffenen entspreche. Dennoch gelinge es den Eltern nicht, einvernehmlich eine neue Besuchsrechtsregelung zu finden. In Anbetracht des bestehenden Elternkonflikts sei es notwendig, dass der persönliche Verkehr für die Dauer der Mediation im Sinne einer vorsorglichen Massnahme behördlich geregelt werde. Der Kindsvater lebe zusammen mit dem Halbbruder der Betroffenen und seiner Schwester seit Dezember 2020 in deren Wohnung, wo die Betroffene mutmasslich über kein eigenes Zimmer verfüge. Der Beschwerdeführer habe mehrfach mitgeteilt, bald in eine neue Wohnung in Y. __ ziehen zu können. Ein genaues Datum habe er bislang nicht nennen können und auch über die weiteren Umstände, weshalb der Umzug bislang nicht habe stattfinden können, mache er keine Angaben. Diese nach wie vor ungeklärte und nicht stabile Wohnsituation spreche gegen die vom Kindsvater geforderte alternierende Obhut. Somit werde der Vater für die Dauer der angeordneten Mediation berechtigt und verpflichtet, die Betroffene jeweils wöchentlich von Mittwoch-Mittag bis Donnerstag-Morgen sowie alle zwei Wochen von Freitag-Nachmittag bis Montag-Morgen auf eigene Kosten zu betreuen. Ausserdem sei er berechtigt, die Betroffene die zweite Osterferienwoche sowie die ersten drei Sommerferienwochen zu betreuen.

17■22

E. 4.4.2

Der bestehende Elternkonflikt, bei dem sich die Parteien Manipulation und Instrumentalisierung der Kinder vorwerfen und eine Einigung über die Betreuungsanteile der Betroffenen nicht besteht, darf vorliegend als Gefährdung des Wohls der Betroffenen qualifiziert werden, das die KESB berechtigt und verpflichtet, vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses der Massnahme war es für die KESB (zumindest noch) nicht möglich, einen Entscheid betreffend die vom Beschwerdeführer beantragte Zuteilung der alternierenden Obhut zu treffen (vgl. nachstehend E. 4.5.1 und 4.5.2). Die vorsorgliche Regelung des Kontaktrechts zwischen dem Vater und der Betroffenen ist tauglich und geeignet, eine Beruhigung im elterlichen Streit zu bewirken und dadurch die Betroffene zu schützen. Die angeordnete Massnahme liegt im Interesse aller Beteiligten und ist angemessen. Das gilt auch in Bezug auf den angeordneten Umfang (vgl. nachstehend E. 4.5.3).

E. 4.5.1

Für die Einräumung der alternierenden Obhut wird das Vorliegen bestimmter Kriterien vorausgesetzt. Als primäres Kriterium ist die Erziehungsfähigkeit beider Eltern gefordert. Die alternierende Obhut kommt nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld. Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Während die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, sind die weiteren Beurteilungskriterien oft voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung. So spielen das Kriterium der Stabilität und dasjenige der

18■22

Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hingegen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die geografische Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 612 E. 4.3).

E. 4.5.2

Aufgrund der im Zeitpunkt des Erlasses der vorsorglichen Massnahme bestehenden Verhältnisse ergab sich für die KESB einerseits, dass die Eltern zwar beidseits erziehungsfähig sind, jedoch andererseits die für die Einräumung der alternierenden Obhut vorausgesetzte Fähigkeit und Bereitschaft in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren mangelhaft ist, weshalb einstweilen die Mediation

angeordnet wurde, um den Eltern die Möglichkeit einzuräumen, sich in diesem zentralen Punkt anzunähern. Das Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die KESB also nicht nur aufgrund der Wohnsituation von der Einräumung der alternierenden Obhut abgesehen, sondern auch und wohl hauptsächlich wegen der fehlenden notwendigen Kooperationsfähigkeit der Eltern der schulpflichtigen Betroffenen. Überdies hat die KESB aufgrund der "derzeit" ungeklärten Wohnsituation des Beschwerdeführers von der umgehenden Anordnung der alternierenden Obhut abgesehen. Aufgrund der Aktenlage ist diese Schlussfolgerung nicht zu beanstanden. Die Wohnsituation des Beschwerdeführers, insbesondere auch in Bezug auf die Betroffene, ist nicht eindeutig und im Detail geklärt. Die Betroffene konnte jedenfalls im vorinstanzlichen Verfahren nicht angeben, ob sie beim Vater ein eigenes Zimmer habe. Ungeklärt sind etwa auch die Fragen, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer die bisherige Familienwohnung, die offenbar in der Nähe der Wohnung der Beschwerdegegnerin 1 liegt, aufgegeben hat und er mit den beiden Kindern bei seiner Schwester untergekommen ist. Unklar ist zudem die Dauer dieser Wohnsituation. Aus den Vorakten ergibt sich zwar, dass der Beschwerdeführer einen baldigen Umzug in den Raum stellt, jedoch auch diesbezüglich vage blieb. Selbst im Beschwerdeverfahren hat er die offene Frage der Wohnsituation in keiner Weise erhellt. Somit ist nach wie vor davon auszugehen, dass er bei seiner Schwester lebt, zusammen mit dem Halbbruder der Betroffenen, jedoch nach wie vor ungeklärt ist, ob diese vier Personen in der Wohnung je ein Zimmer für sich haben oder nicht. Ebenso bleibt unklar, ob der Beschwerdeführer in Zukunft eine Wohnung bezieht, die distanzmässig die Ausübung der alternierenden Obhut zulässt.

19■22

Aufgrund dieser Umstände war es der KESB gar nicht möglich, einen definitiven Entscheid über die beantragte alternierende Obhut zu treffen, jedenfalls nicht im Sinne einer Gutheissung. Dabei ist noch einmal hervorzuheben, dass weder die KESB noch ein Gericht gestützt auf einen Antrag eines Elternteils allein unbesehen die alternierende Obhut einräumen dürfen. Die Behörde hat, wie vorstehend ausgeführt, gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht (siehe vorstehend E. 4.3.2, BGE 142 III 612. E. 4.2). Es bedarf mithin entsprechender Abklärungen.

E. 4.5.3

Aus denselben Gründen war es folglich auch nicht angezeigt, die vom Beschwerdeführer beantragte alternierende Obhut bzw. ein exakt hälftiges Betreuungsrecht bereits als vorsorgliche Massnahme anzuordnen, wie er nun beantragt.

Kommt hinzu, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer auch nicht das minimale Besuchsrecht gemäss Elternvereinbarung von jedem zweiten Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 20.00 Uhr, und zwei Wochen Ferien einräumte. Das vorsorglich angeordnete Kontaktrecht umfasst jedes zweite Wochenende von Freitag-Nachmittag bis Montag-Morgen und zudem wöchentlich den Mittwoch-Mittag bis Donnerstag-Morgen. Dies entspricht mindestens 10 Übernachtungen pro Monat beim Beschwerdeführer und umfasst auch sämtliche freien Mittwochnachmittage der Betroffenen. Dies stellt nicht nur "sporadische" Möglichkeiten dar, um mit der Betroffenen Zeit zu verbringen und die Aufrechterhaltung der gelebten Vater-Tochter-Beziehung bleibt weiterhin möglich. Dies

gilt auch unter Einbezug der vorsorglichen Ferienregelung durch die Vorinstanz, nämlich, dass Vater und Tochter berechtigt sind, die zweite Osterferienwoche sowie die ersten drei Sommerferienwochen gemeinsam verbringen zu können. Dabei handelt es sich nicht um Minimallösungen. Damit hat die Vorinstanz auch den im Zeitpunkt ihrer Anhörung vom 18. Februar 2021 geäusserten Wunsch der Betroffenen, "mehr beim Papi" zu sein, mitberücksichtigt.

Das von der Vorinstanz als vorsorgliche Massnahme eingeräumte Kontaktrecht zwischen dem Beschwerdeführer und der Betroffenen ist umfangmässig angemessen.

20■22

E. 4.6

Die Rügen des Beschwerdeführers sind unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 5

Der Beschwerdeführer beantragt in Ziffer 2 seiner Anträge, dass die Betroffene für die Dauer des Verfahrens vor Vorinstanz unter die alternierende Obhut der Eltern zu stellen und die Betreuung antragsgemäss aufzuteilen sei. Nachdem er in Ziffer 1 seiner Anträge die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung zur Neuurteilung verlangt, scheint nicht ganz eindeutig, ob er nun einen kassatorischen oder einen reformatorischen Entscheid der Beschwerdeinstanz beantragt, zumal er keine Eventualbegehren stellt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich jedoch ohnehin, dass die durch die Vorinstanz angeordneten Massnahmen bzw. die Weisung zur Mediation vollumfänglich geschützt werden. Somit ist weder der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und zur Neuurteilung zurückzuweisen, noch durch die Beschwerdeinstanz zu verfügen, dass die Betroffene für die Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens unter die alternierende Obhut im beantragten Umfang zu stellen sei.

Die Beschwerde ist folglich vollumfänglich abzuweisen.

E. 6.1

Die Kosten des Verwaltungsverfahrens umfassen die amtlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die Parteientschädigung (Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 115 VRG [Verwaltungsrechtspflegegesetz; NG 265.1]). Gemäss Art. 122 Abs. 1 VRG hat eine Partei die amtlichen Kosten im Rechtsmittelverfahren zu tragen, wenn sie unterliegt, auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten wurde oder wenn sie das Rechtsmittel zurückgezogen hat. In vorliegendem Verfahren unterliegt der Beschwerdeführer vollumfänglich, womit er die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

E. 6.2

Der Gebührenrahmen für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren beträgt Fr. 100.– bis Fr. 7'000.– (Art. 17 PKoG [Prozesskostengesetz; NG 261.2]). Die Entscheidgebühr des

21■22

Verwaltungsgerichts wird vorliegend gestützt auf Art. 2 PKoG auf Fr. 1'500.– festgesetzt, inklusive die Gebühren für die Verfügung vom 31. März 2021 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren (P 21 5).

Der kostenpflichtige Beschwerdeführer hat diesen Betrag innert 30 Tagen an die Gerichtskasse Nidwalden zu bezahlen.

E. 6.3

Im Verfahren vor Verwaltungsgericht ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen (Art. 123 Abs. 2 VRG). Die Beschwerdegegnerin 1 gilt vorliegend als obsiegende Partei, womit ihr eine Parteientschädigung zusteht.

Die Entschädigung einer Partei, die nicht berufsmässig vertreten ist, umfasst eine angemessene Umtriebsentschädigung, insbesondere für den Arbeitsaufwand und das notwendige Erscheinen vor einer Instanz, sowie der Ersatz der notwendigen Auslagen (Art. 30 PKoG). Gestützt darauf wird die Entschädigung der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin 1 auf Fr. 200.00 festgesetzt. Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 1 diesen Betrag zu bezahlen.

22■22

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