

OW_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 2 vom 31. Januar 2008

OW Obergericht, 2008-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR 2008_09 Nr. 2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2008_09_Nr.2)

FR: OW_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 2 du 31 janvier 2008

IT: OW_GERICHTE AbR 2008/09 Nr. 2 del 31 gennaio 2008

Regeste

AbR 2008/09 Nr. 2, S. 50: Art. 146 ZGB Voraussetzungen für die Bestellung eines sog. Kinderanwalts gemäss Art. 146 ZGB (E. 3). Art. 133 ZGB Die elterliche Sorge kann im Scheidungsverfahren einem Ehegatten vorbehaltlos übertragen werden, au

Volltext

AbR 2008/09 Nr. 2, S. 50: Art. 146 ZGB Voraussetzungen für die Bestellung eines sog. Kinderanwalts gemäss Art. 146 ZGB (E. 3). Art. 133 ZGB Die elterliche Sorge kann im Scheidungsverfahren einem Ehegatten vorbehaltlos übertragen werden, auch wenn er zu erkennen gibt, dass er zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Kind ins Ausland ziehen will (E. 5). Entscheid des Obergerichts vom 31. Januar 2008 Aus den Erwägungen: 3.a) In seiner Appellation vom 22. November 2006 verlangte der Beklagte, es sei der Tochter X. ein sogenannter Kinderanwalt gemäss Art. 146 ZGB zu bestellen. In der Appellationsbegründung vom 31. Januar 2007 zog er diesen Antrag zurück, um ihn mit Eingabe vom 10. Juli 2007 erneut zu stellen. Er beantragte, es sei vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 146 ZGB gegeben seien. b) Gestützt auf die Officialmaxime sind die Voraussetzungen von Art. 146 ZGB trotz des entsprechenden Rückzugs in der Appellationsbegründung zu prüfen. Gemäss Art. 146 ZGB ordnet das Gericht aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand an (Abs. 1). Es prüft die Anordnung der Beistandschaft insbesondere dann, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Abs. 2 Ziff. 1). Art. 146 Abs. 1 ZGB beinhaltet eine Generalklausel, deren inhaltliche Konkretisierung bewusst dem Gericht überlassen worden ist. Für die Frage, was als "wichtiger Grund" zu gelten hat, liefern die in Art. 146 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB angeführten besonderen Fälle Anhaltspunkte, wobei durch das Wort "insbesondere" klar wird, dass diese Aufzählung lediglich exemplarischen Charakter hat. Ein wichtiger Grund kann daher auch ohne weiteres vorliegen, wenn keiner der Fälle von Art. 146 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB erfüllt ist. Zu denken ist insbesondere an den Fall, in welchem ein Elternteil die Einsetzung einer Kindesvertretung beantragt und begründet. Liegt ein wichtiger Grund vor, hat das Gericht die Vertretung anzuordnen, unabhängig vom Alter des betroffenen Kindes (Jonas Schweighauser, in: FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 15 ff. zu Art. 146 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 15 zu Art. 146/147 ZGB, jeweils mit Hinweisen). Unterschiedliche Anträge der Eltern werden wohl den häufigsten Anwendungsfall der Kindesvertretung darstellen. Dabei dürfte vor allem die Entscheidung darüber praktische Probleme aufwerfen, was als "wichtige Frage des persönlichen Verkehrs" zu qualifizieren sei. Subjektiv wird für die Betroffenen jede umstrittene Besuchsrechtsfrage wichtig sein. Massgebend dürfte hingegen ein objektiverer Massstab sein: Die Kindesvertretung ist nur dann anzuordnen, wenn die Besuchsrechtsstreitigkeit von derartiger Intensität ist, dass auch

nach allgemeinen Kriterien von einem schweren Fall gesprochen werden muss. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das Besuchsrecht überhaupt verweigert oder entzogen wird oder auf Antrag eines Elternteils derart eingeschränkt werden soll, dass das übliche Mass erheblich unterschritten wird (Schweighauser, a.a.O., N. 18 zu Art. 146 ZGB, mit Hinweisen). c) Die Vorinstanz sprach dem Beklagten einerseits ein ausgedehntes Wochenendbesuchsrecht, andererseits ein grosszügiges Ferien- sowie Feiertagsbesuchsrecht zu, welches bis anhin bereits in diesem Rahmen praktiziert wurde. Vorliegend streitig bleibt einzig das Besuchsrecht am 15. August, der Beginn des Wochenendbesuchsrechts am Freitagabend sowie ein zusätzliches Besuchsrecht an einem Abend unter der Woche. Es kann nicht davon die Rede sein, dass das Besuchsrecht verweigert oder gar entzogen oder dass das übliche Mass erheblich unterschritten würde. Auch in Anbetracht einer allfälligen Begründung des Wohnsitzes ausserhalb der Schweiz ist davon nicht auszugehen. Zudem begründet der Beklagte die beantragte Kindesvertretung nicht weiter, sondern weist lediglich in pauschaler Weise auf eine Verletzung der UN-Kinderrechtskonvention hin. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, welche die Beigabe eines Kindervertreters rechtfertigen würden. ... 5.a) In Bezug auf die elterliche Sorge beantragt der Beklagte, diese sei der Klägerin unter dem Vorbehalt zu übertragen, dass sie ihm mindestens ein halbes Jahr im Voraus anzuzeigen habe, falls sie mit der gemeinsamen Tochter auszuwandern bzw. den Wohnsitz ins Ausland zu verlegen beabsichtige. Diesfalls sei vor dem Wohnsitzwechsel über das Sorgerecht neu zu befinden und eine neue Besuchsrechtsregelung zu vereinbaren oder durch das zuständige Gericht bzw. die zuständige Vormundschaftsbehörde festlegen zu lassen. Mit der Mitteilung der geplanten Wohnsitzverlegung habe die Klägerin Pass und ID von ihr und der gemeinsamen Tochter zu hinterlegen, bis zwischen den Parteien eine entsprechende Einigung erzielt worden sei oder aber ein rechtskräftiger Entscheid vorliege. Dem hält die Klägerin entgegen, es sei offensichtlich unstrittig, dass Tochter X. unter ihre elterliche Sorge gestellt werde. Etwas anderes wäre aufgrund des Umstandes, dass sich X. seit der Trennung der Parteien im Jahre 2002 unter ihrer Obhut befinde und sich bei ihr offensichtlich geborgen fühle, schlichtweg nicht nachvollziehbar. Das Sorgerecht beinhalte aber auch, dass sie den Wohnsitz des Kindes bestimmen könne. Das Recht des sorgeberechtigten Elternteils, den Aufenthaltsort zu bestimmen und sein Recht auf Lebensgestaltung würden dem Anspruch des besuchsberechtigten Elternteils auf ungehinderte Ausübung des persönlichen Verkehrs vorgehen. Selbst ein Wegzug ins Ausland, der die Ausübung des Besuchsrechts erschwere oder beeinträchtige, sei zulässig. Soweit notwendig, sei in einem solchen Fall die Besuchsrechtsregelung an die neuen Umstände anzupassen. Sie bestreite nicht, dass sie sich mit dem Gedanken trage, zusammen mit Tochter X. in ihre Heimat Holland zurückzukehren. In diesem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass sie, als sie noch zusammenlebten, einen gemeinsamen Umzug nach Holland geplant und diesen fest auf das Jahr 2005, also noch vor der Einschulung von X., terminiert hätten. Lediglich aufgrund der Trennung sei aus dem geplanten gemeinsamen Umzug nach Holland schliesslich nichts geworden. Dies ändere nichts daran, dass sie nach wie vor den Wunsch und das Bedürfnis habe, wieder in ihre angestammte Heimat zurückzukehren. Sie habe in Holland nicht nur ihre Mutter, sondern auch ihre sämtlichen übrigen Verwandten. Auch X. habe aufgrund der häufigen Besuche in Holland zu ihren Verwandten, insbesondere zu ihrer Grossmutter, eine sehr enge Beziehung. Ein allfälliger Umzug wäre somit dem Wohl des Kindes in keiner Art und Weise abträglich. In diesem Zusammenhang sei auch festzustellen, dass Tochter X. neben der deutschen Sprache auch die holländische Sprache perfekt beherrsche. Eine

Einschulung von X. in Holland würde somit keinerlei Probleme bieten. Der Beklagte führt in seiner Eingabe vom 10. Juli 2007 dagegen aus, das Ansinnen und die Taktik der Klägerin sei klar: Sie wolle, offenbar unangekündigt und ohne seinen Miteinbezug, mit der gemeinsamen Tochter nach Holland ziehen. Dies unabhängig vom Kindeswohl und unabhängig davon, ob nachher ein entsprechendes Besuchsrecht überhaupt noch möglich sei. Er wäre dann gezwungen, in Holland eine einigermaßen akzeptable Lösung zu finden. Solange diese nicht gefunden wäre, würde die Klägerin das Besuchsrecht wohl unterbinden. Es gehe keineswegs darum, dass die Klägerin nicht wieder nach Holland zurückkehren könne, falls sie dies wünsche. Es gehe einzig und allein darum, vorgängig im Interesse des Kindes das Besuchsrecht festzulegen. Die Klägerin könne auch ohne Tochter X. nach Holland zurückkehren, falls sie dies unbedingt wolle. Er habe mehrfach darauf hingewiesen, dass er gerne die elterliche Sorge über die Tochter übernehmen würde. Ein geteiltes Sorgerecht lehne die Appellantin ja ab. b) Die Kinderzuteilung ist in Würdigung der gesamten Umstände in jedem Einzelfall so vorzunehmen, dass den Bedürfnissen des Kindes entsprechend seinem Alter, seinen Neigungen und seinem Anspruch auf elterliche Fürsorglichkeit, Zuwendung und Erziehung bestmöglich entsprochen wird. Als für den Entscheid massgebliche Gesichtspunkte stehen daher im Vordergrund die persönlichen Beziehungen der Eltern zum Kind, ihre erzieherischen Fähigkeiten, aber auch ihre Fähigkeit und Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben, es weitgehend "persönlich zu betreuen und zu pflegen". Eine Kontinuität der Umgebung ist vor allem für ältere Kinder wichtig, die bereits zur Schule gehen und sich einen Freundeskreis in ihrer Nähe aufgebaut haben. Die verschiedenen Kriterien sind auf jeden Einzelfall anzuwenden und sorgfältig abzuwägen. Das Gericht kann sich nicht damit begnügen, die elterliche Sorge demjenigen Elternteil zuzuteilen, welcher während der Dauer des Verfahrens obhutsberechtigt war. Die Interessen der Eltern und die emotionalen Widerstände eines Elternteils gegen den andern haben in den Hintergrund zu treten, denn massgebend ist das Kindeswohl. Dennoch ist das Verhältnis zwischen den Eltern bei der Zuteilung der elterlichen Sorge von Bedeutung, ist doch im Zweifelsfall demjenigen Elternteil der Vorzug zu geben, bei welchem "die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen" (anstelle vieler Annatina Wirz, in: FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 2 ff. zu Art. 133 ZGB, mit zahlreichen Hinweisen). c) Obwohl der Beklagte verschiedentlich betont, dass er die elterliche Sorge gerne übernehmen würde, so stellt er diesbezüglich keinen ausdrücklichen Antrag. Vielmehr ist aufgrund seiner ausführlichen Rechtsbegehren in Bezug auf die Ausgestaltung des Besuchsrechts davon auszugehen, dass er mit der Zuteilung an die Klägerin, unter der Voraussetzung, dass diese mit der gemeinsamen Tochter in der Schweiz wohnen bleibt, einverstanden ist. Die Klägerin wohnt nach wie vor in Z. und X. besucht dort die Primarschule. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich daran in nächster Zukunft etwas ändern wird. Ein unmittelbar bevorstehender Umzug, allenfalls auch nach Holland, ist dem Gericht jedenfalls nicht bekannt. Insgesamt ist den Ausführungen des Kantonsgerichts zu den konkreten Umständen zu folgen. X. lebt seit nunmehr sechs Jahren bei der Klägerin. Sie scheint sich an die gelebte Besuchsrechtsregelung gut gewöhnt zu haben und sich sowohl in Z., bei der Klägerin sowie während der Besuchszeiten beim Beklagten wohl zu fühlen. Die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Klägerin würde einer möglichst grossen Kontinuität im Leben von X. entsprechen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb X. aus der gelebten Regelung herausgerissen werden sollte, insbesondere weil der Beklagte die Zuteilung der elterlichen Sorge nur für den Fall beantragt, dass die Klägerin ins Ausland ziehen sollte. Zusammenfassend wird dem

Kindeswohl unter Berücksichtigung der massgebenden Kriterien am besten entsprochen, wenn Tochter X. unter die elterliche Sorge der Klägerin gestellt wird. d) Gestützt auf Art. 134 Abs. 1 ZGB ist auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Vormundschaftsbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Würde die Klägerin tatsächlich nach Holland ziehen, so wäre es dem Beklagten unbenommen, nach Art. 134 Abs. 1 ZGB eine Neuzuteilung zu beantragen. Erst in diesem Zusammenhang wäre auch eine erneute Anhörung von X. sinnvoll. Was eine allfällige Neuzuteilung der elterlichen Sorge anbelangt, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass selbst die Gefahr eines weitgehenden Kontaktabbruchs zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind durch den Wegzug des Kindes mit dem sorgeberechtigten Elternteil allein keine Neuzuteilung verlangt. Anlass dazu könnte der Wegzug hingegen dann sein, wenn das Kind in Zukunft in einem völlig neuen Kulturkreis leben sollte, der eine starke Veränderung der Lebensweise mit sich brächte (Wirz, a.a.O., N. 17 zu Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB, mit Hinweisen). Eine Neuzuteilung könnte indessen aufgrund einer Verletzung der Loyalitätspflicht seitens des sorgeberechtigten Elternteils geboten sein. Sie müsste jedoch in jedem Fall in Übereinstimmung mit dem Wohl des Kindes stattfinden. Die Loyalitätspflicht verbietet dem sorgeberechtigten Elternteil nicht, den Wohnort zu wechseln. Das Recht des sorgeberechtigten Elternteils, den Aufenthaltsort zu bestimmen und sein Recht auf Lebensgestaltung gehen dem Anspruch des besuchsberechtigten Elternteils auf ungehinderte Ausübung des persönlichen Verkehrs grundsätzlich vor. Soweit notwendig, ist die Besuchsregelung an die neuen Umstände anzupassen (Wirz, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 274 ZGB, mit Hinweisen). e) Was den Antrag auf Hinterlegung von Pass und ID bei Mitteilung der geplanten Wohnsitzverlegung anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass Massnahmen wie die Hinterlegung von Pass und ID im Fall einer drohenden Entführung durch den Besuchsberechtigten getroffen werden. Die bloss abstrakte Gefahr einer Entführung genügt für den Erlass von Auflagen aber ohnehin nicht (Wirz, a.a.O., N. 32a zu Art. 273 ZGB). Vorliegend steht in Abweichung von dieser Konstellation der allfällige Wegzug der Inhaberin der elterlichen Sorge zur Debatte. Den Ausführungen der Klägerin ist kein Ansinnen zu entnehmen, das ein treuwidriges Vorgehen, beispielsweise eine heimliche Wohnsitzverlegung, vermuten liesse. Dabei gilt es ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Inhaberin der elterlichen Sorge ein Wohnortwechsel, auch ins Ausland, nicht zu verbieten ist (BGE 115 II 319, 101 II 202). Es liegen zudem keinerlei Anhaltspunkte vor, die annehmen liessen, dass die Klägerin dem Beklagten das Besuchsrecht gänzlich entziehen möchte. Es ist deshalb von der beantragten Massnahme abzusehen. Im Hinblick auf die Informationspflicht gemäss Art. 275a ZGB ist die Klägerin allerdings darauf aufmerksam zu machen, dass es sich bei einer allfälligen Auswanderung nach Holland um ein wichtiges Ereignis im Leben von X. handelte, weshalb der Beklagte rechtzeitig zu informieren und anzuhören wäre. Da es sich hierbei um eine gesetzliche Pflicht handelt, erübrigt sich jedoch eine entsprechende Anordnung im Urteilsdispositiv, weshalb auch dieser Antrag abzuweisen ist. [vgl. nun auch Urteil des Bundesgerichts 5D_171/2009 vom 1. Juni 2010]. de| fr | it Schlagworte kind beklagter eltern persönlicher verkehr umstände neuzuteilung entscheid wichtiger grund Kindeswohl wohnsitz obhut ausführung frage leben sprache Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.133 ZGB: Art.133 Art.134 Art.146 Art.147 Art.273 Art.274 Art.275a Art.315a Weitere Urteile BGer 5D_171/2009 Leitentscheide BGE 115-II-317 S.319 101-II-200 S.202 AbR 2008/09 Nr. 2

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