

SO_GERICHTE ZKBER.2021.58 vom 18. Januar 2022

SO Obergericht, 2022-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2021.58

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2021.58 du 18 janvier 2022

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2021.58 del 18 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit 2017 zum zweiten Mal verheiratet. Der (ersten) Ehe ist die gemeinsame Tochter C.____, geb. 2011, entsprossen. Kurz nach der Geburt der Tochter trennten sich die Parteien und liessen sich scheiden. Einige Jahre später näherten sie sich wieder an und heirateten 2017 erneut. Im gemeinsamen Haushalt lebt auch der voreheliche Sohn der Ehefrau, D.____, geb. 2004. Bis zum Jahr 2018 lebte die Familie in [...], wo beide Ehegatten heimatberechtigt sind. Der Berufungskläger hatte bereits seine Kindheit und die Jugendzeit in der Schweiz verbracht und ist mit den hiesigen Verhältnissen vertraut, während die Ehefrau erst seit 2018 in der Schweiz lebt. Am 5. Februar 2020 leitete die Ehefrau beim zuständigen Richteramt Solothurn-Lebern das Eheschutzverfahren ein. Seit dem 7. Februar 2021 leben die Parteien effektiv getrennt.

E. 1.1

Es sei C.____, geb. 2011, für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die elterliche Obhut des Kindsvaters zu stellen.

E. 1.2

Es sei der Kindsmutter und C.____ ein Kontaktrecht wie folgt zu gewähren: Phase 1 Beginnend ab sofort bis 31.10.2021: Die Kindsmutter betreut C.____ jeden Sonntag, jeweils von 9.30 Uhr bis 17.00 Uhr Phase 2 Ab dem 1.11.2021: Die Kindsmutter betreut C.____ jeden Sonntag, jeweils von 9.30 Uhr bis Montagmorgen Schulbeginn.

E. 1.3

Bei der Ausübung des Kontaktrechts ist C.____ Wünschen und Bedürfnissen Rechnung zu tragen. 2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten. 3. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen, und zwar sowohl für die Prozess- als auch für die Parteikosten, unter Beiordnung der Unterzeichnenden als amtliche Rechtsanwältin ab dem Zeitpunkt der Mandatserteilung.

E. 2

Am 2. Juli 2021 erliess die Amtsgerichtspräsidentin soweit angefochten folgende Verfügung:

E. 3

Dagegen erhob der Ehemann (im Folgenden auch Berufungskläger und Vater) am 20. August 2021 form- und fristgerecht Berufung. Er stellt die folgenden Anträge:

1. Es seien die Ziffern 1 und 2 des Entscheides des Richteramtes Solothurn-Lebern vom 02.07.2021 aufzuheben, und stattdessen sei wie folgt zu entscheiden:

E. 4

Die Ehefrau (im Folgenden auch Berufungsbeklagte und Mutter) liess sich am 3. September 2021 ebenfalls frist- und formgerecht vernehmen. Sie stellt die folgenden Anträge:

E. 4.1

In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist. Es gilt das Rügeprinzip (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1, vgl. auch Pra 2013 Nr. 4). Die Partei, die ein Rechtsmittel einlegt, muss die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Begründung darlegen. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung.

E. 4.2

In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, beziehungsweise an einem der genannten Mängel leidet (Art. 311 ZPO). Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Dabei kann er sich nicht auf allgemeine Kritik am vorinstanzlichen Urteil beschränken. Er muss die von ihm kritisierten Passagen des Entscheids wie auch die Dossierunterlagen, auf die er seine Kritik stützt, genau bezeichnen. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht. Davon ist er auch in Fällen, in denen die Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt, nicht befreit. Fehlt die Begründung ganz, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Es genügt auch nicht, dass in der Berufung allgemein angebliche Fehler des vorinstanzlichen Entscheids aufgelistet und diese pauschal gerügt werden. Vielmehr muss für die Rechtsmittelinstanz verständlich und nachvollziehbar dargelegt werden, welche vorinstanzlichen Fehler mit welchem Rügegrund angefochten werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich ■ abgesehen von offensichtlichen Mängeln ■ grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

Diesen Erfordernissen genügt die Berufung nur teilweise, worauf im Folgenden einzugehen ist.

5. Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Eheschutzverfahren gelten grundsätzlich dieselben Kriterien wie im Scheidungsfall. Das Wohl des Kindes hat Vorrang vor allen übrigen Überlegungen, insbesondere auch vor den Wünschen der Eltern. Vorab ist die Erziehungsfähigkeit zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind nach bisheriger Praxis vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen

Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht betont, dass grundsätzlich von der Gleichwertigkeit von persönlicher Betreuung und Drittbetreuung auszugehen sei (Urteil des Bundesgerichts 5A_384/2018 E. 4), was dieses Kriterium relativiert. Erfüllen beide Elternteile die Voraussetzungen ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem andern in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten. Wesentlich sein kann ferner der Grundsatz, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen. Ist aber bei Geschwistern, zum Beispiel aufgrund eines Altersunterschiedes, von unterschiedlichen Bedürfnissen und insbesondere von verschiedenen emotionalen Bindungen und Wünschen auszugehen, steht einer Trennung der Kinder nichts entgegen (Urteile des Bundesgerichts 5A_236/239/2016 vom 15. Januar 2018 E. 4.1; 5A_453/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.1; 5A_444/2008 vom 14. August 2008 E. 3.1 und 3.6; 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013 E. 6.4.2; vgl. auch BGE 142 III 612 E. 4.3 und

E. 4.4

S. 615 f.).

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gemäss Art. 273 Abs. 1 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (vgl. dazu BGE 123 III 445 E. 3 S. 450 ff.; 120 II 229 E. 3 S. 232; 119 II 201 E. 3 S. 204; 111 II 405 E. 3 S. 407). Dabei haben Vater und Mutter alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert (Art. 274 Abs. 1 ZGB). Das Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr steht Eltern und Kindern um ihrer Persönlichkeit willen zu (BB1 1974 II 52; BGE 119 II 201 E. 3 S. 204). In erster Linie dient das Besuchsrecht indessen dem Interesse des Kindes. Bei dessen Festsetzung geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 122 III 404 E. 3a S. 406 f. mit Hinweisen).

E. 5

Die Streitsache ist spruchreif. Gestützt auf Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) kann darüber ohne Durchführung einer Verhandlung aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen des Vorderrichters wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

II.

1. Die Vorderrichterin hat die angefochtene Verfügung damit begründet, dass sich die Ehegatten vor der effektiven Trennung nach übereinstimmenden Angaben sämtlicher Familienmitglieder häufig massiv gestritten hätten. Sie gäben an, dass die Konflikte bereits in [...] begonnen hätten. Die Tochter wünschte sich, dass die Eltern weniger Streit hätten. Ausserdem habe sie angegeben, sie glaube, dass getrennte Wohnungen der Eltern auch zu weniger Streit führen würde. Sie habe die Schulsozialarbeit in Anspruch genommen, um mit der Situation der streitenden Eltern zurechtzukommen. Offenbar würden die Kinder in den Streit der Eltern einbezogen und müssten Stellung beziehen. Die Tochter sage, sie sei

von der Mutter häufig z.B. auf die Backe geschlagen worden. Das werde von ihrem Halbbruder bestritten. Hingegen berichte er von einer übermässig lauten verbalen Reaktion der Mutter, wenn die Schwester beim Spielen übertreibe. Auch der Ehemann behaupte nicht, dass die Mutter die Tochter schlage. Seit dem 21./22. März 2021 habe C.____ keinen Kontakt mehr zur Mutter gehabt.

Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass das Kindeswohl von C.____ vor der Trennung der Parteien durch das Miterleben des elterlichen Konflikts belastet gewesen sei. Durch den Auszug der Mutter aus der ehelichen Wohnung sei dieses Themenfeld etwas entschärft worden. Dennoch sei von einem chronifizierten Konflikt der Eltern auszugehen. Auch müsse betont werden, dass die Umsetzung der Betreuungsregelung ein Mindestmass von Kommunikation und Kooperation zwischen den Eltern voraussetze. Der derzeit fehlende Kontakt zwischen Tochter und Mutter stelle eine ernste Gefahr für das Kindeswohl der Tochter dar. Es bestehe ein Handlungsbedarf, ohne dass die Möglichkeit einer Einigung der Eltern vorhanden sei.

Die Parteien hätten vor der Trennung ein konservatives Familienmodell gelebt. Die Mutter sei mehrheitlich für die Kinderbetreuung zuständig gewesen. C.____ habe sich gewünscht, nach der Trennung beim Vater zu bleiben, da dieser besser integriert sei und deutsch spreche. Der Loyalitätskonflikt der Tochter führe zu einer grösseren Abhängigkeit von ihm. Das müsse bei ihren Aussagen berücksichtigt werden. Wichtig sei auch, dass sich die Tochter immer den Kontakt zur Mutter gewünscht habe. Die Regelung des Kontaktrechts zwischen Mutter und Tochter wirke im jetzigen Stadium präventiv, zumal eine grosse Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sich der Konflikt zwischen den Eltern in nächster Zeit nicht beilegen lasse. Mit der Regelung solle Struktur in die Situation gebracht werden. Die Parteien scheinten nicht in der Lage zu sein, den Paarkonflikt von ihrer Beziehung zu den Kindern (Tochter und Sohn/Stiefsohn) zu separieren. Im Gegenteil, es werde vor den Kindern gestritten und diese in den Konflikt einbezogen. Es bestünden erhebliche Zweifel an den elterlichen Bemühungen zur Beilegung ihres Streits.

Die Besuchsbeistandschaft für die Tochter bilde nur einen, wenn auch einen praktisch bedeutsamen Aspekt zur Bewältigung der Trennung von Kind und Eltern. Sie solle der Umsetzung der Betreuungsregelung dienen. Durch die Vermittlung und Überwachung durch eine Drittperson solle eine Beruhigung der Situation zwischen den Eltern sowie deren Auswirkung auf das Kindeswohl erzielt werden. Die Massnahme sei notwendig, da die Eltern bis anhin nichts unternommen hätten, um den fehlenden Kontakt zwischen Mutter und Tochter zu installieren.

2. Der Berufungskläger macht berufsungsweise geltend, die Familie habe bis 2018 in [...] gelebt. Obwohl die Tochter nach ihrer (ersten) Scheidung der Mutter zugeteilt worden sei, habe sie bereits als Baby und Kleinkind mehr als die Hälfte der Zeit bei ihm verbracht. 2017 hätten sie erneut geheiratet und seien in der Folge in die Schweiz gekommen, weil es in [...] u.a. mit der Familie der Ehefrau Probleme gegeben habe. Er habe hier eine Stelle als [...] angenommen, habe diese aber Ende September 2019 aus gesundheitlichen Gründen aufgeben müssen. Die Ehefrau habe sich anfangs geweigert, eine Arbeit zu suchen, was zu grösseren Spannungen zwischen ihnen geführt habe. Ab Herbst 2019 habe sie einige Stellen in der Reinigung annehmen können, die aber aufgrund der Pandemie gekündigt worden seien. Seit Herbst 2020 arbeite sie wieder. Als Folge der ehelichen Spannungen habe sich die Ehefrau immer mehr von der Familie zurückgezogen, so dass er sich mehrheitlich um die Kinder gekümmert habe.

Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 19. August 2020 hätten beide Ehegatten die Obhut über die Tochter beantragt. Nachdem beide im Rahmen der Parteibefragung angehört worden seien, sei bei der [...] ein Abklärungsbericht in Auftrag gegeben worden. Die Referentin habe C.____ und ihren Bruder angehört. Die Tochter habe ausgesagt, dass sie dem Vater näherstehe und bei ihm wohnen wolle. Die Sozialarbeiterin sei letztlich zum Schluss gekommen, dass beide Elternteile Einschränkungen in der Erziehungsfähigkeit hätten. Bei der Mutter äussere sich das dadurch, dass sie Überreaktionen zeige und C.____ laut anschreie. Beim Vater bestehe die Einschränkung darin, dass er gute Noten der Kinder mit Geld belohne. Völlig unverständlich sei, dass die Referentin dennoch zum Schluss gekommen sei, dass beide Eltern gleichermaßen erziehungsfähig seien und empfohlen habe, die Obhut über die Tochter bei der Mutter zu belassen. Obwohl eine alternierende Obhut ausdrücklich nicht empfohlen worden sei, laufe die vorgeschlagene Regelung auf eine solche hinaus, womit der Bericht widersprüchlich sei. Anlässlich der Anhörung habe die Tochter bei der Gerichtspräsidentin deponiert, dass sie beim Vater bleiben wolle, da sie ohnehin die meiste Zeit mit ihm verbringe. Die Amtsgerichtspräsidentin habe die Parteien auch gefragt, wie sie zur Errichtung einer Beistandschaft stünden, was von ihm begrüsst, von der Kindsmutter aber abgelehnt worden sei.

Nachdem es am 5. Januar und am 7. Februar 2021 zu erheblichen Tötlichkeiten der Mutter gegenüber dem Kindsvater gekommen sei, wobei beim zweiten Vorfall auch der Sohn D.____ involviert gewesen sei, sei die Ehefrau, ohne den Ehemann oder die Kinder zu informieren, aus der ehelichen Wohnung ausgezogen. Der Sohn verweigere seither jeglichen Kontakt mit der Mutter. C.____ habe die Mutter am Wochenende vom 20./21. März 2021 besucht, um die neue Wohnung zu sehen. Anschliessend habe sie noch gelegentlichen Kontakt mit der Mutter über WhatsApp gehabt, was dann abgebrochen sei. Obwohl er sie dazu auffordere, verweigere die Tochter weiteren Kontakt mit der Mutter.

Mit Antrag vom 23. April 2021 habe die Berufungsbeklagte um eine vorsorgliche Kontaktregelung ersucht, wobei sie tatsachenwidrig behauptet habe, er unterbinde den Kontakt der Kinder zu ihr. Da es sich um eine neue Situation handle, habe er um eine ergänzende Abklärung ersucht. Am 04. Juni 2021 habe [...] dem Gericht einen Ergänzungsbericht zugestellt, wofür sie weder mit den Parteien noch mit den Kindern gesprochen habe und empfehle nun eine egalitäre Betreuung der Tochter, die einer alternierenden Obhut gleichkomme, wobei C.____ drei bis vier Mal wöchentlich von einem Elternteil zum anderen wechseln solle. Im Übrigen habe sie den schrittweisen Aufbau des Kontakts zwischen Mutter und Tochter sowie die Errichtung einer Beistandschaft empfohlen.

Im Anschluss an die vorinstanzliche Verfügung habe die Berufungsbeklagte am 20. Juli 2021 ein Vollstreckungsgesuch eingereicht und ausgeführt, dass er sich der Anordnung widersetze. Der letzte Kontakt zwischen Mutter und Tochter habe am 13. August 2021 stattgefunden. Dieser habe nur kurz gedauert, da die Mutter zur Arbeit gehen müssen. Seither habe sich diese nur noch über WhatsApp gemeldet.

Es treffe grundsätzlich zu, dass bei einer Gefährdung des Kindeswohls eingeschritten werden müsse. Die Vorderrichterin habe jedoch ungenügend berücksichtigt, dass die Situation vorliegend durch den Auszug der Kindsmutter aus der ehelichen Wohnung bereits erheblich entschärft worden sei. Die Tochter habe seither auf eigenen Wunsch keinen Kontakt mit der Mutter. Seit der räumlichen Trennung von der Mutter gehe es ihr gut, ausser wenn sie von dieser unter Druck gesetzt werde. Eine Annäherung finde statt, nur

langsamer und so, wie es dem Wohl der Tochter entspreche. Er stelle sich nicht grundsätzlich gegen Massnahmen, mit denen diese unterstützt werden solle. Die KESB habe eine Beiständin eingesetzt. Ein Kontakt habe bisher noch nicht stattgefunden. Indem die Vorderrichterin davon ausgegangen sei, dass der Kontaktabbruch zwischen Tochter und Mutter bereits eine Gefährdung darstelle, die vorsorgliche Massnahmen erfordere, obwohl das Eheschutzverfahren kurz vor dem Abschluss stehe und sie die Massnahmen so festgelegt habe, dass ein langsamer Beziehungsaufbau gar nicht möglich sei, habe sie den Sachverhalt falsch festgestellt und das Recht falsch angewandt.

Völlig falsch sei die Ausführung, dass die Parteien ein «konservatives Familienmodell» gewählt hätten, indem die Mutter mehrheitlich für die Betreuung der Kinder zuständig gewesen sei. Die Familie habe bis 2016 getrennt gelebt. Die Ehegatten hätten beide gearbeitet und die Tochter je hälftig betreut. Der Kindsvater sei auch nach dem Umzug in die Schweiz davon ausgegangen, dass sich die Kindsmutter eine Stelle suchen werde, was sie dann fast zwei Jahre unterlassen habe. Trotzdem habe er sich abends nach der Arbeit um den Haushalt und die Kinder gekümmert. Seit September 2019 sei er arbeitslos und damit mehrheitlich zu Hause, wodurch er den grössten Teil der Betreuungsarbeit übernommen habe. Dies gehe auch klar aus der Parteibefragung an der Eheschutzverhandlung vom 19. August 2020 hervor. Die Kindsmutter habe zu der Zeit, als er arbeitslos geworden sei, eine Stelle angetreten. Sie habe ihre Erwerbstätigkeit dann pandemiebedingt unterbrechen müssen, habe aber im Herbst 2020 die Arbeit wieder aufgenommen. Von einer gemeinsam gewählten, konservativen Familienkonstellation könne daher keine Rede sein.

Es treffe zu, dass er besser in der Schweiz integriert sei als die Kindsmutter und auch besser deutsch spreche. Daraus könne jedoch nicht auf einen Loyalitätskonflikt der Tochter geschlossen werden. Die engere Beziehung von C.____ zu ihm rühre daher, dass er sich eben auch in der Zeit ihres Zusammenlebens um sie gekümmert habe. Er habe ihr die Mahlzeiten zubereitet, mit ihr gegessen und abends oder am Wochenende mit ihr und ihrem Bruder Ausflüge und Spaziergänge unternommen, während die Mutter meistens zu Hause geblieben sei. Auch während des Lockdowns habe er die Kinder nicht nur inhaltlich unterstützt, sondern auch dafür gesorgt, dass sie pünktlich zu Terminen gegangen und ihre Aufgaben erledigt hätten. Diese Betreuungsarbeit sei weder an eine gute Integration noch an Deutschkenntnisse geknüpft und hätte ohne weiteres auch von der Mutter erledigt werden können. Die emotionalen Ausraster der Mutter hätten das Übrige dazu getan, dass sich die Kinder verständlicherweise vermehrt dem Vater zugewandt hätten. Anzunehmen, dass die enge Beziehung zwischen Vater und Kindern nur aus einer Abhängigkeit herrühre, sei daher falsch. Es treffe nicht zu, dass die Weigerung der Tochter, zur Mutter zu gehen, mit der Haltung des Vaters zusammenhänge. Vielmehr habe er versucht, die Tochter zu motivieren. Er habe stets versucht, die Annäherung zur Mutter voranzutreiben. Stattdessen habe das Verhalten der Mutter die Tochter weiter verunsichert. Gerade hier wäre es sinnvoll, wenn eine Beistandsperson die Vermittlung übernehmen könnte, anstatt Zwang auf C.____ ausüben zu wollen.

Richtigerweise halte die Vorinstanz fest, dass es für C.____ Selbstwirksamkeitserfahrung wichtig sei, dass sie nach ihren Wünschen gefragt werde und diese ernst genommen würden. Die Betreuungsregelung erfülle dieses Kriterium nicht. Sie habe wiederholt ausgesagt, dass sie mehrheitlich beim Vater leben wolle. Langfristig wäre ein angemessener Kontakt zwischen Tochter und Mutter wünschenswert. Dagegen habe er sich nie ausgesprochen. Weshalb seine diesbezüglichen Aussagen gegenstandslos seien, werde nicht

ausgeführt. Aus dem Umstand, dass die Tochter die Mutter nicht sehen wolle, könne nicht geschlossen werden, dass er sie auf irgendeine Weise beeinflusst habe. Im Gegenteil, es sei allgemein anerkannt, dass das Entfremdungssyndrom im Trennungsverfahren nicht anzunehmen sei. Er sei der Ansicht, dass beide Kinder Kontakt zu ihrer Mutter haben sollten. Jedoch seien bei der Betreuungsregelung die konkreten Umstände als auch der Wille von C.____ zu beachten. Es sei völlig unverhältnismässig, nach einem Beziehungsabbruch von immerhin 5 Monaten und einer derart starken Verweigerung des Kindes, eine alternierende Obhut einzuführen. Hinzu komme, dass der Betreuungswechsel mit dem Schulanfang zusammengefallen wäre.

Die Voraussetzung für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei u.a. die Dringlichkeit. Es stelle sich ganz allgemein die Frage, ob dies hier der Fall sei. Wenn überhaupt bestehe das Erfordernis darin, den Kontakt zwischen Mutter und Tochter aufzubauen und nicht innert weniger Wochen eine egalitäre Betreuungsregelung einzuführen. Daher erscheine Phase 2 der angefochtenen Verfügung als ausreichend. Er sei selbstverständlich bereit, die Betreuungszeit der Mutter auszudehnen, wenn die Tochter es wünsche. Eine allfällige weitere Phase, könnte im Rahmen des Eheschutzurteils geregelt werden. Aufgrund der gesamten Umstände sei jedenfalls eine längere Übergangsphase notwendig, weshalb beantragt werde, bis Ende Oktober 2021 einen eintägigen Besuch pro Woche anzuordnen und anschliessend auf eine Übernachtung von Sonntag auf Montag auszudehnen. Indem die Vorinstanz eine Kontaktregelung erlassen habe, die sehr weit gehe und einer alternierenden Obhut gleichkomme, habe sie verkannt, dass das einerseits nicht dem Kindeswohl entspreche und andererseits keine Dringlichkeit bestehe, womit sie das Recht falsch angewandt habe. Sie habe verkannt, dass das Kindeswohl im Zentrum einer Kontaktregelung stehen müsse und zwar sowohl bei der Frage, ob eine solche zu verfügen sein, als auch bei deren Ausgestaltung.

3. Die Berufungsbeklagte lässt ausführen, der Berufungskläger sei bei seiner Aussage, dass er mit der Errichtung einer Beistandschaft und den formulierten Aufgaben einverstanden sei, zu behaftet, weshalb die Beistandschaft zu bestätigen sei. Die Beziehung der Kindseltern sei sehr konfliktthaft. Sie habe erkannt, dass das dem Kindeswohl abträglich sei und mit der Trennung dieser für alle belastenden Situation Abhilfe geschaffen.

Der Berufungskläger komme mit der neuen Wohnsituation, insbesondere mit dem Macht- und Kontrollverlust über die Ehefrau, nicht klar. Er habe stets alles bestimmt, Frisur, Haarfarbe, Kleider, Schuhe etc. Sie habe auch nicht arbeiten gehen dürfen. Mit dem Bezug einer eigenen Wohnung und der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei sie selbstständig geworden. Nun benutze der Berufungskläger die Tochter als Druckmittel und verbiete dieser den Kontakt zu ihr. Sie sei nach Erlass der Verfügung vom 2. Juli 2021 jeweils pünktlich zu den Besuchszeiten vor seiner Wohnung erschienen, jedoch habe er sie schroff weggewiesen und habe ihr ein Arealverbot erteilt. Erst nach der Ermahnung durch die Vorderrichterin habe er der Tochter erlaubt, sie zu besuchen. Hingegen habe er diese begleitet, um die Wohnung zu inspizieren und nach Hinweisen auf neue Männerkontakte auszufragen. Die Tochter habe nur bei ihr schlafen dürfen, falls er auch habe bleiben können. Er sei bis 04.00 Uhr morgens geblieben. Bereits am nächsten Besuchssonntag habe er den Kontakt dann wieder verweigert. Für den nächsten Termin habe sie sich deshalb Unterstützung durch Landsleute besorgt. Der Berufungskläger habe sich mit diesen draussen unterhalten, während sie sich mit den Kindern in der Wohnung aufgehalten habe. C.____ habe dann mit Erlaubnis des Vaters bei ihr übernachteten dürfen. Wiederum sei er bis

04.00 Uhr morgens dageblieben. Seither erlaube der Berufungskläger den Kontakt zwischen ihr und der Tochter jederzeit, jedoch nur in seiner Wohnung oder in seinem Beisein. Es gehe ihm dabei nicht um das Kindeswohl, sondern einzig und allein um die Kontrolle über die Kindsmutter. Seit August besuche sie die Tochter zwei bis drei Mal wöchentlich. Diese habe auch schon wieder, im Beisein des Vaters, bei ihr übernachtet. Unerträglich sei für sie, dass er bei all diesen Gelegenheiten nach Sex mit ihr verlange.

Der Berufungskläger lasse keine Gelegenheit aus, um die Kinder zu manipulieren. Z.B. erzähle er ihnen, die Mutter würde nach [...] ausgeschafft und ihnen drohe dasselbe Schicksal, wenn sie sich für sie entschieden. Oder sie müssten bei ihr in Armut, ohne ausreichend Essen und Kleider, aufwachsen. Damit suggeriere er, dass nur er ihnen eine sichere Zukunft in der Schweiz bieten könne.

E. 6

Der Berufungskläger rügt einerseits, dass vorliegend keine Dringlichkeit bestanden habe, weshalb es nicht notwendig gewesen sei, vorsorgliche Massnahmen (Art. 262 ZPO) zu erlassen, da das Eheschutzverfahren in diesem Zeitpunkt kurz vor dem Abschluss gestanden sei. Es ist unklar, was er damit erreichen will, zumal er einräumt, dass das Eheschutzverfahren zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verfügung bis zur Entscheidreife gediehen war und sich die vorsorglichen Massnahmen (im Eheschutzverfahren) weder in der Theorie noch in der Praxis von Eheschutzmassnahmen unterscheiden (vgl. ZKBER.2021.38 E. 4.4). Dass über die Kontaktregelung der Tochter zeitnah hatte entschieden werden müssen, wird auch vom Berufungskläger nicht bestritten. Auch die Gutachterin hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die zeitnahe Wiederaufnahme des Kontakts zwischen Mutter und Tochter zentral sei. Für dessen Regelung ist die Gerichtspräsidentin zuständig. Das kann nicht der Beiständin überlassen werden. Deren Aufgaben liegen im Vollzug der Regelung. Immerhin lebten die Parteien im Verfügungszeitpunkt bereits fünf Monate getrennt und hatten sich bis dahin weder über die Obhut über die Tochter noch über die Gestaltung des Kontakts zur Mutter einigen können. Dieser war mehr als drei Monate unterbrochen als die Vorderrichterin ihre Verfügung erliess. Unter diesen Umständen kann mit Fug von Dringlichkeit der Regelung wegen Kindeswohlgefährdung ausgegangen werden, zumal ein lange andauernder, fehlender Kontakt zur Mutter offensichtlich nicht im Interesse des Kindes ist.

7.1 Die Rügen des Berufungsklägers an der vorinstanzlichen der Regelung des Kontaktrechts laufen darauf hinaus, dass er der Meinung ist, die Vorderrichterin hätte die Tochter unter seine Obhut stellen und ihm, bzw. der Tochter die Pflege des Kontakts zur Mutter freistellen sollen. Mit den Überlegungen der Vorderrichterin setzt er sich nur teilweise auseinander. Soweit er dies tut wird im Folgenden darauf eingegangen.

7.2 Die Vorderrichterin hat im Hinblick auf die Obhuts- und Kontaktregelung von C.____ ein Gutachten bei der [...] GmbH eingeholt, welches am 19. November 2020 bei der Vorinstanz einging. Am 20. November 2020 stellte die Vorderrichterin das Gutachten an die Parteien zu und gab ihnen Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Am 21. Januar 2021 hörte sie die Tochter an und holte schliesslich noch einen ergänzenden Bericht der Gutachterin ein, welcher am 4. Juni 2021 erstattet wurde.

Am 2. Juli 2021 hat die Amtsgerichtspräsidentin die Betreuung von C.____ während der Dauer des Verfahrens geregelt und zu deren Umsetzung eine Beistandschaft errichtet. Zur Obhutzuteilung hat sie sich im Dispositiv nicht geäussert. Sie hat eine Betreuungsregelung

erlassen, die in der letzten Phase einer alternierenden Obhut nahe kommt. Der Verfügungsbegründung ist unter Ziff. II.2.a (S. 20) jedoch zu entnehmen, dass sie davon ausgeht, die Tochter werde sich weiterhin mehrheitlich beim Vater aufhalten. Mangels formellen Anfechtungsobjekts kann jedoch nicht auf den Antrag des Berufungsklägers unter Ziff. 1.1, die Zuteilung der Obhut über die Tochter, eingetreten werden.

8.1 Es bleibt somit auf die Anfechtung der Kontaktregelung einzugehen (Ziff. 1.2 und 1.3 der Berufung). Der Berufungskläger räumt ein, dass langfristig ein angemessener Kontakt zwischen Tochter und Mutter wünschenswert sei. Er bestreitet, dass er versucht habe, die Tochter im Elternkonflikt zu beeinflussen und wirft der Vorinstanz vor, sie habe sich auf die «vollkommen ungenügende» ergänzende Abklärung der Gutachterin abgestützt. Aus dem Umstand, dass C.____ nicht gewillt sei, ihre Mutter zu sehen, könne nicht auf eine Beeinflussung seinerseits geschlossen werden. Der Grund für die Weigerung der Tochter sei weiter zu untersuchen. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, wenn sie einerseits davon ausgehe, dass sich während des Zusammenlebens mehrheitlich die Mutter um die Kinder gekümmert habe und andererseits die Weigerung von C.____ ihre Mutter zu besuchen auf einer Beeinflussung durch den Kindsvater beruhe.

Die Ausführungen des Berufungsklägers bleiben appellatorisch. Er wiederholt weitgehend seinen früher geäusserten Standpunkt, ohne auf die vorinstanzlichen Erwägungen einzugehen. Er verkennt, dass die von ihm thematisierte Weigerung von C.____, ihre Mutter zu besuchen, die Kontaktregelung der Vorderrichterin nicht unrichtig erscheinen lässt. Der Kinderwille ist nicht in jedem Fall mit dem Kindeswohl gleichzusetzen. Es ist allgemein anerkannt und wird auch vom Berufungskläger nicht bestritten, dass das Kind für eine gesunde Entwicklung regelmässigen Kontakt zu beiden Elternteilen braucht. Die zehneinhalbjährige Tochter ist in diesem Bereich noch nicht voll urteilsfähig. Sie ist daher auf die Unterstützung ihrer Eltern beim Wiederaufbau des Kontakts zur Mutter angewiesen, wozu mitunter auch die Ermunterung durch den Vater zum Besuch bei der Mutter gehört, u.U. auch gelegentlich gegen den vordergründigen Willen des Kindes.

8.2 Um den Kontakt zwischen Mutter und Tochter wieder herzustellen hat die Vorderrichterin eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet, was der Berufungskläger nach wie vor zu begrüssen scheint, obwohl er formell die Aufhebung der Beistandschaft beantragt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Beschwer, zumal er bei der Vorderrichterin ausdrücklich mit der Errichtung der Beistandschaft und deren Aufgaben einverstanden war (vgl. Eingabe vom 2. Februar 2021). Da er in der Berufungsschrift keine Gründe für deren Aufhebung vorbringt, kann auf diesen Antrag auch deshalb nicht eingetreten werden.

8.3 Die Argumentation des Berufungsklägers gegen die Kontaktregelung der Vorinstanz erschöpft sich darin, dass er der Meinung ist, es sei notwendig, der Tochter für den Beziehungsaufbau zur Mutter länger Zeit zu lassen, weniger Wechsel zwischen Vater und Mutter erfolgen sollten und schliesslich soll die Gestaltung der Beziehung zur Mutter weitgehend dem Willen der Tochter überlassen werden. Konkrete Sachverhalts- oder Rechtsfehler an der vorinstanzlichen Kontaktregelung zeigt er nicht rechtsgenügend auf.

Der Sachrichter hat praxisgemäss bei der Ausgestaltung der Kontaktregelung ein weites Ermessen. Dabei gibt es kein richtig oder falsch, solange dem Vollzug keine tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen. Eine Regelung die im einen Fall funktioniert, kann im anderen scheitern. Jedenfalls ist eine unvollkommene Kontaktregelung, die allenfalls später

nachjustiert werden muss, besser als gar kein Kontakt. Natürlich ist eine andere Kontaktregelung denkbar als diejenige, welche die Vorderrichterin getroffen hat. Ob die konkrete Regelung in der Praxis funktioniert, ist im Vorhinein nicht sicher zu beantworten. Der Umgang damit ist für alle Betroffenen neu und in Phase 3 zweifellos für alle herausfordernd. Sicher ist hingegen, dass die Vorderrichterin mit dieser Regelung ihr Ermessen nicht überschritten hat. Der Berufungskläger macht auch nichts geltend, was eine Abänderung im jetzigen Stadium geradezu notwendig erscheinen liesse.

Dem Berufungskläger scheint es wichtig zu sein, dass vermehrt auf den Willen der Tochter abgestellt wird. In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Wille der Tochter nicht in jedem Fall mit dem Kindeswohl gleichgesetzt werden kann. Die Tochter der Parteien ist, wie erwähnt, in der Obhuts- und Betreuungsfrage noch nicht voll urteilsfähig, weshalb ihr die Beziehungsgestaltung nicht überlassen werden kann. Hier sind die Eltern in der Pflicht. Da die zerstrittenen Eltern vorliegend nicht in der Lage sind, die Betreuungsanteile bilateral gütlich zu regeln, tut eine verbindliche Regelung not, worauf auch die Gutachterin in ihrem ergänzenden Bericht hingewiesen hat. Das entlastet auch die Tochter von einem möglichen Loyalitätskonflikt. Es wird nicht verkannt, dass eine verbindliche Regelung im Einzelfall weniger befriedigt als flexible Absprachen. Da solche derzeit zwischen den Parteien nicht möglich sind, ist die verbindliche Regelung die zweitbeste Möglichkeit, zumal dadurch sämtliche Betroffenen die Spielregeln kennen und langwierige fruchtlose Diskussionen um die Beziehungsgestaltung entfallen. Es ist nicht ersichtlich, wie der für das Kindeswohl wichtige, regelmässige Kontakt zwischen Mutter und Tochter in der aktuellen Situation anders als durch eine verbindliche Regelung sichergestellt werden könnte.

Um den Parteien den Umgang mit der neuen Situation zu erleichtern und ihnen direkte Konfrontationen zu ersparen, hat die Vorderrichterin für die Tochter eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Vorderrichterin diese explizit ermächtigt hat, wenn nötig einen Antrag auf Anpassung der Kindeschutzmassnahmen zu stellen (Ziff. 3, letztes Alinea der angefochtenen Verfügung). Selbstredend steht es auch den Parteien frei, einen Abänderungsantrag zu stellen, wenn sich in der Praxis zeigen sollte, dass sich die Betreuungsregelung in dieser Form nicht bewährt. Die Berufung gegen die Kontaktregelung ist aus diesem Grund abzuweisen.

III.

1. Beide Parteien haben einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren gestellt. Die Gesuche können aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Parteien bewilligt werden. Rechtsanwältin Dana Matanovic wird als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers und Rechtsanwältin Nicole Allemann als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Berufungsbeklagten eingesetzt.

2 Gemäss Art. 106 ZPO sind i.d.R. die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Vorliegend gibt es keinen Grund davon abzuweichen. Der Berufungskläger ist unterlegen. Aus diesem Grund sind ihm die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind auf CHF 1'000.00 festzusetzen. Zuzugewährt der dem Berufungskläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege werden sie vom Staat Solothurn getragen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO während 10 Jahren, sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist.

Aufgrund des Verfahrensausgangs hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist aufgrund der Kostennote der Parteivertreterin der Berufungsbeklagten festzusetzen. Rechtsanwältin Nicole Allemann rechnet mit einem Stundenansatz von CHF 250.00 ab. In der eingereichten Honorarvereinbarung wurde zwar ein Stundenansatz von CHF 280.00 vereinbart. Es ist jedoch auf die in der Rechnung gestellte Forderung abzustellen, weshalb die Parteientschädigung und der Nachzahlungsanspruch mit einem Stundenansatz von CHF 250.00 berechnet werden. Der von Rechtsanwältin Nicole Allemann geltend gemachte Aufwand ist eher hoch. Sie stellt Kanzleiarbeiten in Rechnung, die praxisgemäss nicht separat entschädigt werden, wie z.B. Unterlagen abmahnen (mehrfach), Beweismittelverzeichnis erstellen, Korrespondenz mit dem Sozialdienst. Insgesamt sind 10,5 Stunden zu entschädigen. Die geltend gemachten Auslagen sind nicht zu beanstanden. Die unentgeltliche Kostennote von Rechtsanwältin Allemann wird daher auf insgesamt CHF 2'103.40 festgesetzt. Zum verrechneten Stundenansatz ergibt sich eine Parteientschädigung von CHF 2'895.00.

Bezüglich der Kostennote von Rechtsanwältin Matanovic ist festzuhalten, dass der für die Ausarbeitung der Berufung geltend gemachte Aufwand von total 15 Stunden erheblich zu hoch ist. Insbesondere die umfangreiche Wiedergabe der Prozessgeschichte sowie von früheren Stellungnahmen oder Passagen daraus ist überflüssig, zumal dem Berufungsgericht die vorinstanzlichen Akten zur Verfügung stehen und nötigenfalls als Beweismittel angegeben werden können. Im Hinblick auf die Begründung der Berufungsanträge ist allein die Auseinandersetzung mit der angefochtenen Verfügung notwendig. Dafür erscheint ein Aufwand von 10 Stunden als ausreichend, womit ein Aufwand von insgesamt 12,16 Stunden zu entschädigen ist. Die geltend gemachten Auslagen von CHF 40.50 sind nicht zu beanstanden. Rechtsanwältin Matanovic macht in der Kostennote einen Stundenansatz von CHF 290.00 geltend. Eine Honorarvereinbarung reicht sie nicht ein. In solchen Fällen wird praxisgemäss lediglich der minimale Stundenansatz von CHF 230.00 gemäss § 158 Abs. 2 Gebührentarif (BGS 615.11) zugesprochen. Das ordentlichen Honorar von Rechtsanwältin Matanovic beläuft sich folglich auf CHF 3'055.75 und die unentgeltliche Kostennote von Rechtsanwältin Matanovic ist auf total CHF 2'400.00 festzusetzen, inkl. Auslagen und 7,7 % MWSt. Der Nachzahlungsanspruch der beiden Rechtsanwältinnen beläuft sich auf die Differenz zwischen dem ordentlichen Honorar und der unentgeltlichen Kostennote und beläuft sich für Rechtsanwältin Allemann auf CHF 791.60 und für Rechtsanwältin Matanovic auf CHF 655.75.

Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 1'000.00 werden A. ___ auferlegt. Zuzüglich unentgeltlicher Rechtspflege trägt sie der Staat Solothurn; vorbehalten bleibt die Rückforderung während 10 Jahren, sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).
3. A. ___ hat an B. ___, vertreten durch Rechtsanwältin Nicole Allemann, für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'895.00 zu bezahlen.

Zuzüglich unentgeltlicher Rechtspflege beider Parteien zahlt der Staat Solothurn Rechtsanwältin Dana Matanovic eine Entschädigung von CHF 2'400.00 (inkl. Auslagen und 7,7 % MWSt.) und Rechtsanwältin Nicole Allemann eine solche von CHF 2'103.40

(inkl. Auslagen und 7,7 % MWSt.).

Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A.____ und/oder B.____ zur Rückzahlung in der Lage sind. Sobald A.____ und/oder B.____ zur Nachzahlung in der Lage sind (Art. 123 ZPO) haben sie ihren Rechtsanwältinnen die Differenz zum vollen Honorar zu leisten. Diese beträgt für Rechtsanwältin Allemann CHF 791.60 und für Rechtsanwältin Matanovic CHF 655.75.

Rechtsmittel:Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Hunkeler

Der Gerichtsschreiber

Schaller

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