



| | |
|---------------------------|------------------------------------|
| Fall-Nr.: | FS.2017.27 |
| Stelle: | Kantonsgericht |
| Rubrik: | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| Publikationsdatum: | 18.12.2018 |
| Entscheiddatum: | 18.12.2018 |

Entscheid Kantonsgericht, 18.12.2018

Art. 176 ZGB: Sind die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut gegeben, so kann diese auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden. Eine alternierende Obhut geht nicht zwingend mit einer hälftigen Betreuung einher (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 18. Dezember 2018, FS.2017.27).

Sachverhalt:

Die Eltern haben drei gemeinsame Kinder. Die Mutter arbeitet zu 50%, der Vater in einem 70%-Pensum. Nach dem Auszug aus der ehelichen Wohnung ist der Vater ins Nachbardorf gezügelt. Die Mutter verlangt die alleinige Obhut, der Vater die alternierende, eventualiter die alleinige Obhut.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.a) (...)

b) Die Regelung der Anteile an der Kinderbetreuung (früher: Obhutzuteilung, Besuchsrecht) hat sich an bewährten Grundsätzen zu orientieren. Leitlinie bildet das Kindeswohl, das nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles und der konkreten kindlichen Bedürfnisse zu beurteilen ist (Aebi-Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter vom 15. Juni 2015, Rz 47); allfällige persönliche Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2; 127 III



295 E. 4; 123 III 445; BGer 5A_130/2009 E. 2.2). Das bedeutet, dass ein allfälliges Fehlverhalten eines Elternteils, ein objektiv fairer Ausgleich (BGE 120 II 229 E. 3b) oder allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen bei der Regelung der Kinderbetreuung nicht von Interesse sind. Massgebend ist einzig, welches Betreuungskonzept dem beteiligten Kind am meisten dient. Die Mutter hat auch bei jüngeren Kindern keinen natürlichen Vorrang. Entscheidend sind die innere Bindung zwischen Eltern und Kind, die Erziehungseignung, die Möglichkeit der persönlichen Betreuung und die Kontinuität sowie Stabilität der Verhältnisse (BGE 114 II 200 E. 3; 115 II 317 E. 2; 117 II 353 E. 3). Weiter von Bedeutung sind die Möglichkeit und das Bestreben, das Kind seinen Bedürfnissen gemäss zu fördern und zu unterstützen. Zu beachten ist auch die Einstellung gegenüber dem jeweils anderen Elternteil und der Wille, die Kontakte des Kindes zu jenem zu bejahen und zu pflegen (BGE 115 II 206 E. 4b; BK-Hegnauer, Art. 273 ZGB N 37; FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 5; Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 11 ff.; Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 414). Dem eigenen Wunsch des Kindes kommt zudem mit steigendem Alter immer grössere Bedeutung zu (BGE 122 III 401 E. 3b; 142 III 153 E. 5.2.4). Ausschlaggebend sind nicht einzelne Faktoren. Vielmehr ist in einer Gesamtbilanz für das Kind und mit Blick auf die Gegenwart sowie die Zukunft abzuwägen, welche Betreuungsregelung sein Wohl am besten wahrt (BGE 117 II 353 E. 3; BGer 5A_972/2013 E. 6.2.3; KGer SG, FamPra.ch 2003, 192, 193).

c) Zunächst ist darüber zu befinden, ob die drei Kinder in der gemeinsamen elterlichen Obhut belassen werden können. Das Gericht hat dies stets bzw. unabhängig von den Anträgen der Eltern zu prüfen (BGE 142 III 612 E. 4.2; BGer 5A_425/2016 E. 3.5).

Seinen Entscheid über die alternierende Obhut muss das Gericht auf eine Prognose stützen, dahingehend, ob diese Betreuungslösung dem Wohl des Kindes dient, was Feststellungen zur gegenwärtigen und vergangenen Gesamtsituation voraussetzt (vgl. dazu und zum Folgenden BGer 5A_34/2017, in: Meier/Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2017, 498, 501 f.). Vorab ist die Erziehungsfähigkeit der Eltern massgebend, kommt die alternierende Obhut doch nur dann in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Da die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen



voraussetzt, müssen die Eltern ausserdem fähig und bereit sein, in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Allerdings lässt der Umstand allein, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Obhut widersetzt oder dass Differenzen über die Betreuungsanteile bestehen, noch nicht auf mangelnde Kooperationsfähigkeit schliessen (vgl. dazu auch BGer 5A_888/2016 E. 3.2.1; 5A_17/2017; 5A_191/2016 E. 4). Bei gegebener Erziehungsfähigkeit beider Eltern sind die weiteren einschlägigen Zuteilungskriterien zu erörtern, also die geographischen Verhältnisse, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern, deren Fähigkeit, den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu fördern, die Stabilität der Verhältnisse (eine alternierende Obhut kommt eher in Frage, wenn das Kind schon vor der Trennung durch beide Elternteile betreut wurde), die Möglichkeiten der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, dessen Alter, dessen Beziehungen zu Geschwistern, dessen Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld sowie dessen Wunsch. Diese weiteren Beurteilungskriterien sind voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung. So spielen das Kriterium der Stabilität und dasjenige der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle, während die Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld bei Jugendlichen besondere Bedeutung hat. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die geographische Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert. Das Sachgericht verfügt beim Entscheid über die Anordnung einer alternierenden Obhut über einen grossen Ermessensspielraum. Eine alternierende Obhut muss nicht zwingend bedeuten, dass die Kinder je zur Hälfte von den Eltern betreut werden, erwartet wird immerhin, dass ein Elternteil mindestens einen Drittel der Betreuung übernimmt (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 1; Sünderhauf/Widrig, gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, in: AJP 2014, 885, 893; ZR 2015 37).

(...)

d) Erziehungseignung setzt eine echte Zuneigung zum Kind sowie ein waches Interesse an ihm und seiner Entwicklung voraus (BGE 111 II 225 E. 2; BK-Bühler/Spühler, aArt. 156 ZGB N 89; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 298 ZGB N 34 ff.). Der Elternteil, dem ein Kind anvertraut wird, muss genügend Gespür für die



Bedürfnisse des Kindes haben, ein Klima der Wärme vermitteln, vernünftige Grenzen setzen, das Kind aber auch zur Selbständigkeit anleiten können (KGer SG, FamPra.ch 2003, 192; Arntzen, a.a.O., 19). Ebenso sind Verlässlichkeit und Kontinuität in der Erziehungshaltung sowie eine gewisse Konsequenz und Berechenbarkeit erforderlich. Der Elternteil muss ausserdem Sicherheit vermitteln und bereit sein, mit der Schule und dem Umfeld des Kindes zusammenzuarbeiten. Erziehungsfähigkeit wird mithin als die grundlegende Kompetenz eines Elternteils verstanden, die emotionalen und körperlichen Bedürfnisse seines Kindes zu erkennen, das Kind zu versorgen und zu betreuen sowie erzieherisch angemessen auf die kindlichen Bedürfnisse einzugehen (Ludewig/Baumer/Salzgeber/ Häfeli/Albermann, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: FamPra.ch 2015, 562, 574).

Hier erziehen und betreuen beide Eltern ihre Kinder schon seit langem, und diese haben sich in jeglicher Hinsicht, sei dies gesundheitlich, sozial oder schulisch, gut entwickelt. Alle drei Kinder haben sodann eine gute Beziehung zu beiden Eltern, was gar nicht möglich wäre, ohne dass die Eltern ihre Bedürfnisse erkennen und befriedigen könnten. Die Eltern sind Vertrauenspersonen der Kinder. Gefährdungsmeldungen seitens der KESB, Schule oder von Kinderärzten fehlen. Die gegenseitigen Vorhalte der Eltern scheinen allein im Paarkonflikt begründet. Beide Eltern gelten als uneingeschränkt erziehungsfähig. Im Übrigen müssen Eltern nicht fehlerlos sein. Eine gewisse Unsicherheit betreffend Alltagsbedürfnisse der Kinder macht sie nicht erziehungsunfähig.

e) Bezüglich Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit sind die Schwierigkeiten der Eltern offensichtlich. Trotz der belasteten Situation ist es den Eltern aber dennoch mehrheitlich gelungen, den Alltag der Kinder gemeinsam zu organisieren. Gemeinsam mit der Beiständin konnten die Eltern auch einen erweiterten Besuchsplan für das Jahr 2018 erstellen. Die aktuell eingeschränkte Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit steht einer alternierenden Obhut nicht entgegen. Die Eltern werden zwar lernen müssen, wieder besser miteinander zu kommunizieren und sich wieder mehr zu vertrauen. Es ist aber zu erwarten und zu hoffen, dass sie das bewältigen und diesbezüglich Fortschritte machen, sobald mit dem vorliegenden Entscheid Klarheit



über die Gesamtsituation herrscht. Überdies steht ihnen nach wie vor die Beiständin zur Seite, mit welcher beide Elternteile gut zusammenarbeiten.

f) Das Kriterium der Kontinuität bzw. Stabilität versteht sich als Weiterführung der bisherigen Lebensweise bzw. als Fortbestehen des Aufenthaltsorts und beinhaltet ebenso das Kriterium der Beziehungskontinuität (BGE 138 III 565 E. 4.3; FamKomm Scheidung/ Vetterli, Art. 176 ZGB N 3). Die Eltern missverstehen dieses Kriterium allerdings, wenn sie kleinlich aufzurechnen versuchen, zu welchem Prozentsatz welcher Elternteil sich in der Vergangenheit genau um die Kinder gekümmert hat und daraus ableiten wollen, wer die Hauptbezugsperson der Kinder gewesen ist. Vielmehr ist aus Sicht der Kinder einzig wichtig, wer im Alltag präsent und zugänglich für ihre Anliegen war und wie für die Zukunft die bestmögliche Lösung auszugestalten ist.

Gemäss übereinstimmenden Angaben der Eltern hat die Mutter auch während bestehender Ehe Teilzeit gearbeitet und der Vater war zu 70% berufstätig. Es ist davon auszugehen, dass beide Eltern sich in einem gewissen Umfang an der Kinderbetreuung beteiligt haben. Ausfluss davon dürfte auch die Teilvereinbarung vom X. Mai 2017 sein, in welcher bis Ende Juni 2017 die Kinder unter der gemeinsamen elterlichen Obhut belassen wurden und festgelegt, dass der Vater an zwei Tagen pro Woche (inkl. Übernachtungen) und an jedem zweiten Wochenende die Kinder betreut. Die Mutter gab dann im Rahmen der vorinstanzlichen Anhörung vom X. Juli 2017 an, es klappe mit der geteilten Obhut nicht. Die Beiständin, welche erst später (d.h. nach dem vorinstanzlichen Entscheid) ihre Aufgabe antrat, hielt fest, die Kinder hätten durch den Versuch der alternierenden Obhut eine grosse Verantwortung übernommen und die Entscheidung selbst fällen können, wann sie wo sein wollten. Dies habe Unruhe und ein Durcheinander gebracht, vor allem für die Kleinste. In der Folge teilte die Vorinstanz der Mutter die alleinige Obhut zu und gewährte dem Vater ein Besuchsrecht von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, in jeder geraden Kalenderwoche. Diese Aufteilung der Betreuungsanteile wird nunmehr seit fast 1.5 Jahren so gelebt, wobei seit anfangs 2018 in den ungeraden Kalenderwochen noch der Mittwochnachmittag (von Schulschluss bis 18.00 Uhr) beim Vater verbracht wird. Das Kriterium der Kontinuität bzw. Stabilität spricht eher gegen eine alternierende Obhut im Sinne wie der Vater diese möchte, nämlich einer hälftigen Aufteilung der Betreuungsanteile. Die Beiständin hat mehrfach betont, dass für die Kinder eine Beruhigung der Situation



wichtig sei. Auch die Eltern haben sich dahingehend geäußert, dass die Unklarheit für die Kinder belastend und schwierig auszuhalten sei. Auch im Rahmen der persönlichen Anhörung entstand der Eindruck, dass die Kinder die gesamte Angelegenheit ein für alle Mal erledigt haben möchten. Auch wenn sie dies nicht direkt gesagt haben, so ist offensichtlich und nur verständlich, dass die Kinder unter der Situation leiden. In einer solchen Situation – lang anhaltendes Verfahren, hochstrittiger Paarkonflikt - ist das Kriterium der Stabilität umso höher zu werten (vgl. zum Ganzen FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 3).

g) Zu prüfen ist sodann das Kriterium der persönlichen Betreuung, wobei diesem Aspekt vor allem bei kleinen und grundschulpflichtigen Kindern eine grosse Bedeutung zukommt (BGer 5A_319/2013; 5A_834/2012 E. 4.1; Arntzen, a.a.O., 16). Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, sind diese nämlich demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen (BGer 5A_319/2013 E. 2.1). Ausserdem ist neben der zeitlichen Verfügbarkeit auch die Qualität des Umgangs zu berücksichtigen (BGer 5A_22/2010 E. 5.2.2; BK-Hausheer/Reusser/ Geiser, Art. 176 ZGB N 45).

Hier können beide Elternteile die Kinder zu einem grossen Teil persönlich betreuen. Die Mutter arbeitet 50%, was 10 Tagen pro Monat entspricht. Sechs Tage davon arbeitet sie am Wochenende, wenn die Kinder ohnehin beim Vater sind. Ihre Tätigkeit bei der Y. ist an zwei Wochentagen pro Woche, während dem die Kinder in der Schule sind und fällt während den Schulferien nicht an. Der Vater arbeitet 70% im Angestelltenverhältnis, könne sich aber seine Arbeitszeiten frei einteilen. Das Kriterium der persönlichen Betreuung spricht also nicht gegen eine alternierende Obhut.

h) Ferner ist der Wunsch der Kinder in die Abwägung miteinzubeziehen (BGE 131 III 553; FamKomm Scheidung/Büchler/Clausen, Art. 133 ZGB N 12 f.). Er gilt als Akt beschränkter Eigenverantwortung, der zwar nicht allein massgeblich und kritisch zu hinterfragen ist, der aber auch nicht ganz unbedeutend sein kann (BGer 5A_160/2011 E. 4; 5A_341/2008 E. 4.3; 5C.52/2005 E. 4). Der erhebliche Loyalitätskonflikt der drei Kinder ist offensichtlich. Ebenso klar erscheint, dass diese bei den vorliegenden massiven Streitigkeiten ihren Willen nicht unbeeinflusst erkennen und äussern können. Im Rahmen der persönlichen Anhörung gab die Jüngste an, sie gehe gerne zu Papi. Sie



sei mehr bei Mami und dies sei gut so. Die Mittlere teilte mit, sie wünsche sich, dass sie zusätzlich jeden zweiten Dienstag nach dem Zumba zu Papi gehen und dann bei diesem übernachten dürfe. Der Sohn führte aus, er wolle auch unter der Woche bei Papi schlafen, wobei es ihm egal sei, ob jede Woche oder jede zweite. Am liebsten sei ihm sowieso, wenn er selber sagen könne, wann er bei Mami und wann bei Papi sei. Der Wunsch der Kinder spricht ganz klar für eine Ausdehnung der Betreuungsanteile des Vaters. Allerdings hat kein Kind geäußert, dass diese Ausdehnung (vorderhand) so weit gehen soll, dass die Kinder zu gleichen Teilen bei Vater und Mutter sind. Die zwei älteren Kinder haben sich klar für Übernachtungen beim Vater während der Woche ausgesprochen. Allerdings hat kein Kind den Wunsch geäußert, dass sie eine Regelung haben möchte, wie sie bereits nach der Trennung für eine kurze Zeitspanne gelebt wurde, nämlich ein Wechsel von Mami zu Papi im Wochentakt. Was den (nachvollziehbaren) Wunsch des Sohnes angeht, er wolle selber entscheiden, wann er bei welchem Elternteil sei, ist festzuhalten, dass er noch zu jung ist, um diese Verantwortung selber zu übernehmen. Auch wenn er bereits in der Oberstufe ist, soll er noch soweit wie möglich Kind sein dürfen und nicht Entscheidungen fällen müssen, die im jetzigen Zeitpunkt noch klar in den Aufgabenbereich der Erwachsenen fallen. Es ist aber klar, dass die Wünsche der Kinder mit zunehmendem Alter noch mehr Gewicht bekommen.

i) Insgesamt sind die Voraussetzungen für eine Ausdehnung der Betreuungsanteile des Vaters gegeben und entsprechen auch dem Wunsch der Kinder. Gerade auch die geographischen Verhältnisse lassen dies ohne weiteres zu. Eine alternierende Obhut wie vom Vater gewünscht – hälftige Aufteilung der Betreuungsanteile wochenweise – drängt sich aufgrund der für die Kinder in der jetzigen Situation notwendigen Stabilität nicht auf. Unbestritten scheint eine Ausdehnung dahingehend, dass die Kinder in den geraden Kalenderwochen von Donnerstag nach Schulschluss bis Montag, Schulbeginn, beim Vater verbringen. Weitergehende Betreuung durch den Vater, insbesondere Übernachtungen bei ihm während der Woche, schliesst die Mutter aus. Sie übersieht dabei aber, dass es sich um den erklärten Willen der Kinder handelt. (Objektive) Gründe, die gegen eine solche Ausweitung sprechen, sind nicht ersichtlich. Der Vater betreut somit die Kinder in den ungeraden Kalenderwochen zusätzlich von Mittwoch nach Schulschluss bis Donnerstag, Schulbeginn. In der restlichen Zeit



werden die Kinder von der Mutter betreut. Auf eine weitergehende Ausdehnung der
Betreuungsanteile wird vorderhand verzichtet. (...)