



Fall-Nr.:	ZV.2018.103
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	07.08.2018
Entscheiddatum:	07.08.2018

Entscheid Kantonsgericht, 07.08.2018

Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz zum Erlass einer vorsorglichen Betreuungsregelung, obwohl an sich nur der Unterhalt Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet; Beibehaltung der faktisch alternierenden Betreuung (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 7. August 2018, ZV.2018.103 [FO.2017.6]).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

In einem vor Kantonsgericht anhängigen Berufungsverfahren betreffend den Unterhalt des minderjährigen Beklagten ersuchte der Vater im Hinblick auf den bevorstehenden Eintritt des Sohnes in den Kindergarten um Erlass einer vorsorglichen Obhuts- und Betreuungsregelung. Der Sohn bzw. dessen Mutter wehrte sich dagegen unter Hinweis auf eine von der KESB genehmigte "Vereinbarung gemeinsame elterliche Sorge".

Aus den Erwägungen:

2.a) Unmittelbaren Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet(e) an sich nur die Unterhaltsregelung bzw. deren Abänderung. Allerdings basiert der angefochtene Entscheid des Kreisgerichtes auf einer bestimmten Betreuungsregelung. Hinzu kommt, dass in den Fällen der Klage auf Abänderung von Unterhaltsbeiträgen das Gericht nötigenfalls (auch) die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange neu regelt, obwohl die Zuständigkeit hierfür an sich bei der Kinderschutzbehörde läge (Art. 298d ZGB; vgl. auch Art. 304 Abs. 2 ZPO). Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht darauf, dass in Kinderbelangen ohnehin der Offizialgrundsatz gilt, nach dem das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO), ist ungeachtet dessen, dass die Vorinstanz in Bezug auf die Betreuung des Beklagten keine eigentliche Regelung getroffen hat und kein diesbezüglich angefochtener



Entscheid vorliegt, von der Zuständigkeit des Kantonsgerichtes zur Betreuungsregelung auszugehen. Entsprechend ergibt sich daraus auch die Zuständigkeit des verfahrensleitenden Richters zum Entscheid über den Erlass vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Berufungsverfahrens (vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. a EG-ZPO).

b) Der Beklagte bestreitet indessen das Vorliegen der Voraussetzungen der beantragten vorsorglichen Massnahmen. Das betreffende Begehren zielt auf eine Neuregelung der Obhut, der Betreuung und des Wohnsitzes ab, womit der laufende Hauptprozess präjudiziert werde. Der Kläger benötige allerdings keinen einstweiligen Rechtsschutz, da keine Gefährdung oder Verletzung eines Anspruches anzunehmen und auch kein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht sei; der Kläger habe den Ausgang des Hauptprozesses abzuwarten und auf das Massnahmebegehren sei nicht einzutreten. Dieser Begründung hält der Kläger entgegen, die Kindsmutter gebe selber zu verstehen, dass die Situation um die Einschulung des Beklagten zu massiven Meinungsverschiedenheiten geführt habe. Langdauernde Streitigkeiten und eine spätere Umteilung wären nicht zum Wohle des Beklagten.

Entscheide über Kinderbelange wie namentlich über den Wohnort, die Obhut bzw. Betreuung, die Kontakte zwischen Eltern und Kind oder den Unterhalt erfordern regelmässig sorgfältige (zeitaufwendige) Abklärungen. Wenn sich die Eltern nicht wenigstens in dieser Frage einig sind, ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer Regelung der Verhältnisse während der Dauer des Verfahrens im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (vgl. etwa Art. 276 Abs. 1 ZPO und Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 ZGB). Zumindest für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens wird dabei nachvollziehbar die Auffassung vertreten, dass sich der Erlass der Massnahmen (ausschliesslich) am Bedürfnis und der Notwendigkeit orientiert und anders als bei Art. 261 ZPO – danach trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Abs. 1) – auch die Kriterien der Dringlichkeit und des Nachweises eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (im engeren Sinne) keine Voraussetzung sind (FamKomm Scheidung/Leuenberger,



Anh. ZPO Art. 276 N 3 f.). Nicht anders verhält es sich bei der Regelung von Kinderbelangen ausserhalb des Scheidungsverfahrens. Auch in solchen Fällen kann angezeigt sein, für die Dauer des Verfahrens, d.h. bis zum ordentlichen Entscheid in der Hauptsache, eine vorläufige (Friedens-)Ordnung zu erlassen, ohne dass die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils erfüllt ist. Die so umschriebene Notwendigkeit besteht auch vorliegend. Zwar sieht die "Vereinbarung gemeinsame elterliche Sorge" für den Fall der Auflösung der Hausgemeinschaft vor, dass die Obhut über den Beklagten der Mutter zustehe. Die konkreten Betreuungsanteile behält sie indessen ausdrücklich einer Vereinbarung im Zeitpunkt der Auflösung des gemeinsamen Haushalts vor, was deshalb von Bedeutung ist, weil sich die Eltern zwar in der Vergangenheit über die Betreuung einigen konnten und der Einzelrichter des Kreisgerichtes gestützt auf diese Einigung eine Unterhaltsregelung erliess, weil die Eltern aber über die künftige Betreuung und insbesondere über die sich daraus für die Einschulung des Beklagten ergebenden Konsequenzen uneins sind. Vor diesem Hintergrund ist von der Notwendigkeit einer Regelung der Verhältnisse bis zum Vorliegen des ordentlichen Entscheids des Gerichtes über die Betreuung und den Kontakt zwischen Kind und Eltern auszugehen.

3. In der "Vereinbarung gemeinsame elterliche Sorge" sahen die Eltern, wie ausgeführt, vor, dass bei Auflösung der Hausgemeinschaft die Obhut bezüglich des Beklagten bei der Mutter sei, dass die Betreuung unter Berücksichtigung ihrer tatsächlichen Lebensverhältnisse im Zeitpunkt der Auflösung vereinbart werde und dass sie das Besuchsrecht eigenverantwortlich und unter Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse und die Meinung des Beklagten vereinbaren würden, wobei im Konfliktfall die Minimalregelung gelte, dass der Vater den Beklagten bis zum 4. Altersjahr alle 14 Tage einen halben Tag, ab dem 4. Altersjahr einen Tag pro Woche und ab der Einschulung (1. Klasse) jedes zweite Wochenende zu sich auf Besuch nehme sowie mit ihm ab dem Schulalter drei Wochen Ferien verbringen könne. Von dieser Minimalregelung wichen die Eltern in der Folge insofern ab, als der Vater mit dem Sohn nicht bloss Besuchstage verbrachte, sondern ihn regelmässig – teils mit Unterstützung seiner Mutter – auch unter der Woche, nämlich jeweils am Donnerstag und Freitag sowie abwechselnd mit der Kindsmutter am Wochenende betreute. Da das Zusammenleben mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft und die Verantwortung für die (all)tägliche Betreuung und Erziehung die massgeblichen Elemente der Obhut



bilden, bedeutet dieses Abweichen von der Vereinbarung, dass die Eltern die Obhut faktisch alternierend ausüb(t)en (vgl. zum weitgehenden Gleichlauf von Obhut und Betreuung BSK ZGB I/Schwenzer/Cottier, aArt. 298 N 4). Vor diesem Hintergrund steht zum einen fest, dass gegenüber der Vereinbarung vom 24. Februar 2014 von (tatsächlich) veränderten Verhältnissen und mithin nicht davon ausgegangen werden kann, die Eltern hätten die Obhut/Betreuung in der fraglichen Vereinbarung verbindlich geregelt, und stellt sich zum andern die Frage, ob bzw. wie der Einschulung (Kindergarten) bei der Betreuungsregelung Rechnung zu tragen ist. In Betracht fällt dabei vorab, dass die Eltern mit ihrer ursprünglichen Vereinbarung, die Obhut der Mutter zuzuweisen, zum Ausdruck brachten, dass nach ihrer damaligen Auffassung die Mutter die Hauptbezugsperson des Beklagten sei. Dies hat zwar insofern geändert, als auch der Vater einen Teil der Betreuung übernommen hat, dieser Teil ist aber mit zwei Tagen unter der Woche und jedem zweiten Wochenende immer noch – quantitativ – geringer ist als derjenige der Mutter, welche für die Betreuung des Beklagten an drei Tagen unter der Woche und an jedem zweiten Wochenende verantwortlich ist. Für die Betreuung selber sind beide Eltern auf eine Drittunterstützung angewiesen, nämlich die Mutter auf eine Tagesmutter und der Vater auf seine Mutter bzw. seine Schwestern. Angesichts der Reduktion des Arbeitspensums auf 80% ist der Kläger dabei etwas besser als die Mutter, welche 100% angestellt ist, zur persönlichen Betreuung in der Lage, was allerdings insofern zu relativieren ist, als die Mutter teilweise offenbar auch an den Wochenenden arbeitet und deshalb angenommen werden kann, dass sie den Beklagten auch unter der Woche teilweise selber betreuen kann. Hinzu kommt, dass sich der Beklagte an die Betreuung durch die Tagesmutter gewöhnt haben dürfte, wohingegen die – regelmässige – Betreuung durch die Schwestern des Klägers zumindest in der Anfangsphase neu für ihn würde. Ohne Zweifel hätte schliesslich die alleinige Betreuung des Beklagten unter der Woche durch einen Elternteil den Vorteil, dass der Beklagte die kindergartenfreie Zeit an dem Ort verbringen kann, wo er auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und insofern keine Wechsel zwischen Aufenthalts- und Schul- bzw. Kindergartenort erforderlich sind. Angesichts der geringen geographischen Distanz zwischen A. und B. von ca. 10 km, welche der alternierenden Betreuung offenbar auch bislang nie entgegenstand, wiegt der mit dem Wechsel verbundene Nachteil jedoch nicht so gross, dass die Aufrechterhaltung der alternierenden Betreuung als das Wohl des Beklagten gefährdend betrachtet werden



könnte, zumal von verantwortungsbewussten Eltern erwartet werden kann, dass sie sich so organisieren, dass das Bringen und Abholen eines fünfjährigen Knaben auf eine Distanz von 10 km auch dann sichergestellt sind, wenn sie selber einmal verhindert sind.

Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht darauf, dass es im jetzigen Zeitpunkt nur um eine vorläufige Regelung geht, erscheint – zusammenfassend – unter dem Aspekt der Kontinuität angezeigt, an den bisherigen Betreuungsverhältnissen möglichst wenig zu ändern und vorzusehen, dass der Beklagte vorläufig bei der Mutter wohnt, dementsprechend auch in A. den Kindergarten besucht und im Übrigen von Montag bis Mittwoch von der Mutter, am Donnerstag und Freitag vom Vater und an den Wochenenden abwechselnd von den Eltern betreut wird.