

«Die beklagte Partei beantragt primär und die Kindesvertretung sinngemäss die Unterstellung des Kindes unter die gemeinsame Obhut der Parteien. Die klägerische Partei ist mit einer gemeinsamen Obhut nicht einverstanden.

[...] Der Eheschutzrichter trifft grundsätzlich die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen (Art. 172 Abs. 3 ZGB), bei Vorhandensein unmündiger Kinder gemäss den Bestimmungen über das Kindesverhältnis (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Die Bestimmungen über das Kindesverhältnis sehen nun vor, dass bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die elterliche Sorge einem Ehegatten allein zugeteilt werden kann (Art. 297 Abs. 2 ZGB), wobei auch nur die Obhut einem Ehegatten allein zugeteilt werden kann (in majore minus). Der Gesetzestext schliesst damit – als Kann-Vorschrift – nicht aus, die elterliche Sorge beiden Ehegatten gemeinsam zu belassen (was bei Eheschutzmassnahmen den Regelfall darstellt). Oberste Richtschnur ist auf jeden Fall das Kindeswohl (vgl. auch Art. 310 f. ZGB betreffend Aufhebung der Obhut und Entzug der elterlichen Sorge). Unter diesem Gesichtspunkt wäre die gemeinsame elterliche Obhut im Hinblick auf die Kontinuität der Beziehung der Kinder zu beiden Eltern an sich zu begrüssen. Die gemeinsame elterliche Obhut stellt jedoch hohe Anforderungen an die getrennt lebenden Elternteile und deren Gesprächs- und Kooperationsbereitschaft und dient nur dann dem Kindeswohl, wenn sie einigermaßen harmonisch ausgeübt wird. Dies heisst nicht, dass die Eltern in allen das Kind betreffenden Fragen gleicher Meinung sein müssen, jedoch sollte zumindest in den zentralen Fragen – wozu auch gehört, ob die Obhut über das Kind gemeinsam ausgeübt werden soll – ein grundsätzlicher Konsens bestehen. Für den Fall der Scheidung, wo der Haushalt nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft aufgehoben wird, hat der Gesetzgeber nun ausdrücklich vorgesehen, die elterliche Sorge nur unter zwei Voraussetzungen beiden Elternteilen zu belassen: Einerseits muss ein gemeinsamer Antrag vorliegen und andererseits muss dies mit dem Kindeswohl vereinbar sein (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Das Fehlen eines gemeinsamen Antrags bzw. die damit dokumentierte mangelnde Kooperationsfähigkeit oder -willigkeit wird damit vom Gesetzgeber als von vornherein nicht mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen (Fiktion). Auch wenn es für den Bereich des Eheschutzes keine vergleichbare gesetzliche Regelung gibt und hiezu (soweit ersichtlich) keine Präjudizien beste-

hen, muss dies auch im Eheschutz zuallermindest in jenen Fällen Geltung haben, wo – wie vorliegend – die Aufhebung des Haushalts nicht bloss von nur kurzer Dauer ist; auch hier ist somit ein gemeinsamer Antrag beider Ehegatten zwingendes Erfordernis für die Belassung der gemeinsamen Obhut. Das Erfordernis des gemeinsamen Antrags entspricht sodann auch konstanter Praxis der beschliessenden Kammer (vgl. zum ganzen auch Berger, *La garde alternée dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale*, in *JdT* 150/2002 S. 150 ff., mit Hinw.). Dies schliesst im Übrigen nicht aus, dass – wie vorliegend geschehen –, als vorsorgliche Massnahme eine gemeinsame Obhut auch ohne gemeinsamen Antrag angeordnet werden kann, was aber unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls und insbesondere nach dessen Kriterium der Kontinuität der Verhältnisse regelmässig voraussetzt, dass einerseits bis dahin das Kind tatsächlich von beiden Ehegatten massgeblich betreut wurde und andererseits nicht bereits absehbar ist, wem die Obhut zuzuteilen sein wird.

Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Fall schon mangels eines gemeinsamen Antrags der Parteien die Obhut über das Kind einer der Parteien allein zuzuteilen und sind die Rekurse der beklagten Partei und der Beiständin des Kindes in diesem Punkt abzuweisen.»

[In der Folge wurde allerdings das Kind unter die Obhut der beklagten Partei gestellt, letztlich zufolge der bei dieser deutlich höheren Wahrscheinlichkeit, dass sie den andern Elternteil an der Betreuung des Kindes mitbeteiligen werde.]