Urteilskopf

142 III 1

1. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. und C. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_202/2015 vom 26. November 2015

Regeste (de):
Art. 85 Abs. 1 IPRG; Art. 5 des Haager Kindesschutzübereinkommens vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ); Wegzug des Kindes in einen Nichtvertragsstaat.

Das Haager Kindesschutzübereinkommen findet auch in Bezug auf Nichtvertragsstaaten Anwendung. Bei Wegzug des Kindes während eines hängigen Verfahrens in einen Nichtvertragsstaat bleibt aber die in der Schweiz begründete Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen bestehen (E. 2.1). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 85 al. 1 LDIP; art. 5 de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96); départ de l'enfant dans un Etat non partie à la Convention.

La Convention de la Haye sur la protection des mineurs s'applique aussi lorsque sont concernés des Etats non parties à la Convention. En cas de départ - en cours de procédure - de l'enfant dans un de ces Etats, les autorités suisses désignées demeurent cependant compétentes pour ordonner les mesures de protection de l'enfant (consid. 2.1). Regeste b

Regesto (it):
Art. 85 cpv. 1 LDIP; art. 5 della Convenzione del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori); trasferimento del minore in uno Stato non contraente.

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori trova applicazione anche in relazione a Stati non contraenti. In caso di trasferimento del minore in corso di procedura in uno Stato non contraente, tuttavia, la competenza delle autorità svizzere ad adottare misure di protezione del minore perdura (consid. 2.1). Regesto b

Regeste b

Art. 298 Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 ZGB; Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge. Die Behauptung eines zukünftigen Konfliktes, die aktuelle Auseinandersetzung in einem gerichtlichen Verfahren oder im konkreten Zusammenhang mit einem Wegzug des Kindes rechtfertigen in der Regel nicht die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts (E. 3.3-3.6).
Sachverhalt ab Seite 2

A. A. und B. sind die unverheirateten Eltern der 2006 geborenen C. Sie haben praktisch nie zusammen ge-

wohnt; vielmehr lebte C. seit ihrer Geburt bei der Mutter, der auch die elterliche Sorge oblag. Im Sommer 2007 trafen die Eltern eine Regelung zum Unterhalt und zum persönlichen Verkehr. Im Sommer 2013 traten Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts auf. Die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) ordnete deswegen eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an. Im Frühjahr 2014 teilte die Mutter dem Vater mit, sie wolle mit der Tochter und ihrem Partner bzw. heutigen Ehemann nach Doha in Katar ziehen, wo dieser für einige Zeit beruflich tätig sein werde.

B. In der Folge gelangte der Vater mit einer Gefährdungsmeldung an die KESB. Er forderte die Übertragung der elterlichen Sorge auf ihn und das Verbot an die Mutter, mit der Tochter nach Katar zu ziehen bzw. ohne seine Zustimmung deren Wohnsitz zu verlegen; ferner beantragte er ein Erziehungsfähigkeitsgutachten. Die KESB erliess vorsorgliche Massnahmen, nahm diverse Abklärungen vor, veranlasste die Anhörung des Kindes und errichtete für dieses eine Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 314a bis ZGB. Mit

Entscheid vom 30. Juli 2014 erteilte sie den Eltern die gemeinsame Sorge und der Mutter die alleinige Obhut; sodann erlaubte sie der Mutter, den Aufenthaltsort des Kindes nach Katar zu verlegen. Mit Urteil vom 20. Oktober 2014 wies der Bezirksrat Meilen die hiergegen vom Vater erhobene Beschwerde ab und entzog einer allfälligen Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich die aufschiebende Wirkung.

C. Beide Parteien fochten das Urteil des Bezirksrates beim Obergericht an. Der Vater verlangte die Zuteilung der Obhut an sich und die Verweigerung der Erlaubnis an die Mutter, mit dem Kind nach Katar auszureisen. Die Mutter wandte sich gegen das gemeinsame elterliche Sorgerecht und beantragte, weiterhin die Alleinsorge zu haben. Anfang Januar 2015 teilte die Verfahrensbeiständin des Kindes dem Obergericht mit, dass die Mutter mit C. nach Doha weggezogen sei und dort die Schule begonnen habe; die Abmeldung von der Schule in V. wurde in der Folge bestätigt, ebenso der Wegzug durch die Mutter. Mit Beschluss vom 2. Februar 2015 trat das Obergericht auf die Beschwerden der beiden Elternteile nicht ein mit der Begründung, infolge des Wegzuges des Kindes sei die Entscheidzuständigkeit entfallen. Es begründete den Entscheid jedoch ausführlich auch materiell.

D. Gegen den obergerichtlichen Beschluss hat die Mutter am 6. März 2015 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben, im Wesentlichen mit den Begehren, es sei an ihrer alleinigen elterlichen Sorge festzuhalten bzw. ihr die alleinige elterliche Sorge zu erteilen. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. (...)

2.1 Weil die Mutter mit dem Kind während des hängigen Verfahrens nach Katar umgezogen ist, liegt ein internationaler Sachverhalt vor und es stellt sich die Frage, ob die schweizerischen Gerichte international noch zuständig sind. Gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG bestimmt sich die Zuständigkeit für den Erlass von Massnahmen im Bereich des Kindesschutzes sowie das dabei anzuwendende Recht nach den Regeln des Haager

Kindesschutzübereinkommens vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ; SR 0.211. 231.011). Art. 5 Abs. 1 HKsÜ erklärt grundsätzlich die Behörden und Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes als zuständig. Sodann sieht Art. 5 Abs. 2 HKsÜ vor, dass bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die dortigen Behörden zuständig werden. Mithin besteht im Grundsatz keine perpetuatio fori (Urteile 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; 5A_131/2011 vom 31. März 2011 E. 3.3.1; PAUL LAGARDE, Explanatory Report, 1998, Rz. 42; www.hcch.net , unter: Conventions/Publications/Explanatory Reports), wie dies schon beim Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) als Vorgängerabkommen der Fall war (vgl. BGE 123 III 411 E. 2a/bb S. 413; BGE 132 III 586 E. 2.2.3 S. 591). Vorliegend gilt es jedoch zu beachten, dass Katar Vertragsstaat weder des HKsÜ noch des MSA ist. Weil die Schweiz von der Möglichkeit des Vorbehalts gemäss Art. 13 Abs. 3 MSA, die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf einen dem Vertragsstaat angehörigen Minderjährigen zu beschränken, keinen Gebrauch gemacht hat, wurde das MSA als auch im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbare loi uniforme angesehen (vgl. BGE 124 III 176 E. 4 S. 180). Dies trifft aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 85 Abs. 1 IPRG (SR 291) grundsätzlich auch für das HKsÜ zu (vgl. Urteile 5A_146/2014 vom 19. Juni 2014 E. 3.1.1; 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.1). Indes gilt dies nur für die Begründung der Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ, während Art. 5 Abs. 2 HKsÜ in Bezug auf Drittstaaten nicht angewandt wird. Mithin bleibt bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in einen Nicht-Vertragsstaat die einmal begründete Zuständigkeit bestehen; in diesem speziellen Bereich gilt mit anderen Worten der allgemeine Grundsatz der perpetuatio fori (vgl. Urteile 5A_146/2014 vom 19. Juni 2014 E. 3.1.1; 5A_809/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.3.2; LAGARDE, a.a.O.; aus der Literatur statt vieler: SCHWANDER, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, N. 46 zu Art. 85 IPRG; BUCHER, in: Commentaire romand, Loi sur le droit international privé [...], 2011, N. 25 zu Art. 85 IPRG). Dies ergibt sich schon unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm, die bewusst von einem Wechsel in einen anderen Vertragsstaat spricht. Nur in diesem Fall ist gesichert, dass gestützt auf das nämliche Regime im Zuzugsstaat

nahtlos wiederum eine Zuständigkeit besteht. Demgegenüber ist bei einem Drittstaat keineswegs sichergestellt, ob und in welcher Weise dieser Kindesschutzmassnahmen treffen bzw. hängige Verfahren weiterführen würde, insbesondere wenn nach dessen internationalem Privatrecht die Zuständigkeit nicht an den Wohnsitz, sondern an die Staatsangehörigkeit des Kindes knüpft. Diesfalls würde dem Kind ohne die perpetuatio fori drohen, dass es zuständigkeitsmässig "zwischen Stuhl und Bank" fällt (LEVANTE, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, 1998, S. 203).
(...)

3. Ausgehend vom Gesagten ist nachfolgend die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge über das Kind C. zu beurteilen. (...)

3.3 Nach der per 1. Juli 2014 in Kraft getretenen Sorgerechtsnovelle (AS 2014 357) steht den Eltern die Sorge über ihre Kinder gemeinsam zu (Art. 296 Abs. 2, Art. 298a Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB). Indes sind Ausnahmen zulässig, wenn das Kindeswohl solche gebietet (vgl. Art. 298 Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 ZGB). Vorliegend ist die Frage zu entscheiden, ob ein solcher Fall gegeben ist; dabei ist gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB der Art. 298b Abs. 2 ZGB sinngemäss zur Anwendung zu bringen. Mit der Gesetzesnovelle wurde ein eigentlicher Systemwechsel vorgenommen, indem das Sorgerecht den Eltern unabhängig vom Zivilstand grundsätzlich gemeinsam zustehen soll. Der Gesetzgeber geht von der Annahme aus, dass damit in der Regel dem Kindeswohl am besten gedient ist; vom Grundsatz soll nur dann abgewichen werden, wenn eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahrt (vgl. Botschaft vom 16. November 2011 zur Revision der elterlichen Sorge, BBl 2011 9102 zu Art. 296). Die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts muss deshalb eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 141 III 472 E. 4.7 S. 478). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Ausnahmegrund insbesondere der schwerwiegende elterliche Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit sein, wenn sich der Mangel negativ auf das Kind auswirkt und die Alleinzuteilung des Sorgerechtes eine Verbesserung der Situation erwarten lässt. Es muss sich in jedem Fall um einen erheblichen und chronischen

Konflikt handeln. Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergehen können, dürfen angesichts des mit der Gesetzesnovelle klarerweise angestrebten Paradigmenwechsels nicht Anlass für eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts bzw. für die Belassung eines bestehenden Alleinsorgerechtes sein (BGE 141 III 472 E. 4.3 und 4.7 S. 475 und 478).

3.4 Vorliegend sind Defizite beim Kooperationswillen im Zusammenhang mit dem Wegzug von Mutter und Kind nach Katar verstärkt zu Tage getreten. Indes ist die - vor Bundesgericht erneut vorgetragene - Behauptung, bei der Erteilung des gemeinsamen Sorgerechtes sei eine Ausweitung des Konfliktes vorprogrammiert, für die Zuteilung der Alleinsorge kein genügender Grund. Es war nicht die Meinung des Gesetzgebers, dass ein Elternteil in abstrakter Weise auf einen Konflikt soll verweisen und daraus einen Anspruch auf Alleinsorge ableiten können.
Im Zentrum steht die Tatsache, dass es sich beim elterlichen Sorgerecht um ein Pflichtrecht handelt (BGE 136 III 353 E. 3.1 S. 356; Urteil 5A_198/2013 vom 14. November 2013 E. 4.1; aus der schweizerischen Literatur statt vieler: SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 296 ZGB; für das deutsche Recht: PESCHEL-GUTZEIT, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2015, N. 19 zu § 1626 BGB), wie dies auch beim Besuchsrecht der Fall ist (vgl. Urteile 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014 E. 4.2; 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 4). Die mit der elterlichen Sorge verbundenen Rechte und Pflichten sind zum Wohle des Kindes auszuüben. Die Eltern haben mithin im Rahmen ihrer Möglichkeiten alles zu unternehmen, was zur gedeihlichen Entwicklung des Kindes erforderlich ist. Daraus folgt im vorliegend interessierenden Kontext, dass sie sich zu bemühen haben, zwischen der konfliktbehafteten Elternebene einerseits sowie dem Eltern-Kind-Verhältnis andererseits zu unterscheiden und das Kind aus dem elterlichen Konflikt herauszuhalten. Sodann haben beide Elternteile ein kooperatives Verhalten an den Tag zu legen und die zumutbaren Anstrengungen bei der gegenseitigen Kommunikation zu unternehmen, ohne die ein gemeinsames Sorgerecht nicht in effektiver Weise und zum Vorteil des Kindes ausgeübt werden kann.

Halten sich die Eltern nicht an diese Spielregeln, droht das Kind in einen Loyalitätskonflikt zu geraten, wie dies vorliegend geschehen ist (anfänglich war C. peinlichst darauf bedacht, keine Stellung zugunsten eines Elternteils zu beziehen; im Zuge des Konfliktes versuchte sie ihr Loyalitätsproblem dahingehend zu lösen, dass sie sich auf die Seite des hauptbetreuenden Elternteils schlug und den Kontakt zum Vater schliesslich weitgehend ablehnte). Nebst der Einbindung oder gar Instrumentalisierung des Kindes im elterlichen Konflikt ist ein Loyalitätskonflikt oft auch auf fehlende Bindungstoleranz des einen oder beider Elternteile zurückzuführen. Es ist aber allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die - sich nicht nur im Besuchs-, sondern auch im Sorgerecht ausdrückende - Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590; BGE 131 III 209 E. 4 S. 211 f.). Beide Elternteile haben deshalb mit Blick auf das Wohl des Kindes die Pflicht, eine gute Beziehung zum jeweils anderen Elternteil zu fördern; namentlich hat der hauptbetreuende Elternteil das Kind positiv auf Besuche, auf Skype-Kontakte, etc. beim oder mit dem anderen Elternteil vorzubereiten. Diese Pflichten stehen zwar vorab in Zusammenhang mit der Ausübung des persönlichen Verkehrs (vgl. etwa Urteil 5A_505/2013 vom 20. August 2013 E. 6.3); ihre Beachtung ist aber auch für eine tragfähige und kindeswohlorientierte Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts wichtig, weshalb der Bindungstoleranz bei der Zuteilung der elterlichen Sorge eine entscheidende Bedeutung zukommen kann (vgl. zum früheren Recht beispielsweise Urteil 5A_138/2012 vom 26. Juni 2012 E. 5 mit weiteren Hinweisen; zum neuen Recht vgl. Urteil 5A_923/2014 vom 27. August 2015 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 141 III 472).

3.5 Nach den obergerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen entbrannte der elterliche Konflikt insbesondere im Zusammenhang mit dem (seinerzeit geplanten und nunmehr erfolgten) Wegzug nach Katar, indem der Vater darauf mit einer Gefährdungsmeldung und dem Begehren um Obhutsumteilung reagierte. Der Vater fürchtete verständlicherweise um den Kontakt zur Tochter, während die Mutter, was ebenso verständlich und natürlich ist, mit der Tochter in Familiengemeinschaft bei ihrem Ehemann leben will, welcher momentan in Katar arbeitet. Bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides

wurden keine konkreten Anhaltspunkte aktenkundig, dass sich die Eltern (abgesehen vom Aufenthaltsort) in grundsätzlicher und unüberwindbarer Weise über die Belange des Kindes gestritten hätten. Die Mutter erwähnt - soweit dies in Anbetracht von Art. 99 Abs. 1 BGG überhaupt möglich wäre - auch in der vorliegenden Beschwerde keine konkreten Vorfälle. Vielmehr spricht sie (relativ abstrakt) von einer zu befürchtenden Ausweitung des Konfliktes, was für eine Abweichung vom Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge nach dem Gesagten nicht genügt. Weiter verweist sie auf die Eingabe des Vaters vom 6. Oktober 2014; indes sind nach den vorstehenden Ausführungen prozessuale Auseinandersetzungen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens für sich genommen in der Regel noch kein Grund für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge. Schliesslich ist entgegen den Ausführungen in der Beschwerde nicht massgeblich, ob die Parteien verheiratet waren und ob sie in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben; vielmehr wurde mit der Sorgerechtsnovelle gerade eine Gleichbehandlung der Eltern unabhängig von solchen Überlegungen angestrebt (vgl. Botschaft, BBl 2011 9092 Ziff. 1.5.1).

3.6 Insgesamt ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine Alleinzuteilung des Sorgerechts im vorliegenden Fall bei weitem nicht erreicht sind. (...)