

Eheschutz; Kindesanhörung; alternierende Obhut – Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 12 KRK, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 298 ZPO; Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB.

Das Recht des Kindes, wenigstens einmal im Verfahren angehört zu werden, ist Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient gleichzeitig der Sachverhaltsermittlung. Eine persönliche Anhörung kann nur unterbleiben, wenn das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (E. 3.1).

Die Anordnung einer alternierenden Obhut setzt weder das Einverständnis beider Eltern voraus noch, dass diese das Kind bisher schon zu gleichen Teilen betreut haben. Bei seiner Prüfung hat das Gericht eine sachverhaltsbasierte Prognose im Hinblick auf das Wohl des Kindes zu treffen (E. 3.2). Auch bei jüngeren Kindern kann daher nicht leichthin auf eine Anhörung verzichtet werden (E. 3.3).

Der Anhörungsanspruch eines Kindes ist formeller Natur und führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ausser die Gehörsverletzung hatte unbestrittenermassen keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang (E. 3.4.1).

OGE 10/2019/18/K vom 10. März 2020

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

In einem Eheschutzverfahren war die Betreuung der gemeinsamen Kinder (6 und 9 Jahre alt) zu regeln. Der Ehemann beantragte eine alternierende Obhut und die Anhörung der Kinder. Die bisherigen Betreuungsanteile der Parteien waren umstritten. Das Kantonsgericht wies den Antrag auf alternierende Obhut ab. Die Kinder hörte es nicht an. Das Obergericht hiess die dagegen erhobene Berufung des Ehemanns teilweise gut.

Aus den Erwägungen

3.1. Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen (Art. 298 ZPO). Diese Bestimmung konkretisiert die Ansprüche aus Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention [KRK], SR 0.107). Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. Gemäss ständiger Bundesgerichtspraxis ist die Anhörung im Sinn einer Richtlinie ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich, wobei nicht ausgeschlossen ist, je nach den konkreten Umständen auch ein etwas jüngeres Kind anzuhören, etwa wenn bei

Geschwistern das jüngere Kind kurz vor dem genannten Schwellenalter steht (BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557). Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei jüngeren Kindern im Sinn eines Beweismittels zu verlangen. Unabhängig von der Anspruchsgrundlage des Anhörungsrechts kann eine mehrmalige Anhörung dort unterbleiben, wo sie einzig um der Anhörung willen stattfindende, namentlich wenn sie für das Kind eine unnötige Belastung bedeuten würde, wie etwa bei akuten Loyalitätskonflikten, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären. Um eine solche Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden, besteht die Pflicht, ein Kind anzuhören, in der Regel nur einmal im Verfahren, und zwar grundsätzlich nicht nur auf die einzelne Instanz gesehen, sondern einschliesslich Instanzenzug. Ein Verzicht auf eine erneute Anhörung setzt allerdings voraus, dass das Kind zu den entscheidungsrelevanten Punkten befragt worden und das Ergebnis der Anhörung noch aktuell ist (BGer 5A_914/2018 vom 18. Dezember 2019 E. 3.3.1 mit Hinweisen).

3.2. Am 1. Januar 2017 trat Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB in Kraft. Das Gericht muss seither bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Möglichkeiten einer alternierenden Obhut prüfen, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Anders als im früheren Recht ist das Einverständnis der Eltern für die alternierende Obhut kein zwingendes Erfordernis mehr (vgl. Monika Leuenberger, Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, FamPra.ch 04/2019 vom 7. November 2019, S. 1100 ff.). Auch aus dem Umstand allein, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, die für die praktische Umsetzung der alternierenden Obhut nötige Kooperation sei nicht gewährleistet (BGer 5A_312/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 2.1.2; zum Ganzen BGer 5A_200/2019 vom 29. Januar 2020 E. 3.1.2). Das Gericht hat im konkreten Einzelfall gestützt auf eine sachverhaltsbasierte Prognose zu prüfen, ob die alternierende Obhut voraussichtlich dem Wohl des Kindes entspricht (zum Vorgehen und den wesentlichen Kriterien: BGE 142 III 612 E. 4.2 f. S. 614 ff.; 142 III 617 E. 3.2.3 S. 620 f.).

3.3. Das Kantonsgericht verkennt die Voraussetzungen der alternierenden Obhut. Es trifft nicht zu, dass diese Einigkeit der Eltern voraussetzt, zumal wenn die örtlichen Gegebenheiten wie vorliegend eine solche Betreuungsform zulassen würden und die Kinderbetreuung bereits vor der Trennung abwechselnd von beiden Eltern wahrgenommen wurde. Vorrangiges Kriterium bleibt das Kindeswohl. Ebenso verkennt das Kantonsgericht die Voraussetzungen für die alternierende Obhut, wenn es nur diejenige Betreuungszeit voll anrechnet, in welcher der andere Elternteil einer eigenen Arbeitstätigkeit nachgehen kann. Bei der Regelung des

persönlichen Kontakts zwischen Eltern und Kind ist nebst der Kontinuität der gelebten Verhältnisse auch stets der Qualität der Beziehung und einem möglichst intensiven Kontakt zu beiden Elternteilen Rechnung zu tragen. Eine rein rechnerische Betrachtung der Kontaktstunden, noch dazu beschränkt auf die Wochentage, ist nicht zielführend.

Das Kantonsgericht hätte prüfen müssen, ob die alternierende Obhut voraussichtlich dem Kindeswohl entspricht. Auf die Anhörung der Kinder konnte dabei nicht verzichtet werden. Beide Kinder hatten zur Zeit des Eheschutzverfahrens das Schwellenalter erreicht. Ihre Befragung hätte wichtige Informationen liefern und Wesentliches zur Sachverhaltsermittlung beitragen können. Wird ein Kind konkret zum Alltag befragt, ist es meistens in der Lage, eine individuelle Aufteilung zu nennen, die seinen Interessen und den Kompetenzen der Eltern am besten entspricht (vgl. Leuenberger, 1106). Insbesondere können die Kinder vorliegend darüber Auskunft geben, inwiefern sich der Berufungskläger während des Zusammenlebens an der Pflege und Erziehung der beiden Kinder beteiligt bzw. einen – im Hinblick auf das Kindeswohl – massgeblichen Anteil der Betreuung übernommen hat. Entgegen der Ansicht des Kantonsgerichts ist diese Frage nicht hinreichend geklärt, auch wenn darüber kein strikter Beweis zu führen ist.

Aufgrund des Alters der Kinder im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens (9 und 6 Jahre) standen deren Mitwirkungsrechte im Verfahren zwar noch nicht im Vordergrund. Dennoch sind die Kinder – gerade wenn es um eine alternierende Obhut geht – in das Verfahren einzubeziehen, und es ist ihnen Gelegenheit zu geben, eigene Wünsche zu den Betreuungsmodalitäten vorzubringen. Deren Berücksichtigung ist angesichts des Alters der Kinder nicht von vornherein ausgeschlossen, selbst wenn noch nicht von einer autonomen Willensbildung ausgegangen werden kann (vgl. statt vieler: BGer 5A_111/2019 vom 9. Juli 2019 E. 2.3).

3.4.1. Auch bei Kindesanhörungen ist der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung desselben und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt jedoch keinen Selbstzweck dar. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte (BGer 5A_914/2018 vom 18. Dezember 2019 E. 3.2. mit Hinweis auf BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.3 und 2.4; BGer 4A_112/2018 vom 20. Juni 2018 E. 3.2, je mit weiteren Hinweisen).

3.4.2. Wie vorerwähnt (E. 3.3) ist davon auszugehen, dass eine Anhörung der Kinder den Ausgang des Verfahrens sehr wohl hätte beeinflussen können und für

die Beurteilung des Kindeswohls sogar notwendig gewesen wäre. Die Befragung diene der Ermittlung des Sachverhalts und zwar sowohl bezüglich der Betreuungsregelung als auch hinsichtlich des festzusetzenden Kinderunterhalts. Hierzu hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und es ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Unter diesen Umständen hätte die beantragte Anhörung aber nur dann unterbleiben dürfen, wenn triftige Gründe dagegen gesprochen hätten (vgl. BGer 5A_914/2018 vom 18. Dezember 2019 E. 3.3.1 mit Verweis auf BGE 131 III 553 E. 1.1 S. 554; BGer 5A_402/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 5). Solche sind vorliegend nicht ersichtlich.

3.5. Die Berufung ist folglich teilweise gutzuheissen. [...]