



Obhutsentzug und Neuregelung der Pflegeverhältnisse

Sachverhalt

Frage **Kind L**: von Vater Nr. 1, Inhaber alleinige elterliche Sorge, gesetzlicher Wohnsitz H., mit derzeitigem Aufenthalt bei der Km in Z., ebenfalls Inhaber der Obhut für Kind C von Vater Nr. 2.

Kind C: von Vater Nr. 2, Inhaber der alleinigen elterlichen Sorge, Obhut bei Vater Nr. 1, gesetzlicher Wohnsitz H., mit derzeitigem Aufenthalt bei der Km in Z. Kindsmutter: wohnhaft in Z., geschieden von Ehemännern 1 - 3, verheiratet mit Ehemann Nr. 4, vier Kinder, davon für Kind 3 Inhaberin der elterlichen Sorge (inkl. Obhut), für Kind 4 zusammen mit Ehemann

Die Familienverhältnisse sind einigermaßen verzwickelt, daher nummeriere ich die Personen. Frau H hat insgesamt vier Kinder von vier Männern. In unserem Fall handelt sich um die zwei älteren Kinder (L = 14 Jahre, von Ehemann Nr.1, C = 12 Jahre, von Ehemann Nr. 2). Für beide Kinder besteht eine Beistandschaft nach 308.1 + 2.

Für beide Kinder ist die alleinige elterliche Sorge den jeweiligen Vätern zugesprochen worden (die Km ging bis vor's Bundesgericht). Da der Vater von C anfangs beruflich zu stark eingebunden war, um sich um seinen Sohn kümmern zu können, ausserdem die beiden Geschwister eine sehr enge Bindung zueinander hatten, sollten die Kinder nicht getrennt werden. So wurde dem Vater von L (Nr. 1) vom Gericht die Obhut ebenfalls für C (Kind von Nr. 2) zugesprochen. Somit hat Vater Nr. 1 die alleinige eS für L und die Obhut für C. Vater Nr. 2 hat die eS (ohne Obhut) für C. Der Kindsmutter wurde das übliche Besuchsrecht zugesprochen.

Kindsväter 1 und 2 wohnen mit ihren neuen Familien in H.. Kinder L und C haben daher ebenfalls in H. ihren gesetzlichen Wohnsitz. Kurz vor den Sommerferien 2011 beschloss die 14-jährige L, nicht mehr zu ihrem Vater (Nr. 1) zurückzukehren, sondern bei ihrer mittlerweile mit Ehemann Nr. 4 verheirateten Mutter und ihren beiden kleinen Halbgeschwistern in Z. zu bleiben. Vater Nr. 1 war hiermit nicht einverstanden, sah jedoch keine Möglichkeit, seine Tochter gegen deren (energischen!) Willen zu sich zurückzuholen. Es konnte davon ausgegangen werden, dass sie bei der ersten sich bietenden Gelegenheit wieder zu ihrer Mutter gehen würde. Sie war nur bereit, ihren Vater an Wochenenden zu besuchen. Sie besucht die Schule in Z..

Kurz nach den Sommerferien schloss sich C seiner Schwester an und blieb ebenfalls bei der Mutter, hielt sich nur

am Wochenende bei seinem Vater Nr. 2 auf (besucht auch weiterhin die Schule in H.). Auch Ehemann Nr. 2 sah keine Möglichkeit, das Kind gegen dessen Willen zurückzuholen. Wenn er dies versuchte, versteckte sich das Kind bzw. lief spät abends heimlich aus der Wohnung. Von der Rückführung durch die Polizei (wozu sie ja das Recht gehabt hätten) wurde aus Rücksicht auf die Kinder abgesehen. Die Kinder waren vor einigen Jahren aufgrund des Gerichtsurteils mit Polizei von der Mutter weggeholt worden, was für alle Beteiligten ausserordentlich traumatisch war. Den Kindern sollte dies ein zweites Mal erspart bleiben.

Das Verhältnis zwischen den Vätern und der Kindsmutter war während all der Jahre mehr oder weniger angespannt. Die Kindsmutter hatte sich nie damit abgefunden, dass die Kinder den Vätern zugesprochen worden waren.

Beide Kinder leben jetzt also im Haushalt der Kindsmutter und ihres Ehemannes Nr. 4. Natürlich kommt es im Alltag durch die ungeklärte Situation immer wieder zu "Verständigungsschwierigkeiten" mit den Vätern. Insbesondere i.S. Zuständigkeit (Km setzt sich elegant über alle Regelungen hinweg). Selbstverständlich erwartet die Km nun Unterhaltszahlungen für die Kinder (werden ihr bis anhin vorenthalten, weil die Väter auf dem Standpunkt stehen, dass die Kinder ordentlicherweise bei ihnen wohnen sollten). Die neue Wohnsituation ist der Mutter recht (sie "respektiert den Willen der Kinder"). Sie strebt die Umteilung der eS, mindestens aber der Obhut für beide Kinder an.

Selbstverständlich könnten beide Kinder zu ihren Vätern zurückkommen, jedoch sind beide Väter über dieser Situation mit den ständigen, zum Teil sehr heftigen Diskussionen, sehr müde geworden. Um nun Ruhe in die Verhältnisse zu bringen und die Kinder zu entlasten, die unter dieser Situation sehr leiden (besonders der Zwölfjährige zeigt deutliche Verhaltensauffälligkeiten), sind die Väter Nr. 1 und 2 bereit, die Situation den Gegebenheiten anzupassen. Beide sind jedoch nicht bereit, die Obhut oder gar eS auf die Km übertragen zu lassen. Wir sind jetzt dabei, eine Vereinbarung auszuarbeiten. Es sollte möglichst eine Vereinbarung im gemeinsamen Einvernehmen werden (ansonsten ist ja das Gericht zuständig).

Die Väter haben den Vorschlag gemacht, dass sie sich in einer Vereinbarung mit dem Aufenthalt der Kinder bei der Mutter einverstanden erklären, ebenfalls wird ein Unterhaltsbeitrag für die Kinder gezahlt werden.

Weil beide Väter die eS haben, könnten sie ohne grosse Regelung bestimmen, wo sich die Kinder aufhalten. Nun hat aber Vater Nr. 2 zwar die elterliche Sorge für seinen Sohn C, die Obhut für seinen Sohn C hat jedoch Vater Nr. 1. Wie ist dies zu regeln?

Allen Beteiligten ist klar, dass die ständigen Streitpunkte ohne eine sehr klare schriftliche Regelung über Alltagsbelange nicht abreißen werden (die Hoffnung ist bei den Vätern und der Beistandin allerdings auch mit einer Vereinbarung äusserst gering).

FRAGEN:

Muss vor einer Vereinbarung die Obhut für C auf Vater Nr. 2 übertragen werden? Die Km würde sich nie damit

einverstanden erklären. Muss hier das Gericht entscheiden? Oder genügt es, wenn Vater Nr. 1 und Nr. 2 sich einig sind, dass die Obhut von Vater Nr. 1 auf Vater Nr. 2 übertragen wird?

Wer schliesst die Vereinbarung über die neue Wohnsituation mit wem ab? Die Eltern untereinander über das Kind? Muss parallel dazu ein Pflegekindvertrag mit der Kindsmutter abgeschlossen werden?

Wie muss für Kind Nr. 1 vorgegangen werden?

Wie muss für Kind Nr. 2 vorgegangen werden?

Welche Rolle spielt die Beiständin der Kinder?

Erwägungen

Die Rechtslage nicht ganz so, wie in der Fallschilderung dargestellt. Aus den Fehlannahmen resultiert denn auch ein Teil der Probleme.

1. Mit seinem Scheidungsurteil hat das Obergericht des Kantons Z. das der 2. Ehe entstammende Kind C. unter elterliche Sorge des Vaters gestellt, diesem die Obhut entzogen und C. beim ersten Ex-Ehemann und gleichzeitigen Vater des ersten Kindes L. untergebracht. Damit hat das Gericht aber nicht die Obhut über C. an den Pflegevater übertragen. Das würde rechtlich auch nicht gehen (Urteil BGer 5A_22/2011 E. 2.1; BGE 128 III 9; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 310 N 5). Vielmehr geht mit dem gestützt auf Art. 310 ZGB erfolgten Entzug der Obhut das Obhutsrecht auf die Vormundschaftsbehörde über, nicht aber auf die Pflegeeltern (STETTLER, *Garde de fait et droit de garde*, ZVW 2002 S. 236 ff.). Die Pflegeeltern (hier der Ex-Ehemann Nr. 1) haben nur faktische, nicht aber die rechtliche Obhut. Daraus entstehen die ihnen gestützt auf Art. 300 ZGB umschriebenen Rechte als Pflegeeltern. Dementsprechend hat das Obergericht richtigerweise in Ziff. 2 seines Urteils auch die Vormundschaftsbehörde damit beauftragt, das Pflegeverhältnis mit dem 1. Ex-Ehemann zu regeln.
2. Eine andere Rechtslage besteht bezüglich Kind L. aus erster Ehe. Dort liegt die elterliche Sorge uneingeschränkt beim Vater (Ex-Ehemann Nr. 1). Als Inhaber der elterlichen Sorge kann er das Kind L. selbst betreuen oder es kraft seiner Befugnisse einer Drittperson zur Pflege anvertrauen (Internat, Kollegium, Pflegeeltern etc). Insbesondere kann er das ihm anvertraute Kind auch der Ex-Ehefrau in Pflege geben, soweit dadurch das Kindeswohl nicht gefährdet wird. Die Ex-Ehefrau wird dadurch allerdings nicht zur Obhutsinhaberin, sondern „nur“ zur Pflegemutter. Obhutsinhaberin könnte sie nur dann werden, wenn beide Eltern gemeinsame elterliche Sorge hätten und unter sich wegen des fehlenden gemeinsamen Haushaltes die Obhut regeln müssten. Ohne elterliche Sorge gibt es aber kein Obhutsrecht (Urteil des BGer 5A_22/2011 E. 2.1).
3. Mittlerweile leben die Kinder C. und L. bei der Mutter. Diese hat zurzeit wie dargestellt keine andere Stellung als jene einer Pflegemutter, weil sie in beiden Fällen nicht über die elterliche Sorge verfügt und das Obhutsrecht im Falle des ersten Kindes L. beim Vater (1. Ehemann) und im Falle von C. bei der Vormundschaftsbehörde liegt. Einerseits muss deshalb der 1. Ex-Ehemann mit der Mutter das Pflege-

verhältnis regeln, andererseits muss die Vormundschaftsbehörde mit dem 1. Ex-Ehemann als Pflegevater darüber einig werden, ob das Pflegeverhältnis mit C. aufgehoben werde, und wenn ja, muss die VB als Obhutsinhaberin das Pflegeverhältnis für C. mit der Mutter regeln.

4. Im Einzelnen ergeben sich daraus folgende Konsequenzen:

a. **Grundsätzlich**

Beide Kinder verfügen über einen Beistand oder eine Beständin. Der Beistand/die Beiständin hat die Lage der beiden Kinder in Zusammenarbeit mit diesen und den betroffenen Eltern zu beurteilen und der VB einen entsprechenden Bericht und Antrag zu stellen. Es wäre nicht vertretbar, ohne deren Einbezug und deren Einschätzung der Interessenlage einen behördlichen Entscheid zu fällen. Soweit die VB die Kinderbelange neu zu regeln haben wird, müssen die Kinder zudem gestützt auf Art. 314 Ziff. 1 ZGB angehört werden.

Je nach den eingenommenen Positionen der involvierten Parteien kann es sich empfehlen, einen Schriftenwechsel einzuleiten oder – was oft eine kürzere Abwicklung des Verfahrens ermöglicht – gut vorbereitete Anhörungen durch die Vormundschaftsbehörde beziehungsweise deren instruierendes Organ zu organisieren.

Entscheidend dabei ist herauszufinden, wo die Probleme der Erziehungsbedingungen bei Ex-Ehemann Nr. 1 liegen, was die Motive der Kinder für den Umzug sind und weshalb die Erziehungsbedingungen bei der Mutter besser sind, insbesondere ob der bei der Mutter angebotene Pflegeplatz dem Kindeswohl entspricht und tragfähig ist. Wenn dem nicht so ist, bleibt immer noch die Frage zu klären, ob eine reale Chance besteht, die Kinder zu einer Rückkehr zu Ex-Ehemann Nr. 1 zu bewegen sind, insbesondere ob dort allenfalls veränderte Konditionen angeboten werden können, welche den Kindern besser entsprechen. Angesichts des Alters der Kinder werden die Chancen der Durchsetzung einer „richtigen Lösung“ gegenüber der faktischen Handlungsmacht der Kinder abgewogen werden müssen. Zuweilen sind halt auch unbefriedigende Lösungen hinzunehmen, wenn bessere gegen den Kindeswillen bei Aufbringen allen pädagogischen Geschicks nicht durchsetzbar sind.

b. **Neuregelung der Pflegesituation für Kind L. aus erster Ehe**

L. steht unter elterlicher Sorge des Vaters, dem auch das Obhutsrecht zusteht. Im Ehescheidungsurteil zu Ehe 1 wird nebst der elterlichen Sorge auch der Unterhalt und der persönliche Verkehr geregelt worden sein (Art. 133 ZGB). Falls der Vater das gemeinsame Kind L. bei der Mutter platziert oder jedenfalls bereit ist, die gegebene Situation zu tolerieren, gibt es drei Möglichkeiten, die Situation rechtlich neu zu regeln:

- i. Entweder die Eltern belassen das seinerzeitige Scheidungsurteil und einigen sich in einem Pflegevertrag über die Unterbringung des Kindes L. und dessen Betreuung

durch die Mutter und regeln in diesem Pflegevertrag auch das Pflegegeld, womit auch die gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeiträge in Verrechnung zu bringen wären,

- ii. oder aber die geschiedenen Eltern einigen sich in einer Vereinbarung über die Neuregelung der elterlichen Sorge (und damit des Obhutsrechts), des persönlichen Verkehrs und des Unterhalts. Diese Vereinbarung kann – wenn sie mit dem Kindeswohl vereinbar ist – durch die Vormundschaftsbehörde genehmigt werden und löst das ehemalige Scheidungsurteil ab (Art. 134 Abs. 3 und Art. 315b Abs. 2 ZGB),
- iii. oder die Eltern werden sich nicht einig, dann müssen über eine gerichtliche Abänderung des Scheidungsurteils die Kinderbelange neu geregelt werden (Art. 134 Abs. 1 und Art. 315b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Klageberechtigt ist jeder Elternteil, ist das Kind und ist die Vormundschaftsbehörde (Art. 134 Abs. 1 ZGB).

c. Neuregelung der Pflegesituation für Kind C. aus zweiter Ehe

C. steht unter elterlicher Sorge des Vaters (Ehemann Nr. 2), dem allerdings die Obhut entzogen worden ist. Das Gericht hat C. bei Ex-Ehemann Nr. 1 platziert und die Vormundschaftsbehörde mit dem Vollzug beauftragt. Als Obhutsinhaberin hat die Vormundschaftsbehörde zu entscheiden, ob sie eine Umplatzierung des Kindes von Ex-Ehemann Nr. 1 zur Mutter vornehmen wolle, oder ob sie den Obhutsentzug des Gerichts aufhebt und damit den Ex-Ehemann Nr. 2 in seine uneingeschränkte elterliche Sorge einsetzen will (wenn er dazu in der Lage ist). Das würde dem Ex-Ehemann Nr. 2 ermöglichen, die Platzierung des Kindes C. bei der Mutter wie Ex-Ehemann Nr. 1 zu regeln, d.h. entweder über einen Pflegevertrag, über eine von der Vormundschaftsbehörde zu genehmigende Neuregelung der Kinderbelange im Sinne von Art. 134 Abs. 3 und Art. 315b Abs. 2 ZGB oder über ein gerichtliches Abänderungsverfahren. Auch hier ist das Kindeswohl und die Tragfähigkeit der von den Kindern gewählten Lösung abzuklären und ist eine Abschätzung der Durchsetzbarkeit der „richtigen Lösung“ vorzunehmen. „Richtige Lösung“ wurde deshalb in Abführungszeichen gesetzt, weil in solchen Konstellation und bei Kindern dieses Alters nicht auszuschliessen ist, dass die alte Volksweisheit zum Tragen kommt: Denn erstens kommt es anders, und zweitens als man denkt.

5. Damit lassen sich Ihre Fragen wie folgt beantworten:

- a. **Muss vor einer Vereinbarung die Obhut für C auf Vater Nr. 2 übertragen werden? Die Km würde sich nie damit einverstanden erklären. Muss hier das Gericht entscheiden? Oder genügt es, wenn Vater Nr. 1 und Nr. 2 sich einig sind, dass die Obhut von Vater Nr. 1 auf Vater Nr. 2 übertragen wird?**

C. steht unter der Obhut der Vormundschaftsbehörde. Sie hat zu entscheiden, wem sie das Kind in Pflege gibt. Dabei hat sie die unter Ziff. 4 c. beschriebenen Möglichkeiten.

- b. **Wer schliesst die Vereinbarung über die neue Wohnsituation mit wem ab? Die Eltern untereinander über das Kind? Muss parallel dazu ein Pflegekindvertrag mit der Kindsmutter abgeschlossen werden? Wie muss für Kind Nr. 1 vorgegangen werden? Wie muss für Kind Nr. 2 vorgegangen werden? Welche Rolle spielt die Beiständin der Kinder?**

Die Beiständin muss die Interessenlage der Kinder nach Rücksprache mit den Betroffenen darlegen. Gegebenenfalls muss die Vormundschaftsbehörde die beiden Kinder und die involvierten Eltern anhören oder/und einen Schriftenwechsel organisieren (vgl. Ziff. 4 a). Je nach Sachlage, die der Fragestellung nicht entnommen werden kann, muss über eine einvernehmliche Lösung oder ein gerichtliches Verfahren eine mehr oder weniger weitgehende Neuregelung der Kinderbelange gesucht werden. Am Einfachsten wäre wohl zurzeit und bis zur Klärung der Frage, wie tragfähig die von den Kindern gewählte Lösung ist, die Regelung der Pflegeverhältnisse für L. und C. Vertragspartner im Falle von C. sind die Mutter und die Vormundschaftsbehörde, im Falle L. die Mutter und Ex-Ehemann Nr. 1.

Ligerz, 5. April 2012

Kurt Affolter, lic. iur., Fürsprecher und Notar