Zivilistisches Seminar der Universität Bern

Prof. Dr. Stephan Wolf/lic. iur. Barbara Ballmer, Fürsprecherin/MLaw Martin Eggel

Falllösung Privatrecht (FS 2011) "Scheidung und Flammkuchen" – Lösungsskizze

Die nachfolgende Lösung soll darlegen, was inhaltlich erwartet wurde. Dabei ist zu beachten, dass sich die Note nur zu einem Teil aus dem Inhalt ergibt. Die verwendete Literatur, Vollständigkeit der Verzeichnisse, Zitierweise, Sprache und Aufbau wurden ebenfalls berücksichtigt.<sup>1</sup>

Für Auskünfte wenden Sie sich bitte per E-Mail an die Assistierenden: barbara.ballmer@ziv.unibe.ch oder martin.eggel@ziv.unibe.ch.

## Aufgabe 1

# 1. Allgemeines

Da weder ein Ehevertrag noch Gründe für das Eintreten des ausserordentlichen Güterstandes vorliegen, unterstehen die Ehegatten dem *ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung* (Art. 181 ZGB).

# 2. Zuordnung der Abfindungssumme

#### 2.1. Allgemeines

Zunächst ist festzuhalten, dass Objekte in der Errungenschaftsbeteiligung güterrechtlich dem Vermögen desjenigen Ehegatten zuzuordnen sind, der nach allgemeinem Vermögensrecht (Sachenrecht, Obligationenrecht etc.) Rechtsträger ist. Hier geht es um eine Forderung gegenüber einer Bank. Diese steht allein dem Vermögen des Mannes zu, lautet das Konto doch auf seinen Namen. Die Vermutung von Art. 200 Abs. 2 ZGB, der alle Vermögenswerte dem Miteigentum beider Ehegatten zuweist, sofern nicht das Gegenteil bewiesen wird, kommt damit nicht zur Anwendung.

Da die Eheleute vorliegend unter den Regeln des ordentlichen Güterstandes der Errungeschaftsbeteiligung gelebt haben, findet eine Zuordnung entweder in die Errun-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Vgl. Ziff. 3 des Merkblatts für die Bachelorarbeit nach Art. 15 des Studienreglements vom 21. Juni 2007.

genschaft oder das Eigengut des Mannes statt (Art. 196 ff. ZGB). Die Kapitalabfindung setzt sich aus mehreren Elementen zusammen.

# 2.2. Ersatz der Heilungskosten<sup>2</sup>

Die Entschädigung für die entstandenen Heilungskosten im Betrag von CHF 30'000.-- wurde zugesprochen, um – technisch betrachtet – die Arbeitsfähigkeit von Manfred wieder herzustellen. Im Gegensatz zu Art. 198 ZGB stellt Art. 197 ZGB eine ergänzungsbedürftige Generalklausel dar.<sup>3</sup> Art. 200 Abs. 3 ZGB statuiert zudem die Vermutung, dass alles Vermögen eines Ehegatten bis zum Beweis des Gegenteils als Errungenschaft gilt.

Gemäss Art. 197 Abs. 2 ZGB ist der Betrag über CHF 30'000.-- der Errungenschaft des Manfred zuzuweisen.<sup>4</sup>

2.3. Entschädigung wegen vorübergehender, vollständiger Arbeitsunfähigkeit<sup>5</sup>

Bei den CHF 15'000.-- Lohnausfallentschädigung handelt es sich um eine Entschädigung wegen Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB. Die Bestimmung erfasst den auf die Vergangenheit bezogenen Ausfall von Erwerbseinkommen<sup>6</sup>, hier während der dreimonatigen Heilungsdauer.

Der Betrag über CHF 15'000.-- fällt somit in die Errungenschaft des Manfred.

# 2.4. Entschädigung wegen dauernder, teilweiser Arbeitsunfähigkeit<sup>7</sup>

Der Betrag über CHF 285'000.--, der künftige Einbussen infolge einer aus gesundheitlichen Gründen (Spätfolgen) notwendigen Reduktion des Arbeitspensums ausgleichen soll, stellt ebenfalls eine Entschädigung wegen Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB dar. Denn mit dem Verweis auf die Nachteile der Arbeitsunfähigkeit wird verdeutlicht, dass es nicht nur um Kostenersatz und auf die Vergangenheit bezogenen Ausfall von Erwerbseinkommen geht, sondern auch um

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Vgl. dazu HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N. 229 f.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. BK- HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 26 zu Art. 197 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Allenfalls, z.B. mit Blick auf die Wiederherstellung der Gesundheit als persönliches Gut, wäre auch eine Qualifizierung als Eigengut bei fundierter Begründung vertretbar.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Vgl. dazu REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (a.a.O.), N. 235 f.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 82 zu Art. 197 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Vgl. dazu REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (a.a.O.), N. 243 ff.

die künftige Erschwerung wirtschaftlichen Fortkommens.<sup>8</sup> Unerheblich ist, ob die Arbeitsfähigkeit ganz oder nur teilweise beeinträchtigt ist.<sup>9</sup>

Die Entschädigung von CHF 285'000.-- steht somit der Errungenschaft des Manfred zu.

# 2.5. Ergebnis

Die gesamte Abfindung ist der Errungenschaft des Manfred zuzuweisen.

# 3. Zuordnung der Schulden

Mit der Abfindung von CHF 330'000.--, die vollumfänglich der Errungenschaft zuzuweisen ist, wurden von Manfred gemäss Sachverhalt Schulden in der Höhe von CHF 50'000.-- beglichen.

Sollte es sich dabei um Schulden des Eigenguts des Manfred gehandelt haben, stünde der Errungenschaft eine Ersatzforderung gegenüber dem Eigengut zu (Art. 209 Abs. 1 ZGB), da die Tilgung der Schulden mit Errungenschaftsmitteln erfolgte. Allgemein belastet eine Schuld diejenige Gütermasse, mit der sie sachlich zusammenhängt, im Zweifel die Errungenschaft (Art. 209 Abs. 2 ZGB). Es sind also die beiden beglichenen Schulden güterrechtlich zuzuordnen.

Die Entschädigung für die Heilungskosten ist zum Ausgleich der in gleicher Höhe entstandenen Schuld zugesprochen worden. Gemäss Art. 209 Abs. 2 ZGB<sup>11</sup> ist diese Schuld der gleichen Masse zuzuordnen wie die zugewiesene Entschädigungssumme, vorliegend also der Errungenschaft des Manfred.

Beim Betrag über CHF 20'000.-- handelt es sich zweifelsohne um Ausgaben, die im Zusammenhang mit dem Unterhalt der Familie stehen. Diese sind aus dem Einkommen zu begleichen und belasten damit die Errungenschaft des Manfred.<sup>12</sup>

Somit bestehen keine Ersatzforderungen der Errungenschaft gegenüber dem Eigengut des Manfred.

<sup>9</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 83 zu Art. 197 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 82 zu Art. 197 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010, Rz. 12.51.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 42 zu Art. 200 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 24 zu Art. 209 ZGB.

# 4. Forderung des Eigenguts aus Art. 207 Abs. 2 ZGB

# 4.1. Allgemeines

Hinsichtlich der Kapitalentschädigung ist Art. 207 Abs. 2 ZGB zu beachten. Demgemäss ist eine wegen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtete Kapitalleistung im Betrag des Kapitalwertes der Rente, die dem Ehegatten bei Auflösung des Güterstandes zustünde, dem Eigengut zuzurechnen. Art. 207 Abs. 2 ZGB schafft ein Korrektiv zur Regelung von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB. <sup>13</sup> Hätte das Gericht eine Rente zugesprochen, würden für die Dauer des Güterstandes die jeweils entstehenden Forderungen aufgrund von Art. 197 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB in die Errungenschaft fallen. Nach Auflösung des Güterstandes entstehende Rentenforderungen fänden demgegenüber keine Berücksichtigung mehr, da sie nicht mehr den Regeln des Güterrechts unterworfen sind. <sup>14</sup> Wird nun aber – wie im vorliegenden Fall – eine Kapitalabfindung zugesprochen, fällt diese gemäss Art. 197 ZGB ganz in die Errungenschaft, selbst wenn das Kapital auch Erwerbseinkommen nach Beendigung des Güterstandes abgelten soll. <sup>15</sup> Art. 207 Abs. 2 ZGB sieht deshalb die Zuweisung eines Teils der Kapitalabfindung an das Eigengut (als rein rechnerischer Vorgang <sup>16</sup>) vor; dieser Teil der Abfindung wird im Ergebnis von der Vorschlagsbeteiligung ausgenommen,

# 4.2. Berechnung<sup>17</sup>

# a. Bestimmung der zu berücksichtigenden Kapitalleistung

Für die Ausscheidung gemäss Art. 207 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen sind nur jene Teile der Kapitalleistung, deren zugrunde gelegte Rente sich auf den Zeitpunkt nach der Auflösung des Güterstandes erstreckt. <sup>18</sup> Einzubeziehen sind weiter nur jene Teile der Kapitalleistung, welche einen Ausgleich für die Beeinträchtigung der Arbeitskraft darstellen. <sup>19</sup> Nicht zu berücksichtigen ist also in casu die Erstattung der Hei-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, Les effets du mariage, 2. Aufl., Bern 2009, N. 1010.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 207 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 24 zu Art. 207 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 40 zu Art. 207 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Die Berechnung stützt sich auf die Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE/SCHAETZLE (WILHELM STAUFFER/THEO SCHAETZLE/MARC SCHAETZLE, Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001). Für Beispiele vgl. etwa MARC SCHAETZLE/STEPHAN WEBER, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001, N. 2.684 ff.; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 42 f. zu Art. 207; MARTIN KOCHER, Güterrechtliche Sicherstellung im Massnahmeverfahren (Art. 145 ZGB und Art. 322 ZPO BE), Diss. Bern 1996, Bern 1996, S. 130 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 2.686.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 43 zu Art. 207; SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 2.688.

lungskosten von CHF 30'000.--, da sie sich weder auf die Zeit nach Auflösung des Güterstandes erstreckt noch einen Ausgleich für die Beeinträchtigung der Arbeitskraft darstellt. Die Entschädigung von CHF 15'000.--, die aufgrund der vorübergehenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit zugesprochen wurde, ist ebenfalls nicht miteinzubeziehen, da sie zur Kompensation eines Erwerbsausfalls diente, der ganz in die Zeit der Geltung des Güterstandes fällt.

Zu berücksichtigen ist folglich nur die Kapitalabfindung wegen dauernder, teilweiser Arbeitsunfähigkeit von CHF 285'000.--, da nur diesem Betrag eine Rente zugrunde liegt, die sich über die Dauer des Güterstandes hinaus erstreckt.

# b. Verrentung der Kapitalleistung

Es ist zu ermitteln, welcher Rente die ausgerichtete Kapitalleistung von CHF 285'000.-- entspricht.<sup>20</sup> Es ist davon auszugehen, dass diese Kapitalabfindung sich seinerzeit ergeben hat durch die Kapitalisierung einer Rente unter Zuhilfenahme der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE/SCHAETZLE.<sup>21</sup>

Während Mortalitätsrenten so lange laufen, als eine Person lebt, sind Aktivitätsrenten zusätzlich von der Dauer der Arbeitsfähigkeit abhängig.<sup>22</sup> Weil die seinerzeit zugesprochene Rente auf die ordentliche Pensionierung hin begrenzt war, handelt es sich um eine Aktivitätsrente, bei deren Kapitalisierung eine Aktivitätstafel zugrunde gelegt wurde. Da die Rente nur auf ein Leben kapitalisiert wurde, liegt eine einfache Rente vor und nicht eine Verbindungsrente.

In Betracht fallen damit die Tafeln 10-14.<sup>23</sup> Seit BGE 123 III 115 wird ein Erwerbsschaden, wie er hier vorliegt, regelmässig gestützt auf Tafel 11 als temporäre Aktivitätsrente kapitalisiert.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Beschreibung bei SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 6.67 ff.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 2.687; KOCHER, Güterrechtliche Sicherstellung (a.a.O.), S. 132.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Dazu REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (a.a.O.), N. 268 ff., m.H. auf BGE 116 II 295, E. 3a cc, 3c; Kocher, Güterrechtliche Sicherstellung (a.a.O.), S. 131, Fn. 654; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 44 zu Art. 207 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), Vor N. 1.72.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 6.75. Das Bundesgericht entschied in BGE 123 III 115, dass zur Kapitalisierung eines künftigen Erwerbsausfalls – nachdem es bis dahin stets Tafel 20 (4. Aufl., Tafel 10 in der 5. Aufl.) heranzog – die Tafeln 18/19 (4. Aufl., Tafel 11 in der 5. Aufl.) heranzuziehen seien.

Bei einem Alter des Verunfallten von 30 Jahren im Zeitpunkt des Unfalls ergibt sich gemäss Tafel 11 (temporäre Aktivitätsrente) ein Faktor von 19.08.<sup>25</sup> Daraus resultiert ein Jahresbetrag der Rente von CHF 14'937.--.<sup>26</sup>

## c. Kapitalisierung

In einem nächsten Schritt, ist die ermittelte Rente auf das Alter im Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens zu kapitalisieren, denn die Auflösung des Güterstandes wird auf diesen Tag bezogen (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Damit lässt sich der Kapitalwert der Renten ermitteln, die nicht mehr die Arbeitsunfähigkeit während der Dauer des Güterstandes ausgleichen sollen.<sup>27</sup>

Bei einem Alter des Verunfallten von 34 Jahren im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ergibt sich gemäss Tafel 11 (temporäre Aktivitätsrente) ein Faktor von 17.93. <sup>28</sup> Daraus resultiert ein Kapitalwert der Rente von CHF 267'820.--. <sup>29</sup>

# 4.3. Ergebnis

Dem Eigengut von Manfred ist bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Betrag von CHF 267'820.-- zulasten seiner Errungenschaft gutzuschreiben. Dabei spielt es keine Rolle, wie viel von diesem Geld effektiv noch vorhanden ist. 30

# Aufgabe 2

# 1. Grundsätzliches

Gemäss Sachverhalt ist das Scheidungsurteil vom 1. Juni 2010 rechtskräftig. Damit fragt es sich, ob Manfred die Abänderung des Scheidungsurteils gemäss Art. 134 ZGB verlangt. Alternativ wäre die Beantragung von Kindesschutzmassnahmen zu prüfen.

<sup>25</sup> Siehe STAUFFER/SCHAETZLE/SCHAETZLE, Barwerttafeln (a.a.O.), S. 129. Da die Tafeln auf ganze Altersjahre berechnet sind, wird in der Regel das Altersjahr auf den näherliegenden Geburtstag, d.h. auf das ganze Jahr ab- oder aufgerundet. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 1.171.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> CHF 285 '000.--: 19.08 = CHF 14 '937.--. Siehe SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), Vor N. 2.684

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Vgl. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 2.689; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 45 zu Art. 207; KOCHER, Güterrechtliche Sicherstellung (a.a.O.), S. 132.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Siehe STAUFFER/SCHAETZLE/SCHAETZLE, Barwerttafeln (a.a.O.), S. 129. Da die Tafeln auf ganze Altersjahre berechnet sind, wird in der Regel das Altersjahr auf den näherliegenden Geburtstag, d.h. auf das ganze Jahr ab- oder aufgerundet. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), N. 1.171.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> CHF 14'937.-- \* 17.93 = CHF 267'820. Siehe SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren (a.a.O.), Vor N. 2.684.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Dazu BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 49 zu Art. 207; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Effets du mariage (a.a.O.), N. 1247.

# 2. Abänderungsverfahren

## 2.1. Allgemeines

In Art. 134 ZGB werden die materiellen Voraussetzungen für die Änderung eines Scheidungsurteils und die sachliche Zuständigkeit geregelt. <sup>31</sup> Das Abänderungsverfahren nach Art. 134 ZGB ist zulässig, wenn die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt, in welchem das Scheidungsurteil in Rechtskraft erwachsen ist, eine wesentliche Änderung erfahren haben. <sup>32</sup> Gestützt auf eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse kann es zum Wohle des Kindes geboten sein, die Kindesbelange wie die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln (Art. 134 Abs. 1 ZGB). <sup>33</sup> Ein Wegzug des sorgeberechtigten Elternteils gibt nur dann Anlass für die Neuzuteilung der elterlichen Sorge, wenn das Kind künftig in einem vollständig neuen Kulturkreis mit einer stark veränderten Lebensweise aufwachsen müsste. <sup>34</sup> Die Verhältnisse können sich auch in einer Weise entwickeln, dass insbesondere die bestehende Regelung des persönlichen Verkehrs nicht mehr angemessen ist. Gestützt auf Art. 134 Abs. 2 i. V. m. Art. 273 ff. ZGB kann eine Abänderung desselben erforderlich sein. <sup>35</sup> In Ausnahmefällen kann im Rahmen von Art. 134 ZGB besonderen Änderungen, die konkret absehbar sind, Rechnung getragen werden. <sup>36</sup>

Eine sachliche Zuständigkeit des Gerichts besteht nach Art. 134 Abs. 3 i. V. m. Art. 315b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, wenn die Abänderung der Zuteilung der elterlichen Sorge streitig ist. In nicht streitigen Fällen ist die Vormundschaftsbehörde für die Übertragung der elterlichen Sorge zuständig.<sup>37</sup> Ist einzig der persönliche Verkehr streitig,

-

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Vgl. Andrea Büchler/Annatina Wirz, Kommentierung von Art. 134 mit 315a/b ZGB, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Fam Kommentar Scheidung, Band I: ZGB, 2. Aufl., Bern 2011, N. 4 zu Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB; Thomas Sutter-Somm/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 6 zu Art. 134/315b ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX KOBEL, Familienrecht unter Mitarbeit von Milan Lazic /Nicole Wälchli-Simon, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 599.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.174; PETER BREITSCHMID, Kommentierung von Art. 134 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2010, N. 2 f. zu Art. 134 ZGB; SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, Rz. 599 ff., welche noch hervorheben, dass die Veränderung dauerhaft sein muss; PETER TU-OR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 24 Rz. 78.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Vgl. FamKomm Scheidung-BÜCHLER/WIRZ, N. 17 zu Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 10.174; BSK-Breitschmid, N. 3 zu Art. 134 ZGB; Sutter-Somm/Kobel, Familienrecht, Rz. 599 f. und 603; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 24 Rz. 77 f.; BGE 130 III 585 ff. E. 2.2.2 S. 590.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 4 zu Art. 134 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 10.173; BSK-Breitschmid, N. 6 zu Art. 134 ZGB; Sutter-Somm/Kobel, Familienrecht, Rz. 605 f.; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 24 Rz. 79.

besteht gemäss Art. 134 Abs. 4 ZGB eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde. 38

#### 2.2. Zu beurteilender Sachverhalt

In seinem Antrag an die zuständige Behörde verlangt Manfred, dass Franziska zu untersagen sei, den Lebensmittelpunkt des Sohnes Edgar nach Frankreich zu verlegen. Damit bezieht er sich auf die Ausübung der rechtlichen Obhut als Teil der elterlichen Sorge. <sup>39</sup> Manfred erwartet eine Veränderung der Verhältnisse, welche in der Verlegung des Wohnsitzes von Edgar nach Frankreich besteht, und möchte jene mit seinem Antrag verhindern.

# 2.3. Ergebnis

Eine Änderung des Scheidungsurteils vom 1. Juni 2010 betreffend die Zuteilung der elterlichen Sorge, den Unterhaltsbeitrag oder den Anspruch auf persönlichen Verkehr verlangt Manfred nicht. Mit seinem Antrag setzt er somit kein Abänderungsverfahren gemäss Art. 134 i. V. m. Art. 315b ZGB in Gang.

#### 3. Kindesschutzmassnahmen

# 3.1. Allgemeines

Manfred beantragt bei der zuständigen Behörde die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme. Der Fokus liegt auf dem Schutz des minderjährigen Edgar, welcher unter der elterlichen Sorge von Franziska steht. Damit geht es um den Kindesschutz im engeren Sinne.<sup>40</sup>

# 3.2. Sachliche Zuständigkeit nach Art. 315 ff. ZGB

#### a. Anwendbarkeit von Art. 315 ZGB

Da keiner der in den Art. 315a und 315b ZGB genannten Sachverhalte, welche eine gerichtliche Zuständigkeit begründen könnten, vorliegt, ist Art. 315 ZGB anwendbar. Nach Art. 315 Abs. 1 ZGB sind für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen die vormundschaftlichen Behörden zuständig. Mit Ausnahme der Entziehung der

\_

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> BSK-Breitschmid, N. 7 zu Art. 134 ZGB; Sutter-Somm/Kobel, Familienrecht, Rz. 605 f.; Tu-or/Schnyder/Rumo-Jungo, § 24 Rz. 79.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 17.102; BSK-SCHWENZER, N. 9 f. zu Art. 301 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.117.

elterlichen Sorge gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB werden die Kindesschutzmassnahmen durch die Vormundschaftsbehörde angeordnet. 41

### b. Ergebnis

Für den Antrag von Manfred ist die Vormundschaftsbehörde sachlich zuständig.

# 3.3. Örtliche Zuständigkeit nach Art. 315 ZGB

#### a. Wohnsitz

Die Kindesschutzmassnahmen werden gemäss Art. 315 Abs. 1 ZGB von den vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz des Kindes angeordnet. Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB handelt es sich hierbei um den Wohnsitz des Inhabers der elterlichen Obhut. Die Behörde, welche im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zuständig war, bleibt auch bei einem Wohnsitzwechsel mit dem hängigen Verfahren befasst. 42

Mit dem Scheidungsurteil vom 1. Juni 2010 wurde die elterliche Sorge und damit auch die rechtliche Obhut Franziska zugeteilt. Der Wohnsitz von Franziska gilt als Wohnsitz von Edgar.

# b. Ergebnis

Manfred hat seinen Antrag auf Erlass der Kindesschutzmassnahme im Grundsachverhalt und in der Sachverhaltsvariante bei der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz von Franziska und Edgar einzureichen.

#### 4. Konkrete Kindesschutzmassnahme(n)

# 4.1. Allgemeines

Manfred beantragt sowohl im Grundsachverhalt als auch in der Sachverhaltsvariante, dass es Franziska zu untersagen sei, Edgar nach Frankreich mitzunehmen. Zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls mit welcher Kindesschutzmassnahme im engeren Sinn gemäss Art. 307-312 ZGB den Anliegen von Manfred entsprochen werden kann.

4.2. Prüfung der Gefährdung des Kindeswohls (Grundsachverhalt und Sachverhaltsvariante)

Damit geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindes getroffen werden können, muss eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen. Einer konkreten Gefährdungslage

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 1 zu Art. 315-315b ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.136; Sutter-Somm/Kobel, Familienrecht, Rz. 1048; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 44 Rz. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 17 f. zu Art. 315-315b ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.137; Sutter-Somm/Kobel, Familienrecht, Rz. 1048; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 44 Rz. 29.

soll durch den Kindesschutz auf rasche, nachhaltige und fachlich korrekte Weise entgegengewirkt werden. Der Eingriff in die Elternrechte soll minimal sein. Ein Verschulden der Eltern ist nicht vorausgesetzt. Für die Anordnung einer Massnahme genügt die Absehbarkeit der Beeinträchtigung des Kindeswohls. Heine Gefährdung des geistigen Wohls des Kindes kann u. a. dann vorliegen, wenn – was hier von Interesse ist – die Kontakte mit dem besuchsberechtigten Elternteil erschwert werden. Das körperliche Wohl ist dann gefährdet, wenn ein Kind körperlichen Misshandlungen ausgesetzt ist. Das Wohl des Kindes besteht in einer gehörigen körperlichen, geistigen und sittlichen Entfaltung.

Gemäss BGE 136 III 353 E. 3.3. S. 357 ff. reichen – im Zusammenhang mit einem Wohnortswechsel – zu Beginn bestehende Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten regelmässig nicht zur Begründung einer ernsthaften Gefährdung des Kindeswohls aus. Das Kindeswohl wird auch durch eine Einschulung am neuen Ort nicht gefährdet. Dem Kindeswohl steht eine faktische Erschwerung des persönlichen Verkehrs ebenfalls nicht entgegen, sofern derselbe möglich bleibt und für den Wegzug sachliche Gründe bestehen.

Dem Grundsachverhalt können keine Hinweise auf eine Gefährdung von Edgar entnommen werden. Der persönliche Verkehr mit Manfred kann ausgeübt werden und
die Erziehungsfähigkeit von Franziska steht nicht zur Diskussion. Infolge des Umzuges müsste Edgar eine neue Schule besuchen, sich an eine neue Unterrichtssprache
und an ein neues Umfeld gewöhnen. Diese Faktoren begründen indessen noch keine
Gefährdung des Kindeswohls. Hinzu kommt der Umstand, dass sich Edgar mit Jacques gut versteht und ihm das Leben im Elsass gefällt. Der Grund für den Wegzug
liegt überdies in der neuen Partnerschaft von Franziska mit Jacques und erfolgt nicht
in der Absicht, den persönlichen Verkehr mit Manfred zu vereiteln.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist eine Gefährdung des Kindeswohls im Grundsachverhalt zu verneinen. Damit fehlt es an einer Voraussetzung für die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme. Demnach erübrigt sich die weitergehende Prüfung der Prinzipien des Kindesschutzes und der konkreten Massnahmen. Sofern

 $<sup>^{43}</sup>$  Vgl. BSK-Breitschmid, N. 1 und 4 zu Art. 307 ZGB.  $^{44}$  Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.118.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 18 zu Art. 307 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A 238/2010 vom 11. Juni 2010, E. 4.

durch einen Wegzug das Wohl des Kindes nicht gefährdet wird, darf der Inhaber der alleinigen Obhut mit dem Kind in ein anderes Land ziehen.<sup>47</sup>

In der Sachverhaltsvariante steht demgegenüber der Wegzug in ein Umfeld zur Diskussion, in welchem Edgar dem unberechenbaren Verhalten und den Ohrfeigen durch Jacques ausgesetzt wäre. Zudem musste Edgar im Bistro aushelfen. Die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung von Edgar könnte dadurch beeinträchtigt werden. Die Möglichkeit einer Gefährdung des Kindeswohls durch den Wegzug in das Umfeld von Jacques ist deshalb zu bejahen.

# 4.3. Prüfung der Prinzipien des Kindesschutzes für die Sachverhaltsvariante

#### a. Prävention

Im Kindesschutz ist ein vorausschauendes Handeln erforderlich. Möglichst milde Massnahmen in einem möglichst frühen Stadium verdienen den Vorzug. Massnahmen, die getroffen worden sind, können verstärkt oder auch stufenweise abgebaut werden. <sup>48</sup>

Die Vormundschaftsbehörde muss möglichst früh eine möglichst milde Massnahme prüfen. Manfred möchte mit Hilfe der Anordnung einer Kindesschutzmassnahme verhindern, dass Franziska den Wohnsitz von Edgar zu Jacques verlegt. Er wendet sich noch vor dem Wegzug und damit zu einem frühen Zeitpunkt – mithin präventiv – an die zuständige Vormundschaftsbehörde.

# b. Subsidiarität

Die Behörden dürfen dann eine Massnahme anordnen, wenn die Eltern ihre Pflichten nicht oder nicht in ausreichendem Umfang ausüben. Es besteht ein Vorrang von privater Verantwortung und der Freiheit zu privater Lebensgestaltung.<sup>49</sup> Die Gefährdung darf nicht anders als durch eine staatliche Intervention abgewendet werden können.<sup>50</sup>

Durch den Wegzug in ein Nachbarland wird der persönliche Verkehr zwar rechtlich nicht verhindert.<sup>51</sup> Aber Franziska als Inhaberin der elterlichen Sorge und Obhut ist nicht in der Lage zu unterbinden, dass Edgar in seinem Kindeswohl durch Jacques

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2. und 3.3. S. 356 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 5 zu Art. 307 ZGB.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 6 zu Art. 307 ZGB; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 44 Rz. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.118.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3 S. 357 und 359 und Urteil des Bundesgerichts 5A\_381/2010 vom 21. Juli 2010, E. 6.4., wonach der alleinige Inhaber der Obhut mit den Kindern in das Ausland ziehen darf. Vorbehalten bleibt das Rechtsmissbrauchsverbot.

gefährdet wird. Mit der geplanten Wohnsitzverlegung nimmt Franziska in Kauf, dass Edgar dauerhaft in einem kindeswohlgefährdenden Umfeld lebt. Zur Abwendung der absehbaren Gefährdung erweist sich eine Kindesschutzmassnahme als erforderlich.

#### Komplementarität c.

Durch staatliche Massnahmen sollen die elterlichen Bemühungen nicht ersetzt, sondern allfällige Defizite ausgeglichen werden. 52 Die Erziehung durch Franziska soll in casu nicht ersetzt werden. Das Ziel der Kindesschutzmassnahme muss darin bestehen, die Kindeswohlgefährdung zu verhindern.

# Proportionalität

Sofern die Voraussetzungen für eine behördliche Intervention gegeben sind, ist die mildeste erfolgversprechende Massnahme anzuordnen. Auf längere Sicht erscheinen diejenigen Massnahmen als erfolgreich, welche die elterliche Verantwortung nicht ausschliessen. 53 Nach TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO muss die Massnahme geeignet und notwendig sein und darf nicht in einem Missverhältnis zum anvisierten Erfolg stehen.<sup>54</sup> Die Vormundschaftsbehörde muss eine Kindesschutzmassnahme anordnen, welche möglichst mild, aber dennoch erfolgversprechend ist.

# Ergebnis

Edgar wurde - in der Sachverhaltsvariante - in seinem Kindeswohl durch die Besuche bei Jacques bereits gefährdet, und es zeichnet sich eine weitere Kindeswohlgefährdung durch den Wegzug ab. Deshalb hat die Vormundschaftsbehörde unter Beachtung der erwähnten Prinzipien des Kindesschutzes eine Anordnung zu treffen.

#### 4.4. Konkrete Kindesschutzmassnahme(n) in der Sachverhaltsvariante

Geeignete Massnahmen im Sinne von Art. 307 ZGB

#### aa. Allgemeines

Bei den Massnahmen auf der Grundlage von Art. 307 ZGB handelt es sich um die unterste Stufe des Systems der Intervention. 55 Als geeignete Massnahmen in Betracht fallen namentlich Ermahnungen (bb.), Weisungen (cc.) und die Überwachung (dd.).

<sup>54</sup> Vgl. Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 44 Rz. 5.

 $<sup>^{52}</sup>$  Vgl. BSK-Breitschmid, N. 7 zu Art. 307 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.118; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 44 Rz. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 8 zu Art. 307 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.118.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 14 zu Art. 307 ZGB; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 44 Rz. 11.

# bb. Ermahnungen

Mittels der Ermahnung soll den Obhutsinhabern die Problematik ihres Vorgehens aufgezeigt werden. Die angesprochenen Personen sollten einen guten Willen haben und dazu in der Lage sein, das Verhalten anzupassen. Die Ermahnung hat empfehlenden Charakter. <sup>56</sup>

Es erscheint zweifelhaft, ob Franziska für eine Ermahnung empfänglich ist. Sie ist sich der Problematik zwar bewusst und suchte mit Jacques das Gespräch, dennoch hält sie an den Umzugsplänen fest, ohne konkrete Vorkehrungen zum Schutz von Edgar zu treffen. Deshalb erweist sich eine blosse Ermahnung als nicht ausreichend.

# cc. Weisungen

Weisungen sind verbindlicher formuliert als Ermahnungen und können mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB verbunden werden. Ermahnungen und Weisungen können auf ein konkretes Tun oder Unterlassen Bezug nehmen.<sup>57</sup> Eine Weisung kann sämtliche Bereiche des elterlichen Handelns umfassen. Einem Elternteil kann mittels einer Weisung namentlich untersagt werden, das Kind in ein anderes Land zu bringen, soweit dadurch das Kindeswohl ernsthaft gefährdet würde.<sup>58</sup>

Manfred verlangt von der Vormundschaftsbehörde, dass Franziska untersagt werde, Edgar nach Frankreich mitzunehmen. Demnach verlangt Manfred den Erlass einer Weisung im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Das Kindeswohl von Edgar wurde bereits anlässlich von früheren Besuchen bei Jacques gefährdet. Der Plan einer Wohnsitzverlegung begründet die Befürchtung weiterer Gefährdungen des Kindeswohls. Indem Franziska untersagt wird, Edgar zu Jacques ins Elsass mitzunehmen, kann verhindert werden, dass Edgar in ein Umfeld gelangt, in welchem sein Kindeswohl dauerhaft gefährdet sein könnte. Die Anordnung einer Weisung entspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, wonach zwar eine möglichst milde, aber dennoch erfolgversprechende Massnahme getroffen werden soll. <sup>59</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 21 zu Art. 307 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.120.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 22 zu Art. 307 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 17.120; SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, Rz. 1026; Urteil des Bundesgerichts 5A\_100/2009 vom 25. Mai 2009, E. 2.1.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3. S. 358 f.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 8 zu Art. 307 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.118.

# dd. Überwachung

Mittels der sog. Erziehungsaufsicht kann die Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten laufend beaufsichtigt werden. <sup>60</sup> Die Eltern müssen einer geeigneten Person oder Stelle Auskunft erteilen. <sup>61</sup> Zuständig für die Überwachung ist die Vormundschaftsbehörde. In den meisten Fällen erfolgt eine Übertragung dieser Aufgabe an das Jugendsekretariat. <sup>62</sup>

In der Vergangenheit sind anlässlich von Besuchen bei Jacques Kindeswohlgefährdungen erfolgt. Auch inskünftig sind entsprechende Gefährdungen denkbar. Aus diesem Grund erscheint die Anordnung einer Überwachung gestützt auf die Prinzipien des Kindesschutzes als nötig. Franziska müsste dem Jugendsekretariat oder einer zuständigen Person Auskunft und Einblick in die Erziehung und damit auch in das Verhältnis von Edgar zu Jacques geben. Je nach der künftigen Entwicklung der Verhältnisse könnte die zuständige Stelle oder Person bei der Vormundschaftsbehörde einen Antrag auf weitere Massnahmen einreichen.<sup>63</sup> In Kinderbelangen gilt die Offizialmaxime. Die Vormundschaftsbehörde kann von Amtes wegen Massnahmen auf der Grundlage von Art. 307 ff. ZGB anordnen. 64 Demnach kann die Vormundschaftsbehörde auch ohne entsprechenden Antrag von Manfred eine Überwachung gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB anordnen. Eine Kombination von Massnahmen nach Art. 307 Abs. 3, Art. 308 f. und Art. 310 ZGB ist möglich. In der Summe dürfen die kombinierten Massnahmen faktisch nicht zu einem Entzug der elterlichen Sorge führen. 65 Durch die Anordnung einer Weisung und einer Überwachung wird die elterliche Sorge Franziska faktisch nicht entzogen.

# b. Fazit

Die Vormundschaftsbehörde kann die Anordnung einer Weisung mit der Anordnung einer Überwachung kombinieren, um in geeigneter Weise der Gefährdung des Kindeswohls entgegenzuwirken.

 $^{60}$  Vgl. BSK-Breitschmid, N. 23 zu Art. 307 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.120.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Vgl. SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, Rz. 1026.

 $<sup>^{62}</sup>$  Vgl. BSK-Breitschmid, N. 23 zu Art. 307 ZGB; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo,  $\S$  44 Rz. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Rz. 17.120.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D\_171/2009 vom 1. Juni 2010, E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5P.247/2002 vom 9. August 2002, E. 2.4; BSK-BREITSCHMID, N. 5 zu Art. 314/314a ZGB; SUTTERSOMM/KOBEL, Familienrecht, Rz. 1024.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Vgl. BSK-Breitschmid, N. 3 zu Art. 307 ZGB.

# 4.5. Dringt Manfred mit seinem Antrag durch?

Im Grundsachverhalt dringt Manfred mit seinem Antrag nach dem bereits Gesagten nicht durch.

Dahingegen dringt Manfred in der Sachverhaltsvariante mit seinem Antrag durch. Gestützt auf die Offizialmaxime erscheint die mit der Weisung kombinierte Anordnung einer Überwachung als geeignet, um der Kindeswohlgefährdung entgegenzuwirken. Da gestützt auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit bereits Massnahmen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB erfolgversprechend sind, erübrigt sich im aktuellen Zeitpunkt die Prüfung einer weitergehenden Kindesschutzmassnahme.

# Aufgabe 3

# 1. Internationale Anknüpfung

Im konkreten Fall geht es um die grenzüberschreitende Ausübung des persönlichen Verkehrs. Gemäss Aufgabenstellung ist von der Anwendbarkeit des HKÜ auszugehen. <sup>66</sup> Sowohl die Schweiz als auch Frankreich sind Vertragsstaaten des HKÜ. Beim HKÜ handelt es sich um ein Rechtshilfeübereinkommen. <sup>67</sup>

#### 2. Anwendbare Bestimmungen

Nach Art. 1 lit. b HKÜ besteht ein Ziel des Übereinkommens darin, die Beachtung des in einem Vertragsstaat bestehenden Besuchsrechts zu gewährleisten.<sup>68</sup> Art. 4 HKÜ stellt auf den gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat ab und setzt eine Altersgrenze von 16 Jahren fest. Edgar ist noch nicht 16 Jahre alt.

Das HKÜ kann auch dann herangezogen werden, wenn der berechtigten Person das Recht, das Kind für einen begrenzten Zeitraum an einen anderen Ort als den gewöhn-

\_

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Nach Art. 85 Abs. 1 IPRG findet in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, auf das anwendbare Recht sowie auf die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheiden oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern Anwendung (HKsÜ; SR 0.211.231.011); vgl. BSK-BREITSCHMID, N. 28 zu Art. 307 ZGB. Vom HKsÜ wird das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung nicht berührt (Art. 50 HKsÜ). Im Allgemeinen geht das HKÜ dem HKsÜ als lex specialis vor; vgl. JAMETTI GREINER MONIQUE, Anh. IPR, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), FamKommentar, Scheidung, Band II: Anhänge, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. IPR N. 114 und N. 136.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N. 137.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Vgl. PAPE ISABEL, Internationale Kindesentführung, Diss. Berlin 2009, Europäische Hochschulschriften Reihe II, Bd. 5026, Frankfurt am Main 2010, S. 15.

lichen Aufenthaltsort zu bringen, verwehrt wird (Art. 5 lit. b HKÜ). <sup>69</sup> In einem entsprechenden Fall liegt nach PAPE ein widerrechtliches Verhalten gemäss Art. 3 HKÜ vor. <sup>70</sup> Für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts kommt es auf die physische Präsenz und eine gewisse Dauer an. Von einem solchen gewöhnlichen Aufenthalt kann ausgegangen werden, wenn sich ein Kind definitiv an einem neuen Ort eingelebt hat. <sup>71</sup> Edgar hat sich am neuen Wohnort gut eingelebt und Freunde gefunden. Durch das Verhalten von Franziska wird der Anspruch auf persönlichen Verkehr vereitelt. Gemäss Art. 21 Abs. 1 HKÜ kann der Antrag auf wirksame Ausübung des Besuchsrechts an die zentrale Behörde eines Vertragsstaates gerichtet werden wie ein Antrag auf Rückgabe des Kindes. <sup>72</sup> Die zentralen Behörden haben eine Pflicht zur Förderung der ungestörten Ausübung des Besuchsrechts (Art. 21 Abs. 2 HKÜ und Art. 7 Abs. 2 lit. f HKÜ). Nach ZÜRCHER gibt es keine geeignete Entscheidungsgrundlage, um im Zufluchtsstaat gestützt auf Art. 21 HKÜ das Recht zu erwirken. <sup>73</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Vgl. FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N. 143.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Vgl. PAPE, S. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Vgl. FamKomm Scheidung/JAMETTI GREINER, Anh. IPR N. 116.

Vgl. Merkblatt "Kindesentführungen ins Ausland" des Bundesamts für Justiz, S. 1, <a href="http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/kindesentfuehrung/kindesentfuehrungausland-d.pdf">http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/kindesentfuehrung/kindesentfuehrungausland-d.pdf</a>; PAPE, S. 15; VOMBERG WOLFGANG/NEHLS KYRA, Rechtsfragen der internationalen Kindesentführung, München 2002, S. 82 f.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Vgl. ZÜRCHER RAPHAELA, Kindesentführung und Kindesrechte, Diss. Zürich 2005, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 193, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 82.