Art. 301 ZGB, Art. 301a rev.ZGB, Bestimmung des Wohnortes. *Die neue Bestimmung von Art. 301a ZGB steht zwar noch nicht in Kraft, ist aber bei der Auslegung des bisherigen Rechts zu berücksichtigen.*

Während des Scheidungsprozesses der Eltern (welche beide in Zürich wohnen) sollen die 7- und 4 ½-jährigen Kinder in der Obhut der Mutter bleiben. Die Mutter ist teilzeitlich im Ausland (in Darmstadt) erwerbstätig und sie erwägt, mit den Kindern in den Raum Frankfurt a.M. zu ziehen, wobei die Details einer neuen Wohnsituation noch nicht bekannt sind. Streitig ist, ob ihr Recht, den Aufenthalt der Kinder zu bestimmen, im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen eingeschränkt werden solle, und wie das zu geschehen hätte.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(III) 4. Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

4.1. Die Vorinstanz führt zur Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 136 III 353 im Wesentlichen aus, dass die Bestimmung des Aufenthaltes grundsätzlich ein Teil der rechtlichen Obhut darstelle und im Ermessen der obhutsberechtigten Person liege. Eine Weisung gemäss Art. 307 ZGB, womit der Wegzug ins Ausland untersagt würde, komme nur in Frage, wenn das Kindeswohl durch einen Wegzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde. Anfängliche Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten würden in aller Regel keine ernsthafte Gefährdung begründen, da dies jedem Wechsel des Wohnortes inhärent sei. Diese Schwierigkeiten würden auch auftreten, wenn die ganze Familie einvernehmlich wegzöge. Es sei zu bedenken, dass die Kinder nicht bereits seit Geburt in der Schweiz leben, sondern erst seit dem Jahr 2009, so dass eine so starke Verwurzelung mit der Schweiz nicht erkennbar sei. Schliesslich führe der Berufungskläger selber aus, die Berufungsbeklagte habe keinerlei Bindung zur Schweiz, da sie erst seit September 2009 hier lebe. Dass die Ausübung des Besuchsrechts erschwert würde, stelle für sich alleine kein Grund dar, den Wegzug zu verbieten. Eine Kindswohlgefährdung im Falle eines Umzugs nach Deutschland liege hier nicht vor. Entsprechend werde auf die Anordnung einer Weisung nach Art. 307 ZGB verzichtet.

4.2. Der Berufungskläger bringt dagegen vor, die Kinder würden sich an den ersten Umzug von den USA in die Schweiz nicht mehr erinnern können. Sie hätten lange Zeit ihres Lebens in Zürich verbracht und seien deshalb auch hier verwurzelt. Insbesondere sei die vorinstanzliche Erwägung abwegig, wonach von der fehlenden Bindung der Berufungsbeklagten zur Schweiz auch auf die Kinder geschlossen werde. Es sei zu beachten, dass die Kinder fast ihr gesamtes Leben hier verbracht hätten. Dies sei nicht zu vergleichen mit der 45jährigen Berufungsbeklagten, bei der die Zeit seit 2009 keinen bedeutenden Zeitraum darstelle. Umzüge würden für Kinder eine Belastung darstellen, das anerkenne auch die Vorinstanz. Sodann habe die Vorinstanz festgehalten, ein Besuchsrecht des Berufungsklägers nur jedes zweite Wochenende würde dem Kindeswohl widersprechen, weshalb ein Besuchsrecht vorgesehen worden sei, mit welchem faktisch eine hälftige Betreuung der Kinder angeordnet wurde. Dieses Besuchsrecht könnte nicht mehr aufrecht erhalten werden, wenn die Berufungsbeklagte mit den Kindern nach Frankfurt ziehen würde. Selbst wenn der Berufungskläger flexibel sei bei der Einteilung seiner Arbeitszeit, habe er doch Kunden in der Schweiz zu treffen. Der Schwerpunkt seiner geschäftlichen Aktivität liege in der Schweiz. Eine Zweitwohnung in Frankfurt könne er sich nicht leisten. Somit würde er die Kinder nur noch selten sehen können. Der Entscheid der Vorinstanz sei widersprüchlich, da sie ausführe, bereits eine Reduktion der Kontakte zwischen dem Berufungskläger und den Kindern würde dem Kindeswohl widersprechen, jedoch nicht beachte, dass es umso mehr dem Kindeswohl widersprechen würde, wenn er die Kinder nur noch in den Ferien sehen könnte. Durch den Umzug würden die Kinder faktisch eine ihrer beiden Hauptbezugspersonen verlieren. Dem sei Rechnung zu tragen und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Berufungsbeklagten zu beschränken.

4.3. Die Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, die Kinder könnten Hochdeutsch sprechen. Hinzu komme, dass sie durch ihr wöchentliches Pendeln bewiesen habe, dass ihr Arbeitsort leicht erreichbar sei, weshalb ein Umzug an ihren Arbeitsort in Deutschland das ausgedehnte Besuchsrecht des Berufungsklägers nicht vereiteln würde. Überdies habe bereits die Vorinstanz ausgeführt, dass das Kindeswohl durch einen Umzug nach Deutschland wohl kaum gefährdet wäre.

Die Berufungsbeklagte verweist sodann auf den von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid. Eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wäre ihres Erachtens sodann völlig unverhältnismässig. Nur weil sie Partei in einem Scheidungsverfahren sei, dürfe sie nicht ohne gravierende Argumente ihre Selbstbestimmung verlieren.

4.4. Aus dem geltenden Gesetzestext ergibt sich nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen der alleine obhutsberechtigte Elternteil im Falle gemeinsamer elterlicher Sorge mit den Kindern ins Ausland verziehen darf. Deshalb wurden hierfür in der Vergangenheit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung Grundsätze entwickelt. In dem von der Vorinstanz zitierten BGE 136 III 353 vom 1. Juni 2010 hat sich das Bundesgericht mit den Fragen auseinander gesetzt, welche Rechte die Obhut beinhaltet und unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhut-Inhabers beschränkt werden kann. Das Bundesgericht führte aus, dass die Bestimmung des Aufenthaltes grundsätzlich einen Teil der Obhut darstelle und es im Ermessen der obhutsberechtigten Person liege, auch ins Ausland zu ziehen. Eine Weisung gemäss Art. 307 ZGB, womit der Wegzug ins Ausland untersagt werden könne, komme nur in Frage, wenn das Kindeswohl durch einen Wegzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde. Dass die Besuchsrechtsausübung bei grösserer Distanz zunehmend erschwert werde – zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch – sei indes für sich allein kein Grund, dem getrennten und allein obhutsberechtigten Ehegatten den Wegzug ins Ausland zu verbieten, jedenfalls wenn mit dem anderen Elternteil weiterhin ein persönlicher Verkehr möglich bleibe und der Wegzug auf sachlichen Gründen beruhe.

Danach ist es der obhutsberechtigten Partei grundsätzlich erlaubt, zusammen mit den Kindern in das nähere europäische Ausland umzuziehen. Vorliegend geht es um einen Umzug nach Frankfurt, Deutschland. Örtlich gesehen wäre dieser Umzug somit unter dieser Rechtsprechung nicht zu beanstanden.

Es ist jedoch zu beachten, dass es im Interesse der Kinder ist, zu beiden Elternteilen den bisher gelebten und mit dem ausgedehnten Besuchsrecht auch weiterhin vorgesehenen intensiven Kontakt zu halten. Die Vorinstanz hat zum Besuchs-

recht ausgeführt, es würde zum jetzigen Zeitpunkt nicht dem Kindeswohl entsprechen, wenn die Kinder den Berufungskläger nur noch jedes zweite Wochenende sehen könnten. Deshalb wurde dem Berufungskläger ein Besuchsrecht eingeräumt, wonach die Kinder Montag Abend bis Mittwoch Morgen (1 ganzer Tag, 2 Nächte), sodann Samstag Morgen bis Mittwoch Morgen (4 ganze Tage, 4 Nächte), dann wieder Montag Abend bis Mittwoch Morgen (1 ganzer Tag, 2 Nächte) usw. bei ihm sind. Somit betreut der Berufungskläger die Kinder in zwei Wochen, d.h. 14 Tagen, während fünf Tagen und sechs Nächten. Dies ist zwar keine exakt hälftige Betreuung, jedoch ist der Betreuungsanteil des Berufungsklägers in der Tat hoch. Es ist dem Berufungskläger zuzustimmen, dass ein Umzug nach Frankfurt sein ausgedehntes Besuchsrecht erheblich erschweren würde, zumal er die Kinder aufgrund deren Schul- oder Kindergartenpflicht nicht einfach mit zu sich in die Schweiz nehmen könnte. Auch kann dem Berufungskläger nicht zugemutet werden, in der Nähe der Kinder (Zweit-)Wohnsitz zu nehmen. Zur Frage, wie das ausgedehnte Besuchsrecht im Falle eines Umzugs konkret umgesetzt bzw. beibehalten werden könnte, äussert sich die Berufungsbeklagte nicht. Sie führt lediglich aus, dass ihr Arbeitsort leicht erreichbar sei, habe sie diese Strecke doch bisher wöchentlich auf sich genommen, weshalb ein Umzug das ausgedehnte Besuchsrecht nicht vereiteln würde. Jedoch darf bereits der Weg von Zürich nach Frankfurt oder Darmstadt nicht unterschätzt werden, führt doch auch die Berufungsbeklagte selbst an anderer Stelle aus, der Arbeitsweg nach Darmstadt sei äusserst anstrengend und eigentlich nicht zumutbar.

Somit würde sich bei einem Umzug das Betreuungsverhältnis zwischen den Parteien verschieben, selbst wenn sich die Parteien grösste Mühe geben würden, die intensive Betreuung durch beide Elternteile beizubehalten. Deshalb müsste man sich fragen, ob in dieser Konstellation, bei der das vorgesehene Besuchsrecht weit über übliche Besuchsrechte hinausgeht, die faktische Erschwerung des Besuchsrecht im Falle eines Umzugs nach Frankfurt genügte, um von einer ernsthafter Gefährdung des Kindeswohls auszugehen.

4.5. Hinzu kommt jedoch ohnehin, dass diese bundesgerichtliche Praxis, wonach ein Umzug ins Ausland grundsätzlich keine Kindeswohlgefährdung darstellt, heute

kaum noch haltbar ist, nachdem National- und Ständerat am 21. Juni 2013 in Kenntnis der Rechtsprechung eine Änderung der diesbezüglichen Gesetzeslage angenommen haben (vgl. www.ejpd.admin.ch, Themen, Gesellschaft, Gesetzgebung, Elterliche Sorge). Der neue Artikel 301a E-ZGB (BBl 2013 4763, 4767) klärt das Verhältnis zwischen der elterlichen Sorge und dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. Dieses Recht ist neu – anders als es von der Rechtsprechung bisher gehandhabt wurde – zwingend Teil der elterlichen Sorge. Dem Eheschutz- bzw. Massnahmegericht ist es künftig verwehrt, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig einem Elternteil allein das Recht zu überlassen, über den künftigen Aufenthaltsort des Kindes zu befinden. Können sich die Eltern nicht einigen, so liegt es am Gericht bzw. an der Kindesschutzbehörde, zu entscheiden. Der Entscheid hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren. In diesem Sinn kann einem Elternteil der Wegzug erlaubt werden, allenfalls unter Neuregelung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs. Denkbar ist aber auch, dass das Gericht einen Wegzug verbietet. Speziell geregelt ist der Fall, dass ein Elternteil seinen Aufenthaltsort ins Ausland verlegen will. Anders als bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz setzt ein Wegzug ins Ausland immer, d.h. auch wenn der Vorgang keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat, das Einverständnis des andern Elternteils oder eine gerichtliche/behördliche Bewilligung voraus (siehe Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9107 f.). Die Frist für das fakultative Referendum zu diesen neuen gesetzlichen Regelungen läuft bis zum 10. Oktober 2013. Aufgrund der aktuellen Informationen ist nicht mit dem Ergreifen des Referendums zu rechnen. Das neue Recht wird somit wohl anfangs 2014 in Kraft treten.

Da bisher eine gesetzliche Regelung zum Inhalt der Obhut fehlte, stellt die Berücksichtigung des Entwurfs zum heutigen Zeitpunkt auch keinen Fall der (unzulässigen) Vorwirkung dar. Vielmehr handelt es sich um eine (zulässige) Vorberücksichtigung im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts, zumal das geltende Recht nicht ändert, sondern dieses lediglich verdeutlicht bzw. konkretisiert wird. Entsprechend ist festzustellen, dass ein Umzug der obhutsberechtigten Partei ins Ausland geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden.

4.6. Unter den Gesichtspunkten, dass ein Umzug ins Ausland geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden, dass die Berufungsbeklagte sich für Objekte in Frankfurt interessiert (was der Berufungskläger glaubhaft gemacht hat) und deshalb ein Umzug der Berufungsbeklagten nach Deutschland ein realistisches Szenario darstellt, ist eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts anzuordnen.

4.7. Die Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts muss sodann verhältnismässig sein. Sie darf nur soweit erfolgen, dass sie den Zweck noch erreicht, aber nicht stärker als nötig in die Freiheit eingreift. Für die Ausgestaltung der Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist ebenfalls der Gesetzesentwurf zu beachten. Im Lichte dieser Regelung ist jedenfalls kein absolutes Verbot anzuordnen, wie es der Berufungskläger fordert. Vielmehr ist analog zu Art. 301a Abs. 2 lit. a E-ZGB anzuordnen, dass die Berufungsbeklagte den Aufenthaltsort der Kinder nur mit Zustimmung des Berufungsklägers oder des Massnahmegerichts ins Ausland verlegen darf. Hat die Berufungsbeklagte somit ein konkretes Vorhaben für das Verlegen ihres Wohnsitzes ins Ausland, muss sie – wenn der Berufungskläger seine Zustimmung verweigert – den Antrag im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme dem Scheidungsrichter vorlegen. Dieser hat dann, unter Würdigung aller Umstände, namentlich auch der Gründe des Umzugs und der Details zum Ort, zu entscheiden, wie es sich beim konkreten Wohnsitz mit dem Kindeswohl verhält. Beispielsweise scheint ein Wohnsitz in Frankfurt nahe des Hauptbahnhofes eher denkbar, als ein Wohnsitz weit ausserhalb der Stadt, von welchem aus bereits der Weg zum nächst grösseren Bahnhof mit Anschluss nach Zürich viel Zeit in Anspruch nimmt.

4.8. Die Berufung ist somit insoweit gutzuheissen, als dass der Berufungsbeklagten zu untersagen ist, den Aufenthaltsort der Kinder ohne Zustimmung des Berufungsklägers oder des Massnahmegerichts ins Ausland zu verlegen.