

BGer 5A_308/2007 vom 23. November 2007

Bundesgericht, 2007-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_308_2007

FR: TF 5A_308/2007 du 23 novembre 2007

IT: TF 5A_308/2007 del 23 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in Zivilsachen richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid in einer Zivilsache mit nicht vermögensrechtlicher Komponente; die Beschwerde ist somit zulässig (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

E. 2

Strittig ist zwischen den Parteien vorab der Umfang des Besuchsrechts.

E. 2.1

Dessen Beginn am Samstag wurde vom erstinstanzlichen Richter bewusst offen gelassen bzw. der einvernehmlichen Regelung der Parteien überlassen. Der Ehemann wirft der Ehefrau vor, Nachhilfestunden und Musikunterricht absichtlich auf den Samstagmorgen zu verlegen, damit das Besuchsrecht erst ab dem Nachmittag ausgeübt werden könne. Das Obergericht hat den Beginn des Besuchsrechts auf Samstag 9 Uhr festgesetzt mit der Begründung, ansonsten würden längere Ausflüge am Samstag erschwert und Freizeitaktivitäten der Kinder hätten keinen Vorrang gegenüber dem Kontaktrecht.

E. 2.2

Die Ehefrau macht geltend, es gehe nicht um Freizeitaktivitäten, sondern um Nachhilfeunterricht, der im Interesse der Kinder liege und von diesen auch so gewünscht werde. Sodann rügt sie, dass die Töchter entgegen ihrer Beweisofferte zur betreffenden Frage nicht angehört worden seien.

E. 2.3

In einem jüngeren Grundsatzentscheid zu Art. 144 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kinder in den sie betreffenden Belangen ab dem vollendeten sechsten Altersjahr anzuhören sind (BGE 131 III 553). Das Bundesgericht hat dabei ausgeführt, dass zwar erst ab ungefähr elf bis dreizehn Jahren die sprachliche Differenzierungs- und Abstraktionsfähigkeit entwickelt sowie formallogische Denkopoperationen möglich seien, der Richter sich aber auch durch die Anhörung jüngerer Kinder ein persönliches Bild machen könne und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung verfüge (E. 1.2.2 S. 556 f.).

E. 2.4

Im Urteilszeitpunkt waren die Kinder zwölf und vierzehn Jahre alt. Sie gelten damit als "ältere Kinder", die zum strittigen Punkt des Besuchsrechts umfassend Ausführungen aus ihrer Sicht machen und dem urteilenden Gericht wichtige Anhaltspunkte für die Entscheidungsfindung liefern können. Im Übrigen hat die Ehefrau die Anhörung der Kinder in appellatorio ausdrücklich als Beweismittel angeboten. Vor diesem Hintergrund ist durch die

unterlassene Anhörung Art. 144 ZGB verletzt. Das angefochtene Urteil ist diesbezüglich ohne Prüfung in der Sache selbst (Umfang und Modalitäten des Besuchsrechts) aufzuheben und die Sache zur Durchführung der Anhörung sowie zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen.

E. 3

Die güterrechtliche Auseinandersetzung hat keinen Zusammenhang mit der Besuchsrechtsfrage, weshalb über diesen Punkt definitiv entschieden werden kann. Dabei geht es um die Frage, wie das an den Bruder der Ehefrau gewährte Darlehen güterrechtlich zu behandeln ist.

E. 3.1

Per 20. Juli 2000 betrug das Darlehen Fr. 130'000.--, und es ist zwischen den Parteien auch unbestritten, dass es im Betrag von Fr. 40'000.-- aus dem Eigengut der Ehefrau und zu Fr. 90'000.-- aus dem Erwerbseinkommen des Ehemannes stammt. Trotzdem beansprucht die Ehefrau von dieser letztgenannten Summe Fr. 63'080.-- als ihr Eigengut mit der Begründung, sie und ihr Bruder hätten im November 1994 von ihren Eltern einen Erbvorbezug von je Fr. 100'000.-- erhalten. Während ihr Bruder seinen Vorbezug sofort erhalten habe, sei für sie - wegen der Befürchtung, sie und ihr Ehemann könnten nicht mit Geld umgehen - die Lösung gewählt worden, dass sie von den Eltern monatlich einen Beitrag von Fr. 830.-- an die Miete erhalten sollte. Weil sie und ihr Ehemann seinerzeit zu wenig Eigenkapital für den Erwerb der betreffenden Liegenschaft gehabt hätten, sei diese vorerst vom Bruder gekauft und an sie vermietet worden. Indem nun unter dem Titel des Erbvorbezuges während 76 Monaten jeweils Fr. 830.-- an den Mietzins geleistet worden seien, hätte man in diesem Umfang von Fr. 63'080.-- Eigenkapital bilden können, das ihrem Eigengut anzurechnen sei.

E. 3.2

Das Obergericht hat dazu erwogen, der von der Ehefrau behauptete Erbvorbezug bzw. dessen Funktionsweise sei jedenfalls im Lichte der dürftigen Behauptungen, aber auch der in diesem Zusammenhang eingereichten Unterlagen und der Aussagen des als Zeugen einvernommenen Bruders schleierhaft geblieben. So erscheine es aussergewöhnlich, dass ihre Eltern nicht direkt einen Betrag von Fr. 100'000.-- zum Kauf eines Eigenheims zur Verfügung gestellt hätten. Soweit die Konstruktion, während zehn Jahren eine Mietzinsreduktion von monatlich Fr. 830.-- zu gewähren, damit begründet worden sei, dass die Parteien nicht so gut mit Geld hätten umgehen können und sie zu bewusstem Sparen hätten veranlasst werden sollen, spreche dies jedenfalls dafür, die unbestrittenermassen aus dem Erwerbseinkommen des Ehemannes stammende Ersparnis dessen Errungenschaft zuzuordnen. Sodann sei die Behauptung der Ehefrau nicht nachvollziehbar, dass sie und ihr Bruder im November 1994 im Sinn einer Gleichbehandlung von ihren Eltern einen Erbvorbezug von je Fr. 100'000.-- erhalten hätten, zumal ihr Bruder von Beginn weg behauptet habe, dass nie Geld geflossen sei bzw. nur für den Fall eines Kaufes der Liegenschaft Geld an seine Schwester geflossen wäre. Aber selbst wenn die Eltern dem Bruder "zur Finanzierung des Hauskaufes" einen Betrag von Fr. 100'000.-- gezahlt haben sollten, wäre zu beachten, dass dieser dadurch, dass er sich in der gleichen Vereinbarung verpflichtete, die Liegenschaft der Schwester während zehn Jahren zu einem um Fr. 830.-- reduzierten Mietzins zu überlassen, in dem Umfang eine Gegenleistung erbracht hätte, als er mit dem reduzierten Mietzins die Verzinsung des aufgenommenen Fremdkapitals nicht

zu decken vermochte. Seien dagegen die Mietzins(neu)berechnungen fiktiv, weil der Bruder auch mit dem reduzierten Mietzins die tatsächlich angefallenen Hypothekarzinsen habe bezahlen können, könnten nicht beide Kinder als mit je Fr. 100'000.-- aus dem elterlichen Vermögen begünstigt qualifiziert werden. Vielmehr hätte allein der Bruder einen Erbvorbezug erhalten; in dem Umfang, wie er gegenüber den Parteien auf die Vermietung zu einem maximal zulässigen Mietzins verzichtet habe, wäre dagegen keine Liberalität aus dem Vermögen der Eltern an die Tochter erkennbar. Sodann stelle die Überlassung der Liegenschaft zu einem nicht voll ausgeschöpften Mietzins keine gemischte Schenkung, sondern eine Gebrauchsleihe dar, und selbst wenn man in der (teilweise) unentgeltlichen Überlassung eine unentgeltliche Zuwendung erblicken würde, so wäre diese zeitgleich mit dem Gebrauch der Sache konsumiert worden. Lasse sich aber die Natur der von der Ehefrau mit ihren Eltern und ihrem Bruder geschlossenen Vereinbarungen nicht ermitteln, müsse das Darlehen im Umfang von Fr. 90'000.-- der Errungenschaft des Ehemannes zugeordnet werden, da die Spartätigkeit unbestrittenermassen aus seinem (Erwerbs-)Einkommen erfolgt sei.

E. 3.3

Die Ehefrau macht zum einen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Wegen dessen formeller Natur ist diese Rüge vorweg zu prüfen (BGE 115 Ia 8 E. 2a S. 10 ; 121 I 230 E. 2a S. 232; 122 II 464 E. 4a S. 469). Begründet wird die Gehörsrüge damit, dass das Obergericht die Zeugenaussage des Bruders als schleierhaft betrachtet, sie aber nicht wiederholt und auch nicht ausgeführt habe, wieso es davon absehe.

Vorab ist klarzustellen, dass das Obergericht nicht die Zeugenaussage als schleierhaft bezeichnet, sondern ausgeführt hat, der behauptete Erbvorbezug sei "im Lichte der dürftigen Behauptungen, aber auch der in diesem Zusammenhang eingereichten Unterlagen und der Aussagen des Bruders der Klägerin in der Zeugenbefragung schleierhaft geblieben". Mit dieser Aussage hat das Obergericht aber die vorhandenen Beweise gewürdigt, womit keine Gehörsverletzung vorliegt, sondern wenn schon willkürliche Beweiswürdigung zu rügen gewesen wäre.

Dem Vorbringen, die Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs sei verletzt, ist schliesslich entgegenzuhalten, dass für das Güterrecht die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime von Bundesrechts wegen nicht eingeschränkt wird (Steck, in FamKomm Scheidung, Bern 2005, N. 16 Vorbem. zu Art. 196-220 ZGB) und die Ehefrau vor Obergericht keine Einvernahme ihres Bruders verlangt hat. Gab es folglich keine Gründe für eine oberinstanzliche Zeugeneinvernahme, bestand auch kein Anlass zu diesbezüglicher Begründung. Im Übrigen musste der anwaltlich vertretenen Ehefrau klar sein, dass das Obergericht mangels neuer Beweisanträge bei seiner Beweiswürdigung auf die erstinstanzlichen Aussagen abstellen und auf dieser Basis sein Urteil fällen würde.

E. 3.4

Indem die Ehefrau mit Bezug auf den angeblichen Erbvorbezug bzw. dessen Modalitäten einfach die Dinge aus ihrer Sicht schildert, ohne im Einzelnen Bezug auf die oberinstanzlichen Erwägungen bzw. Alternativbegründungen zu nehmen und aufzuzeigen, inwiefern das Obergericht dabei jeweils in Willkür verfallen sein soll, beschränkt sie sich mit Bezug auf die Beweiswürdigung auf appellatorische Ausführungen, wie sie zur Substanziierung von Willkürrügen ungenügend bzw. unzulässig sind (BGE 125 I 492 E. 1b S. 495 ; 130 I 258 E. 1.3 S. 262).

Vermag aber die Ehefrau mangels substantzierter Rügen nicht aufzuzeigen, was an der obergerichtlichen Feststellung, der Betrag von Fr. 90'000.-- stamme aus dem Arbeitserwerb des Ehemannes und die Ehefrau vermöge die tatsächliche Entrichtung des Erbvorbezuges bzw. der ratenweisen Leistung im Umfang von Fr. 63'080.-- nicht zu beweisen, so ist der Bestreitung der rechtlichen Schlussfolgerung des Obergerichts, es sei folglich von Errungenschaftswerten auszugehen (Art. 200 Abs. 3 ZGB), der Boden entzogen.

E. 4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde mit Bezug auf das Güterrecht abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann, und dass die Sache zur Anhörung der Kinder und zur neuen Entscheidung über das Besuchsrecht an das Obergericht zurückzuweisen ist.

Weil die blosserückweisung zur Durchführung der Anhörung für die Ausgestaltung bzw. den Umfang des Besuchsrechts in keiner Weise präjudizierend ist, bleibt das Verfahren diesbezüglich offen, weshalb insoweit nicht von einem eigentlichen Obsiegen und Unterliegen gesprochen werden kann. Im Güterrechtspunkt ist die Beschwerdeführerin vollständig unterlegen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Kostenverteilung für das bundesgerichtliche Verfahren (Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.-- und Parteikosten von Fr. 4'000.--) im Verhältnis von drei Vierteln zu Lasten der Beschwerdeführerin und einem Viertel zu Lasten des Beschwerdegegners.

Mit der Abweisung der Beschwerde im Güterrechtspunkt wird das für den gegenteiligen Eventualfall gestellte Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.