

BGer 5A_41/2020 vom 10. Juni 2020

Bundesgericht, 2020-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_41_2020

FR: TF 5A_41/2020 du 10 juin 2020

IT: TF 5A_41/2020 del 10 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG), der als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Art. 276 ZPO) das Besuchsrecht des Beschwerdeführers, eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache, regelt. Die Beschwerde unterliegt deshalb keinem Streitwerterfordernis. Sie ist grundsätzlich zulässig. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt, und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

E. 1.2

Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist unzulässig. Ein Gesuch um *provisio ad litem* (Gesuch um Bevorschussung von Prozesskosten) kann vor Bundesgericht nicht im Kleid eines Gesuchs um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt werden. Der aus Art. 163 ZGB fliessende Anspruch auf eheliche Unterstützung ist vor dem dafür zuständigen erstinstanzlichen Massnahmegericht geltend zu machen (Urteile 5A_457/2019 vom 13. März 2020 E. 1.3; 5A_393/2018 vom 21. August 2018 E. 3; 5A_382/2010 vom 22. September 2010 E. 1.4; je mit Hinweisen). Auf das Gesuch wird entsprechend nicht eingetreten.

E. 2

Massnahmeentscheide, die gestützt auf Art. 276 ZPO ergehen, unterstehen Art. 98 BGG (vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 396 f.). Daher kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur infrage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat (BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Die rechtsuchende Partei muss präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 141 I 36 E. 1.3 S. 41; 140 III 264 E. 2.3 S. 266; je mit Hinweisen). Wird die Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) gerügt, reicht es daher nicht aus, wenn der Beschwerdeführer die Sach- oder Rechtslage aus seiner Sicht darlegt und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich bezeichnet. Er muss im Einzelnen dartun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246) und auch im Ergebnis in krasser Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (zum Begriff der Willkür: BGE 141 I 49 E. 3.4 S. 53).

E. 3

Auf die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Behandlung der einzelnen Rügen eingegangen.

E. 4

Der Streit dreht sich um die Ausgestaltung bzw. den Umfang des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter.

E. 4.1

Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Bei dessen Ausgestaltung steht das Kindeswohl im Vordergrund (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212). Der persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kindern beurteilt sich im Einzelfall nach richterlichem Ermessen (Art. 4 ZGB ; in BGE 142 III 481 nicht publizierte E. 3.3 des Urteils 5A_450/2015 vom 11. März 2016; Urteil 5A_323/2015 vom 25. Februar 2016 E. 3.1 mit Hinweisen). Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei, aber mit Zurückhaltung: Es greift nur ein, wenn die kantonale Instanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die im Ergebnis offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht sind (BGE 141 III 97 E. 11.2 S. 98; 131 III 209 E. 3 S. 210 mit Hinweisen).

E. 4.2

Anlass zur Beschwerde gibt der Entscheid des Obergerichts, wonach das Wochenendbesuchsrecht des Beschwerdeführers während den Schulferien der Tochter (inkl. letztes Wochenende vor Schulbeginn) nicht gelte.

E. 4.2.1

Das Obergericht erwog auf entsprechende Rüge bzw. Eventualantrag der Kindsmutter hin, dass das vom Bezirksgericht angeordnete Ferienbesuchsrecht des Beschwerdeführers in Kombination mit dem Wochenendbesuchsrecht (jedes erste, dritte und vierte Wochenende) dazu führe, dass die Kindsmutter praktisch nie mehr als eine Woche Ferien am Stück mit der Tochter verbringen könne. Dies rühre daher, dass die Ferienzeit, welche C.A. _____ nicht mit dem Kindsvater verbringe, immer wieder vom Wochenendbesuchsrecht des Kindsvaters unterbrochen werde. Dies gehe nicht an. Beide Parteien sollten das Recht haben, ein bis zwei Wochen Ferien am Stück mit C.A. _____ zu verbringen. Hierfür sei es erforderlich, dass die Ferienzeit, welche C.A. _____ nicht beim Kindsvater verbringe, nicht durch Wochenendbesuche bei ihm beschnitten würden. Vor diesem Hintergrund sei der Eventualantrag der Kindsmutter gutzuheissen, wonach das Ferienbesuchsrecht gegenüber dem Wochenendbesuchsrecht (nicht aber dem Feiertagsbesuchsrecht) Vorrang habe. Mit anderen Worten sei die Kindsmutter berechtigt zu erklären, die Betreuung von C.A. _____ in denjenigen Ferienwochen, in welchen dem Kindsvater kein Ferienbetreuungsrecht zukomme, zu übernehmen, ohne dass dem Kindsvater ein Wochenendbesuchsrecht zustehe. Eine Ausnahme sei nur bezüglich des Feiertagsbesuchsrechts zu machen.

E. 4.2.2

Der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht zum einen geltend, das Obergericht habe den Anspruch auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV) verletzt. Er führt hierzu aus, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens umfasse gemäss Bundesgericht auch das elterliche Erziehungsrecht und verweist dabei auf das Urteil 2C_132/2014 und 2C_133/2014 vom 15. November 2014 E. 4.2 in: ZBI 2015 S. 652 ff. Allfällige Eingriffe seien, so der Beschwerdeführer, nicht per se unzulässig, jedoch an Art. 36 BV zu messen, d.h. sie müssten auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Das im Privaten Interesse liegende Ziel beider Parteien müsse in Bezug auf das Besuchsrecht sein, das Kindeswohl der gemeinsamen Tochter sicherzustellen. C.A._____ habe sich auf beide Eltern emotional sehr bezogen gezeigt und grundsätzlich zum Ausdruck gebracht, gleich viel Zeit bei beiden Elternteilen verbringen zu wollen. Die Einschränkung des Beschwerdeführers auf Achtung des Familienlebens sei jedoch vorliegend nicht verhältnismässig. Es entstehe dadurch ein Ungleichgewicht, welches das Kindeswohl und die ungestörte Entwicklung der Vater-Tochter-Beziehung gefährde. Auf ein Jahr gerechnet, handle es sich nun faktisch um ein zweiwöchentliches Besuchsrecht. Mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff in Form der bisherigen Regelung bzw. drei Besuchsrechtswochenenden pro Monat, würde das im privaten Interesse liegende Ziel, dass beide involvierte Parteien mit der Tochter eine gesunde Beziehung pflegen könnten, welche auch für die Entwicklung von C.A._____ förderlich sei, zweifellos erreicht werden. In der jetzigen Form bestehe jedoch eine nicht zu rechtfertigende Verletzung von Art. 13 BV .

Die Rüge des Beschwerdeführers geht fehl. Inhaltlich schützt das Recht auf Achtung des Familienlebens das Recht auf Zusammenleben oder auf persönliche Kontakte unter den Familienmitgliedern. Zwischen dem minderjährigen Kind und den Elternteilen gilt dies auch dann, wenn die Eltern nicht mehr zusammenleben. Daher wurde etwa ein vollständiges Kontaktverbot zwischen einem Elternteil und einem minderjährigen Kind vom Bundesgericht als schwerwiegender Eingriff qualifiziert (vgl. Urteil 1C_219/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 2.3 mit Hinweisen). Vorliegend ist der Beschwerdeführer gemäss obergerichtlicher Regelung demgegenüber berechtigt, seine Tochter während drei Wochenenden pro Monat und fünf Wochen Schulferien sowie während der Hälfte der Feiertage zu sehen. Weshalb die Vater-Tochter-Beziehung und in diesem Sinne das Familienleben dadurch gefährdet sein soll, vermag der Beschwerdeführer nicht überzeugend darzulegen. Dass das Besuchsrecht des Beschwerdeführers durch den obergerichtlichen Entscheid im Vergleich zum Urteil des Bezirksgerichts eine Einschränkung erfahren hat, ändert an dieser Beurteilung nichts. Inwiefern das elterliche Erziehungsrecht tangiert bzw. die vom Beschwerdeführer zitierten bundesgerichtlichen Urteile, welche sich mit Gesuchen zur Dispensation vom Sexualkundeunterricht beschäftigen, einschlägig sein sollen, bleibt unklar, weshalb sich Weiterungen hierzuerübrigen. Eine Verletzung von Art. 13 BV ist im Ergebnis nicht auszumachen.

E. 4.2.3

Demgegenüber ist die Rüge des Beschwerdeführers, wonach die Besuchsrechtsregelung das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt, begründet. Es ist vorauszuschicken, dass gegen die Ausführungen des Obergerichts, wonach beide Parteien das Recht haben, ein bis zwei Wochen Ferien mit ihrer Tochter zu verbringen (vgl. E. 4.2.1), nichts einzuwenden ist. Selbstredend soll auch die Kindsmutter während einer angemessenen Zeitspanne mit ihrer Tochter ohne Unterbrüche in den Ferien verweilen können. Damit wird ihr namentlich die -

auch von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich gewünschte - Möglichkeit eingeräumt, mit ihrer Tochter zu verreisen. Problematisch ist allerdings, dass das Obergericht den Vorrang der Ferienzeit bei der Kindsmutter ohne Vorbehalte ausgesprochen hat. Dies führt einerseits dazu, dass der Kindsmutter - ausgehend von 13 Wochen Schulferien pro Jahr - acht Ferienwochen mit C.A._____ zustehen, während dem Kindsvater weiterhin nur fünf Wochen verbleiben. Andererseits hat diese Regelung zur Folge, dass dem Beschwerdeführer etwa für das Jahr 2020 nicht mehr - wie gestützt auf das bezirksgerichtliche Urteil - rund drei Viertel aller Wochenenden, sondern nur noch rund die Hälfte davon zugute kommen. Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, entspricht die obergerichtliche Lösung damit umfangmässig einem zweiwöchigen Besuchsrecht. Daran vermag der Einwand der Beschwerdegegnerin, wonach die vom Obergericht vorgenommene Abänderung "in keiner Weise" zu einem zweiwöchigen Besuchsrecht führe, nichts zu ändern. Insbesondere erweist sich ihr Verweis auf den Juli 2020 und die dazugehörige Erläuterung, dass der Kindsvater während dieses Monats 16 Ferientage und die Kindsmutter nur 13 Ferientage mit der Tochter zugute habe, als untauglich, zumal dieser Sommerferienmonat nicht stellvertretend für das ganze Jahr ist.

Dass die obergerichtliche Regelung umfangmässig einem zweiwöchigen Besuchsrecht entspricht, ist angesichts dessen, dass das Obergericht den Antrag der Kindsmutter betreffend Reduktion der Wochenendbesuche beim Kindsvater auf zweimal im Monat zwecks Vermeidung eines verschärften Ungleichgewichts bei der elterlichen Betreuung klar verworfen hat, - wie der Beschwerdeführer vorbringt - in der Tat widersprüchlich. Hinzu kommt, wie der Beschwerdeführer ebenfalls zu Recht hinweist, dass neben der Reduktion der Anzahl Wochenende beim Kindsvater längere Unterbrüche zwischen den Besuchen entstehen, womit die 3-Wochenendbesuchsregelung zusätzlich ihres Sinnes entleert wird. Unbehelflich ist der von der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang vorgebrachte Hinweis, dass der Beschwerdeführer während diesen Unterbrüchen den Kontakt mit seiner Tochter auch über Telefon, WhatsApp, Skype etc. pflegen könne. So stellt der Kontakt mit elektronischen Hilfsmitteln unzweifelhaft keinen gleichwertigen Ersatz für einen persönlichen Besuch dar.

Für die vom Obergericht vorgenommene Reduktion des väterlichen Besuchsrechts gibt es keinen sachlichen Grund. Zur Sicherstellung von ein bis zwei Wochen Ferien bei der Kindsmutter ist es nicht erforderlich, ihr zulasten des väterlichen Wochenendbesuchsrechts eine Ferienzeit von acht Wochen einzuräumen. Vielmehr drängt sich eine Regelung auf, gestützt auf welche beide Eltern in vergleichbarem Ausmass ungestört Ferien mit C.A._____ verbringen können. Analog zur Ferienzeit beim Kindsvater wäre es angebracht, der Kindsmutter ebenfalls fünf Wochen Ferien mit C.A._____, welche nicht unterbrochen werden dürfen, einzuräumen. Darüber hinaus rechtfertigt sich keine Eingrenzung des väterlichen Wochenendbesuchsrechts. Das Obergericht hat insoweit über das Ziel hinausgeschossen und eine Regelung getroffen, welche sowohl in der Begründung wie auch im Ergebnis unbillig und stossend ungerecht ist. Das Obergericht ist demzufolge in Willkür verfallen, weshalb sich die Beschwerde als begründet erweist.

E. 4.2.4

Da verschiedene der konkreten Situation angepasste Besuchs- und Ferienrechtsregelungen denkbar sind, welche vor dem Willkürverbot standhalten, scheint es angezeigt, wenn das Bundesgericht nicht reformatorisch entscheidet, sondern die Sache diesbezüglich zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückweist (Art. 107 Abs. 2 BGG). Im Rahmen der

Rückweisung wird die Vorinstanz gegebenenfalls auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Berufungsverfahrens neu zu befinden haben.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und der angefochtene Entscheid ist soweit das Ferienbesuchsrecht (Ziffer 5) betreffend aufzuheben. Die Rückweisung der Angelegenheit zum erneuten Entscheid gilt im Hinblick auf die Gerichtskosten und die Parteientschädigung als Obsiegen des Beschwerdeführers, auch wenn er keinen entsprechenden Antrag gestellt hat (BGE 141 V 281 E. 11.1 S. 312; Urteil 5A_403/2019 vom 12. März 2020 E. 5.1 mit Hinweisen). Folglich sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat diese dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Allerdings sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung gegeben. Das entsprechende Gesuch der Beschwerdegegnerin ist gutzuheissen, und es ist ihr ihr Rechtsvertreter beizugeben (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Gerichtskosten sind vorläufig auf die Gerichtskasse zu nehmen und der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin ist aus dieser angemessen zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin hat der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG). Dass der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, entbindet sie nicht von ihrer Pflicht, den Beschwerdeführer zu entschädigen.

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