

## **BGer 5A\_51/2008 vom 3. März 2008**

Bundesgericht, 2008-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_51\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_51_2008)

FR: TF 5A\_51/2008 du 3 mars 2008

IT: TF 5A\_51/2008 del 3 marzo 2008

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann eine Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 BGG ). Das Bundesgericht überprüft die behauptete Verletzung dieses Rechts mit freier Kognition, währenddem es seinem Beschwerdeentscheid den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde zu legen hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn die für den Verfahrensausgang entscheidenden Feststellungen offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ( Art. 9 BV ) sind ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2) oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG hat nebst einem Antrag eine Begründung zu enthalten, in welcher in gedrängter Form dargelegt wird, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten wird ( Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG ). Das bedeutet, dass in der Beschwerdeschrift entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen des Art. 55 Abs. 1 lit. c OG (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, Ziff. 4.1.2.4, BBl. 2001, S. 4294) auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen zu zeigen ist, inwiefern der angefochtene Entscheid Bundesrecht verletzt. Die Gesetzesartikel brauchen allerdings nicht ausdrücklich genannt zu werden, falls aus den Vorbringen hervorgeht, gegen welche Regeln des Bundesrechts die Vorinstanz verstossen haben soll ( BGE 116 II 745 E. 3 S. 749).

#### **E. 1.3**

Wird eine Sachverhaltsfeststellung beanstandet, muss in der Beschwerdeschrift dargelegt werden, inwiefern diese Feststellung willkürlich oder durch eine andere Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) zustande gekommen ist (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.2.2 und 1.4.3 S. 255). In der Beschwerde in Zivilsachen dürfen überdies keine neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, es sei denn, erst der Entscheid der Vorinstanz habe dazu Anlass gegeben ( Art. 99 BV ). Wird ein Novum vorgetragen, ist in der Beschwerde darzutun, inwiefern die erwähnte Voraussetzung erfüllt ist ( BGE 133 III 393 E. 3).

#### **E. 2**

Soweit der Beschwerdeführer unter Hinweis auf Versäumnisse seines Anwaltes den Sachverhalt aus eigener Sicht in Abweichung von den obergerichtlichen Feststellungen darstellt und ergänzt ist darauf nicht einzutreten.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beklagt sich darüber, dass ihm persönlich keine Fristverlängerung zur Ergänzung des vom Anwalt begründeten Rekurses gewährt worden sei. Er behauptet aber nicht und legt auch nicht den Begründungsanforderungen entsprechend dar, dass das Obergericht dadurch in Willkür verfallen sei. Darauf ist nicht einzutreten. Von Willkür könnte denn auch keine Rede sein. Zwar sieht § 301 Abs. 2 ZPO /SO vor, dass wegen fehlender oder ungenügender Begründung eine kurze Nachfrist angesetzt werden kann. Eine fehlende bzw. ungenügende Begründung im Sinn dieser Bestimmung liegt aber nicht vor, wenn der Rekurrent die Rekurschrift seines Anwaltes ergänzt, nur weil er der Ansicht ist, dieser habe nicht alles vorgebracht, was seiner Ansicht nach vorzubringen gewesen wäre. Allein mit dem Hinweis, dass die Fristerstreckung hätte gewährt werden müssen, weil es um Kindesinteressen gegangen sei, lässt sich Willkür ohnehin nicht dartun.

### **E. 4.1**

In der dem Bundesgericht unterbreiteten Beschwerde kritisiert der Beschwerdeführer nicht mehr, die fehlende Begründung der erstinstanzlichen Verfügung verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Obergericht hat im Weiteren dafürgehalten, die Stellungnahme der Beiständin habe sich mit der Neurodermitis und dem Verhalten der Ehefrau gegenüber dieser Krankheit nicht befasst, weshalb der erstinstanzliche Richter das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass einer Kindeschutzmassnahme ohne Abwarten seiner Stellungnahme zur Vernehmlassung der Beiständin habe abweisen können, zumal diese Massnahme wegen der Neurodermitis verlangt worden sei. Insoweit liege keine durch den erstinstanzlichen Richter begangene Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer (sinngemäss) geltend, das Obergericht habe zu Unrecht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den erstinstanzlichen Richter verneint und damit seinerseits das rechtliche Gehör verletzt.

### **E. 4.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Er umfasst das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Das auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, auch solche, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen ( BGE 133 I 100 E. 4.3 - 4.6). Indem der erstinstanzliche Richter entschied, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme zum Bericht der Beiständin einzuräumen, hat er Art. 6 Ziff. 1 bzw. Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Ob der Bericht geeignet war, den Entscheid des erstinstanzlichen Richters zu beeinflussen, war nach dem Gesagten unerheblich.

### **E. 4.3**

Obwohl das Obergericht seinerseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu Unrecht verneint hat, führt dies nicht zu Gutheissung der Beschwerde: Im vorliegenden Fall konnte die erstinstanzliche Verfügung mit Rekurs angefochten werden, der die Überprüfung der angefochtenen Verfügung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zum Gegenstand hat ( § 300 Abs. 2 ZPO /SO). Damit hätte das Obergericht auf eine allfällige Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Vernehmlassung der Beiständin eingehen und diese im nunmehr angefochtenen Entscheid berücksichtigen können. Eine Heilung des durch den

erstinstanzlichen Richter begangenen Formmangels im Rekursverfahren war damit grundsätzlich möglich, zumal es sich nicht um einen schwerwiegenden Mangel handelt (zu den Voraussetzungen für eine Heilung des Gehörsverletzung: BGE 105 Ib 171 E. 3b S. 174; 110 Ia 81 E. 5d S. 82; 116 Ia 94 E. 2 S. 95/96 ; 126 I 68 E. 2 S. 72). Unter diesen Umständen war der Beschwerdeführer im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben gehalten, in der Rekurschrift zur Vernehmlassung der Beiständin Stellung zu nehmen. Dem sinngemässen Antrag des Beschwerdeführers, den angefochtenen Entscheid wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben, kann somit nicht entsprochen werden.

#### **E. 5**

An der Sache vorbei gehen schliesslich die Bemerkungen des Beschwerdeführers zum Satz des Obergerichts, er hätte bis zum Erlass der Verfügung vom 7. November 2007 noch ausreichend Zeit gehabt, sich zum Bericht von der Beiständin zu äussern, sowie der Hinweis, dass ihm diese Person gar nicht bekannt sei. Denn für die hier allein massgebende Frage, ob das Bezirksgericht dem Beschwerdeführer die Vernehmlassung der Beiständin hätte vorgängig zum Entscheid vom 22. August 2007 zur Kenntnis bringen müssen bzw. ob dieses Versäumnis im Rekursverfahren zu heilen gewesen wäre, ist dies alles nicht entscheidend.

#### **E. 6**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdegegnerin ist jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren keine Entschädigung zuzusprechen, da keine Vernehmlassung eingeholt worden ist.

#### **E. 7**

Die Beschwerde hat sich von Anfang an als aussichtslos erwiesen, so dass dem Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege nicht entsprochen werden kann ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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