

# **BGer 5A 586/2010 vom 4. März 2011**

Bundesgericht, 2011-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_586\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_586_2010)

FR: TF 5A 586/2010 du 4 mars 2011

IT: TF 5A 586/2010 del 4 marzo 2011

## **Regeste**

Eheschutz | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die rechtzeitig ( Art. 100 BGG ) eingereichte Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) über die Anordnung von Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft ( Art. 172 ff. ZGB ). Diese zivilrechtliche Streitigkeit ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) betrifft zur Hauptsache die Zuteilung der elterlichen Obhut über das gemeinsame Kind. Sie ist somit nicht vermögensrechtlicher Natur. Daran ändert die damit verknüpfte Auseinandersetzung über Unterhaltsbeiträge nichts. Die Regelung der finanziellen Nebenfolgen der Obhutszuweisung ist notwendiger Bestandteil des Entscheides über die nicht vermögensrechtliche Streitigkeit (Urteil 5A\_108/2007 vom 11. Mai 2007 E. 1.2).

### **E. 1.2**

Eheschutzentscheide gelten nach der Rechtsprechung als vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 396 f.), so dass in der Beschwerde nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann. Art. 95 und Art. 97 BGG und auch Art. 105 Abs. 2 BGG gelangen deshalb nicht zur Anwendung. Die hier gegebenen Verhältnisse entsprechen mithin denjenigen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 ff. BGG ). Wie dort (Art. 118 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 116 BGG ) kommt eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen auch hier nur dann in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588).

### **E. 1.3**

Für alle Vorbringen betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip. Die rechtssuchende Partei muss präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen kantonalen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht (Rügeprinzip; BGE 133 III 439 , E. 3.2 S. 444). 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 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). Wer sich auf eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) berufen will, kann sich daher nicht darauf beschränken, den vorinstanzlichen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 117 Ia 10

E. 4b S. 11 f.). Dies ist nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur dann als willkürlich auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133 mit Hinweisen). Die Beschwerde vermag den geschilderten Rügeanforderungen über weite Strecken nicht zu genügen. Der Beschwerdeführer begnügt sich grösstenteils damit, den Sachverhalt oder die Rechtslage aus eigener Sicht darzustellen oder bloss Behauptungen aufzustellen. Dies ist zur Begründung von Verfassungsprügen unzureichend, wobei jeweils im Sachzusammenhang darauf zurückzukommen sein wird.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer beanstandet zunächst, das Obergericht des Kantons Aargau sei ohne weitere Abklärungen zur neuen Beurteilung der Obhutsfrage geschritten. Es habe einzig aufgrund der bestehenden Akten entschieden und weder die Parteien angehört noch einen Gutachter beigezogen.

### **E. 2.1**

Soweit der Beschwerdeführer sich mit der Behauptung begnügt, die Vorinstanz habe "klar das rechtliche Gehör verletzt", kommt er seiner Begründungs- und Rügeflicht nicht nach. Er nennt keine konkrete Verfassungsvorschrift, die verletzt sein soll. Ebenso wenig tut er dar, gestützt auf welche Rechtsnorm die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, die Parteien von sich aus zur nochmaligen Vernehmlassung aufzufordern, nachdem das Bundesgericht die Sache zu neuer Beurteilung zurückgewiesen hatte. Schliesslich behauptet der Beschwerdeführer auch nicht, dass er selbst seinen Anspruch auf rechtliches Gehör gegenüber dem Obergericht geltend gemacht, dieses sich aber geweigert hätte, ihn anzuhören oder seine Stellungnahme entgegenzunehmen.

### **E. 2.2**

An der Sache vorbei geht auch der Vorwurf, die Vorinstanz habe es in Verletzung der Oficialmaxime unterlassen, einen Gutachter beizuziehen. Der Oficialgrundsatz besagt, dass das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist (vgl. BGE 120 II 229 E. 1c S. 231). Damit hat die Frage, ob mit Blick auf die Zuteilung der elterlichen Obhut ein Gutachten erforderlich ist, nichts zu tun, denn diese Frage betrifft allein die Feststellung der prozessrelevanten Tatsachen. Dass das Obergericht hierbei durch den Verzicht auf eine Begutachtung gegen ein verfassungsmässiges Recht verstossen hätte, macht der Beschwerdeführer indes nicht geltend.

## **E. 3**

In seinem Urteil 5A\_22/2010 vom 7. Juni 2010 kam das Bundesgericht zum Schluss, das Obergericht des Kantons Aargau sei bei der Zuteilung der Obhut über A.\_\_\_\_\_ in zweierlei Hinsicht in Willkür verfallen: Mit Bezug auf das Kriterium der Betreuungsbereitschaft erkannte das Bundesgericht in Erwägung 6 dieses Urteils, das Obergericht habe willkürlich gehandelt, soweit es die nicht wahrgenommenen Besuchsmöglichkeiten nicht mitberücksichtigt und die Erklärungen der Beschwerdegegnerin, wonach dies durch die Arbeitsbelastung bedingt gewesen sei, nicht näher überprüft habe. Hinsichtlich des Kriteriums der Stabilität der örtlichen und familiären

Verhältnisse warf das Bundesgericht dem Obergericht vor, es habe dem Umstand, dass die Obhut in jüngster Zeit schwergewichtig durch den Beschwerdeführer ausgeübt wurde, keine Beachtung geschenkt (Urteil 5A\_22/2010 vom 7. Juni 2010 E. 7). Der Beschwerdeführer bemängelt das Urteil, welches das Obergericht des Kantons Aargau unter Berücksichtigung dieser bundesgerichtlichen Erwägungen zu fällen hatte, in verschiedener Hinsicht:

### **E. 3.1**

Zunächst wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, sie habe die Zeit zwischen A.\_\_\_\_\_s Übersiedlung nach Österreich Ende September 2008 und der Unterzeichnung der Scheidungskonvention Anfang März 2009 "völlig ausser Acht gelassen". Dieser Vorwurf ist unbegründet. Das Obergericht hat sich im angefochtenen Entscheid ausführlich mit den Besuchskontakten auseinandergesetzt, die in diesem Zeitabschnitt zwischen A.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdegegnerin stattgefunden haben. Es hat auch die Äusserungen der Beschwerdegegnerin und die Aufzeichnungen über ihre Arbeitszeiten berücksichtigt und ist zur Erkenntnis gelangt, die Bereitschaft der Klägerin zur persönlichen Betreuung des Kindes sei zeitweise lediglich in eingeschränktem Umfang vorhanden gewesen.

### **E. 3.2**

Als "völlig falsche Darstellung der Situation" bezeichnet der Beschwerdeführer des Weiteren die Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin sei bei ihm nach dem Rückzug ihres Scheidungsbegehrens mit ihren Besuchswünschen auf Widerstand gestossen. Zur Begründung dieses Vorwurfs beruft sich der Beschwerdeführer darauf, er habe am 11. Mai 2009 sogar selbst per Email bei der Beschwerdegegnerin nachgefragt, wann sie denn wieder mal kommen würde. Die betreffende Korrespondenz dreht sich allerdings um die Übergabe eines Wohnungsschlüssels; vom Kontakt zwischen Mutter und Kind ist darin nicht die Rede. Allein damit vermag der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Feststellung betreffend seinen Widerstand gegen die Besuchswünsche der Mutter nicht als verfassungswidrig auszuweisen.

### **E. 3.3**

Auch mit der Rüge, das Obergericht habe die Frage der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse in seinem neuen Urteil erneut nicht abgeklärt, sondern sich wiederum auf willkürliche Annahmen gestützt, dringt der Beschwerdeführer nicht durch. Wie sich aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheids ergibt, hat sich das Obergericht mit dem Umstand, dass die Obhut in jüngster Zeit schwergewichtig durch den Beschwerdeführer in Österreich ausgeübt wurde, sehr wohl auseinandergesetzt. Das Obergericht kommt zum Ergebnis, dem Stabilitätskriterium bzw. der Aufrechterhaltung der bisherigen Betreuungssituation beim Beschwerdeführer komme aufgrund des jungen Alters des Kindes geringeres Gewicht zu als den mit Blick auf die Zukunft besseren Betreuungsmöglichkeiten der Beschwerdegegnerin. Aus diesem Grund rechtfertige es sich, die Obhut der Mutter zuzuweisen. Dass die Vorinstanz das Kriterium der Stabilität im Verhältnis zu demjenigen der Betreuungsmöglichkeiten nicht richtig gewichtet und damit das Recht falsch angewendet hätte, macht der Beschwerdeführer indessen nicht geltend.

### **E. 3.4**

Willkürlich ist nach der Ansicht des Beschwerdeführers sodann die Feststellung der Vorinstanz, es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass bei einer Zuweisung der Obhut an die Klägerin die Stabilität der Betreuungs- und Umgebungssituation nicht

gewährleistet wäre. Einen solchen Anhaltspunkt erblickt der Beschwerdeführer im Umstand, dass die Beschwerdegegnerin in der Zwischenzeit nach Arni umgezogen und bei der Raiffeisenbank Mutschellen tätig sei. Er wirft der Vorinstanz vor, die persönlichen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin und die örtlichen Umstände wie Kindergarten und Kontakt zu gleichaltrigen Kindern am neuen Wohnort nicht abgeklärt zu haben. Allein aus dem Wortlaut des angefochtenen Entscheids geht zwar nicht hervor, dass die Vorinstanz den per 1. Juli 2010 erfolgten Wohnortwechsel berücksichtigt hat. Allein mit der Behauptung, die Vorinstanz habe diesen Umstand und dessen Konsequenzen für die Stabilität der Verhältnisse nicht berücksichtigt und die ursprüngliche Lebenssituation der Beschwerdegegnerin sei nicht mehr vorhanden, vermag der Beschwerdeführer jedoch nicht darzutun, dass die Beurteilung des Stabilitätskriteriums, wie die Vorinstanz sie vorgenommen hat, auch im Ergebnis willkürlich ist.

### **E. 3.5**

Zur Illustration seiner Verhältnisse legt der Beschwerdeführer ein Schreiben des Bürgermeisters seines österreichischen Wohnorts Schoppernau sowie ein Schreiben des zuständigen Hausarztes ins Recht. Beide Schriftstücke datieren vom 18. August 2010. Sie stellen somit Tatsachen dar, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid zugetragen haben und daher nicht berücksichtigt werden können ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344). Das Gleiche gilt für die im Rahmen des Schriftenwechsels von beiden Parteien eingereichten weiteren schriftlichen Bezeugungen, in denen verschiedene Drittpersonen ihre persönliche Wahrnehmung der Situation beim Beschwerdeführer bzw. bei der Beschwerdegegnerin bekunden. Auch diese Schriftstücke stammen allesamt aus der Zeit nach dem angefochtenen Entscheid. Die darin enthaltenen Aussagen können naturgemäss nicht zum Sachverhalt gehören, den die Vorinstanz festgestellt hat; sie müssen ebenfalls unberücksichtigt bleiben.

### **E. 3.6**

Im Ergebnis zeigt der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz nicht auf, dass das Obergericht die erwähnten beiden Zuteilungskriterien der Betreuungsbereitschaft und der Stabilität der Verhältnisse erneut in einem Ausmass unrichtig beurteilt hat, das den angefochtenen Entscheid als verfassungswidrig erscheinen lässt. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

### **E. 4**

In ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2010 macht die Beschwerdegegnerin geltend, der Beschwerdeführer habe A. \_\_\_\_\_ am Wochenende vom 2./3. Oktober 2010 rechtswidrig nicht aus Österreich zu ihr zurückgebracht. Die superprovisorischen Anträge, die sie in diesem Zusammenhang stellt (s. Bst. D.d), beziehen sich lediglich auf die Vollstreckung des formell bereits rechtskräftigen obergerichtlichen Urteils vom 9. August 2010. Sie haben mit der im vorliegenden Prozess zu klärenden Frage, ob der Beschwerdeführer den vorinstanzlichen Obhutsentscheid als verfassungswidrig ausweist, nichts zu tun. Daher kann das Bundesgericht nicht auf diese Anträge eintreten. Ohnehin hat die Beschwerdegegnerin in der Zwischenzeit erfolgreich ein Rückführungsverfahren gegen den Beschwerdeführer angestrengt und dem Bundesgericht mitgeteilt, das Kind befinde sich seit dem 31. Januar 2011 wieder bei ihr (Bst. D.f). Dieser Sachverhalt hat sich zwar erst nach Erlass des angefochtenen Entscheides ereignet, weshalb er an sich unter das Novenverbot gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG fällt. Die neuen Tatsachen führen indessen zur

Gegenstandslosigkeit der superprovisorischen Anträge und sind aus diesem Grund zu berücksichtigen.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer unterliegt und wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er hat die Beschwerdegegnerin, die sich zum Ausgang des Verfahrens hat vernehmen lassen und mit ihren Anträgen sowohl in der Hauptsache als auch im Verfahren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung durchgedrungen ist, zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Hinsichtlich des Gesuchs um Erlass einer superprovisorischen Verfügung, auf welches das Bundesgericht nicht eingetreten ist (E. 4), werden keine Kosten ausgeschieden.

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