

BGer 5A_746/2014 vom 30. April 2015

Bundesgericht, 2015-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_746_2014

FR: TF 5A_746/2014 du 30 avril 2015

IT: TF 5A_746/2014 del 30 aprile 2015

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Dabei handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397). Überdies liegt ein Endentscheid vor (Art. 90 BGG ; BGE 134 III 426 E. 2.2 S. 431). Da vorliegend lediglich die Obhut über die Kinder strittig ist, handelt es sich um eine Streitsache ohne Vermögenswert. Die Beschwerdeführerin war Partei im kantonalen Verfahren. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und verfügt somit über ein schützenswertes Interesse an der Beschwerde (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.2

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens unterstehen Art. 98 BGG . Liegen vorsorgliche Massnahmen im Streit, kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Das Bundesgericht wendet dabei das Recht nicht von Amtes wegen an, sondern prüft die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und hinreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde ist folglich klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397 ; 134 I 83 E. 3.2. S. 88 mit Hinweisen). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss im Einzelnen aufgezeigt werden, in welcher Hinsicht der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 mit Hinweis). 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) und inwiefern die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in fine BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22).

E. 2

Die kantonalen Instanzen haben von einer Anhörung der drei Kinder der Ehegatten abgesehen. Die Vorinstanz hielt dafür, die Anhörung sei nie förmlich beantragt worden. Zudem habe die Mutter die fehlende Anhörung durch den Gutachter Dr. F._____ selbst zu verantworten. Schliesslich handle es sich nur um einen vorübergehenden Entzug der Obhut. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107;

KRK) sowie von Art. 11 BV . Sie macht geltend, es bedürfe keines Antrages; abgesehen davon spiele es keine Rolle, ob die Obhut lediglich vorsorglich entzogen werde, zumal die Kindesinteressen vorliegend auch dadurch betroffen seien.

E. 3

Nach Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung und Entwicklung. Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst aus (Art. 11 Abs. 2 BV). Diese Verfassungsbestimmung ist indes zu wenig konkret ausgestaltet, um aus ihr direkt ein zwingendes Recht des Kindes auf Anhörung abzuleiten (BGE 126 II 377 E. 5d).

E. 4

Die Beschwerdeführerin beruft sich ferner auf Art. 12 KRK . Als Inhaberin der elterlichen Sorge ist sie zu dieser Rüge berechtigt (vgl. Urteil 5A_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.2; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Anhörung des Kindes, AJP 1999, S. 1579). Da das Bundesgericht die Anwendung des Bundesrechts im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf Willkür überprüft (Urteil 5A_261/2009 vom 1. September 2009 E. 1.2, nicht veröffentlicht in: BGE 135 III 608) und die Beschwerdeführerin keine rechtsgenügend begründeten Willkürrügen erhoben hat (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397 ; 134 I 83 E. 3.2. S. 88 mit Hinweisen), gilt es als erstes klarzustellen, ob es sich bei Art. 12 KRK um ein verfassungsmässiges Recht handelt.

E. 4.1

Ein Teil der Doktrin hüllt sich bezüglich dieser Frage in Stillschweigen oder bekundet Unsicherheit. HÄBERLI/MERZ (in: Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl. 2014 S. 273 Rz. 5.90) äussern die Meinung, die Frage müsse "wohl" bejaht werden. Sie verweisen dabei auf BGE 124 III 90 E. 3c, wobei sich an der angegebenen Stelle nichts Derartiges entnehmen lässt. Nach JEAN ZERMATTEN (La Convention relative aux droits de l'enfant, in: Introduction aux droits de l'homme, 2014, S. 326), handelt es sich bei Art. 12 KRK um ein persönliches Recht des Kindes auf Anhörung.

E. 4.2

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dem die Konkretisierung dieses Begriffes obliegt, qualifiziert als verfassungsmässige Rechte Bestimmungen, die dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen oder welche, obwohl vorwiegend im öffentlichen Interesse erlassen, auch noch individuelle Interessen schützen. Bei der Bestimmung des Vorliegens von verfassungsmässigen Rechten stellt das Bundesgericht insbesondere auf das Rechtsschutzbedürfnis und die Justiziabilität ab (BGE 131 I 366 E. 2.2 S. 368 mit Hinweisen, die kantonalen Verfassungen betreffend).

E. 4.3

Art. 12 KRK stellt einen direkt anwendbaren Rechtssatz dar, dessen Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden kann (BGE 124 III 90 E. 3a S. 92). Diese Rechtsprechung erging im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland (Art. 84 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [Bundesrechtspflegegesetz OG]) und beantwortete somit nicht die Frage, ob es sich bei Art. 12 KRK um ein verfassungsmässiges Recht handelt. Immerhin ist dadurch ergründet, dass Art. 12 KRK zu den direkt anwendbaren (self-executing) Bestimmungen zählt.

E. 4.4

Das durch Art. 12 KRK garantierte Recht des Kindes, in allen es betreffenden Belangen angehört zu werden, bildet auch Gegenstand des innerstaatlichen Rechts: Unter dem 7. Titel "Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten" und der Marginalie "Anhörung des Kindes" sieht Art. 298 Abs. 1 ZPO vor, dass das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört wird, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht Art. 12 KRK dem Kind keinen umfangreicheren Rechtsanspruch als Art. 298 ZPO (Urteil 5A_465/2012 vom 18. September 2012 E. 3.1.1). Angesichts des in der Zivilprozessordnung geregelten, teilweise sogar umfangreicheren Rechtsanspruchs des Kindes auf Anhörung besteht kein Rechtsschutzbedürfnis und somit auch kein Grund, Art. 12 KRK als verfassungsmässiges Recht zu qualifizieren.

E. 5

Auf die ungenügend begründete und damit unzulässige Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 BGG) ist folglich nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG), die überdies den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen hat (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

E. 6

Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege sind gutzuheissen, da sich die Beschwerde und der Standpunkt des Beschwerdegegners nicht als von vornherein aussichtslos erwiesen haben und die Parteien als bedürftig gelten. Damit sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdeführerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist. Den Parteien ist je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Dem Rechtsbeistand der unterliegenden Beschwerdeführerin ist aus der Bundesgerichtskasse eine reduzierte Entschädigung auszurichten. Sollte sich die dem Beschwerdegegner zulasten der unterliegenden Beschwerdeführerin zugesprochene Entschädigung als uneinbringlich erweisen, ist seiner Rechtsbeistandin eine reduzierte Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse zu entrichten.

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