

# **BGer 5A 813/2013 vom 12. Mai 2014**

Bundesgericht, 2014-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_813\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_813_2013)

FR: TF 5A 813/2013 du 12 mai 2014

IT: TF 5A 813/2013 del 12 maggio 2014

## **Regeste**

Eheschutzmassnahmen (Obhut) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer wehrt sich binnen Frist gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75, 90 und 100 BGG ) über die Anordnung von Eheschutzmassnahmen ( Art. 172 ff. ZGB ). Die Beschwerde wird ungeachtet ihrer teilweise falschen Bezeichnung ("Staatsrechtliche Beschwerde") als Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 ff. BGG behandelt.

### **E. 1.2**

Eheschutzentscheide unterstehen Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 396 f.). Daher kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (s. dazu BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588). Es gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Wird die Verletzung des Willkürverbots 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. Vielmehr muss er im Einzelnen darlegen, 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). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588), was die rechtsuchende Partei wiederum präzise geltend zu machen hat.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer reicht dem Bundesgericht Berichte von B.\_\_\_\_\_, Fachspezialisten Beobachtungen, zur Wahrnehmung des Besuchsrechts am 11./12./13. Oktober 2013 und am 25./26./27. Oktober 2013 ein. Die Berichte beruhen damit auf Beobachtungen, die erklärermassen gemacht worden sind, nachdem das vorinstanzliche Urteil am 23. September 2013 ergangen ist. Sie können vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 133 III 393 E. 3 S. 395). Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Aus dem gleichen Grund bleibt

auch die Strafanzeige ausser Acht, die der Beschwerdeführer am 15. Oktober 2013 gegen die Beschwerdegegnerin sowie gegen weitere Beteiligte eingereicht hat.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer sieht seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und das Gebot des Fair Trial verletzt, weil die Vorinstanz mit der Ansetzung einer Frist zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses die Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt habe. Dieses Vorgehen habe zur Folge gehabt, dass er erst zu einem Zeitpunkt auf die Berufungsantwort der Beschwerdegegnerin habe reagieren können, als das vorinstanzliche Urteil bereits vorgelegen habe. Unstatthaft sei auch, dass die Vorinstanz über seine prozessualen Anträge, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen und die Parteien persönlich anzuhören, erst mit dem Endentscheid vom 23. September 2013 entschieden habe.

### **E. 2.2**

Die Vorwürfe des Beschwerdeführers gehen an der Sache vorbei und sind unbegründet. Weder das Gesetz noch die Verfassung gewähren einer Partei einen Anspruch auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Vielmehr "kann" die Rechtsmittelinstanz einen solchen anordnen ( Art. 316 Abs. 2 ZPO ). Ebenso wenig war die Vorinstanz verpflichtet, über die prozessualen Anträge des Beschwerdeführers im Rahmen prozessleitender Verfügungen zu befinden. Hält ein Beschwerdeführer eine Stellungnahme von seiner Seite zu einer ihm zur Kenntnis zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so hat er diese unverzüglich zu beantragen oder einzureichen; die vorsorgliche Beantragung eines Replikrechts reicht nicht ( BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47). Im Übrigen lässt sich der Beschwerde nicht entnehmen, wann die Vorinstanz ihm die Berufungsantwort zur Kenntnis gebracht hat und bezüglich welcher Whats-app-Nachricht dies nicht geschehen sein soll. Der Beschwerdeführer tut mithin nicht dar, dass er unverzüglich reagiert hätte. Im Geltungsbereich des Rügeprinzips (vgl. E. 1.2) ist das Bundesgericht nicht gehalten, die Prozessakten auf mögliche Versäumnisse der Vorinstanz hin zu prüfen.

### **E. 3.1**

Zusätzlich zum Anspruch auf rechtliches Gehör erachtet der Beschwerdeführer den Untersuchungs- und Officialgrundsatz als verletzt, weil die Vorinstanz keine Verhandlung durchgeführt habe. Zur Begründung verweist er darauf, dass unklar sei, wo die Beschwerdegegnerin tatsächlich lebe. Die Vorinstanz hätte sich auch ein persönliches Bild durch eine Befragung der beiden Parteien machen müssen. Dadurch seien Art. 296 ZPO und der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz ist anderer Meinung. Sie verweist auf den summarischen Charakter des Eheschutzverfahrens. Dies erlaube es, das Berufungsverfahren im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren in der Regel schriftlich durchzuführen. Dies gelte auch dann, wenn die Kinderzuteilung keine wesentlichen Probleme aufwerfe und der Sachverhalt liquid sei.

### **E. 3.3**

Die Rüge, Art. 296 ZPO sei verletzt worden, kann lediglich unter Willkür Gesichtspunkten geprüft werden (E. 1.2). Vor diesem Hintergrund ist das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Zwar sind die Prozessmaximen im Berufungsverfahren grundsätzlich die

gleichen wie für das erstinstanzliche Verfahren, so dass auch die Vorinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, soweit es um die Übertragung der Obhut geht ( Art. 272 und Art. 296 ZPO ). Dies schliesst es aber nicht aus, dass die Vorinstanz die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung anders als die erste Instanz beurteilt und von einer solchen absieht, weil sie den Sachverhalt als klar oder unbestritten betrachtet ( Art. 273 Abs. 1 ZPO ). Dies gilt umso mehr, als nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes die Rechtsmittelinstanz auch aufgrund der Akten entscheiden kann ( Art. 316 Abs. 1 ZPO ). Der Beschwerdeführer tut nicht in einer den Rügeanforderungen genügender Art und Weise dar, dass die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt hätte (Urteil 5A\_452/2013 E. 4.2 mit Hinweis). Um diesen Nachweis zu erbringen, genügt es nicht, die Vorzüge einer Verhandlung zu betonen und auf tatsächliche oder vermeintliche Widersprüche der Beschwerdegegnerin in ihren schriftlichen Eingaben zu verweisen, zumal dann, wenn der Zusammenhang mit der Frage der Obhutzuteilung nicht auf der Hand liegt.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer sieht den Untersuchungs- und Officialgrundsatz auch dadurch verletzt, dass keine kinderpsychologische Begutachtung erfolgt sei. Die Vorinstanz begründe ihre diesbezügliche Weigerung mit Hinweisen auf zwei nicht einschlägige Bundesgerichtsentscheide.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass entsprechend dem Zweck des Eheschutzes sich das Verfahren in der Regel auf rasch greifbare Beweismittel wie Urkunden zu stützen habe. Umfangreiche Beweismassnahmen und -abnahmen sollten grundsätzlich unterbleiben. Auf die Einholung von Gutachten sei in der Regel zu verzichten. Zeugenaussagen sollten wenn überhaupt nur in beschränktem Masse erfolgen. Das Beweismass bei freier Beweiswürdigung sei auf das Glaubhaftmachen beschränkt.

#### **E. 4.3**

Eheschutzentscheide ergehen im summarischen Verfahren ( Art. 271 lit. a ZPO ) mit der ihm eigenen Beweismittel- und Beweisstrengebeschränkung; es genügt blosses Glaubhaftmachen ( BGE 127 III 474 E. 2b/bb S. 478). Lehre und Rechtsprechung gehen grundsätzlich davon aus, dass auf aufwändige Beweismassnahmen verzichtet werden kann (Urteile 5A\_742/2008 vom 22. Januar 2009 E. 4.3; 5P.157/2003 vom 30. Juni 2003 E. 4.4; siehe auch Rolf Vetterli, in: FamKommentar Scheidung, 1. Aufl. 2005, N. 12 Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB ). Der Vorinstanz ist aber zu widersprechen, wenn sie den Verzicht auf eine kinderpsychologische Begutachtung allein damit begründen will, dass der Entscheid über die Obhutzuteilung im Eheschutzverfahren erging. In einem Eheschutzverfahren muss nicht zwingend ein Gutachten eingeholt werden, wenn Kinderbelange strittig sind (Urteil 5A\_444/2008 vom 14. August 2008 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen, nicht publ. in: FamPra 2009 S. 252; zuletzt Urteil 5A\_452/2013, 5A\_453/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.1), ein solches ist aber keineswegs ausgeschlossen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt in Kinderbelangen der Freibeweis ( BGE 122 I 53 E. 4a S. 55). Soweit sich das Gericht gestützt auf die abgenommenen Beweismittel bereits eine Überzeugung hat bilden können, verletzt seine Weigerung, zusätzlich beantragte Beweismittel (z.B. ein Gutachten) abzunehmen, weder den verfassungsmässigen Beweisanspruch ( Art. 29 Abs. 2 BV ; vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148) noch den Untersuchungsgrundsatz (Urteil 5A\_444/2008 vom 14. August 2008 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 130 III 734 E. 2.2.3 S.

735). Die (vorweggenommene) Beweiswürdigung kann das Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüfen ( Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62). Vorliegend tut der Beschwerdeführer keine Willkür dar.

### **E. 5.1**

Das Begehren, den Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen, erweist sich auf Grund des Gesagten als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Zu prüfen bleibt der Eventualantrag. Die Vorinstanz hat A. \_\_\_\_\_ unter die alleinige Obhut der Mutter gestellt und dies damit begründet, dass sie ihren Sohn seit seiner Geburt betreut hat. Sie habe zum Kind zweifelsohne die engere emotionale Beziehung als der Vater. Sie sei auch weiterhin bereit, die Betreuungs- und Erziehungsaufgaben zu übernehmen. Demgegenüber spreche sich der Beschwerdeführer nicht darüber aus, wie er sich die Betreuung, die offensichtlich einzig durch Drittpersonen wahrgenommen würde, vorstellen könnte. Dies wäre indes eine Minimalvoraussetzung, um die Zuteilung von A. \_\_\_\_\_ unter seine Obhut überhaupt ernsthaft zu prüfen. Die bisherige und weiterhin beabsichtigte persönliche Betreuung von A. \_\_\_\_\_ durch die Mutter und deren tragfähiges emotionales Verhältnis zu ihm sprächen klarerweise für die Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin. Daran änderten auch die geltend gemachten Vorfälle mit A. \_\_\_\_\_ (Schlucken von Hustensirup und Verbrennung des Arms) nichts. Der Beschwerdeführer behauptete nicht, dass die Beschwerdegegnerin darauf nicht adäquat reagiert habe. Das eine oder andere Ungeschick oder Unglück passiere auch in andern Familien.

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen den Vorwurf, im bisherigen Verfahren kein Betreuungskonzept vorgelegt zu haben. Anlässlich der Verhandlung vom 15. Mai 2013 habe er ausgeführt, dass er ein Kindermädchen anstellen könne, seine Eltern würden ebenfalls mithelfen, und es gebe eine Kita. Mehr und konkretere Angaben könnten von ihm im Augenblick nicht erwartet werden. Im Übrigen hält der Beschwerdeführer daran fest, dass die Beschwerdegegnerin für die Obhutszuteilung nicht in Frage komme, weil sie unehrlich sei und das Kind bei ihr in Gefahr sei. Schliesslich habe sie auch die Ausübung des Besuchsrechts verhindert.

### **E. 5.3**

Ob dem Beschwerdeführer vorgeworfen werden kann, kein Konzept für die Betreuung von A. \_\_\_\_\_ vorgelegt zu haben, kann offen bleiben. Selbst wenn er ein solches vorgelegt haben sollte, wie er behauptet, ist es nicht willkürlich, A. \_\_\_\_\_ in die Obhut der Mutter zu geben. Bei der Beurteilung der für die Obhutszuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über grosses Ermessen ( BGE 115 II 317 E. 2 und E. 3 S. 319 ff.). Auf Willkürbeschwerde hin kann das Bundesgericht nur eingreifen, wenn das Sachgericht grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn es Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn es umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Der Ermessensentscheid muss sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 132 III 97 E. 1 S. 99 mit weiteren Hinweisen; vgl. zum Ganzen zuletzt Urteil 5A\_157/2012 vom 23. Juli 2012 E. 3.1, in: FamPra.ch 2012, 1094). Der Beschwerdeführer tut auch nicht ansatzweise dar, dass der Vorinstanz diesbezüglich etwas vorzuwerfen wäre.

### **E. 6**

Geht die Obhutsuteilung in Ordnung, erübrigt es sich, über den Antrag zu befinden, wonach die Beschwerdegegnerin berechtigt zu erklären sei, den gemeinsamen Sohn auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen. Mangels Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) ist auch nicht auf den Antrag des Beschwerdeführers einzugehen, den Schweizer Pass von A.\_\_\_\_\_ behalten zu können.

#### **E. 7**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdegegnerin ist durch den vorliegenden Entscheid kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

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