

BGer 5A_821/2013 vom 16. Juni 2014

Bundesgericht, 2014-06-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_821_2013

FR: TF 5A_821/2013 du 16 juin 2014

IT: TF 5A_821/2013 del 16 giugno 2014

Erwägungen

E. 3

Der Beschwerdeführer macht im Zusammenhang mit der unterlassenen Kindesanhörung eine Verletzung von Art. 133 Abs. 2 ZGB und Art. 298 Abs. 1 ZPO sowie hinsichtlich der bejahten Erziehungsfähigkeit der Mutter eine Verletzung von Art. 133 Abs. 1 ZGB und Art. 296 Abs. 1 ZPO geltend.

Betreffend die Kindesanhörung bringt der Beschwerdeführer vor, dass diese erst- und zweitinstanzlich ausdrücklich beantragt worden sei. Die Tochter habe die relevante Altersgrenze für die Anhörung in beiden Verfahren deutlich überschritten und der Sohn sei obergerichtlich ganz kurz davor gestanden. Die angegebenen Gründe, weshalb dennoch von einer Anhörung abzusehen sei, würden nicht verfangen, gehe doch auch das Obergericht davon aus, dass die im Eheschutzverfahren eingeholten Berichte nicht mehr aktuell seien. Die Anhörung lasse sich insbesondere nicht mit dem Argument abtun, dass keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien, gehe es doch gerade darum, die heutigen Wünsche und den jetzigen Zustand der Kinder zu erfahren (dazu E. 4).

Im Zusammenhang mit der Erziehungsfähigkeit der Mutter macht der Beschwerdeführer geltend, dass diese psychiatrische Hilfe in Anspruch nehme, was ihre gesundheitlichen Probleme belege und eine Abklärung ihres aktuellen Zustandes bedinge. Indem das Obergericht bloss aufgrund der Akten davon ausgegangen sei, dass eine Umteilung nicht im Wohl der Kinder wäre, habe es die Untersuchungs- und Offizialmaxime verletzt (dazu E. 5).

E. 4

Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung (vgl. Botschaft, BBl 1996 I 143). In seinem Leitentscheid BGE 131 III 553 zur Vorgängernorm Art. 144 Abs. 2 ZGB ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass die Kindesanhörung im Sinn einer Richtlinie ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist, wobei es nicht ausgeschlossen ist, je nach den konkreten Umständen auch ein etwas jüngeres Kind anzuhören, etwa wenn bei Geschwistern das jüngere kurz vor dem genannten Schwellenalter steht (E. 1.2.3 S. 557). Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinn eines Beweismittels zu verlangen (E. 1.1 S. 554 f.). Soweit aber entsprechende Anträge vorhanden sind, besteht unter Vorbehalt der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe eine Verpflichtung zur Durchführung der Anhörung (E. 1.2.3 S. 557 und E. 1.4 S.

559). Das bedeutet, dass der Antrag auf Kindesanhörung nicht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen werden kann (Urteile 5A_536/2007 vom 24. Januar 2008 E. 2.1; 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 5.2.1). Abgesehen davon, dass ein solches Vorgehen keine Stütze im Gesetzeswortlaut findet, würde das Anliegen des Gesetzgebers unterlaufen, die Stellung des Kindes im Prozess zu stärken (vgl. Botschaft, BBl 1996 I 143 ff.). Faktisch könnte nämlich die Kindesanhörung mit einer antizipierten Beweiswürdigung fast durchwegs ausgehebelt werden, ist doch gerade bei kleineren Kindern zu erwarten, dass sie sich zu beiden Elternteilen hingezogen fühlen, oft in einem Loyalitätskonflikt stehen und in aller Regel zu beiden Elternteilen Kontakt pflegen möchten.

Weiter geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass eine mehrmalige Anhörung jedenfalls dort unterbleiben kann, wo sie einzig um der Anhörung willen stattfände, namentlich wenn sie für das Kind eine unnötige Belastung bedeuten würde, wie etwa bei akuten Loyalitätskonflikten, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (BGE 133 III 553 E. 4 S. 554 f.). Es ist auch nicht zwingend nötig, eine Anhörung durchzuführen, wenn das Kind seine Meinung bereits zufolge einer delegierten Anhörung im Rahmen einer Begutachtung hat einbringen können, selbst wenn das Gutachten in einem anderen Verfahren in Auftrag gegeben worden ist; das Kind muss dabei aber zu den entscheiderelevanten Punkten befragt worden sein und das Ergebnis der Anhörung muss aktuell sein (BGE 133 III 553 E. 4 S. 555; Urteile 5A_756/2009 vom 29. Januar 2010 E. 3.1; 5A_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.4; 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013 E. 6.4.3; 5A_138/2012 vom 26. Juni 2012 E. 4; 5A_505/2013 vom 20. August 2013 E. 5.2.2).

Anknüpfend an diese Rechtsprechung beruft sich das Obergericht auf ein Erziehungsfähigkeitsgutachten vom Juni 2010 aus dem Eheschutzverfahren, bei welchem allerdings keines der Kinder das relevante Schwellenalter erreicht hatte (das Mädchen war im Untersuchungszeitraum rund fünfjährig, der Sohn gut zweijährig). Das Bundesgericht hat im bereits zitierten Leitentscheid BGE 131 III 553 die Anhörung im Sinn der relevanten Gesetzesnormen von der blossen "Anschauung" bzw. "Beobachtung" abgegrenzt (das Obergericht spricht im Zusammenhang mit dem damals gut zweijährigen Sohn denn auch von "Beobachtung") und befunden, die Anhörung im rechtlichen Sinn setze ein bestimmtes Kindesalter voraus (E. 1.2.2 S. 556), welches wie erwähnt auf sechs Jahre festgelegt wurde. Konnte aber demnach im Zusammenhang mit dem Gutachten aus dem Jahr 2010 mangels Erreichens des relevanten Schwellenalters von vornherein keine delegierte Anhörung im rechtlichen Sinn stattfinden, so geht es vorliegend gar nicht um deren Wiederholung, welche unter den vorstehend genannten Bedingungen allenfalls unterbleiben könnte. Vielmehr handelt es sich um eine erstmalige Anhörung, die ausdrücklich beantragt wurde und deshalb unabhängig von der Frage der Aktualität der damaligen Abklärungen durchzuführen ist, soweit nicht einer der beiden gesetzlich genannten Ausschlussgründe greift.

Was den Ausschlussgrund des Kindesalters anbelangt, ist die Tochter inzwischen deutlich über sechs Jahre alt und stand der Sohn während des obergerichtlichen Verfahrens ganz kurz vor dem Schwellenalter, so dass er nach der zitierten Rechtsprechung als Geschwister ohne weiteres auch hätte angehört werden können. Was die "anderen wichtigen Gründe" als zweiten Ausnahmetatbestand anbelangt (die Botschaft nennt beispielhaft die Weigerung des Kindes, BBl 1996 I 144; in BGE 131 III 553 E. 1.3.1 S. 558 werden als weitere Beispiele Repressalien, Auslandsaufenthalt, Gesundheitsschäden und Dringlichkeit aufgezählt), so finden sich im angefochtenen Entscheid keine konkreten Ausführungen. Das Obergericht

hält lediglich in abstrakter Weise fest, dass eine Anhörung für Kinder immer auch eine Belastung darstelle. Dies ist aber mit den wichtigen Gründen im Sinne des Gesetzes nicht gemeint, denn damit liesse sich eine jede Anhörung umgehen, was dem klaren gesetzgeberischen Willen widerspräche, dass Kinder grundsätzlich anzuhören sind.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die trotz ausdrücklichem Antrag verweigerte (Erst-) Anhörung der Kinder gegen Art. 298 Abs. 1 ZPO verstösst und diese in dahingehender Gutheissung des Eventualantrages nachzuholen ist.

E. 5

In Bezug auf die Feststellung der elterlichen Erziehungsfähigkeit kommen die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und die Offizialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO) zum Tragen. Allerdings ist auch in diesem Bereich eine antizipierte Beweiswürdigung statthaft (BGE 130 III 734 E. 2.2.3 S. 735; Urteile 5A_859/2009 vom 25. Mai 2010 E. 4.3.1; 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013 E. 6.3.1; 5A_505/2013 vom 20. August 2013 E. 5.2.1), ja sogar geboten, ansonsten die Feststellung des relevanten Sachverhaltes nie zu einem Abschluss kommen könnte.

Das Obergericht hat sich zur Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie zum bisherigen Verlauf der Ausübung von Obhut und Besuchsrecht ausführlich geäussert. Es hat dabei auch festgestellt, dass seit der inzwischen lange zurückliegenden Trennung eine gewisse Beruhigung eingetreten ist: Der Vater halte selbst fest, dass die Parteien in den letzten Jahren hätten Boden schaffen können und an sich würden beide Eltern dem jeweils anderen Teil eine tragfähige Bindung zu den Kindern attestieren; es sei davon auszugehen, dass der Vater die Kinder regelmässig sehe und auch das Ferienrecht ausüben könne. Ferner hat es darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer keine konkreten Anhaltspunkte dafür liefere, dass die Mutter noch unter allfälligen Wahnvorstellungen leiden würde.

Wenn das Obergericht angesichts dieser Feststellungen auf weitere Untersuchungsmassnahmen im Zusammenhang mit der Erziehungsfähigkeit der Mutter verzichtet hat, so stellt dies eine antizipierte Beweiswürdigung dar, welche einzig mit gehörig begründeten Willkürriegen angefochten werden kann (BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376), welche vorliegend nicht erhoben werden. Vor diesem Hintergrund ist mit dem bloss abstrakten Vorbringen, es müsse eine Begutachtung des aktuellen Gesundheitszustandes der Mutter erfolgen, keine Verletzung der genannten Maximen dargetan. Insoweit ist die Beschwerde unbegründet. Nur der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass angesichts der Anwendbarkeit der genannten Maximen weitere Untersuchungsmassnahmen nicht ausgeschlossen wären, wenn sich solche aufgrund der Ergebnisse der Anhörung der Kinder aufdrängen würden.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass in dahingehender Gutheissung des Eventualbegehrens und Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Anhörung der Kinder und neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen ist.

Der Beschwerdeführer ist im bundesgerichtlichen Verfahren mit dem einen Anliegen grundsätzlich durchgedrungen und mit dem anderen nicht; es erscheint angezeigt, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und diese je ihre eigenen Anwaltskosten tragen zu lassen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

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