

BGer 5A_94/2010 vom 27. Mai 2010

Bundesgericht, 2010-05-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_94_2010

FR: TF 5A_94/2010 du 27 mai 2010

IT: TF 5A_94/2010 del 27 maggio 2010

Erwägungen

E. 1.1

Die Anordnung von Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 172 ff. ZGB) ist eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG . Strittig sind im vorliegenden Fall gemäss dem angefochtenen Entscheid die Obhut über den gemeinsamen Sohn der Parteien und der Ehegattenunterhalt (Vergleichsverhandlung vom 25. September 2009, Urteil S. 7). Strittig ist hier zur Hauptsache die Zuteilung der Obhut über das gemeinsame Kind, mithin eine Frage nicht vermögensrechtlicher Natur. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen können mit keinem weiteren kantonalen Rechtsmittel erhoben werden, sodass die Beschwerde in Zivilsachen auch aus der Sicht von Art. 75 Abs. 1 BGG offen steht (BGE 133 III 393 E. 2 S. 395). Sodann gelten Eheschutzentscheide als Endentscheide im Sinn von Art. 90 BGG (BGE 133 III 393 E. 4 S. 395 f.).

E. 1.2

Eheschutzentscheide gelten nach der Rechtsprechung als vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.2 S. 397), so dass nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden kann. Deshalb gelangen die Art. 95 und Art. 97 BGG und auch Art. 105 Abs. 2 BGG nicht zur Anwendung. Die hier gegebenen Verhältnisse entsprechen 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 hier nur dann in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat (BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt. Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Rechtslage aus Sicht der Beschwerdeführerin darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, 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). Die massgeblichen und sachbezogenen Ausführungen müssen in der Beschwerdeschrift selber enthalten sein; der Verweis auf Rechtsschriften im vorausgegangenen kantonalen Verfahren ist unzulässig (BGE 133 II 396 E. 3.2 S. 400).

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt vorab mit Bezug auf das Protokoll der Vergleichsverhandlung vom 25. September 2009 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil im zugestellten Kurzprotokoll die Ergebnisse der Parteibefragung nicht enthalten seien. Dieser Vorwurf ist vorab zu prüfen.

E. 2.1

Für die Protokollierung von Gerichtsverhandlungen und Befragungen hat das Bundesgericht erkannt, der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sei nur dann gewahrt, wenn die Ausführungen und Eingaben der Parteien und allfälliger Dritter (Zeugen, Sachverständige usw.) zu Protokoll genommen würden. Dies bedeute allerdings nicht, dass insbesondere sämtliche Parteiäusserungen zu protokollieren seien. Das Protokoll könne sich auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken (BGE 124 V 389 E. 4 S. 390). Es diene einerseits den Richtern und dem Gerichtsschreiber als Gedächtnisstütze, andererseits solle es Auskunft über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften geben und die Rechtsmittelinstanzen in die Lage versetzen, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen (Urteil 2A.450/1999 vom 14. Januar 2000 E. 3b/aa).

E. 2.2

Es trifft zu, dass im fraglichen Kurzprotokoll lediglich vermerkt wurde, dass die Kantonsgerichtsvizepräsidentin die Parteien einer Parteibefragung unterziehe. Über das Ergebnis dieser Befragung lässt sich dem Protokoll in der Tat nichts entnehmen. Die (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin muss sich indes verhalten lassen, dass sie selber feststellen musste, dass die Kantonsgerichtsvizepräsidentin auf eine förmliche Protokollierung der Parteibefragung verzichtete, was jene in der Verhandlung nicht beanstandete. Ebenso hat sie aus ihr eigenen Gründen darauf verzichtet, umgehend ein Protokoll zu verlangen, was ihr umso mehr zuzumuten gewesen wäre, als das Beweisverfahren nicht abgeschlossen wurde, sondern die Befragung von Dritten (das Chinderhus D._____ und das Tagesheim E._____; s. E. B.d hiervor) in Aussicht genommen wurde. Schliesslich hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, nach Eingang der fraglichen Stellungnahmen Schlussbemerkungen einzureichen. Auch zu jenem Zeitpunkt hätte die Beschwerdeführerin genügend Veranlassung gehabt, Einsicht in das fragliche Protokoll zu verlangen, was sie aber erst im Januar 2010, also nach der Zustellung des angefochtenen Urteils getan hat. Ihre Unterlassungen hat sie sich selber zuzuschreiben; auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wird nicht eingetreten.

E. 3

Hauptsächlich beantragt die Beschwerdeführerin, die Obhut über das Kind sei ihr zuzuteilen.

E. 3.1

Das mit der "Regelung des Getrenntlebens" (Marginalie zu Art. 176 ZGB) befasste Eheschutzgericht trifft nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen, wenn die Ehegatten unmündige Kinder haben (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss deren Erziehungsfähigkeit geklärt werden. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen.

Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, der Grundsatz, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGE 115 II 206 E. 4a S. 209 und 317 E. 2 und E. 3 S. 319 ff. sowie 117 II 353 E. 3 S. 354 f.; HAUSheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N. 45, und Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, N. 89 zu Art. 176 ZGB).

Bei der Beurteilung der für die Obhutzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über grosses Ermessen (vgl. alle soeben zitierten Urteile). Auf Willkürbeschwerde hin kann das Bundesgericht deshalb nur eingreifen, wenn das Sachgericht grundlos von in Rechtsprechung und Lehre 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 109 Ia 107 E. 2c S. 109; 128 III 4 E. 4b S. 7).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat zusammenfassend erwogen, die Erziehungsfähigkeit beider Parteien könne nicht in Frage gestellt werden. B._____ sei bis kurz vor seinem zweiten Geburtstag von der Beschwerdeführerin ganztags betreut worden. Seither sei während der Woche, ab 13.00 bzw. 13.30 Uhr, grundsätzlich die Beschwerdeführerin um die Betreuung von B._____ besorgt gewesen. Aber auch der Beschwerdegegner habe seinen Teil dazu beigetragen, insbesondere während der Zeit, in welcher er nach seinem Motorradunfall vom 16. April 2007 und der anschliessenden Rehabilitation wegen seiner bis heute bestehenden Arbeitsunfähigkeit von 100% zu Hause gewesen sei. Fraglich erscheine, ob die Beschwerdeführerin auch künftig in der Lage sein werde, B._____ von Montag bis Freitag auch nur jeweils während eines halben Tages persönlich zu betreuen. Demgegenüber sei der Beschwerdegegner wegen seiner vollständigen Arbeitsunfähigkeit viel zu Hause und wäre deshalb zumindest einstweilen in der Lage, B._____ persönlich zu betreuen. Die Beschwerdeführerin habe ihren Sohn Mitte März 2009 ohne glaubhafte Not aus dessen gewohnter Umgebung in D._____ herausgerissen. Bei ihr erscheine auch künftig die Stabilität der örtlichen Verhältnisse fraglich. Beim Beschwerdegegner bestünden indessen keine Anhaltspunkte, welche dessen örtliche Stabilität in Frage stellten. Der Beschwerdeführerin komme gegenüber dem Beschwerdegegner für ihren vierjährigen Sohn kein natürlicher Vorrang zu. Indessen fehle es ihr im Unterschied zum Beschwerdegegner an der nötigen Bindungstoleranz. Eher für den Beschwerdegegner spreche, dass der Kontakt zwischen B._____ und seiner Halbschwester C._____ beibehalten würde und Letztere, sofern nötig, zu ihrem kleinen Halbbruder schauen könnte. Unter Würdigung der gesamten Umstände halte das Gericht dafür, dass dem Wohl von B._____ besser gedient sei, wenn er für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Vaters gestellt wird, und zwar mit Zeitpunkt ab Rechtskraft dieses Beschlusses.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen unter dem Titel "Bisherige Erziehungs- und Sorgeverhältnisse" vor, es sei festzuhalten, dass sie das Kind bisher de facto ausschliesslich betreut und erzogen habe, der Beschwerdegegner habe sich jedoch wenig bis gar nicht darum gekümmert. Dieser gehe heute an Krücken und sei auch aus diesen Gründen

(unabhängig des fehlenden Willens) nicht in der Lage, das Kleinkind zu betreuen. Die Beschwerdeführerin halte klar dafür, dass ein anderes Betreuungsverhältnis vorliege und die Vorinstanz auf Vermutungen und nicht auf bewiesene oder zumindest glaubhaft gemachte Fakten abstelle, was als willkürliche tatsächliche Annahmen im Sinne des Willkürverbotes nach Art. 9 BV gerügt werde.

Weiter wird in der Beschwerde zur "Zukünftigen Prognose" geltend gemacht, die Annahme, beim Ehemann seien die Verhältnisse stabiler zu beurteilen, sei willkürlich. Die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Verhandlung vor Kantonsgericht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der Standort F. _____ beibehalten werde, dort eine Wohnung in Aussicht stehe, sie ihre berufliche Tätigkeit im Rahmen von 50% gestalten und auf die Bedürfnisse des Kindes Rücksicht nehmen werde (wofür es auch in ihrem Beruf als Ärztin Möglichkeiten gebe [etwa Reha-Klinik ohne Notfälle]), sie beabsichtige, Arbeit und Kinderbetreuung mit einander in Einklang zu bringen.

E. 3.4

Selbst wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass sie diese - nicht protokollierten - Tatsachenbehauptungen form- und fristgerecht vorgetragen hat, und sie zutreffen, vermag dies am Ergebnis nichts zu ändern, denn die Beschwerdeführerin zeigt mit ihrer weitestgehend auf die Darlegung der Situation aus ihrer Sicht beschränkten, d.h. appellatorisch vorgetragenen Kritik nicht auf, inwiefern das Kantonsgericht grundlos von in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen sein soll, dass und welche Gesichtspunkte es berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, bzw. dass und welche rechtserheblichen Umstände es ausser Acht gelassen haben soll, sodass die vorinstanzlich getroffene Obhutsregelung nicht als offensichtlich unangemessen erscheint. Die Rüge ist unbegründet.

Lediglich der guten Ordnung halber sei angefügt, dass bereits der erstinstanzliche Richter die Obhut dem Beschwerdegegner zugeteilt hat und die Beschwerdeführerin schon in ihrem Rekurs die für eine (zwingende) Übertragung der Obhut auf sie massgeblichen Gründe hat darlegen können (vgl. die Plädoyernotizen der Rechtsanwältin der Beschwerdeführerin vor dem Einzelrichter, act. VII).

E. 3.5

Nach dem Ausgeführten hat das Kantonsgericht kein verfassungsmässiges Recht verletzt, wenn es für die Dauer des Eheschutzverfahrens den Sohn unter die Obhut des Beschwerdegegners gestellt hat.

E. 4

Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin ihre Verpflichtung zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages für den Sohn.

E. 4.1

Das Kantonsgericht führt in der Sache aus, anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 25. September 2009 hätten sich die Parteien hinsichtlich des Kinderunterhaltsbeitrags dahingehend geeinigt, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil sich verpflichtet, für die Dauer des eheschutzrichterlich bewilligten Getrenntlebens, dem anderen Elternteil an den Unterhalt des Kindes B. _____ monatlich und monatlich im Voraus einen Beitrag von Fr. 600.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen (act. 14). Die Beschwerdeführerin sei somit zu verpflichten, dem Beschwerdegegner an den Unterhalt des

Kindes B. _____ monatlich und monatlich im Voraus Fr. 600.-- (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen. Diese Unterhaltszahlungspflicht beginne mit Übergang der Obhut über des Kindes an den Vater (S. 24 E. 4b). Zur Frage der tatsächlichen Möglichkeit, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, erwog das Kantonsgericht, nach Abschluss ihrer Sprachschule Ende November 2009 sei der Beschwerdeführerin eine unselbständige Erwerbstätigkeit als Ärztin zuzumuten und ihr entsprechendes Einkommen anzurechnen, da sie von den wöchentlichen Betreuungspflichten gegenüber B. _____ befreit sei. Mit dem (hypothetischen) Einkommen werde die Beschwerdeführerin ihren Lebensunterhalt selber decken können. Wenn nicht in der Schweiz, so vermöge die Beschwerdeführerin doch in A. _____, wo sie als Ärztin tätig sein könne, ein Einkommen zu erwirtschaften (angefochtene Verfügung E. 8-10 S. 9 f.).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin trägt dagegen vor, nach ihrer Erinnerung sei es richtig, dass sie mit einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 600.-- sowie dem Besuchsrecht einverstanden gewesen sei (unabhängig davon, wem die Obhut zugeteilt werde). Sie habe aber klar darauf hingewiesen, dass sie nach wie vor keine Arbeit habe und von der Fürsorgebehörde wirtschaftliche Hilfe erhalte und demgemäss erst bezahlen könnte (sollte sie nicht obhutsberechtigt erklärt werden), wenn sie einer Arbeit nachgehe.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin setzt sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach es ihr möglich sei, ab Dezember 2009 einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, auseinander, sodass von vornherein auf diese Rüge nicht einzutreten ist (E. 1.2).

Es bleibt der Beschwerdeführerin indes unbenommen, gegebenenfalls ein Änderungsverfahren einzuleiten, wenn sich herausstellen sollte, dass sie aus Gründen, die sie nicht zu vertreten hat, entgegen den vom Kantonsgericht getroffenen Annahmen nicht in der Lage war bzw. ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

E. 5

Unklar bleibt, was die Beschwerdeführerin punkto persönliche Unterhaltsbeiträge will. Einerseits führt sie aus, "[u]nseres Wissens hat die Bf im übrigen auch kein [sic!] Verzicht auf persönlichen Unterhalt erklärt, wie das in lit. c S. 24 des angefochtenen Urteils festgehalten wird. Die Frage nach der Alimentierung der Bf wird sich im Rahmen des Neuentscheides deshalb wieder stellen." Andererseits stellt sie in diesem Punkt kein reformatorisches Rechtsbegehren noch begründet sie, weshalb das Bundesgericht im vorliegenden Fall mangels tatsächlicher Feststellungen nicht entscheiden könnte. Ausserdem fehlt jegliche Begründung. Darauf ist nicht einzutreten.

E. 6

Ausgangsgemäss wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, zumal die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdegegner ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (Art. 68 Abs. 1 BGG).