

BGer 5C.11/2006 vom 9. Februar 2007

Bundesgericht, 2007-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5C.11_2006

FR: TF 5C.11/2006 du 9 février 2007

IT: TF 5C.11/2006 del 9 febbraio 2007

Regeste

Ehescheidung | Familienrecht

Erwägungen

E. 2

Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, in verschiedener Hinsicht Art. 8 ZGB verletzt zu haben.

E. 2.1

Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden (BGE 129 III 18 E. 2.6; 126 III 315 E. 4a S. 317). Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn das kantonale Sachgericht unbewiesene Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BGE 114 II 289 E. 2a S. 291). Wo der Richter allerdings in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 2.2

Der Berufungskläger rügt, das Bezirks- wie auch das Obergericht hätten neben einer persönlichen Befragung der Parteien lediglich einmal die Kinder befragt. Weitere Beweismittel seien nicht abgenommen worden. Nach der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätte der Berufungskläger darlegen müssen, welche erheblichen Beweismittel er im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht eingereicht hat und gleichwohl nicht abgenommen worden sind. Seine allgemeinen Ausführungen genügen diesen Anforderungen nicht. Im Übrigen hat die Vorinstanz - wie der Berufungskläger zutreffend ausführt - die Beweisanträge in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt, weil die angerufenen Personen als Zeugen kaum etwas anderes aussagen würden als sie in ihren schriftlichen Erklärungen vorgebracht haben. Da die Beweiswürdigung gestützt auf die angeführte Rechtsprechung nur im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kritisiert werden kann, ist darauf nicht einzutreten (vorne E. 1.3).

E. 2.3

Den Einwand, es hätte ein Sachverständiger beigezogen und ein Gutachten erstellt werden müssen, hat das Obergericht verworfen mit der Begründung, die beiden Kinder hätten problemlos über die bisher gelebte Situation Auskunft gegeben und ihre Zukunftserwartungen und ihre Zukunftsvorstellungen der Obergerichtsdelegation gegenüber klar und vollkommen verständlich zum Ausdruck gebracht. Es lägen daher keine besonderen Verhältnisse vor, welche ein Gutachten rechtfertigen könnten. Dies bedeutet, dass in antizipierter Beweiswürdigung ein Gutachten als nicht entscheidewesentlich beurteilt wurde. Wenn sich der Berufungskläger erneut dagegen wendet, beanstandet er die Beweiswürdigung, welche im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist. Das Obergericht führt in diesem Zusammenhang weiter aus, welche rechtlichen Schlüsse aus den Aussagen der Kinder zu ziehen seien, habe das Gericht und nicht ein Experte zu entscheiden. Damit setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander, weshalb auch darauf nicht eingetreten werden kann (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ; BGE 116 II 745 E. 3 S. 748 f.). Insoweit in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV geltend gemacht wird, kann darauf ebenfalls nicht eingetreten werden, da dieser Vorwurf nur im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde geprüft werden kann (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG).

E. 2.4

Sodann bringt der Berufungskläger vor, die zweite Anhörung der Kinder habe durch das Obergericht stattgefunden, doch hätten die beiden Töchter Aussagen gemacht, von denen anzunehmen sei, dass sie ihnen von der Berufungsbeklagten "in den Mund gelegt" worden seien. Auch in diesem Zusammenhang liege eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor. Nach der Würdigung der Aussagen durch die Vorinstanz wollen die Kinder primär bei der Mutter sein, obwohl sie auch gerne beim Vater sind. Sie möchten mehr Ruhe und einen eindeutigen Schwerpunkt bei der Mutter haben. Der Berufungskläger würdigt die Aussagen der Kinder anders und ist der Meinung, ihre Aussagen würden nicht ihrem wirklichen Willen entsprechen. Was die Kinder tatsächlich wollen, betrifft den Sachverhalt und kann im Berufungsverfahren nicht kritisiert werden (E. 1.3 hiervor).

E. 2.5

Das Obergericht hat mit Bezug auf die Einvernahme der Töchter durch das Obergericht im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 8. April 2005 (Beschluss vom 11. Juli 2005) den Parteien unter Hinweis auf die Wünsche der beiden Töchter lediglich das Ergebnis mitgeteilt. Das Obergericht hat sich dabei auf BGE 122 I 53 berufen. Der Berufungskläger rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und von Art. 8 ZGB . Inwiefern die Vorinstanz gegen Art. 8 ZGB verstossen haben soll, wird nicht rechtsgenügend dargetan, und die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hätte mit staatsrechtlicher Beschwerde vorgetragen werden müssen (siehe dazu den vom Obergericht zitierten BGE 122 I 53). Im Übrigen hat sich das Kassationsgericht in seinem Entscheid vom 29. November 2006 ausführlich mit einer weitergehenden bzw. detaillierteren Bekanntgabe des Gesprächsinhalts mit den beiden Kindern befasst und eine Gehörsverweigerung gegenüber dem Berufungskläger verneint. Dieser Entscheid blieb unangefochten.

E. 3

Der Berufungskläger rügt sodann, die Vorinstanz habe lediglich geprüft, ob er fähig sei, die Kinder zu betreuen und ob er stabile Verhältnisse garantiere. Diese einseitige Sichtweise

zeige deutlich, dass die Vorinstanzen vom Grundsatz ausgegangen seien, dass die elterliche Sorge über die Kinder in jedem Fall der Mutter zugeteilt werden müsse. Um diesem Missstand Abhilfe zu leisten, sei ein parlamentarischer Vorstoss von Nationalrat Wehrli hängig, wonach die gemeinsame elterliche Sorge zum Regelfall und nicht bloss zur Ausnahme werden solle. Der Berufungskläger hat in seinen Rechtsbegehren zwar lediglich die Zuteilung der elterlichen Sorge an ihn selber verlangt (Ziff. 2), in der Begründung seiner Berufungsschrift (S. 17 ff.) begehrt er dennoch wiederholt die gemeinsame elterliche Sorge und ruft in diesem Zusammenhang auch Art. 18 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 an (UN-KRK; SR 0.107).

E. 3.1

Im angefochtenen Urteil wird dazu festgehalten, die Parteien hätten bei Einleitung des Scheidungsprozesses beantragt, es sei beiden Eltern die elterliche Sorge zu belassen, wovon die Berufungsbeklagte in der Folge dann aber wieder abgekommen sei und die alleinige elterliche Sorge beantragt habe, wogegen der Berufungskläger grundsätzlich an der gemeinsamen Sorge festgehalten habe. Hierzu habe die Einzelrichterin zutreffend erkannt, da nicht beide Parteien das gemeinsame Sorgerecht im Sinne von Art. 133 Abs. 3 ZGB beantragt hätten und auch keine Einigung über einen Betreuungsplan und die Verteilung der Unterhaltskosten vorliege, könne dem entsprechenden Begehren des Berufungsklägers nicht stattgegeben werden. Klarer Wortlaut und Sinn sowie die Entstehungsgeschichte des erwähnten Gesetzesartikels würden unter diesen Umständen für ein gemeinsames Sorgerecht keinen Raum lassen. Das Obergericht fährt fort, der Berufungskläger habe sich mit dieser vorinstanzlichen Entscheidung in dem Sinne abgefunden, als er im Berufungsverfahren nicht mehr die gemeinsame elterliche Sorge beantragt habe, vielmehr beanspruche er nun gemäss seinen massgebenden Berufungsanträgen seine alleinige elterliche Sorge. Demzufolge brauche hier nicht mehr weiter auf die gesetzliche Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge eingetreten zu werden.

E. 3.2

Da der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht mehr die gemeinsame elterliche Sorge beantragt hat, kann er darauf in der Berufung nicht mehr zurückkommen. An diesem Ergebnis ändert auch ein parlamentarischer Vorstoss nichts, der die rechtliche Situation ändern möchte. Das Bundesgericht wendet die in Kraft stehenden Gesetze an, was bedeutet, dass einem parlamentarischen Vorstoss keine Vorwirkung zukommt, selbst wenn er nach Meinung des Berufungsklägers auf breite Zustimmung gestossen ist.

E. 3.3

Der Berufungskläger macht in diesem Zusammenhang überdies eine Verletzung von Art. 18 UN-KRK geltend, ohne genau zu umschreiben, was er sich davon verspricht. Gemäss dieser Bestimmung "bemühen sich" die Vertragsstaaten "nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen." Diese Bestimmung verlangt nicht, dass das Sorgerecht von Gesetzes wegen beiden Eltern übertragen wird und sie verlangt auch nicht, dass das Besuchsrecht derart ausgedehnt wird, dass dieses zu einer je hälftigen Betreuung führt. Die Botschaft des Bundesrats zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes (BBl 1994 V S. 1 ff., S. 43) weist darauf hin, dass weder aus dem Text

noch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 18 UN-KRK ein Automatismus gemeinsamer elterlicher Verantwortung auch für unverheiratete oder geschiedene Eltern abzuleiten sei. Da das ZGB das gemeinsame Sorgerecht sowohl geschiedenen als auch unverheirateten Paaren unter bestimmten rechtsgleichen Voraussetzungen ermöglicht und im Übrigen das Kindeswohl in den Vordergrund rückt, ist die Vorgabe der UN-KRK eingehalten. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob Art. 18 UN-KRK überhaupt direkt anwendbare Rechte verbürgt und vorliegend noch angerufen werden kann, oder ob die Vorschrift zu wenig bestimmt ist, um einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch zu begründen (vgl. Botschaft S. 20; BGE 123 III 445 E. 2b/bb S. 449; vgl. BGE 124 III 90 E. 3a S. 91; vgl. Dieter Freiburghaus-Arquint, Der Einfluss des Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung/Das Beispiel des revidierten Scheidungsrechts, in: Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Hrsg. Regula Gerber-Jenny/Christina Hausammann, Basel 2001, S. 187). Sodann braucht auch nicht entschieden zu werden, ob ein solches Recht im Berufungsverfahren überhaupt eingefordert werden kann, oder ob die durch das Übereinkommen eingeräumten Ansprüche nicht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren durchzusetzen sind.

E. 4

Im Weiteren wirft der Berufungskläger dem Obergericht eine Verletzung von Art. 133 Abs. 2 ZGB vor, weil es die elterliche Sorge über die beiden Töchter nicht ihm, sondern der Mutter zugeteilt habe.

E. 4.1

Nach Art. 133 Abs. 1 und 2 ZGB hat das Scheidungsgericht die elterliche Sorge einem Elternteil zuzuteilen und dabei alle für das Kindeswohl massgebenden Umstände zu berücksichtigen. Auf die Meinung der Kinder ist, soweit tunlich, Rücksicht zu nehmen. Die sich daraus ergebende grundsätzliche Anhörungspflicht ist im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision vom 26. Juni 1998 (in Kraft seit dem 1. Januar 2000) in das Gesetz aufgenommen worden; sie galt aber schon auf Grund von Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (SR 0.107 [für die Schweiz in Kraft seit dem 26. März 1997]; vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1 mit Hinweisen). Im Übrigen sind für die Zuteilung die vom Bundesgericht in der langjährigen Rechtsprechung zum früheren Art. 156 ZGB umschriebenen Kriterien wegleitend. Entscheidend ist das Kindeswohl. Die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten, und ausser Betracht zu bleiben haben vor allem emotionale Widerstände des einen Ehegatten gegenüber dem die Scheidung begehrenden anderen Ehegatten (BGE 115 II 206 E. 4a S. 209 und 317 E. 2 S. 319; 117 II 353 E. 3 S. 354 f.). Gleichwohl ist das Verhältnis zwischen den Eltern bei der Zuteilung der elterlichen Sorge von Bedeutung, ist doch im Zweifelsfall demjenigen Elternteil der Vorzug zu geben, bei welchem die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen. Den Bedürfnissen der Kinder ist entsprechend ihrem Alter, ihren Neigungen und ihrem Anspruch auf elterliche Fürsorglichkeit, Zuwendung und Erziehung bestmöglich zu entsprechen. Als massgebliche Gesichtspunkte stehen dabei im Vordergrund die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern, ihre erzieherischen Fähigkeiten und ihre Bereitschaft, die Kinder in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen. Auch dem Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse ist Rechnung zu tragen (BGE 114 II 200 E. 3 S. 201 f.; 112 II 381 E. 3 S. 382 f.). Das letztgenannte Kriterium erhält

bei ungefähr gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit besonderes Gewicht (BGE 115 II 206 E. 4a S. 209). Bei der Beurteilung steht den kantonalen Behörden, welche die Parteien und die Verhältnisse besser kennen als das Bundesgericht, ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn einschlägige Kriterien grundlos ausser Betracht geblieben oder offenkundig falsch gewichtet worden sind, oder wenn die Zuteilung auf Überlegungen abgestützt worden ist, die unter dem Gesichtswinkel des Kindeswohls bedeutungslos sind oder gegen die dargelegten bundesgerichtlichen Grundsätze verstossen (BGE 117 II 353 E. 3 S. 355; 115 II 317 E. 2 S. 319).

E. 4.2.1

Das Obergericht führt aus, bei der Anhörung der Kinder am 17. März 2004 durch die vorinstanzliche Richterin habe R._____ erzählt, dass sie in der Freizeit manchmal mit dem Vater segle. Sie und ihre Schwester würden gegenwärtig jeweils die Hälfte der Zeit beim Vater und die andere Hälfte der Zeit bei der Mutter verbringen. Beim Vater hätten sie auch je ein Zimmer. Die eine Woche würden sie bei der Mutter schlafen und beim Vater zu Mittag essen, in der jeweils darauffolgenden Woche sei es umgekehrt. S._____ habe ausgeführt, sie sei nicht so viel beim Vater wie R._____. Am Mittwoch sei zwar vorgesehen, dass sie bei ihm schlafen sollte, sie übernachtete aber an diesem Tag lieber bei der Mutter. Das Hin- und Herlaufen sei nicht so gut und sei ihr manchmal zuviel. Es wäre ihr lieber, nur ein Zimmer zu haben, und dieses solle eher bei der Mutter sein. Den Vater besuche sie aber sehr gerne, sie wolle aber einfach nicht so viel bei ihm übernachten. R._____ habe hierzu erklärt, der Vater wolle es nicht wahr haben, dass S._____ nicht so gern bei ihm übernachtete. Die Mutter habe es ihm aber gesagt. S._____ sei schon als 3-jähriges Mädchen, als der Vater in B._____ gewohnt habe, nicht so gern zum Vater gegangen. Er habe sie trotzdem gezwungen, zu ihm zu kommen. S._____ habe hierzu ergänzt, dass der Vater sie immer noch ein wenig zwingt. R._____ habe bestätigt, dass sich diese Szene rund zwei- bis dreimal schon abgespielt habe. Sie selber finde die Situation, wie sie heute gelebt werde, gut. Manchmal sei es aber auch ihr ein wenig zu viel, immer zwischen den Eltern hin- und her zu wechseln, etwa wenn sie krank sei. Er zwingt sie nicht, zu ihm zu kommen. Die momentan gelebte Situation sei gut. Beide Mädchen seien sich einig gewesen, dass das ständige Hin und Her jedenfalls anstrengend sei. Der Vater könne ihnen aber mehr Aufmerksamkeit schenken, denn die Mutter sei viel mit ihrem neuen Töchterchen, T._____, beschäftigt. Mit dem Vater seien sie viel mehr draussen. S._____ habe aber bemerkt, dass der Vater auch viel arbeite. Wenn er nach Hause komme, sitze er oft am Computer und telefoniere viel. Gemäss R._____ sei es beim Vater und bei der Mutter gleich schön. Anschliessend wurden die Kinder am 8. April 2005 nochmals vom obergerichtlichen Referenten und der Gerichtssekretärin angehört. Anlässlich dieses Gesprächs wünschten die Kinder keine Änderung der Regelung. Zusammenfassend hat das Obergericht festgehalten, dass es dem Berufungskläger nicht gelungen sei, durchschlagende Argumente gegen das vorinstanzliche Urteil so vorzutragen, dass der vorinstanzliche Entscheid zu seinen Gunsten abgeändert werden könnte und müsste. Wie aufgezeigt, habe die Vorinstanz mit zutreffender Begründung dargelegt, dass der Berufungsbeklagten die elterliche Sorge über die beiden Kinder zuzuteilen sei, obwohl beide Parteien grundsätzlich die Voraussetzungen dazu erfüllten. Die Vorinstanz habe aber mit überzeugenden Argumenten, auf die gesamthaft verwiesen werden könne, dargelegt, dass das Kindeswohl erheische, dass der Berufungsbeklagten die elterliche Sorge zugeteilt werde, weil sie in gewissen Punkten die besseren Voraussetzungen für die beiden Kinder biete als der Berufungskläger. Letzterer sollte auch den Entscheid seiner beiden Kinder,

dass die vorinstanzliche Regelung nicht geändert werden solle, achten und auch anerkennen. Die emotionale Bindung an einen Elternteil hänge im Übrigen keineswegs von der Dauer des Zusammenlebens ab (F. Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, Ein Grundriss der forensischen Familienpsychologie, 2. Auflage, S. 12). Der Berufungskläger erleide deshalb durch die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids keine Benachteiligung. Es sei gegenteils zu hoffen, dass mit dem Abschluss des Verfahrens die Kontakte zwischen den Kindern und ihm noch ungezwungener sein werden.

E. 4.2.2

Der Berufungskläger wirft der Berufungsbeklagten fehlende Kooperationsfähigkeit und fehlendes Verantwortungsbewusstsein vor. Er begründet dies insbesondere damit, dass die Berufungsbeklagte den Vater vor den Kindern schlecht mache und einen Babysitter organisiere, wenn sie die Kinder nicht betreuen könne, statt die Kinder ihm zur Betreuung zu übergeben. Auch an freien Tagen würden die Kinder nie aufgemuntert, die Zeit einmal mit dem Vater zu verbringen. Freizeitaktivitäten, die von ihm ausgingen, würden von der Mutter umgehend unterbunden. Diese Einwendungen finden jedoch in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz keine Stütze, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann (E. 1.3 hiervor). Vielmehr hat die Vorinstanz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Berufungsbeklagte stets an die vom Gericht angeordneten Regelungen gehalten habe. Allerdings trifft zu, dass die kantonalen Behörden die Kooperationsfähigkeit beider Parteien als nicht optimal angesehen haben, welche Feststellung indessen weder für die eine noch für die andere Seite spricht. Mangelndes Verantwortungsbewusstsein seitens der Berufungsbeklagten erblickt der Berufungskläger darin, dass sich diese seit der Geburt von T. _____ nicht mehr wie früher um die gemeinsamen Töchter kümmern könne. Er dagegen habe Zeit für seine Kinder und habe seinen beruflichen Fokus auf diese ausgerichtet. Die Vorinstanz hat diese Tatsache nicht übersehen, doch dazu ausgeführt, die Töchter würden älter und der Aufwand für deren Betreuung durch die Mutter nehme entsprechend ab. Zudem bewiesen viele Mütter, dass sie in der Lage seien, neben einem jüngeren Kind auch noch zwei ältere Kinder zu betreuen. Vorliegend sei aber vor allem entscheidend, dass die Berufungsbeklagte keiner auswärtigen Erwerbstätigkeit nachgehen müsse und sie demzufolge rund um die Uhr für ihre drei Kinder anwesend sein könne. In diesem Sinne sei sie denn auch besser in der Lage, die Kinder zu betreuen als der Berufungskläger, der gezwungenermassen zumindest teilzeitlich einem auswärtigen Erwerbseinkommen nachgehen müsse. Der Vorwurf des Berufungsklägers geht demnach fehl.

E. 4.3

Die Vorinstanz hat die Kriterien der Rechtsprechung richtig und sorgfältig angewendet. Das gilt sowohl bezüglich der Umstände, welche für die Zuteilung des Sorgerechts an die Mutter sprechen als auch für diejenigen, welche für die Zuteilung des Sorgerechts an den Vater sprechen. Sie hat auch die Gewichtung der einzelnen Elemente korrekt vorgenommen. Indem der Berufungskläger diese Elemente anders gewichtet als die Vorinstanz, kann er damit keine Verletzung von Bundesrecht belegen. Ebenso wenig lässt sich allein wegen des Umstandes, dass die Vorinstanz nicht nur die für ihn sprechenden Umstände gewürdigt, sondern eine eigene Gewichtung vorgenommen hat, auf die Voreingenommenheit des Obergerichts schliessen, abgesehen davon, dass Ablehnungsgründe mit staatsrechtlicher Beschwerde hätten vorgetragen werden müssen.

E. 4.4

Sodann macht der Berufungskläger geltend, gemäss Art. 8 Abs. 3 BV seien Mann und Frau gleichberechtigt. Nach Lehre und Rechtsprechung sei dies formal zu verstehen, d.h. der Geschlechterunterschied als solcher dürfe weder der Gesetzgebung noch den rechtsanwendenden Behörden Anlass zu einer rechtlich ungleichen Behandlung der Geschlechter geben, sofern nicht eine Ungleichbehandlung sachlich angezeigt sei oder zwingend nach Ausnahmen rufe. Dadurch solle verhindert werden, dass die historisch überlieferte Rollenteilung zwischen Frauen und Männern weiterhin festgeschrieben werde. -:- Vorab ist anzumerken, dass diese Rüge im Berufungsverfahren nicht gehört werden kann, da die Verletzung verfassungsmässiger Rechte im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde vorgebracht werden muss (Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen ist insbesondere bei der Auslegung von Art. 133 ZGB auch das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten. Die Vorinstanz hat die Zuteilungskriterien geschlechtsneutral angewendet. Sie hat namentlich darauf hingewiesen, dass der früher praktizierte Vorrang der Mutter bei Kleinkindern heute nicht mehr zum Tragen kommen dürfe, vielmehr seien die verschiedenen Kriterien auf jeden Einzelfall anzuwenden und sorgfältig abzuwägen. Und mit Bezug auf den gegebenen Sachverhalt hat das Obergericht - wie soeben dargelegt - dies mit der notwendigen Umsicht getan.

E. 5

Falls ihm die elterliche Sorge über seine Töchter nicht zugesprochen werde, verlangt der Berufungskläger, dass ihm ein grosszügigeres Besuchsrecht zugebilligt werde, d.h. abwechslungsweise drei bzw. vier Tage in der Woche.

E. 5.1

Art. 133 ZGB in Verbindung mit Art. 273 ZGB räumt dem Elternteil, dem durch die Scheidung die elterliche Sorge nicht übertragen wird, ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit seinen Kindern ein. Dieses Recht steht dem Betroffenen um seiner Persönlichkeit willen zu. Als sog. "Pflichtrecht" dient es freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln, wobei die Bedürfnisse des Kleinkindes nicht denjenigen eines Jugendlichen entsprechen (BGE 120 II 229 E. 3b/aa S. 232 f.). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt somit immer das Kindeswohl, das anhand der gegebenen Umstände zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 123 III 445 E. 3b S. 451). Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590). Was als "angemessener" persönlicher Verkehr im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB zu verstehen ist, lässt sich grundsätzlich nur anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts bestimmen. Gemäss seiner Rechtsprechung zum Besuchsrecht übt das Bundesgericht unter Hinweis auf das richterliche Ermessen eine gewisse Zurückhaltung (BGE 120 II 229 E. 4a S. 235; 131 III 209 E. 3).

E. 5.2

Das Obergericht führt aus, die Einzelrichterin habe erwogen, angesichts der Tatsache, dass beide Parteien bis anhin in die Betreuung der Kinder stark involviert gewesen seien und diese Aufgabe auch mit dem nötigen Ernst und mit Hingabe erfüllt hätten, sei offenbar, dass die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Mutter der bisher zwischen dem Berufungskläger und den Kindern gelebten Beziehung nicht vollständig gerecht werde. Diesem Umstand sei im Rahmen des Gesetzes Rechnung zu tragen, weshalb nicht lediglich ein gerichtsbliches Besuchsrecht von zwei Wochentagen pro Monat festzulegen sei. Allerdings sei dem Berufungskläger ein eigentliches Besuchsrecht einzuräumen und es seien nicht - wie es sich dieser vorzustellen scheine - die Betreuungsanteile der Parteien zu regeln. Zweifellos gehe aus der Kinderanhörung hervor, dass sich die Kinder gern bei ihrem Vater aufhielten und mit ihm viel unternähmen. Auch hätten die Kinder durch ihn die Chance, einen weiteren Kulturkreis kennen zu lernen und eine zweite Muttersprache zu lernen. Der Vater sei selbstständig erwerbend und arbeite oft von Zuhause aus, was ihm Flexibilität bei der Gestaltung seiner Arbeitszeiten erlaube. Angesichts dieser Tatsache und der Nähe seiner Wohnung zu derjenigen der Mutter spreche nichts dagegen, die Regelung des persönlichen Verkehrs - zumindest solange der Vater in derselben Gemeinde wie die Mutter wohne - insbesondere betreffend die ältere Tochter grosszügig zu gestalten. Allerdings sei eine klare Konfliktregelung zur Vermeidung der bis anhin aufgetretenen Spannungen bei der Ausübung des Besuchsrechts zu treffen. Die festzusetzende Besuchsrechtsregelung solle den Kindern klar vermitteln, dass es sich um Besuche handle und ihr eigentliches Zuhause bei der Mutter sei. Es sei zu hoffen, dass das autoritativ festgelegte Besuchsrecht die Basis für eine später wieder einvernehmliche Lösung schaffe. Dem Vater sei weiterhin ein Ferienbesuchsrecht einzuräumen, mit welchem ihm und den Kindern die Gelegenheit gegeben werden solle, auch längere Reisen in seine Heimat zu unternehmen. Die Vorinstanz fährt fort, der Berufungskläger habe das von der ersten Instanz eingeräumte grosszügige Besuchsrecht noch ausdehnen wollen. Doch sei anlässlich der Anhörung der Kinder durch die Einzelrichterin klar geworden, dass das vom Berufungskläger beantragte ausgedehnte Besuchsrecht die beiden Kinder vollkommen überfordert habe und es deshalb auf ein für sie erträgliches Mass habe reduziert werden müssen. Damit stehe fest, dass die vom Berufungskläger vorgeschlagene Regelung eindeutig den Interessen und damit dem Kindeswohl widerspreche. Beide Kinder hätten denn auch klar und deutlich erklärt, dass sie kein weitergehendes Besuchsrecht wünschten. Auch die erneute Anhörung der beiden Kinder vor Obergericht am 8. April 2005 gebiete eindeutig, dass das von der Einzelrichterin angeordnete grosszügige und deutlich über ein gerichtsbliches hinausgehende Besuchsrecht nicht noch weiter ausgedehnt werde, weshalb der diesbezügliche vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen sei. Der Entscheid der Einzelrichterin wurde nur in dem Sinne abgeändert, als der Berufungskläger verpflichtet wurde, der Mutter die Feriendaten jeweils spätestens drei Monate im Voraus mitzuteilen bzw. diese mit ihr abzusprechen.

E. 5.3.1

Von vornherein unbegründet ist der Einwand des Berufungsklägers, die Besuchsrechtsregelung basiere auf dem Entscheid bzw. der Anhörung der Kinder durch die Einzelrichterin, denn das Obergericht hat sich als Rekursinstanz - wie soeben ausgeführt - im Gespräch mit den Kindern selbst davon überzeugen können, dass die erstinstanzlich getroffene Regelung angemessen und mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

E. 5.3.2

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen des Obergerichts kann dem Wunsch des Berufungsklägers, ihm ein Besuchsrecht von abwechselungsweise drei bzw. vier Tagen pro Woche nicht entsprochen werden. Das Besuchsrecht ist auf ein dem Kindeswohl entsprechendes Mass herabgesetzt worden. Da die Regelung dem Willen der Kinder entspricht, ist diesem hinreichend Rechnung getragen worden (vgl. dazu Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl. 2006, N. 11 zu Art. 273 ZGB, S. 1463 und Annatina Wirz, in: FamKommentar Scheidung, Hrsg. Ingeborg Schwenzer, N. 28 zu Art. 273 ZGB, S. 864, wobei beide auf BGE 124 III 90 E. 3a S. 92, worin die Anhörung des Kindes gemäss Art. 18 UN-KRK beurteilt wurde, hinweisen).

E. 5.3.3

Schliesslich trägt der Berufungskläger vor, es gehe nicht an, dass die Tochter R. _____ in ungeraden Kalenderwochen vom Freitagabend bis Dienstagmorgen bei ihm verbleiben könne, während S. _____ bereits am Sonntagabend zur Mutter zurückkehren müsse. Ein unterschiedliches Besuchsrecht sei dem Kindeswohl abträglich und diene nicht dazu, die von beiden Vorinstanzen betonte Stabilität zu fördern. Die Einwände sind unbegründet, denn vor Beginn der Berufungsverhandlung wurde den Parteien mitgeteilt, dass die Kinder gestützt auf die Anhörung vom 8. April 2005 keine Änderungen der vorinstanzlichen Regelungen im Massnahmeverfahren wünschten. Gemäss dem angefochtenen Entscheid (E. 4.2.1 hiervor) scheint S. _____ gewisse Hemmungen gegenüber ihrem Vater zu haben, so dass die Ungleichbehandlung der beiden Mädchen mit Blick auf den Altersunterschied nicht zu beanstanden ist.

E. 5.3.4

Der Kritik des Berufungsklägers an der obergerichtlichen Besuchsregelung scheint als Motiv das Scheitern der von den Parteien beabsichtigten geteilten Sorge über die Kinder zugrunde zu liegen. Dieser Schluss wird bestärkt durch das von ihm beim Bundesgericht gestellte Eventualbegehren, das Besuchsrecht so auszugestalten, dass ihm eine hälftige Betreuung und Erziehung der Kinder ermöglicht werde. Hinter diesem Ersuchen verbirgt sich die Absicht, die verweigerte Zustimmung der Mutter zur gemeinsamen elterlichen Sorge wenigstens de facto wieder wettzumachen. Ein solches Begehren lässt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Die verweigerte Zustimmung kann nicht über den Umweg einer alternierenden Obhut erreicht werden (Annatina Wirz, a.a.O., N. 27 zu Art. 133 ZGB, S. 344). Das Obergericht hat demgemäss auch betreffend die Regelung des Besuchsrechts seinen Ermessensspielraum nicht überschritten.

E. 6.1

Der Berufungskläger rügt als Letztes eine Verletzung von Art. 285 ZGB, weil er zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an seine Töchter verpflichtet worden sei.

E. 6.2

Das Obergericht führt aus, der Berufungskläger habe es im Berufungsverfahren unterlassen, die von der Einzelrichterin berechneten Angaben betreffend das Existenzminimum der Parteien und deren Einkommen substantiiert infrage zu stellen, weshalb vorliegend ohne weiteres von diesen Angaben ausgegangen werden könne. Demnach ergebe sich, dass die Berufungsbeklagte einen Zinsertrag in der Höhe von Fr. 11'700.-- erziele und das mögliche 80%-ige Erwerbseinkommen (reduziert für die Betreuung seiner Töchter) des Appellanten Fr. 6'400.-- betrage. Bei einem Existenzminimum von Fr. 3'300.-- sei es demzufolge dem Berufungskläger ohne weiteres möglich, einen angemessenen Unterhaltsbeitrag für seine

beiden Kinder zu bezahlen. Bei dieser Berechnung sei zu berücksichtigen, dass die Berufungsbeklagte einen gewissen Anteil mittels Naturalleistungen erbringe. Somit bewege sich der vom Berufungskläger zu erbringende und von der Einzelrichterin berechnete Unterhaltsbeitrag aufgrund der vorliegenden Angaben ohne weiteres im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit. Die Berufungsbeklagte trage damit den grösseren Teil des von der Einzelrichterin richtigerweise auf durchschnittlich Fr. 1'670.-- veranschlagten Bedarfs. Aufgrund dieser Erwägungen sei demzufolge das erstinstanzliche Urteil auch in diesem Punkte zu bestätigen.

E. 6.3

Der Berufungskläger wendet dagegen ein, weil er Anspruch auf ein grosszügiges Besuchsrecht habe, erbringe er einen gleichen Anteil an Naturalleistungen wie die Berufungsbeklagte und trage mithin durch die Betreuung ohnehin die Hälfte der Kosten. Es verbleibe somit kein Raum, ihn zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsbeklagte zu verpflichten. Er sei seit längerer Zeit nur zeitweise erwerbstätig, was auch die Berufungsbeklagte in all ihren Eingaben anerkannt habe, so dass nicht erwartet werden könne, dass er in nächster Zeit bessere Erwerbsmöglichkeiten finden werde. Mit diesen Vorbringen wird nicht hinreichend im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG dargetan (dazu BGE 116 II 745 E. 3 S. 748 f.), inwiefern das Obergericht mit Bezug auf die Unterhaltsregelung gegen Bundesrecht verstossen haben soll, zumal der Berufungskläger nicht die halbe Betreuung der Kinder zu übernehmen hat. Darauf ist nicht einzutreten.

E. 7

Nach dem Ausgeführten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Berufungskläger wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat aber für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung beantragt, welche ihm jedoch nicht gewährt werden kann, da das Rechtsmittel von vornherein keine Aussicht auf Erfolg haben konnte. Eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte entfällt, da sie nicht zur Einreichung einer Berufungsantwort eingeladen wurde.

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