

BGer 5C.319/2001 vom 1. März 2002

Bundesgericht, 2002-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5C.319_2001

FR: TF 5C.319/2001 du 1 mars 2002

IT: TF 5C.319/2001 del 1 marzo 2002

Regeste

Familienrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über tatsächliche Verhältnisse zugrunde zu legen, es wäre denn, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen sind. Vorbehalten bleibt ferner die Berichtigung offensichtlich auf Versehen beruhender Feststellungen von Amtes wegen (Art. 63 Abs. 2 OG). Auf die Behauptung des Beklagten, die Klägerin lebe im Konkubinatsverhältnis, kann infolge fehlender Feststellungen nicht eingetreten werden; dasselbe gilt für das Vorbringen, er selbst bewohne eine 3 1/2-Zimmer-Wohnung in D._____. Dazu hat das Kantonsgericht erwogen, er habe diese nur zum Schein gemietet, tatsächlich übernachtete er meist auf Campingplätzen, bei Freunden oder in Büros.

E. 2

Der Beklagte macht geltend, die in Art. 145 Abs. 1 ZGB festgeschriebene Untersuchungsmaxime sei verletzt worden, indem sich das Kantonsgericht bei der Kinderzuteilung auf ein mehr als drei Jahre altes Gutachten sowie implizit auch auf ein vom Gericht selbst als Parteibehauptung bezeichnetes Privatgutachten gestützt habe, ohne die beabsichtigte Nachbegutachtung der Kinder durchzuführen. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Ueberzeugung (Art. 145 Abs. 1 ZGB). Nötigenfalls zieht es Sachverständige bei und erkundigt sich bei der Vormundschaftsbehörde oder einer in der Jugendhilfe tätigen Stelle (Art. 145 Abs. 2 ZGB). Zwar bleibt das Sammeln des Prozessstoffes auch in Bezug auf die Kinderbelange primär Sache der Parteien. Das Gericht hat jedoch diejenigen Sachverhaltsabklärungen von Amtes wegen vorzunehmen, die ihm notwendig erscheinen, und darf insbesondere nicht auf Untersuchungshandlungen verzichten, wenn die dafür nötigen Kostenvorschüsse nicht geleistet werden. Ob zur Erforschung des Sachverhalts ein kinderpsychologisches Gutachten anzuordnen sei und ob sich allenfalls dessen Ergänzung aufdrängt, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen. In der Regel ist auf das Hilfsmittel des Gutachtens nur bei schwerwiegenden Problemfällen zurückzugreifen, und namentlich besteht gestützt auf Art. 145 ZGB kein Anspruch auf eine Vielzahl von Gutachten und Obergutachten (BGE 114 II 200 E. 2b S. 201; vgl. zum Ganzen: Schweighauser, in: Praxiskommentar zum Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N. 3, 6 und 7 zu Art. 145 ZGB ; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 9, 11 und 18 zu Art. 145 ZGB). Im Rahmen des über vier Jahre dauernden kantonalen Berufungsverfahrens hat der Instruktionsrichter ein kinderpsychologisches Gutachten angeordnet, das von der Gutachterin, Frau E._____, am 27. Mai 1998 erstattet worden

ist. Aus diesem geht hervor, dass die beiden Kinder mit der Mutter am engsten vertraut sind, sie aber zugleich auch am Vater hängen. Es sei dringend notwendig, dass die Eltern ihre Feindseligkeiten beendeten und den Kindern eine Fortsetzung des Loyalitätskonflikts ersparten. Am 15. März 1999 hat der Instruktionsrichter eine Ergänzung des Gutachtens in Auftrag gegeben, aber die Klägerin hat ihre Mitwirkung verweigert, weshalb die Gutachterin vom Kantonsgericht am 22. November 1999 mündlich einvernommen worden ist. In der Folge hat der Instruktionsrichter das Besuchsrecht neu geregelt, aber wegen des mütterlichen Widerstandes haben weiterhin kaum Begegnungen zwischen dem Beklagten und den Kindern stattgefunden. Am 31. Oktober 2000 hat die Amtsvormundschaft Zürich dem Gericht einen ausführlichen Bericht über die Beistandschaft eingereicht mit der Empfehlung, die Kinder fremdzuplatzieren, da es der Mutter nicht gelinge, ein Mindestmass an Toleranz aufzubringen, und eine ungestörte Beziehung zu beiden Elternteilen nur bei einer Fremdplatzierung möglich sei. Darauf hat die Klägerin ein privates Gutachten bei einem Kinderpsychologen, Herrn F. _____, eingeholt. Dieser trägt in nachvollziehbarer Weise vor, dass die Klägerin weiterhin die Hauptbezugsperson für die beiden Kinder darstellt. Bei seiner Zuteilungsentscheid hat das Kantonsgericht erwogen, die Einstellung der Eltern habe sich im Laufe des langen Verfahrens kaum verändert und weitere Abklärungen über den Zustand und die Neigung der Kinder seien am Widerstand der Mutter gescheitert. Das Gericht sei am Rand seiner Möglichkeiten angelangt und es könne, dem Rat aller beteiligten Fachleute folgend, nichts anderes mehr tun, als das Verfahren beenden und damit wenigstens die Kinder aus ihrer bedrückenden Ungewissheit befreien. Entgegen der Meinung des Beklagten schliesst Art. 145 ZGB die Berücksichtigung eines privaten Gutachtens bei der Entscheidungsfindung nicht aus. Vielmehr erlaubt, ja gebietet der ebenfalls in Art. 145 ZGB enthaltene Grundsatz der freien Beweiswürdigung, unabhängig von Beweisvorschriften jedes taugliche Erkenntnismittel zu berücksichtigen (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 1 zu Art. 145 ZGB). Nichts hinderte deshalb das Kantonsgericht, das Privatgutachten F. _____ im Sinne einer Parteibehauptung und demgemäss mit dem Beweiswert einer Aussage im Parteiverhör zu verwerten. Der Instruktionsrichter hat eine Ergänzung des Gutachtens E. _____ bis gegen Schluss des Verfahrens beabsichtigt, sie ist aber am Widerstand der Klägerin gescheitert. Wohl hätte das Gericht diese theoretisch mit Strafsanktionen zur Mitwirkung zwingen können. Indes wäre eine solche Massnahme dem Kindeswohl abträglich gewesen, hätte ein solches Vorgehen doch eine unvertretbare Zusatzbelastung für die ohnehin sehr stark in das Ehescheidungsverfahren eingebundenen Kinder bedeutet. Der in Art. 145 ZGB statuierte Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze am Kindeswohl (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 11 zu Art. 145 ZGB), und es bedeutet keine Verletzung der betreffenden Maxime, wenn das Kantonsgericht unter den gegebenen Umständen von der grundsätzlichen Möglichkeit, Sachverständige ihre Expertise mündlich erstatten zu lassen (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 22 zu Art. 145 ZGB), Gebrauch gemacht und die Gutachterin mündlich einvernommen hat statt bei ihr ein schriftliches Zusatzgutachten einzuholen. Umso weniger verletzt ein solches Vorgehen Art. 145 ZGB , als es vom Kantonsgericht in der Absicht gewählt wurde, das Verfahren abzuschliessen und damit die Kinder aus der bedrückenden Ungewissheit zu befreien. Dieser Tatsache weiss der Beklagte nichts entgegenzusetzen. Der Beklagte bringt schliesslich vor, das Gutachten E. _____ sei fachlich einwandfrei, aber nach drei Jahren nicht mehr aktuell und deshalb unverwertbar. Er macht damit gewissermassen geltend, Gutachten hätten ein "Verfalldatum". Dem ist wiederum der in Art. 145 Abs. 1 ZGB enthaltene Grundsatz der

freien Beweiswürdigung entgegenzuhalten. Im Uebrigen hat das Kantonsgericht dem Alter des Gutachtens durchaus Rechnung getragen und ihm lediglich Tatsachen entnommen, die sich ohnehin auch aus den Umständen ergeben, dass nämlich eine enge Mutterbindung bestehe und die Parteien ihre Feindseligkeiten beenden sollten, um den Kindern den Loyalitätskonflikt zu ersparen. Inwiefern dadurch Art. 145 ZGB verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich.

E. 3

Der Beklagte erwähnt die Möglichkeit, aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand anzuordnen (Art. 146 Abs. 1 ZGB). Der blosser Hinweis auf eine Rechtsnorm stellt keine genügende Begründung eines gestellten Antrages dar, wie dies Art. 55 Abs. 1 lit. c OG erfordert (BGE 116 II 745 E. 3 S. 749). Im Übrigen ist ein entsprechender Antrag des Beklagten im kantonalen Verfahren weder behauptet noch ersichtlich. Auf die entsprechende Rüge ist nicht einzutreten.

E. 4

Des Weiteren beanstandet der Beklagte, das Gericht habe es in Verletzung von Art. 144 ZGB unterlassen, die Kinder persönlich anzuhören. Während des kantonalen Berufungsverfahrens ist das neue Scheidungsrecht gemäss Ziff. 1.3 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998 in Kraft getreten (BBl 1996 I 1; AS 1999 1118 1144). Diese Bestimmungen sind auf das vorliegende Verfahren anwendbar (Art. 7b Abs. 1 SchlT ZGB). Gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB werden die Kinder in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Durch die Kindesanhörung soll dem urteilenden Gericht ermöglicht werden, sich unmittelbar und ungefiltert über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes ein eigenes Bild zu machen (Schweighauser, a.a.O., N. 7 zu Art. 144 ZGB mit Hinweisen). Indes kann aus wichtigen Gründen auf eine Anhörung verzichtet werden. Als wichtiger Grund steht die Weigerung des Kindes im Vordergrund, denn eine Anhörung gegen seinen expliziten Willen käme einer Missachtung seiner Persönlichkeit gleich (Botschaft, BBl 1996 I 144; Bräm, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, in: SJZ 1999, S. 310 f.). Der Instruktionsrichter hatte bis zum Schluss des Verfahrens die Absicht, die Kinder auch persönlich anzuhören, aber dies scheiterte am Widerstand der Klägerin. Die Kinder haben ihm am 11. Juli 2001 geschrieben, sie seien froh, dass sie nicht nach St. Gallen zum Gericht kommen müssten. Sie hätten ihre Wünsche schon oft genug geäussert, besonders Herr F._____ habe sie im Bericht aufgeschrieben, den Mami ihnen vorgelesen habe. Wie bei der gescheiterten Nachbegutachtung ist auch bei der Kinderanhörung zu berücksichtigen, dass der energische Widerstand der Klägerin die Kinder stark unter Druck setzte. Sie selbst haben eine Anhörung zwar nicht gerade verweigert, aber in ihrem Schreiben an das Gericht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie keine Anhörung wünschen, und es ist durch den Verweis auf das Privatgutachten auch klar geworden, dass sie bei der Mutter bleiben wollen. Ohnehin ist fraglich, ob die Kinder, die ihren Vater seit Jahren kaum mehr gesehen haben und ihn praktisch nur noch aus der Erinnerung kennen, überhaupt in der Lage wären, bei einer Anhörung ihre eigenen Wünsche und Neigungen zu formulieren und deren Tragweite zu erkennen. Unter diesen Umständen ist ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 144 Abs. 2 ZGB gegeben und es ist keine Verletzung von Bundesrecht ersichtlich, wenn das Kantonsgericht die Kinder nicht selbst angehört hat, umso mehr als die Kinder seinerzeit durch die Gutachterin befragt worden sind und die genannte Gesetzesbestimmung in

besonderen Fällen die Einvernahme durch eine Drittperson erlaubt.

E. 5

In der Sache selbst verlangt der Beklagte, dass ihm die elterliche Sorge über die Kinder zugeteilt werde. Das Kantonsgericht habe weder sein beharrlich positives noch das dem Kindeswohl abträgliche Verhalten der Klägerin gewürdigt. Im Übrigen stehe die Kinderzuteilung im Widerspruch zur Erwägung des Kantonsgerichts, ein Elternteil, der ein Kind in Abneigung und Hass gegen den anderen aufwachsen lasse und den Umgang beharrlich verweigere, sei ein höchst fragwürdiger und möglicherweise gänzlich ungeeigneter Erzieher. Das Gericht teilt die elterliche Sorge einem Elternteil zu und regelt nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses den Anspruch auf persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag des andern Elternteils (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Die Kinderzuteilung ist in Würdigung der gesamten Umstände in jedem Einzelfall so vorzunehmen, dass den Bedürfnissen des Kindes entsprechend seinem Alter, seinen Neigungen und seinem Anspruch auf elterliche Fürsorglichkeit, Zuwendung und Erziehung bestmöglich entsprochen wird. Für den Entscheid stehen daher die persönlichen Beziehungen der Eltern zum Kind, ihre erzieherischen Fähigkeiten, aber auch ihre Fähigkeit und Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben und es weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen, im Vordergrund (letztmals BGE 114 II 200 E. 3 S. 201). Entgegen der Behauptung des Beklagten hat das Kantonsgericht auch seine guten Seiten erwähnt und mit Kritik an der Klägerin nicht zurückgehalten. Trotzdem ist es in Abwägung aller Umstände zum Schluss gelangt, die Zuteilung der elterlichen Sorge an den Beklagten komme nicht in Frage. Zwar habe er menschliche Qualitäten wie seine unerschütterliche Zuneigung zu den Kindern, die oft spürbare Liebenswürdigkeit, seine Bescheidenheit und Naturverbundenheit sowie seinen Optimismus. Er verfüge jedoch weder über einen bestimmten Beruf noch über eine feste Stelle und habe weder eine geeignete Wohnung noch einen gesicherten Aufenthaltsstatus, vermöge keine realistischen Zukunftspläne zu entwerfen und nicht ansatzweise ein Konzept für die Kinderbetreuung vorzulegen und könne den Kindern wegen seiner Unausgeglichenheit, Unzuverlässigkeit und Passivität trotz vorhandener Qualitäten kein Vorbild sein und ihnen keinen festen Halt geben. Das Kantonsgericht hat aber auch die Möglichkeit verworfen, beiden Eltern die Obhut zu entziehen, weil dies die Kinder endgültig entwurzeln und bei ihnen eine tiefe Angst auslösen würde. Die Einweisung der Kinder in ein Internat stelle eine Scheinlösung dar und würde ihr Selbstvertrauen vollends erschüttern. Für die Zuteilung der elterlichen Sorge an die Klägerin spreche trotz der aufgezeigten Bedenken, dass diese ihre Stärken bewiesen habe, indem sie den Absturz in bescheidene Verhältnisse hingenommen und auch in Zeiten der Not durchgehalten, sich mit Engagement um die Kinder gekümmert und der Kindererziehung persönliche berufliche Ziele geopfert habe. Schliesslich sei sie die wichtigste Bezugsperson der Kinder und deren einzige Konstante. Das Kantonsgericht hat eine Reihe von Gründen aufgeführt, die den Beklagten als Inhaber der elterlichen Sorge in der Tat als ungeeignet erscheinen lassen. In der Folge ist für das Kantonsgericht gar nicht mehr die Frage zentral gewesen, ob die elterliche Sorge dem Vater oder der Mutter zuzuteilen sei, vielmehr hat es zwischen einer Fremdplatzierung der Kinder und der Zuteilung der elterlichen Gewalt an die Mutter abgewogen. Mit all diesen Argumenten setzt sich der Beklagte nicht auseinander. Er beantragt aber auch nicht die Fremdplatzierung der Kinder. Kraft der auch das bundesgerichtliche Berufungsverfahren beherrschenden *Offizialmaxime* (BGE 120 II 229 E. 1c S. 231) wäre die Platzierung der Kinder bei Dritten theoretisch möglich. Aus den genannten Gründen ist die Zuteilung der elterlichen Sorge an

die Klägerin jedoch die einzig vertretbare Lösung. Folglich hat das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzt.

E. 6

Der Beklagte hält des Weiteren dafür, das Kantonsgericht hätte den nahehelichen Unterhalt an die Klägerin gemäss § 1579 Abs. 2 BGB ausschliessen oder zumindest massiv herabsetzen müssen. Die Rüge, der angefochtene Entscheid wende das ausländische Recht falsch an, kann nur bei nicht vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeiten mit Berufung geltend gemacht werden (Art. 43a Abs. 2 OG). Der Unterhaltsanspruch ist grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur, und es müssen deshalb alle für die Berufung notwendigen Voraussetzungen erfüllt sein, wenn die Unterhaltsregelung isoliert angefochten wird (BGE 116 II 493 E. 2a S. 495). Als finanzielle Nebenfolge der Ehescheidung stellt sie indes einen notwendigen Bestandteil des Scheidungsurteils dar und gilt deshalb als nicht vermögensrechtlich, wenn sie zusammen mit der Hauptsache berufen wird (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 80). Vorliegend ist der Scheidungspunkt selbst nicht Gegenstand der Berufung, diese bezieht sich aber in erster Linie auf die Kinderzuteilung, welche nicht vermögensrechtlicher Natur ist. Zumal der Beklagte die Unterhaltsfrage in seinen Rechtsbegehren in Zusammenhang mit der Kinderzuteilung stellt, ist die Rüge deshalb zulässig. Das Kantonsgericht hat erwogen, der Ehegattenunterhalt hänge auch nach deutschem Recht nicht vom Verschulden ab. Eine Herabsetzung oder ein Ausschluss des Unterhalts setze nach den Härtegründen in § 1579 Abs. 2 BGB (gemeint: § 1579 Ziff. 6 BGB) ein offensichtliches und grobes Fehlverhalten voraus. Zwar treffe es zu, dass die Klägerin den Kontakt des Vaters mit den Kindern stark erschwert bzw. zeitweise ganz verhindert und dass sie den Ehemann wie seine Familie mehrmals in den Massenmedien blossgestellt habe. Im Hinblick darauf, dass sie die gemeinsamen Kinder zu betreuen habe, die vor allem unter den Folgen des fehlenden Unterhalts leiden würden, scheine aber jede Kürzung unbillig. Der Beklagte setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander. Stattdessen macht er geltend, die Klägerin lebe im Konkubinat und werde von ihrem Lebenspartner, der ein hohes Einkommen erziele, finanziell unterstützt. Weder findet dieses Vorbringen in der verbindlichen Sachverhaltsfeststellung des angefochtenen Urteils eine Stütze noch behauptet der Beschwerdeführer, solches bereits im kantonalen Verfahren vorgebracht zu haben. Auf die unzulässigen neuen Vorbringen ist nicht einzutreten (Art. 55 Abs. 1 lit. c und Art. 63 Abs. 2 OG ; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252; 115 II 484 E. 2a S. 485 f.).

E. 7

In güterrechtlicher Hinsicht macht der Beklagte geltend, die Klägerin habe nicht nur das Tafelsilber und die Ahnenbilder, sondern auch weitere ihm gehörende Gegenstände herauszugeben. Der Beklagte behauptet nicht, im kantonalen Verfahren einen entsprechenden Antrag gestellt zu haben. Das Kantonsgericht hat sich zu weiteren Gegenständen auch gar nicht geäussert. Dies wird vom Beklagte nicht beanstandet und könnte im Rahmen des Berufungsverfahrens auch gar nicht beanstandet werden (vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 2 OG). Auf die Berufung ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

E. 8

Soweit auf die Berufung einzutreten ist, erweist sie sich als offensichtlich unbegründet und ist deshalb im Verfahren nach Art. 36a Abs. 1 lit. b OG abzuweisen. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, war sie von Anfang an aussichtslos, weshalb das Gesuch um

unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist (Art. 152 Abs. 1 OG). Nach dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beklagten zu überbinden (Art. 156 Abs. 1 OG). Der Klägerin sind keine Kosten erwachsen, da keine Berufungsantwort eingeholt worden ist. Ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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