

NW_GERICHTE BAZ 21 8 vom 22. Juli 2021

NW Gerichte, 2021-07-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_BAZ 21 8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_BAZ_21_8)

FR: NW_GERICHTE BAZ 21 8 du 22 juillet 2021

IT: NW_GERICHTE BAZ 21 8 del 22 luglio 2021

Erwägungen

E. 3

A., 2019, N 27; STEPHAN MAZAN/DANIEL STECK, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 296 ZPO). Steht die Erziehungsfähigkeit zur Diskussion, kommt als taugliches Beweismittel na- mentlich ein Gutachten (Art. 183 ff. ZPO) in Frage (Urteil des Bundesgerichts 5A_629/2019 vom 13. November 2020 E. 7.1; dazu auch: LUDEWIG et al., a.a.O., S. 615 ff.). Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, ob ein Gutachten einzuholen ist. Erscheint es als einziges taugliches Beweismittel, muss das Gericht dieses anordnen (MAZAN/STECK, a.a.O., N 18 und 19 zu Art. 296 ZPO). Dieses kann vom Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen eingeholt werden (vgl. Art. 183 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt zudem sinngemäss, dass das Gutachten unverhältnismässig bzw. gar nicht notwendig sei. Es verursache bloss Mehrkosten und verzögere bloss das spruchreife Eheschutzverfahren. Die Erziehungsfähigkeit stehe gar nicht in Frage. Es gebe keinerlei glaubhafte Ausführungen, welche die Anordnung eines solchen Gutachtens rechtfertigen würden.

E. 3.2.1

Das Kindesverhältnis ist mit verschiedenen Wirkungen verbunden (vgl. Art. 270 ff. ZGB). Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB), was i.d.R. auch durch eine Scheidung, Trennung oder Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht berührt wird (PETER TUOR/BERNHARD SCHNY- DER/ALEXANDRA JUNGO, in: Tuor et al. [Hrsg.], ZGB, 14. A., 2015, N 8 zu § 43). Wird im Rah- men eines Eheschutzverfahrens der gemeinsame Haushalt aufgehoben, regelt das Gericht nach Massgabe von Art. 176 ZGB das Getrenntleben. Haben die Ehegatten minderjährige Kinder, so trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhält-

nisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB). In einem Scheidungs- oder Eheschutz- verfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Es kann sich auch auf eine Rege- lung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen (Abs. 2). Auch wenn die gemeinsame elterliche Sorge nunmehr die Regel ist und grundsätzlich das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB), geht damit nicht notwen- digerweise die Errichtung einer alternierenden Obhut einher. Kriterien für die Obhutzuteilung sind in erster Linie die Erziehungsfähigkeit, die tatsächliche Betreuungsmöglichkeit, die Stabi- lität der Verhältnisse, die Sprache und

Beschulung des Kindes und je nach Alter auch dessen Äusserungen und Wünsche (BGE 144 III 469 E. 4.1). M.a.W. kann die Obhut nur demjenigen Elternteil zugesprochen werden, der auch erziehungsfähig ist (dortige E. 4.3; auch: BGE 144 III 442 E. 4.3; 143 I 21 E. 5.5.3 [allesamt das Erfordernis der kumulativen Erziehungsfähigkeit beider Elternteile als Voraussetzung für eine alternierende Obhut erläuternd]). Unter der Erziehungsfähigkeit wird die grundlegende Kompetenz eines Elternteiles verstanden, die emotionalen und körperlichen Bedürfnisse seines Kindes zu erkennen, das Kind zu versorgen und zu betreuen sowie erzieherisch angemessen auf die kindlichen Bedürfnisse einzugehen (REVITAL LUDEWIG/SONJA BAUMER/JOSEF SALZGEBER/CHRISTOPH HÄFELI/KURT ALBERMANN, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: FamPra.ch 3/2015, S. 574). Sie umfasst fünf Kompetenzen, die quantitativ und qualitativ untersucht werden. Auch wenn die Erziehungsfähigkeit bei Eltern ohne psychische Erkrankung in der Regel vorausgesetzt wird, so kann sie dennoch partiell in Frage gestellt sein, wenn bestimmte Erziehungsaspekte – oder auch nur ein einzelner Aspekt für sich genommen – «qualitativ» als dysfunktional oder kindeswohlgefährdend einzustufen wären. Zudem ist auch die Erziehungsfähigkeit psychisch gesunder Eltern kontextabhängig. Elterliche Auseinandersetzungen oder Veränderungsprozesse können Belastungen hervorrufen, welche die Erziehungskompetenz eines Elternteils wie beispielsweise die Empathiefähigkeit, vorübergehend mindern können (LUDEWIG et al., a.a.O., S. 574 f.).

E. 3.2.2

Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz sowie die Offizialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Diese Prozessmaximen gelten für Kinderbelange unabhängig davon, ob sich die Ehestreitigkeit im Stadium des

Eheschutz- (Art. 271 ff. ZPO) oder des Scheidungsverfahrens (Art. 274 ff. ZPO) befindet. In Verfahren betreffend Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt damit der Freibeweis. Das Gericht ist nicht an die in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählten Beweismittel gebunden (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Es kann zur Klärung des Sachverhalts von sich aus auch mit Beweismitteln operieren, die nicht den klassischen Formen entsprechen (Urteil 5A_991/2015 vom 29. September 2016 E. 6.2, nicht publ. in BGE 142 III 612). Das heisst indes nicht, dass sich das Gericht im Umkehrschluss nicht auch auf die in Art. 168 Abs. 1 ZPO erwähnten Beweismittel stützen könnte. Findet – wie hier – die Untersuchungsmaxime Anwendung, ist das Gericht für die Beweisführung verantwortlich (Art. 153 Abs. 1 ZPO); es beschafft sich durch geeignete Massnahmen Zugang zu den erforderlichen Beweismitteln (PASCAL GROLIMUND, § 18 Beweisrecht, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht,

E. 3.3

Vorab wird auf die bereits summarisch zusammengefasste Sachlage verwiesen (vorstehende E. 2.3 erster Absatz). Die Vorinstanz hat den Sachverhalt und damit auch die Erziehungsfähigkeit als tatsächliche Voraussetzung für die Obhutzuteilung des gemeinsamen Kindes von Amtes wegen zu erforschen. Wie erläutert, vertreten die beiden Parteien im Prozess hinsichtlich der Obhut des gemeinsamen Kindes konträre Standpunkte. Diese Anträge werden beidseits im Wesentlichen mit Zweifeln an der Fähigkeit, das gemeinsame Kind

angemessen zu umsorgen, begründet. Aus den jeweiligen Vorbringen der Parteien ergibt sich insbesondere ein Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Gegenpartei. Dass auch die Vorinstanz aufgrund der Parteivorbringen und der Aktenlage Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Parteien hegt, ist jedenfalls nicht als völlig abwegig zu bezeichnen. Inwiefern dies tatsächlich der Fall ist und wie die einzelnen Beweismittel – etwa auch das Kurzgutachten – zu würdigen sein werden, wird das Gericht erst im Rahmen der Beweiswürdigung und Entscheidfällung abschliessend zu beurteilen haben. Die Parteien und gegebenenfalls die Rechtsmittelinstanz werden sich

dannzumal mit der vorinstanzlichen Argumentation auseinandersetzen können, wobei die Beschwerdeführerin nötigenfalls die Gelegenheit haben wird, die Verletzung des Rechts auf Beweis, eine falsche Beweiswürdigung oder die Verletzung der Untersuchungsmaxime zu rügen. Derzeit kann im Sinne eines Zwischenfazits immerhin festgehalten werden, dass die entscheidungswesentliche Frage der Erziehungsfähigkeit offensichtlich umstritten ist und aufgrund der Akten und der Parteiaussagen konkrete Anhaltspunkte für potentielle (teilweise) Einschränkung der Erziehungs- bzw. Obhutsfähigkeit einer oder beider Elternteile bestehen. Entsprechend ist die Frage der Erziehungsfähigkeit rechterheblich sowie streitig und in gegenständlichem Verfahren damit Beweisgegenstand im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZPO. Sieht sich das urteilende Gericht nicht in der Lage, sich aufgrund der Akten und der Parteibefragung ein Urteil über die Erziehungsfähigkeit zu bilden, steht es in dessen Ermessen, diese Frage gutachterlich zu beurteilen lassen, zumal es dazu gar verpflichtet ist, wenn das Gutachten aufgrund der Familien- bzw. Betreuungssituation die einzige Möglichkeit ist, verlässliche Aussagen betreffend die Erziehungsfähigkeit der beiden Elternteile zu erhalten. Der Vorwurf, die Beweisabnahme sei unnötig, ist damit unzutreffend. Ebenfalls geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie mit Verweis auf die Raschheit von Eheschutzverfahren eine unzulässige Verzögerung moniert. Die Vorinstanz hat diesem Umstand durch die Anordnung eines Kurzgutachtens Rechnung getragen. Dasselbe gilt für das Argument, die Kosten der angeordneten Beweisabnahme seien übermässig. Erstens ist die Einholung des Gutachtens nach Dargelegtem nämlich erforderlich. Zweitens sind die veranschlagten Kosten von Fr. 1'600.– für die Erstellung eines Kurzgutachtens zur Frage der Erziehungsfähigkeit beider Ehegatten (inkl. deren persönlichen Exploration) weder unrealistisch noch unangemessen. Eine Rechtsverletzung ist nicht gegeben.

E. 4

Die Beschwerdeführerin beantragt, dass der Beschwerdegegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten sei. Als Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB ist der eine Ehegatte gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen (BGE 142 III 36 E. 2.3). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelten Grundsätze analog anwendbar. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels wird der angefochtene Entscheid mit den gestellten

Rechtsbegehren verglichen (PHILIPP MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch Heft Nr. 3/2019, S. 818 ff., S. 838). Zudem muss der Vorschussverpflichtete leistungsfähig sein (etwa: Urteil des Bundesgerichts 5A_482/2019

vom 10. Oktober 2019 E. 3.1). Nach den vorstehenden Ausführungen sind die Rechtsbegehren als aussichtslos zu qualifizieren. Der Antrag ist demnach abzuweisen. Bezüglich der Prüfung der Aussichtslosigkeit wird im Übrigen auf die nachfolgende Erwägung 5 verwiesen. Darüber hinaus scheint der Beschwerdegegner ohnehin nicht leistungsfähig zu sein. Immerhin wurde ihm vor Vorinstanz, wie auch der Beschwerdeführerin, die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

E. 5

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn: a. sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und b. ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537). Geht es um die Frage, ob die unentgeltliche Rechtspflege für ein Rechtsmittelverfahren gewährt werden soll, ist massgebend, ob das Rechtsmittel aus Sicht einer vernünftigen Partei hinreichend erfolversprechend war. Die Prognose ist vom Inhalt des angefochtenen Entscheides sowie davon abhängig, in welchen Punkten sowie mit welchen Rügen und (allenfalls neuen) Tatsachen die Gesuchstellerin sich gegen diesen Entscheid wendet und ob die Vorbringen im Rechtsmittel zulässig sind. Mithin ist zu berücksichtigen, dass ein erstinstanzlicher Entscheid vorliegt, der mit den gestellten Rechtsbegehren verglichen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_872/2018 vom 27. Februar 2019 E. 2.2). Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Das Gerichtspräsidium befindet diesbezüglich präsidial (Art. 71 Abs. 2 PKoG).

Wie sich gezeigt hat (vgl. vorstehende E. 2.3 und 3.3), waren die Rügen der Beschwerdeführerin gänzlich unbegründet. Die angefochtene Verfügung war weder in formeller (Begründungspflicht) noch materieller (Anordnung des Gutachtens) Hinsicht zu beanstanden. Die Vorinstanz handelte im Rahmen und nach Massgabe des Rechts. Anhaltspunkte für das Gegenteil bestanden keine. Der Beschwerdeführerin hat bei dieser Ausgangslage klar sein müssen, dass die Gewinnaussichten gering waren. Dabei bleibt irrelevant, dass die hier angefochtene Beweisanordnung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat und damit ausnahmsweise anfechtbar war. Die Beschwerde ist als aussichtslos zu qualifizieren und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird präsidialiter abgewiesen.

E. 6

Die Prozesskosten umfassen die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr des Obergerichts als Beschwerdeinstanz beträgt Fr. 300.– bis Fr. 4'000.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 3 PKoG [NG 261.2]). Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die

Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Gerichtsgebühr wird vorliegend ermessensweise auf Fr. 400.– festgesetzt und ausgangsgemäss der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen. Zudem wäre dem obsiegenden Beschwerdegegner zu Lasten der Beschwerdeführerin grundsätzlich eine Parteientschädigung zuzusprechen. Ihm sind im vorliegenden Verfahren indes keine Aufwendungen entstanden, weshalb davon abzusehen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 32 Abs. 1 PKoG e contrario).

Demnach erkennt das Obergericht:

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