Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.221/2006 /blb

Urteil vom 16. Januar 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Nordmann, Hohl,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
Y._____,
Beklagte und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Viktor Rüegg,

gegen

X._____,
Kläger und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Rechtsanwältin Heidi Koch-Amberg.

Gegenstand
Ehescheidung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Kammer als Appellationsinstanz nach ZPO, vom 11. Juli 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Parteien heirateten 1998 in S._____. Sie leben seit 1. April 2002 getrennt. Im Jahre 2002 kam das gemeinsame Kind A._____ zur Welt.
B.
Am 8. November 2004 reichte der Vater die Scheidungsklage ein. In ihrer Klageantwort vom 11. Februar 2005 erklärte sich die Mutter mit der Scheidung einverstanden, stellte aber abweichende Anträge zu den Nebenfolgen.
Mit Urteil vom 29. Dezember 2005 schied das Amtsgericht Luzern-Land die Ehe, stellte A._____ unter die elterliche Sorge der Mutter, unter Fortsetzung der Erziehungsbeistandschaft und Berechtigung des Vaters zu zwei begleiteten Besuchstagen bis April 2006, danach zu zwei unbegleiteten Tagen und ab dem Jahr 2007 zu zwei Wochenenden sowie einer auf die Schweiz begrenzten Ferienwoche; sodann verpflichtete es den Vater zu Kinderunterhalt von Fr. 750.– sowie zu nachehelichem Unterhalt von Fr. 750.– bis Ende 2012 und danach von Fr. 400.– bis August 2018; ferner regelte es die güterrechtlichen Ansprüche sowie die Teilung der Austrittsleistung.
Mit Urteil vom 11. Juli 2006 änderte das Obergericht des Kantons Luzern das Recht auf persönlichen Verkehr dahingehend, dass es das Besuchsrecht ab sofort in unbegleiteter Form und darüber hinaus einen halbstündigen Telefonkontakt pro Woche gewährte; sodann erhöhte es den nachehelichen Unterhalt auf Fr. 900.– bis Ende 2012 und danach auf Fr. 500.– bis Ende Oktober 2018.
C.
Gegen dieses Urteil hat die Mutter am 13. September 2006 Berufung erhoben. Sie verlangt die Ausdehnung des nachehelichen Unterhalts von Fr. 500.– bis Ende 2020 (statt bis Oktober 2018) und ein Besuchsrecht da-

hingehend, dass dem Vater ein begleiteter Besuchstag bis zum vollendeten 12. Altersjahr von A._____ und danach ein unbegleiteter Besuchstag pro Monat und eine auf die Schweiz begrenzte Ferienwoche zu gewähren sei; sodann verlangt sie die unentgeltliche Rechtspflege.
Der Vater hat ebenfalls eine Berufung eingereicht (5C.203/2006).
Die Mutter hat ausserdem eine staatsrechtliche Beschwerde eingereicht (5P.381/2006), auf welche die urteilende Abteilung mit Entscheid heutigen Datums nicht eingetreten ist.
Zur vorliegenden Berufung wurde keine Antwort eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Der angefochtene Entscheid ist vorher ergangen, so dass noch die Bestimmungen des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) anzuwenden sind (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG).
2.
Die Mutter macht zunächst eine Verletzung von Art. 273 Abs. 1 ZGB geltend.
2.1 Sie führt diesbezüglich aus, A._____ habe nie mit dem Vater zusammengelebt, weshalb es nach der Rechtsprechung lediglich darum gehe, dem Kind eine hinreichende Realitätskontrolle zu ermöglichen; hierzu genügten bereits einige wenige Besuche pro Jahr. Unangemessen sei auch das Ferienrecht ab einem Zeitpunkt, wo A._____ erst vier Jahre alt sei, stelle doch der Vater für sie eine fremde Person dar.
2.2 Die Vorstellungen darüber, was in durchschnittlichen Verhältnissen als angemessenes Besuchsrecht zu gelten habe, gehen in Lehre und Praxis auseinander, wobei regionale Unterschiede festzustellen sind und eine Tendenz zur Ausdehnung des Besuchsrechts besteht (vgl. statt vieler: Schwenzer, in: Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 273 ZGB). Verbreitet ist heutzutage für den Standardfall ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende sowie ein Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr.
Die kantonale Praxis neigt dazu, das Besuchsrecht im Streitfall weniger grosszügig zu bemessen als bei gutem Einvernehmen der Eltern. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen jedoch Konfliktsituationen, wie sie bei jeder Scheidung auftreten können, nicht zu einer einschneidenden Beschränkung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit führen, wenn das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist (BGE 130 III 585 E. 2.2.1 S. 589). Das Bundesgericht hat sich dabei von der Überlegung leiten lassen, dass es unhaltbar wäre, wenn der obhutsberechtigte Elternteil es in der Hand hätte, gewissermassen durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. Sodann hat es die Pflicht des obhutsberechtigten Elternteils hervorgehoben, die Beziehung zwischen dem Kind und dem anderen Teil zu fördern und das Kind für die Kontaktpflege positiv vorzubereiten. Zudem hat es auf die Erkenntnis verwiesen, 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.
2.3 Der Verweis der Mutter auf die Textpassage in BGE 120 II 229 E. 4a S. 235, bei einem Kind im Vorschulalter genügten wenige Besuche pro Jahr - und der damit verbundene Zirkelschluss, der Vater stelle für A._____ eine fremde Person dar, weshalb nur ein ganz eingeschränktes Besuchsrecht gewährt werden könne -, gehen an der Sache vorbei: Beim zitierten Entscheid ging es um die Frage, ob bei konkretem Verdacht auf sexuellen Missbrauch bei einem Kleinkind das Besuchsrecht schlechthin zu unterbinden sei oder ob einige wenige begleitete Besuche pro Jahr zur Gewährung einer Realitätskontrolle gewährt werden müssten.
Vorliegend kann von einer solchen Ausnahmesituation keine Rede sein; vielmehr besteht zwischen Vater und Tochter nach den im Berufungsverfahren verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen (Art. 63 Abs. 2 OG) eine gute und herzliche Beziehung; sodann bemüht sich der Vater trotz der erschwerten Bedingungen um die Aufrechterhaltung des Kontaktes, ist er kooperativ und hält er sich auch stets an die Weisungen der Beiständin. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom Obergericht getroffene, nach fortschreitendem Alter des Kindes abgestufte Besuchsrechtsregelung gegen Bundesrecht verstossen soll; umso weniger ist ein Eingreifen angezeigt, als das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum Besuchsrecht unter Verweis auf das richterliche Ermessen eine gewisse Zurückhaltung übt (vgl. BGE 120 II 229 E. 4a S. 235).
Gleiches muss für das Ferienrecht gelten: Angesichts des guten Verhältnisses zwischen Vater und Tochter ist nicht zu sehen, inwiefern das Obergericht mit dem Gewähren einer Ferienwoche pro Kalenderjahr von seinem Ermessen unsachgemässen Gebrauch gemacht und damit gegen Bundesrecht verstossen haben soll.
Es bleibt, darauf hinzuweisen, dass der Vater - wogegen er sich auch nie gewehrt hat - während der Ausübung

des persönlichen Verkehrs seine Pässe bei der Beiständin zu hinterlegen hat. Damit ist der von der Mutter befürchteten Entführungsgefahr nach Syrien (vgl. dazu Ausführungen in der konnexen staatsrechtlichen Beschwerde 5P.381/2006) in angemessener Weise Rechnung getragen.
2.4 Die Mutter macht schliesslich geltend, die obergerichtliche Regelung sei unklar: Der Formulierung, der Vater sei berechtigt, A._____ an zwei Tagen pro Monat und ab dem Jahr 2007 an zwei Wochenenden auf Besuch zu nehmen, lasse offen, ob die zwei Wochenenden zu den zwei Tagen hinzukämen oder an deren Stelle träten.
Abgesehen davon, dass die Wahl der Formulierung in keinem Zusammenhang mit dem materiellen Bundesrecht steht, dessen Verletzung mit Berufung gerügt werden kann (Art. 43 Abs. 1 OG), ist die Kritik ohnehin unberechtigt: Aus der obergerichtlichen Formulierung geht klar hervor, dass das Besuchsrecht an zwei Wochenenden pro Monat ab dem Jahr 2007 das zweitägige bis Ende 2006 ersetzt; ein Besuchsrecht von zwei Wochenenden pro Monat oder ein solches an jedem zweiten Wochenende entspricht denn auch verbreiteter Praxis (vgl. E. 2.2).
3.
Die Mutter wirft dem Obergericht sodann eine Verletzung von Art. 125 ZGB vor.
3.1 Sie macht diesbezüglich geltend, wegen des Kindes sei die Ehe lebensprägend. Vor diesem Hintergrund sei es aber widersprüchlich, wenn das Obergericht mit Verweis auf die kurze Ehedauer nur bis Oktober 2018 nachehelichen Unterhalt gewähre. Ihre Altersrente werde infolge der weitgehend ehebedingt eingeschränkten Erwerbsfähigkeit bedeutend tiefer ausfallen als diejenige des Vaters. Der nacheheliche Unterhalt sei deshalb zum Aufbau der eigenen Altersvorsorge über das 16. Altersjahr der Tochter hinaus bis Ende 2020 zu erstrecken.
3.2 Das Obergericht hat der Mutter ab dem vollendeten 10. Altersjahr des Kindes eine teilzeitige Erwerbstätigkeit von 50 % und ab dem vollendeten 16. Altersjahr, d.h. ab Oktober 2018, eine solche von 100 % zugemutet; sie hat dabei die einschlägigen bundesgerichtlichen Richtlinien befolgt (BGE 115 II 6 E. 3c S. 10).
Die Mutter stellt sich indes auf den Standpunkt, der nacheheliche Unterhalt müsse bis Ende 2020 verlängert werden, weil sie wegen des gemeinsamen Kindes beim Aufbau der Altersvorsorge benachteiligt sei. Wenn sie geltend macht, bei einer lebensprägenden Ehe dürften solche Nachteile nicht entstehen, und wenn sie insoweit eine absolute finanzielle Gleichstellung der Ehegatten fordert, verkennt sie, dass sich der Richter nicht auf eine schematische Zweiteilung in kurze und lange bzw. in lebensprägende und nicht lebensprägende Ehen je fixen Rechtsfolgen beschränken darf. Vielmehr hat das Bundesgericht stets betont, dass für die Bemessung des nachehelichen Unterhaltes alle in Art. 125 Abs. 2 ZGB aufgelisteten Faktoren wie namentlich Aufgabenteilung, Ehedauer, Alter und Gesundheit, Einkommen und Vermögen, Kinderbetreuung sowie berufliche Ausbildung und Erwerbsaussichten zu würdigen sind (BGE 130 III 537 E. 3.4 S. 543). Im Übrigen gibt es keinen Anspruch auf zeitlich unbegrenzte absolute finanzielle Gleichbehandlung, wie die Mutter dies sinngemäss verlangt. Vielmehr beschränkt sich der Anspruch des leistungsberechtigten Ehegatten auch bei der lebensprägenden Ehe maximal auf die Fortführung der ehelichen Lebenshaltung (BGE 129 III 7 E.
3.1.1 S. 8).
Bei der Beurteilung des nachehelichen Unterhaltes aufgrund der genannten Kriterien ist der Richter in mehrfacher Hinsicht auf sein Ermessen (Art. 4 ZGB) verwiesen; so kommt ihm in Anwendung von Art. 125 ZGB sowohl bei der Bestimmung des gebührenden Unterhalts als auch bei der Beurteilung, ob es den Ehegatten zumutbar ist, hierfür selbst aufzukommen, sowie bei der allfälligen Festsetzung eines angemessenen Unterhaltsbeitrages ein weites Ermessen zu (BGE 127 III 136 E. 3a S. 141).
Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei; es übt dabei allerdings Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat, d.h. wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 III 310 E. 3 S. 313 f.; 128 III 428 E. 4 S. 432; 129 III 380 E. 2 S. 382).
Das in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB genannte Kriterium der Ehedauer ist ein sehr wesentliches. Wenn das Obergericht ausgehend von der Tatsache, dass das Zusammenleben der Ehegatten nur gerade vier Jahre gedauert hat, und zudem erwägend, dass die Mutter eine Handelsschule besucht und vor der Ehe als kaufmännische Angestellte beim Kanton gearbeitet hat, ihr nur bis zum vollendeten 16. Altersjahr der Tochter im Oktober 2018 nachehelichen Unterhalt zugesprochen hat, ist - jedenfalls vor dem Hintergrund des erwähnten weiten Ermes-

sens des Sachrichters - kein Bundesrecht verletzt.
4.
Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss die Berufung als von Anfang an aussichtslos gelten, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege mangelt (Art. 152 Abs. 1 OG) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist. Die Gerichtsgebühr ist der Mutter aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer als Appellationsinstanz nach ZPO, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. Januar 2007
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: