Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.214/2005 /bnm

Urteil vom 24. August 2005
II. Zivilabteilung

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

Parteien
X._____ (Ehemann),
Beschwerdeführer,
vertreten durch Advokat Urs Grob,

gegen

Y._____ (Ehefrau),
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Advokatin Dr. Caroline Cron,
Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, Amthaus I, Amthausplatz, 4500 Solothurn.

Gegenstand
Art. 9 BV usw. (Obhutszuteilung; Kindsanhörung im Eheschutzverfahren),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 22. April 2005.

Sachverhalt:
A.
Die Parteien sind verheiratet und haben die am 18. März 1997 geborenen Zwillinge V._____ und W._____.

Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens stellte der Gerichtspräsident A._____ deren Kinder nach Eintreffen des kinderpsychiatrischen Gutachtens mit Entscheid vom 27. September 2004 definitiv unter die Obhut der Mutter, unter Gewährung eines Besuchs- und Ferienrechts für den Vater, unter Weiterführung der Erziehungsbeistandschaft sowie unter der Auflage an die Mutter, die psychiatrische Betreuung bzw. Therapierung der Kinder fortzusetzen.

Mit Urteil vom 22. April 2005 wies das Obergericht des Kantons Solothurn den hiergegen erhobenen Rekurs des Vaters ab.
B.
Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat X._____ am 1. Juni 2005 staatsrechtliche Beschwerde eingereicht, um deren Abweisung das Obergericht und die Beschwerdegegnerin in ihren Vernehmlassungen vom 6. bzw. 14. Juli 2005 ersuchen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Letztinstanzliche kantonale Entscheide über gerichtliche Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft stellen grundsätzlich keine Endentscheide im Sinn von Art. 48 Abs. 1 ZGB dar und können daher nicht mit eid-

genössischer Berufung angefochten werden (BGE 127 III 474). Auf die im Verhältnis zum Rechtsmittel der Berufung subsidiäre staatsrechtliche Beschwerde ist somit einzutreten.
2.
Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht vor, die Kinder nicht selbst angehört zu haben, und macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), einen Verstoss gegen Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK) sowie eine willkürliche Anwendung von Art. 144 Abs. 2 ZGB geltend.
2.1 Art. 144 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass bei Anordnungen über Kinder diese in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich anzuhören sind, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Diese Norm findet auf alle gerichtlichen Verfahren Anwendung, in denen Kinderbelange zu regeln sind. Sie gilt demnach nicht nur im Scheidungs-, sondern auch im Eheschutzverfahren sowie namentlich für die vorsorglichen Massnahmen im Sinn von Art. 137 ZGB (siehe BGE 126 III 497) und im Abänderungsverfahren nach Art. 134 ZGB. Das Bundesgericht hat in einem neusten, zur Publikation bestimmten Entscheid im Sinn einer Richtlinie festgehalten, dass die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (zur Publ. best. Urteil 5C.63/2005 vom 1. Juli 2005, E. 1.2.3).

Demgegenüber gewährt Art. 12 KRK ein Meinungsäusserungsrecht in allen das Kind belangenden Verfahren nur insoweit, als dieses fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, was nach der Lehre mit der Urteilsfähigkeit im Sinn von Art. 16 ZGB gleichzusetzen ist (Bräm, Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: AJP 1999, S. 1570; vgl. auch Birchler, Die Anhörung des Kindes, in: ZVW 2000, S. 239; Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 29 ff. und 68; vgl. sodann BGE 120 Ia 369 E. 1 S. 371). Art. 144 Abs. 2 ZGB geht folglich sogar über die Garantien der KRK hinaus, und insofern fällt die Konventionsrüge mit derjenigen zusammen, Art. 144 Abs. 2 ZGB sei verletzt worden (dazu E. 2.2), zumal die Überprüfung der Anhörungsrechte nach Art. 144 Abs. 2 ZGB nicht der Willkürkognition, sondern der freien Überprüfung des Bundesgerichts unterliegt, weil sich die Anhörungspflicht gleichzeitig auch aus Staatsvertragsrecht ergibt (vgl. BGE 124 III 90 E. 3a S. 92 und 130 III 489 E. 1.4 S. 492).

Wie die Konventionsrüge geht auch diejenige der Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV) im Vorbringen auf, Art. 144 Abs. 2 ZGB sei verletzt, wird doch die Anhörung der Kinder in dieser bundesrechtlichen Norm konkretisiert und zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern sein verfassungsmässiger Gehörsanspruch über die betreffende Regelung hinausginge.
2.2 Das Obergericht hat die Anhörung der Kinder mit einem Verweis auf die kinderpsychiatrische Begutachtung und der Begründung abgelehnt, eine weitere Befragung durch das Gericht würde sie im vorliegenden Fall überfordern. Sodann hat es allgemein bemerkt, dass im Scheidungs- und Eheschutzverfahren urteilsunfähige Kinder in aller Regel nicht angehört würden.

Der Beschwerdeführer hält diese Begründung für willkürlich. Die Anhörung der Kinder nach Art. 144 Abs. 2 ZGB setze nicht deren Urteilsfähigkeit voraus und blosse kinderpsychologische Tests bei der Begutachtung würden die Anhörung nicht ersetzen. Die inzwischen achtjährigen Kinder seien ohne weiteres in der Lage zu sagen, unter wessen Obhut sie gestellt werden möchten; dies zeige sich auch darin, dass sie vor der Polizei zu Protokoll gegeben hätten, bei ihm wohnen zu wollen.
2.2.1 Soweit der Beschwerdeführer zunächst behauptet, blosse kinderpsychologische Tests stellten keine Anhörung dar - an sich zu Recht, setzt doch die Anhörung semantisch eine verbale Äusserung voraus -, übersieht er, dass die kinder- und jugendpsychiatrische Universitätsklinik und -poliklinik Basel (KJUP) mit den Kindern nicht bloss psychologische Tests durchgeführt hat; vielmehr ist auf S. 7, Ziff. 4.1.2 des Gutachtens ausdrücklich davon die Rede, dass die Kinder zu Beginn des Gespräches aktiv daran teilgenommen und nachher miteinander gespielt hätten.
2.2.2 Recht zu geben ist dem Beschwerdeführer insofern, als die Kinderanhörung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB keine Urteilsfähigkeit des Kindes voraussetzt, dient sie doch nicht nur zu dessen Willensäusserung, sondern ebenso sehr der (in Kinderbelangen von Amtes wegen vorzunehmenden) Sachverhaltsabklärung, zu der auch Kinder beitragen können, die noch nicht im rechtlichen Sinn urteilsfähig, aber bereits zu kohärenter verbaler Äusserung fähig sind. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht im erwähnten Urteil 5C.63/2005 festgelegt, dass die Kinderanhörung bei entsprechendem Antrag grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahrs

möglich ist; insofern widerspricht die obergerichtliche Aussage, urteilsunfähige Kinder seien in aller Regel nicht anzuhören, der nunmehr geltenden Rechtsprechung. Im Übrigen hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass Kinder von der zuständigen Behörde in der Regel persönlich anzuhören sind und eine Delegation nur ausnahmsweise stattfinden soll (BGE 127 III 295 E. 2a S. 297); es ginge deshalb nicht an, in jedem Fall von einer Anhörung abzusehen, sobald ein Gutachten in Auftrag gegeben ist.

Bei seinen Ausführungen übergeht der Beschwerdeführer jedoch, dass das Obergericht für die unterbliebene Anhörung nicht nur auf das Kindesalter, sondern insbesondere auch auf den zweiten in Art. 144 Abs. 2 ZGB erwähnten Ausschlusstatbestand der anderen wichtigen Gründe abgestellt hat, indem es befand, eine gerichtliche Anhörung würde die Kinder zu stark belasten. Das Obergericht hat mehrmals auf den weit über das übliche Mass hinausgehenden Loyalitätskonflikt verwiesen, dem die Kinder - namentlich väterlicherseits - ausgesetzt sind. So hat dieser die Kinder beispielsweise auf den Polizeiposten verbracht und sie dort zu Protokoll geben lassen, dass sie bei ihm wohnen möchten. Dieses unverantwortliche Vorgehen zeugt von wenig Einfühlungsvermögen und bestätigt die darauf hinauslaufenden Befunde im Gutachten, dass der Beschwerdeführer kaum zwischen eigenen und Kindesinteressen zu unterscheiden vermag und die Kinder in einem unhaltbaren Loyalitätskonflikt stehen.

Da sich der Beschwerdeführer mit der auf diese besonderen Umstände zurückzuführenden Alternativbegründung des Obergerichts, den Kindern sei eine gerichtliche Anhörung nicht zuzumuten, entgegen seiner Pflicht, sich mit jeder Begründung einzeln auseinanderzusetzen (vgl. BGE 105 Ib 221 E. 2c S. 224; 107 Ib 264 E. 3b S. 268; 113 Ia 94 E. 1a/bb S. 95 f.; analog für die Berufung: BGE 111 II 397 E. 2b; 115 II 300 E. 2a S. 302), sofern überhaupt, bloss appellatorisch auseinandersetzt (Ziff. 41-43), kann darauf nicht eingetreten werden.

3.

Soweit der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit angeblichen Widersprüchen im Gutachten und der Feststellung des Obergerichts, er sei uneinsichtig, sinngemäss Willkür geltend macht, vermag die staatsrechtliche Beschwerde den Begründungsanforderungen gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG (vgl. hierzu BGE 125 I 71 E. 1c S. 76; 129 I 185 E. 1.6 S. 189; 130 I 258 E. 1.3 S. 262) nicht zu genügen. Ohnehin könnte der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegnerin die Erziehungsfähigkeit nur mit gewissen Vorbehalten attestiert worden ist - primär wegen ihrer Hilflosigkeit gegenüber den Einschüchterungsversuchen des Beschwerdeführers -, nichts für seine Forderung nach einer Obhutszuteilung an sich selbst ableiten, wird doch seine eigene Erziehungsfähigkeit als deutlich eingeschränkt bezeichnet und von einer Obhutszuteilung an ihn abgeraten (S. 14, Ziff. 6.2 lit. c des Gutachtens).

4.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen muss die staatsrechtliche Beschwerde als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden, womit es an den materiellen Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege gebricht (vgl. Art. 152 Abs. 1 OG); das entsprechende Gesuch ist folglich abzuweisen.

Aufgrund des Verfahrensausganges wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. August 2005

Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: