Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.17/2003 /bmt

Urteil vom 25. Februar 2003
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
K._____ (Ehemann),
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokatin Susanne Ackermann Fioroni, Spittelerhof, Kasernenstrasse 22a, Postfach 569, 4410 Liestal,

gegen

D._____ (Ehefrau),
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Advokatin Kathrin Bichsel, Blumenrain 3, Postfach, 4001 Basel,
Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, Gerichtsgebäude, 4410 Liestal.

Gegenstand
Art. 9 BV (Eheschutz; Obhutszuteilung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, vom 5. November 2002.

Sachverhalt:
A.
Die Parteien stammen aus dem Kosovo, wo sie die Ehe schlossen. Während der Ehemann K._____ (Jahrgang 1962) nach der Heirat an eine Arbeitsstelle in die Schweiz zurückkehrte, blieb seine Ehefrau D._____ (Jahrgang 1969) vorerst in der Heimat. Im Jahre 1999 gelangte sie mit ihren vier Kindern als Kriegsflüchtling über Albanien in die Schweiz und lebte ab dem 17. Mai 1999 (Einreisedatum) bei ihrem Ehemann in X._____ (BL). Nach einer Auseinandersetzung mit dem Ehemann verliess sie am 28. Februar 2001 mit ihren Kindern die eheliche Wohnung und stellte ein Gesuch um Eheschutzmassnahmen.

K._____ (Ehemann) meldete sich Mitte April 2002 bei der Fremdenpolizei nach dem Kosovo ab und verliess die Schweiz. Das kantonale Amt für Migration verweigerte daraufhin die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für die Ehefrau und widerrief die Niederlassungsbewilligung für die Kinder. Es ordnete die Ausreise bis 15. Juli 2002 an. Die entsprechende Verfügung vom 8. Mai 2002 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

D._____ (Ehefrau) stellte für sich und die nunmehr fünf Kinder Mitte Juli 2002 ein Asylgesuch, auf das die zuständigen Behörden eintraten. Zur Zeit lebt sie mit ihren fünf Kindern im Durchgangsheim in Y._____ (GR) und wartet den Asylentscheid ab.
B.
Im Eheschutzverfahren bewilligte der Bezirksgerichtspräsident X._____ den Ehegatten das Getrenntleben (Verfügung vom 4. April 2001) und regelte die Kinderbelange zunächst nur vorläufig. Gestützt auf das Gutachten des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes (KJPD) vom 29. April 2002 teilte er die drei älteren Kinder

(geboren 1991, 1993 und 1996) dem Ehemann und die beiden jüngeren Kinder (geboren 1997 und 2001) der Ehefrau zur Pflege und Erziehung zu und traf weitere Anordnungen (Verfügung vom 28. Juni 2002). Beide Ehegatten appellierten gegen den Eheschutzentscheid. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft (Abteilung Zivil- und Strafrecht) hiess die Appellation der Ehefrau gut. Es teilte ihr alle fünf Kinder zur Pflege und Erziehung zu (Ziffer 1), regelte die Kinderbelange (Ziffern 2-5: eingeschränktes Besuchsrecht und Unterhaltspflicht des Ehemannes gegenüber den Kindern sowie Erziehungsbeistandschaft) und auferlegte der Ehefrau verschiedene Pflichten bezüglich der Kinderbetreuung (Ziffer 6 des Urteils vom 5. November 2002).
C.
Mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) beantragt der Ehemann dem Bundesgericht in der Sache, das kantonsgerichtliche Urteil aufzuheben. Es sind die Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft das (Eheschutz-) Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB; für Kindesschutzmassnahmen: Art. 315a Abs. 1 ZGB). Das kantonal letztinstanzliche Eheschutzurteil unterliegt der eidgenössischen Berufung nicht (BGE 127 III 474 E. 2 S. 476 ff.). Die Willkürbeschwerde, die sich gegen die Zuteilung der Obhut über die Kinder an die Beschwerdegegnerin und die damit verbundenen Folgen richtet, ist hingegen zulässig. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.
2.
Der KJPD hat dem Gericht zwei Vorschläge unterbreitet: Einerseits sollten die drei älteren Kinder dem Beschwerdeführer und die zwei jüngeren Kinder der Beschwerdegegnerin zugeteilt werden, andererseits sei dem eventuellen Entscheid der Migrationsbehörden, die Beschwerdegegnerin mit ihren Kindern in den Kosovo zurückzuschicken, aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht zum Wohle der Kinder kein entscheidendes Argument entgegenzusetzen. Das Kantonsgericht hat die beiden Empfehlungen wiedergegeben (E. 5 S. 8 ff.), das Ergebnis des Gutachtens als nicht bindend betrachtet (E. 6 S. 10) und die Gründe dargelegt, die gegen eine Befolgung der gutachterlichen Empfehlungen sprächen (E. 7 und 8 S. 10 ff. und E. 10 S. 18). Der Beschwerdeführer erblickt eine willkürliche Beweiswürdigung darin, dass das Kantonsgericht von der zweiten Empfehlung ohne triftige Gründe abgewichen sei.
2.1 Das Sachgericht würdigt Gutachten grundsätzlich frei. In Fachfragen darf es allerdings nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen können. Umgekehrt kann Willkür aber auch dann vorliegen, wenn das Sachgericht auf ein Gutachten abstellt, das sich als nicht schlüssig erweist, weil gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern. Das Abstellen oder Abweichen von einem Gerichtsgutachten muss sich im Ergebnis als willkürlich erweisen (zuletzt: BGE 128 I 81 E. 2 S. 86).
2.2 Die erste Empfehlung des KJPD beruht offensichtlich auf der Annahme, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz bleiben werde (S. 31), wiewohl dieser dem KJPD am 5. April 2002 mitgeteilt hatte, er werde definitiv am 14. ds. in den Kosovo abreisen (S. 9 des Gutachtens). Der Beschwerdeführer stellt denn auch nicht in Abrede, dass das Kantonsgericht triftige Gründe hatte, vom Gutachten abzuweichen, zumal dessen erste Empfehlung auf unzutreffenden tatsächlichen Annahmen beruht hat (z.B. BGE 118 Ia 144 E. 1c S. 146/147).
2.3 Das Kantonsgericht hat seine weiteren Gründe dargelegt, weshalb es dem Gutachten (E. 8 S. 11 ff.) und auch der zweiten Empfehlung nicht folgen konnte (E. 10 S. 18). Der Beschwerdeführer setzt sich mit den einzelnen Kritikpunkten ausführlich auseinander und beanstandet, dass sich das Kantonsgericht an die zweite Empfehlung ohne triftige Gründe nicht gehalten hat. Der KJPD ist zur sachverständigen Beurteilung der Kinderbelange beigezogen worden, weil die Eltern der Kinder nicht mehr als Familie zusammengelebt haben und ihnen das Getrenntleben gerichtlich bewilligt worden ist. Für diesen Fall der Ehetrennung von vornherein keine Lösung bringt der "Vorschlag", dass dem Wohl der Kinder am besten gedient wäre, wenn deren Eltern freiwillig wieder zusammen leben könnten bzw. - nach einem behördlichen Wegweisungsentscheid der Beschwerdegegnerin und mit Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse im Kosovo - zu einem erneuten Zusammenleben gezwungen wären. Das Gutachten geht von - im heutigen Zeitpunkt - prozessual unmassgeblichen Prämissen aus, wie das Kantonsgericht zu Recht hervorgehoben hat. Ein Abweichen von der zweiten Empfehlung des KJPD kann deshalb im Ergebnis nicht als willkürlich bezeichnet werden (vgl. dazu Guldener,

Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 9 f.; Bühler, Die Beweiswürdigung, in: Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 71 ff., S. 81 ff.).

3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Kantonsgericht habe bei seiner Obhutszuteilung weitere im Gutachten genannte Gründe nicht berücksichtigt. Der Wunsch der Kinder hätte zudem nur mit Vorsicht gewürdigt werden dürfen.

3.1 Das Bundesgericht gesteht dem Sachgericht in der Beweiswürdigung einen weiten Spielraum des Ermessens zu (BGE 83 I 7 S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Als willkürlich erscheinen kann eine Beweiswürdigung immerhin dann, wenn das Sachgericht einseitig einzelne Beweise berücksichtigt und andere, aus denen sich Gegenteiliges ergeben könnte, ausser Acht lässt (BGE 100 Ia 119 E. 4 S. 127 und E. 6 S. 130; 118 Ia 28 E. 1b S. 30).

3.2 Eine Delegation des urteilenden Kantonsgerichts hat die Kinder in Y._____ besucht und angehört. Das Kantonsgericht ist im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, der ausdrückliche Wunsch der beiden älteren Kinder, lieber in der Schweiz zu bleiben statt in den Kosovo zu reisen, sei bei der Obhutszuteilung zu berücksichtigen (E. 9f S. 17 f.). Der Beschwerdeführer beanstandet zu Recht nicht, dass Kinder vor der Obhutszuteilung auch im Eheschutzverfahren in geeigneter Weise persönlich anzuhören sind, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. Art. 144 Abs. 2 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5P.112/2001 vom 27. August 2001, E. 4). Zum Alter hat das Bundesgericht festgehalten, es sei nicht willkürlich, ein normal entwickeltes 9 ½-jähriges Kind im Massnahmenverfahren gemäss Art. 137 ZGB anzuhören und seinen ernst zu nehmenden Wunsch zu berücksichtigen (Urteil 5P.204/2002 vom 6. August 2002, E. 3.4, zusammengefasst in: FamPra 2002 S. 850). Vom Alter her spricht somit nichts dagegen, den Wunsch der Kinder zu berücksichtigen, die bei der Anhörung knapp 11 bzw. 9 Jahre alt waren. Das älteste Kind vermag sich zudem noch gut an seine Heimat im Kosovo zu erinnern, und zwar durchwegs in einem positiven Sinn
(S. 16 des Gutachtens). Die ablehnende Haltung beider Kinder gegenüber einer Rückkehr in den Kosovo muss seinen Grund nicht zwingend in einer negativen Beeinflussung durch die Beschwerdegegnerin haben. Unter Willkürgesichtspunkten kann vielmehr angenommen werden, dass die Kinder auch wegen ihrer guten Integration (sprachlich, schulisch, u.a.m.) und der Kriegswirren, die sie auf ihrer Flucht aus dem Kosovo miterlebt hatten, in der Schweiz zu bleiben wünschen.

3.3 Was der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung im weiteren anführt, ist ebenso wenig stichhaltig. Entgegen seiner Darstellung unter Ziffer 6 auf den Seiten 9 ff. ist das Kantonsgericht auf sämtliche angesprochenen Sachverhalte eingegangen. Es hat die Belastung der älteren Kinder (E. 9b S. 15), die Diätvorschriften (E. 9c S. 16), die Dämonisierung des Kindsvaters (E. 9g S. 18), die Integration der Kinder (E. 9c S. 16), die Kinderbetreuungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin (E. 9d S. 17) sowie die instabilen Lebensverhältnisse erörtert und berücksichtigt (E. 9a S. 14). Dass es aus diesen Sachverhaltsmomenten andere Schlüsse gezogen hat als der Beschwerdeführer, belegt für sich allein keine willkürliche Beweiswürdigung (BGE 116 Ia 85 E. 2b S. 88). Eine andere Frage ist hingegen, ob die rechtliche Beurteilung des Beweisergebnisses der Willkürprüfung standhält (E. 4 hiernach).

4.

In rechtlicher Hinsicht wirft der Beschwerdeführer dem Kantonsgericht vor, es sei von einem natürlichen Vorrang der Beschwerdegegnerin als Mutter bei der Obhutszuteilung ausgegangen. Sodann habe das Kantonsgericht die prekäre Situation der Beschwerdegegnerin in einem Durchgangsheim zu wenig gewichtet. Die Beschwerdegegnerin sei auch gar nicht fähig, die Kinder zu betreuen. Der Beschwerdeführer schliesst mit einer Liste der Punkte, die für oder gegen eine Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin oder an ihn sprechen.

4.1 In rechtlicher Hinsicht hat das Kantonsgericht auf die massgeblichen Kriterien abgestellt. Entscheidend kommt es wie im Scheidungsfall auf die bessere (qualitative und quantitative) Möglichkeit der unmittelbaren persönlichen Betreuung an, wenn damit auch der Wunsch des Kindes angemessen berücksichtigt werden kann und sich stabile Verhältnisse abzeichnen. Im Gegensatz zur Scheidung ist beim Eheschutz dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die Bewältigung einer ehelichen Krise bezweckt und an sich als vorübergehende Massnahme gedacht ist. Diese Besonderheit legt es einerseits nahe, den bisherigen Verhältnissen und der bisherigen Aufgabenteilung eine grössere und vorrangige Bedeutung beizumessen, und andererseits folgt daraus, dass nicht eine definitive und dauerhafte Lösung der Kinderbelange im Vordergrund steht, sondern in erster Linie möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder geschaffen werden muss; langwierige Abklärungen sollten - Ausnahmen (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern) vorbe-

halten - nicht die Regel sein (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N. 41 und N. 45, und Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, N. 89 f., je zu Art. 176 ZGB, mit weiteren Nachweisen). Bei der Beurteilung der für die Kinderzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über einen grossen Spielraum des Ermessens (BGE 115 II 317 E. 2 S. 319; 122 III 401 E. 4a, nicht veröffentlicht). Auf Willkürbeschwerde hin kann das Bundesgericht deshalb nur eingreifen, wenn das Sachgericht grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn es Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn es umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Der Ermessensentscheid muss sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 109 Ia 107 E. 2c S. 109; 128 III 4 E. 4b S. 7).

4.2 Dem Gutachten des KJPD lässt sich entnehmen, dass die Geschwister auf Grund der beeindruckenden Integrität und gegenseitigen Fürsorge innerhalb der Gruppe nicht ohne Not getrennt werden sollten, dass die älteren Kinder eher nicht in die Obhut der Beschwerdegegnerin gestellt werden könnten, hingegen die jüngeren Kinder unbedingt bei der Beschwerdegegnerin bleiben müssten (S. 29 ff.). Indem sich das Kantonsgericht für eine der drei Lösungen entschieden hat, ist es nicht von einem natürlichen Vorrang der Mutter ausgegangen, sondern hat den tatsächlich festgestellten Umständen, wie sie aus dem Gutachten hervorgehen, Rechnung zu tragen versucht. Es hat die Lösung getroffen, die der bisherigen Teilung der Aufgaben unter den Ehegatten entsprochen hat. Was den persönlichen Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils mit den Kindern anbetrifft, nimmt der Beschwerdeführer begründeterweise an, dass es bei einer Zuteilung aller Kinder an ihn für die Beschwerdegegnerin äusserst schwierig wäre, den Kontakt zu ihren Kindern überhaupt aufrecht zu erhalten. Umgekehrt wäre es ihm - entgegen seiner heutigen Darstellung - möglich, die Kinder zumindest in naher Zukunft zu besuchen. Gegenüber dem KJPD hatte der Beschwerdeführer bestätigt, er könne in den folgenden zwei Jahren - von der Fremdenpolizei unbehelligt - in die Schweiz ein- und ausreisen (E. 9e S. 17 des angefochtenen Urteils).

4.3 In Anbetracht der geschilderten Umstände (drohende Wegweisung, Aufenthalt in einem Durchgangsheim, Elternteil mit Wohnsitz im Ausland, usw.) ist der zeitliche Horizont für die Regelung der Kinderbelange zwangsläufig begrenzt gewesen. Infolgedessen konnte das Kantonsgericht eine einigermassen tragfähige Ordnung auch nur unter Vorbehalt der gesetzlich vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten treffen (Art. 179 ZGB) und musste das Bedürfnis der Kinder nach stabilen Lebensverhältnissen wie auch die Frage einer vollständigen Integration bezüglich der hiesigen Verhältnisse in den Hintergrund treten lassen. Der Willkürvorwurf des Beschwerdeführers ist deshalb unberechtigt, das Kantonsgericht habe die Lebensverhältnisse der Beschwerdegegnerin nicht oder zu wenig berücksichtigt. Dass andererseits der Beschwerdeführer die notwendige Stabilität der Verhältnisse zu gewährleisten vermöchte, durfte, ohne in Willkür zu verfallen, verneint werden. Angesichts der Armut, in der seine Familie im Kosovo lebt, ist er auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen und wird die Betreuung seiner Kinder Dritten anvertrauen müssen. Die Tatsache, dass er sich von der Fremdenpolizei das unbehelligte Einreisen in die Schweiz während der nächsten zwei Jahre hat bestätigen lassen, kann als Beleg dafür dienen, dass er inskünftig erneut in der Schweiz erwerbstätig sein will, wo er auch in den letzten rund zwanzig Jahren immer wieder eine Arbeitsstelle gefunden hat. Dass er alsdann seine Familie nachkommen lässt, ist wiederum lediglich eine Frage seiner wirtschaftlichen Verhältnisse und damit der Zeit. Stabile Lebensverhältnisse für die Kinder durften deshalb auch bei einer Obhutszuteilung an den Beschwerdeführer, der die Kinder zudem nicht persönlich betreuen kann, willkürfrei verneint werden.

4.4 Das Kantonsgericht ist davon ausgegangen, der Beschwerdegegnerin könne grundsätzlich die Fähigkeit zugesprochen werden, sich um die Kinder zu kümmern. Den unstreitig vorhandenen und auch festgestellten Schwächen und Lücken in der Kinderbetreuung hat das Kantonsgericht mit der Auferlegung von bestimmten Verhaltenspflichten Rechnung zu tragen versucht. Den vom Beschwerdeführer hervorgehobenen Mängeln stehen - wie er selber einräumt - entscheidende Gründe gegenüber, die für eine Obhutszuteilung an die Beschwerdegegnerin sprechen. Sie ist bis anhin die konstante Bezugsperson der Kinder gewesen, geht mit den Kindern gemäss den Feststellungen des KJPD liebevoll und fürsorglich um und konnte ihnen ein Urvertrauen vermitteln, von dem sie heute noch zehren. Der Beschwerdeführer hebt ausdrücklich hervor, dass "eine Trennung der Geschwistergruppe dem Kindeswohl wohl nicht zuträglich wäre" (S. 4 Z. 3 der Beschwerdeschrift), und angefügt werden kann, dass gemäss Gutachten des KJPD eine Trennung der jüngeren Kinder von der Beschwerdegegnerin "zum jetzigen Zeitpunkt ein unverhältnismässiger schwerer Eingriff in deren psychische Entwicklung" bedeutete (S. 29). Was zu Gunsten der Beschwerdegegnerin angeführt werden kann, spricht gegen eine

Obhutszuteilung an den Beschwerdeführer, nämlich die Trennung der Kinder von ihrer konstanten Bezugsperson und der unausweichliche Abbruch der persönlichen Beziehungen zu ihrer Bezugsperson. Nebst diesem Eingeständnis hebt der Beschwerdeführer mit Recht auch Gründe hervor, die eine Obhutszuteilung an ihn nahe legen könnten. Sprechen somit gute Gründe für die eine oder andere von mehreren Lösungen kann die auf Ermessen beruhende Wahl des Kantonsgerichts nicht willkürlich sein. Entscheidend lassen hier die bisherige Kinderbetreuung, der Wunsch der Kinder und die Notwendigkeit, die Geschwister nicht zu trennen und den jüngsten Kindern (geboren 1997 und 2001) die Mutter zu erhalten, die Zuteilung aller Kinder in die Obhut der Beschwerdegegnerin als willkürfrei erscheinen.
4.5 Insgesamt muss die staatsrechtliche Beschwerde auch in rechtlicher Hinsicht abgewiesen werden. Soweit der Beschwerdeführer geltend machen wollte, das Kantonsgericht hätte ein Obergutachten einholen sollen, kann ihm nicht gefolgt werden. Das gesetzlich vorgesehene Eheschutzverfahren bezweckt keine gerichtliche Dauerbetreuung, sondern soll - unter Vorbehalt der Abänderungsmöglichkeit - rasch, mit verfügbaren Mitteln eine Krisensituation zu bewältigen helfen. Willkürfrei durfte deshalb von der Einholung weiterer Gutachten abgesehen werden.
5.
Der unterliegende Beschwerdeführer wird kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. Februar 2003
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: