Urteilskopf

114 II 200

34. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. April 1988 i.S. B. gegen M. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 156 Abs. 1 ZGB; Offizialmaxime.

Die Offizialmaxime gibt keinen bundesrechtlichen Anspruch auf die Einholung weiterer Gutachten, wenn sich der Richter aufgrund der bisherigen - teilweise widersprechenden - Gutachten ein zutreffendes Bild über die entscheidenden Faktoren für die Kinderzuteilung machen kann (E. 2b).

Art. 156 Abs. 1 ZGB; Kinderzuteilung im Falle der Scheidung.

Weisen Vater und Mutter im übrigen gleichwertige Voraussetzungen auf, so hat bei der Zuteilung von Kindern im schulpflichtigen Alter oder kurz davor derjenige Elternteil den Vorrang, der die grössere Bereitschaft aufweist, die Kinder auf Dauer in eigener Obhut zu haben, sie unmittelbar selber zu betreuen und zu pflegen (Präzisierung der Rechtsprechung) (E. 3).

Zuteilung der Kinder an den Vater aufgrund des Kriteriums der Stabilität der Verhältnisse (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 156 al. 1 CC; maxime d'office.

La maxime d'office ne confère pas de prétention de droit fédéral à l'obtention d'autres expertises, lorsque le juge est en mesure, sur la base des expertises existantes partiellement contradictoires, de se faire une représentation exacte des facteurs décisifs pour l'attribution des enfants (consid. 2b).

Art. 156 al. 1 CC; attribution des enfants en cas de divorce.

Lorsque le père et la mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'enfants en âge de scolarité ou qui sont sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour les avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement (précision de la jurisprudence) (consid. 3).

Attribution des enfants au père, sur la base du critère de la stabilité des relations (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 156 cpv. 1 CC; principio dell'officialità.

Il principio dell'officialità non conferisce un diritto, fondato sulla legislazione federale, d'ottenere ulteriori perizie, ove il giudice sia in grado, in base a perizie esistenti - parzialmente contraddittorie -, di farsi un'idea esatta degli elementi determinanti per l'attribuzione dei figli (consid. 2b).

Art. 156 cpv. 1 CC; attribuzione dei figli in caso di divorzio.

Qualora padre e madre offrano condizioni equivalenti, la preferenza va data, nell'attribuzione di figli in età scolastica o ad essa prossima, al genitore che risulta più disponibile per averli durevolmente nella propria custodia diretta, per occuparsene e prenderne cura personalmente (precisazione della giurisprudenza) (consid. 3).

Attribuzione dei figli al padre in base al criterio della stabilità delle relazioni (consid. 5).

Erwägungen ab Seite 201

BGE 114 II 200 S. 201

Aus den Erwägungen:

2. b) (...) Insbesondere begründet die Offizialmaxime keinen bundesrechtlichen Anspruch auf eine unbegrenzte Zahl von Gutachten und Obergutachten. Es wäre verfehlt, immer neue Gutachten in Auftrag zu geben in der zweifelhaften Hoffnung, am Schluss den letzten Rest unterschiedlicher Beurteilung ausräumen zu können. Der Richter kann sich seiner Aufgabe, die Meinungsäusserung des Sachverständigen auf ihre Überzeugungskraft hin zu überprüfen, nicht einfach durch einen Obergutachtensauftrag entledigen, sofern es wie hier nicht um reine Sachfragen - namentlich um die Regeln der Kunst - geht. Im vorliegenden Fall sind die massgeblichen Verhältnisse durch die Kinder- und Erwachsenengutachten jedenfalls soweit abgeklärt worden, dass sich der Sachrichter ohne Verletzung von Bundesrecht ein zutreffendes Bild über die entscheidenden Faktoren für die Kinderzuteilung machen konnte. Auf ein weiteres Gutachten durfte somit verzichtet werden.

3. Der Richter hat im Falle der Scheidung über die Gestaltung der Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern nach Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Anordnungen zu treffen (Art. 156 Abs. 1 ZGB). Dabei steht ihm ein weites Ermessen zu. Das Bundesgericht hat jedoch einige Regeln aufgestellt, die dem Richter den Entscheid erleichtern sollen. Oberster Grundsatz bildet danach stets das Wohl des Kindes, während die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. 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

BGE 114 II 200 S. 202

Obhut zu haben und es weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen, im Vordergrund (BGE 112 II 382; BGE 111 II 227; BGE 109 II 193 f.). Auch in jüngsten Entscheiden hat das Bundesgericht betont, dass kleinere Kinder in besonderer Weise der mütterlichen Fürsorge bedürften; der unmittelbaren Betreuung der Kinder durch die Mutter komme daher vorrangige Bedeutung zu. Gleichzeitig ist aber auch darauf hingewiesen worden, dass dem Bedürfnis des Kindes nach stabilen Lebensverhältnissen Rechnung zu tragen sei (BGE 112 II 382; BGE 108 II 370); es sei diejenige Lösung zu treffen, welche die für eine harmonische Entfaltung des Kindes in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendige Stabilität der Verhältnisse gewährleiste (BGE 111 II 227). a) Eine gewisse mütterliche Vorgabe bei der Kinderzuteilung infolge Scheidung ist indessen nach und nach weniger auf einen natürlichen Vorrang der Mutter gegenüber dem Vater in der Betreuung und Pflege der Kinder gestützt worden. Statt dessen ist zunehmend das Kriterium der unmittelbaren Betreuung und Pflege - der Kinder in den Vordergrund getreten. Danach sind die Kinder vorab demjenigen Elternteil zuzuteilen, der bereit ist, seine berufliche Belastung zeitlich ganz oder soweit als möglich einzuschränken, um die Obhut über die Kinder selber ausüben zu können. Wenn eine bestimmte mütterliche Vorgabe aufrechterhalten

worden ist, so also vor allem wenn auch nicht ausschliesslich deswegen, weil in aller Regel die Mutter eher die Möglichkeit und Bereitschaft aufweise, im Interesse der Kinder auf vollen beruflichen Einsatz und entsprechendes Fortkommen zu verzichten. Ein eigentliches Umdenken habe nicht zuletzt angesichts von Art. 161 Abs. 3 aZGB bisher noch nicht stattgefunden, auch wenn Ansätze dazu durchaus vorhanden seien (vgl. BGE 109 II 194; 111 II 227 f.). In der Lehre wird der mütterliche Vorrang zumindest für Kinder im schulpflichtigen Alter - heute ebenfalls in Frage gestellt (HEGNAUER, Kinderzuteilung und Besuchsrecht als Aufgaben der Gesetzgebung, in: Kindeszuteilung, Zürich 1985, S. 155, der die Auffassung von der besonderen Qualität der Mutter-Kind- Beziehung nach dem Befund der Sozialwissenschaften als heute überholt bezeichnet; ferner DUSS-VON WERDT, Die Scheidungsfamilie, a.a.O., S. 124; SJZ 80/1984, S. 96, mit weiteren Hinweisen). b) Ob bei ganz kleinen Kindern weiterhin von einem gewissen natürlichen Vorrang der Mutter auszugehen ist, ist hier nicht zu

entscheiden. Für Kinder im schulpflichtigen Alter oder kurz davor ist hingegen zur Vermeidung jeglichen Anscheins einer ungerechtfertigten geschlechtsbezogenen Benachteiligung eines Elternteils bei sonst gleichwertigen übrigen Voraussetzungen statt von einer mütterlichen Vorgabe besser vom Vorrang desjenigen Elternteils zu sprechen, der aller Voraussicht nach auf die Dauer die grössere Bereitschaft aufweist, die Kinder in eigener Obhut zu haben, sie unmittelbar selber zu betreuen und zu pflegen. Dies steht im Einklang mit dem neuen Eherecht, das grundsätzlich von der Gleichberechtigung der Ehepartner ausgeht und keine feste Aufgabenteilung mehr vorsieht. Ob sich in der Rechtswirklichkeit mit dem neuen Eherecht diesbezüglich schon bald viel ändern wird, bleibt allerdings abzuwarten. Im heutigen Zeitpunkt ist jedenfalls festzustellen, dass in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Mutter nach wie vor eher bereit ist, ihre berufliche Entfaltung zugunsten der Kinder einzuschränken. Solange dies der Fall bleibt, werden die Kinder bei sonst gleichen Voraussetzungen weiterhin in der Regel der Mutter zuzuteilen sein.

4. Die Vorinstanz hat angenommen, die Klägerin werde eher als der Beklagte in der Lage sein, die beiden Töchter persönlich zu betreuen. Diese Zukunftsprognose findet in den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts keine sichere Stütze. Wohl hat die Klägerin ihre ausserhäusliche Erwerbstätigkeit aufgegeben, so dass sie ihren Tagesablauf nach den Bedürfnissen der Kinder ausrichten kann. Ebenso hat aber der Beklagte seine Erwerbstätigkeit eingeschränkt; er arbeitet heute nur noch an vier Tagen. Als selbständigerwerbender Architekt erfreut er sich zudem offensichtlich einer gewissen Flexibilität. Nach den Feststellungen im Urteil des Kantonsgerichts, auf das die Vorinstanz verwiesen hat, betreut er die Kinder in erheblichem Umfange selber. Nach dem unerwarteten Auszug der Klägerin habe er sein Leben tiefgreifend umgestaltet und seine Tätigkeiten im sozialen Bereich aufgegeben. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist somit davon auszugehen, dass beide Elternteile nicht nur in der Frage der Erziehungsfähigkeit, sondern auch hinsichtlich der persönlichen Betreuung der Kinder etwa gleichwertige Voraussetzungen aufweisen.

5. a) Da bei beiden Parteien in persönlicher, wirtschaftlicher und erzieherischer Hinsicht etwa die gleichen Voraussetzungen gegeben sind, ist im vorliegenden Fall auf die Stabilität der Verhältnisse abzustellen. Nach diesem Kriterium soll es nicht zu

unnötigen Wechseln im örtlichen und sozialen Umfeld der Kinder kommen. Einschneidende und wiederholte

Wechsel der Lebensverhältnisse sind vor allem bei kleineren Kindern geeignet, deren harmonische Entwicklung zu beeinträchtigen. Die momentane Situation ist daher nicht allein entscheidend. Es ist auch danach zu fragen, welcher Elternteil aller Voraussicht nach auf längere Sicht ein dem Kindeswohl günstiges, stabiles Milieu zu bieten vermag (BGE 112 II 382 f. mit Hinweisen; ZVW 38/1983, S. 126 und 134; SJZ 80/1984, S. 96 unten, 97 oben; ARNTZEN, Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht, München 1980, S. 18 f.). b) Dieser Grundsatz lässt die Waagschale hier auf die Seite des Vaters sinken. Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils betreute er die beiden Mädchen bereits während rund zweieinhalb Jahren. Das Bundesgericht hat zwar auch in seiner jüngsten Rechtsprechung betont, dass nicht einfach darauf abzustellen sei, welcher Elternteil während der oft langen Dauer des Scheidungsverfahrens die Obhut ausgeübt habe (BGE 112 II 383; BGE 111 II 228). Hier ist der Klägerin die Obhut indes nicht durch eine vorsorgliche Massregel gegen ihren Willen entzogen worden. Sie hat diese Situation vielmehr selber verursacht, indem sie unerwartet die Familiengemeinschaft verlassen, den Beklagten zur Umstellung seiner Lebensverhältnisse gezwungen und sich in einer Vereinbarung mit der väterlichen Obhut einverstanden erklärt hat. Dieses Verhalten muss sie sich mindestens teilweise anrechnen lassen. Für den Beklagten spricht sodann eine günstigere Zukunftsprognose. Wohl wird der Klägerin im Erwachsenengutachten, das die Vorinstanz zusätzlich zu den eher negativen Gutachten und Berichten zuhanden der ersten Instanz eingeholt hat, eine positive Persönlichkeitsentwicklung bescheinigt. Das Gutachten stützt sich jedoch nur auf einen recht kurzen Lebensabschnitt, so dass daraus noch kein sicherer Schluss für die Zukunft gezogen werden kann. Die unstete Vergangenheit mit kurzfristig wechselnden beruflichen und familiären Verhältnissen lässt sich bei dieser Sachlage nicht völlig beiseite schieben. Ebenso lässt die erst kurze Dauer der dritten Ehe noch keine zuverlässige Zukunftsprognose zu. Unter diesen Umständen bietet der Beklagte die bessere Gewähr für eine Fortsetzung der bisherigen klaglosen und langjährigen Betreuung der beiden Mädchen. Im Unterschied zu BGE 112 II 382 ff., der eindeutig als Grenzfall bezeichnet worden ist, steht beim Vater auch keine einschneidende Änderung der Lebensverhältnisse

bevor, so dass es nicht ohnehin zu einem wesentlichen Einschnitt in die Lebensverhältnisse der Kinder kommen wird. Eine Zuteilung der Kinder an die Klägerin rechtfertigt sich somit entgegen der Auffassung der Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt der Stabilität nicht.