Urteilskopf

117 II 353

65. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Juni 1991 i.S. Z. gegen Z. (Berufung)
Regeste (de):
Art. 156 Abs. 1 und Art. 274 Abs. 1 ZGB; Zuteilung der Kinder bei Scheidung der Eltern.

Ein Vorrang der Mutter bei der Zuteilung von Kleinkindern ist auf jeden Fall dann zu verneinen, wenn das Kind seit seinen ersten Lebensmonaten neben der Mutter auch vom Vater intensiv betreut worden ist. Im übrigen rechtfertigt es sich nicht, vom Prinzip der Gleichberechtigung beider Eltern bei der Kinderzuteilung abzuweichen, wenn beide über alle Fähigkeiten für die Betreuung und Erziehung des Kindes verfügen, aber der eine Elternteil das Kind während einer gewissen Zeitspanne widerrechtlich bei sich zurückbehalten hat.

Regeste (fr):
Art. 156 al. 1er et art. 274 al. 1er CC; attribution des enfants lors du divorce des parents.

Lors de l'attribution d'enfants en bas âge, il n'y a en tout cas pas lieu d'accorder la préférence à la mère lorsque, outre cette dernière, le père s'est également occupé de l'enfant de façon suivie dès les premiers mois de son existence. Par ailleurs, il ne se justifie pas, s'agissant de l'attribution des enfants, de se départir du principe de l'égalité des parents lorsque chacun présente les qualités requises pour la prise en charge et l'éducation de l'enfant, mais que l'un d'eux a gardé pendant un certain temps l'enfant auprès de lui de façon illicite.

Regesto (it):
Art. 156 cpv. 1 e art. 274 cpv. 1 CC; attribuzione dei figli nell'ambito del divorzio fra i genitori.

Per l'attribuzione di figli in tenera età la preferenza non va data alla madre, quando oltre ad essa pure il padre si è occupato assiduamente del figlio sin dai suoi primi mesi di vita. Del resto non si giustifica di derogare al principio della parità fra i genitori, quando entrambi dispongono della capacità di assistere ed educare il figlio, ma un genitore lo ha trattenuto illecitamente presso di sé durante un determinato lasso di tempo.

Sachverhalt ab Seite 353

BGE 117 II 353 S. 353

A.- Die Eheleute Z. sind seit dem April 1984 miteinander verheiratet. Ihrer Ehe entstammt der am 6. Februar 1986 geborene Sohn Markus. Seit dem 27. Januar 1988 leben die Ehegatten getrennt. Während der Dauer der Trennung mussten zahlreiche

BGE 117 II 353 S. 354

Massnahmeverfahren durchgeführt werden, mit welchen erbittert um die Obhut über das Kind Markus ge-

kämpft wurde.

B.- Am 19. Mai 1989 schied das Bezirksgericht die Ehe der Parteien gestützt auf die Klage des Ehemannes und stellte das Kind Markus unter die elterliche Gewalt des Klägers. Es regelte das Besuchsrecht und die Unterhaltspflicht der Beklagten für das Kind. Gegen dieses Urteil appellierte die Beklagte an das Obergericht und verlangte vor allem die Zuteilung des Kindes an sie. Mit Entscheid vom 6. Dezember 1990 bestätigte das Obergericht das Urteil des Bezirksgerichts in den Hauptpunkten, hob aber die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für das Kind auf und errichtete darüber hinaus eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB.

C.- Die Beklagte legt beim Bundesgericht Berufung ein. Sie beantragt, das Kind Markus unter ihre elterliche Gewalt zu stellen, dem Kläger ein gerichtsübliches Besuchs- und Ferienbesuchsrecht einzuräumen und ihn zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen für das Kind zu verpflichten. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit auf sie eingetreten werden könne. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Das nunmehr fünfjährige Kind Markus ist von beiden kantonalen Instanzen dem Kläger zugeteilt worden. Das Obergericht hat sich - wie bereits das Bezirksgericht - von den Grundsätzen leiten lassen, die das Bundesgericht in langer Praxis herausgearbeitet und fortwährend verfeinert hat (vgl. BGE 115 II 209 E. a und 319 E. 2). Nach diesen Grundsätzen ist bei der Kinderzuteilung in allererster Linie das Kindeswohl zu beachten. Freilich ist es im Einzelfall äusserst schwierig festzustellen, was dieses Kindeswohl erfordert, hätte es das Kind - vor allem das noch kleine Kind - doch zumeist nötig, zu beiden Eltern intensiv und konstant Beziehungen aufrechterhalten zu können. Da dieses Postulat sich im Falle einer Scheidung nur ungenügend verwirklichen lässt, hat der Sachrichter in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen. Die Interessen der Eltern haben dabei in den Hintergrund zu

treten; ihr Machtkampf, den sie über das Kind ausfechten, hat völlig ausser Betracht zu bleiben. Es ist allein danach zu fragen, bei welchem Elternteil das Kind aller Wahrscheinlichkeit nach am besten aufgehoben sein wird, wo es die für seine körperliche und seelisch-geistige Entwicklung nötige Hinwendung und Wärme am ehesten finden kann und wo auch die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum andern Elternteil zu ermöglichen (BGE 115 II 210 /211). Dem Sachrichter, der die Parteien und die Umgebung, in welcher das Kind zu leben gezwungen ist, aus eigener Sachkunde am besten kennt, steht dabei naturgemäss ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht kann und will hier nur eingreifen, wenn der Sachrichter erhebliche Momente, die für die Entscheidung über die Kinderzuteilung wesentlich wären, grundlos ausser Betracht gelassen oder umgekehrt sich auf Überlegungen abgestützt hat, die unter dem Gesichtswinkel des Kindeswohls bedeutungslos sind oder gegen die bundesgerichtlichen Grundsätze verstossen (BGE 115 II 319 E. 2 mit Hinweisen). Die massgeblichen Kriterien, wie sie vom Bundesgericht umschrieben werden, hat das Obergericht, das zum selben Ergebnis wie der erstinstanzliche Sachrichter gelangt ist, berücksichtigt. Es hat sich im wesentlichen den sorgfältigen Überlegungen des Bezirksgerichts angeschlossen und sich zusätzlich auf ein kinderpsychiatrisches Gutachten stützen können. Desgleichen hat es sich einlässlich mit den Vorwürfen der Beklagten - vor allem auch hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit des Klägers - auseinandergesetzt und dessen Schwächen besonders

in erzieherischen Extremsituationen klar erkannt. Es hielt denn auch fest, dass der Kläger erzieherisch verschiedentlich schwer versagt habe; es fügte aber auch bei, dass dies in der Regel in Extremsituationen und vor allem unter dem Druck dieses Verfahrens geschehen sei, weshalb kaum richtig wäre, ihm deshalb generell und für alle Zeiten die notwendigen erzieherischen Fähigkeiten abzusprechen. Das Obergericht hat darüber hinaus auch festgestellt, dass das Engagement des Klägers für das Kind - gerade auch in dessen ersten Lebensmonaten - besonders stark gewesen sei, dass die Beziehung des Kindes zu beiden Eltern gut sei und im Laufe des Appellationsverfahrens zum Kläger noch an Gewicht gewonnen habe. Die Vorinstanz pflichtete dem Bezirksgericht auch insofern bei, als dieses die Kriterien der persönlichen Betreuung und der Gewährleistung stabiler Verhältnisse zugunsten des Klägers gewichtete. Sie stützte sich dabei zusätzlich auf das psychiatrische Gutachten sowie

das Ergänzungsgutachten. Das Obergericht hält schliesslich auch dafür, dass eine Zuteilung des Kindes an den Kläger am ehesten gewährleiste, dass Markus auch zur nicht obhutsberechtigten Mutter eine tragfähige Beziehung zu erhalten und auszubauen vermöge. Ausserdem sei der Kläger auch in der Lage, Markus weitgehend persönlich zu betreuen, nachdem er seine Berufsarbeit reduziert habe und bloss drei Tage in der Woche an seinem Arbeitsplatz tätig sein müsse. Auch für die restliche Fremdbetreuung des Kindes habe der Kläger innerhalb seiner Familie eine optimale Lösung treffen können. Ferner seien die guten Beziehungen des Kindes zu seinen Grosseltern väterlicher- wie mütterlicherseits als stabilisierender Faktor mitzuberücksichtigen, während es der Beklagten bisher nicht gelungen sei, den Bruch zwischen ihr und ihren Eltern zu heilen. Wenn das Obergericht somit in einlässlicher Würdigung aller Umstände zum Schluss gelangt ist, dem Wohl von Markus sei mit der Zuteilung an den Kläger letztlich besser gedient, so kann ihm keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden.

4. Die Vorbringen der Beklagten vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Desgleichen lässt sich nichts zugunsten des Standpunktes der Beklagten aus dem Umstand herleiten, dass sie seit Ende Januar 1991 das Kind Markus wiederum in ihrer Obhut hat. a) Die Beklagte geht unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung vom natürlichen Vorrang der Mutter gegenüber dem Vater bei der Kinderzuteilung aus, der immer dann zu beachten sei, wenn die Mutter geeignet und willens sei, die elterliche Gewalt über das Kind persönlich auszuüben. Nach der Meinung der Beklagten gilt dieser Grundsatz auch nach der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, sofern es sich beim zuzuteilenden Kind um ein Kleinkind handle. Es ist richtig, dass das Bundesgericht in BGE 114 II 202 E. b offengelassen hat, ob bei ganz kleinen Kindern weiterhin, wie in der bisherigen Rechtsprechung, ein gewisser natürlicher Vorrang der Mutter anzunehmen sei. Wie es sich damit verhält, kann indessen weiterhin offenbleiben; denn diese Frage stellt sich vor allem bei Kindern, die in ihrem bisherigen Leben praktisch ausschliesslich von ihrer Mutter betreut worden sind. Das ist aber bei Markus, der zwar mit seinen fünf Jahren noch als Kleinkind gelten kann, gerade nicht der Fall. Er ist vielmehr bereits in seinen ersten Lebensmonaten - und auch später, wenn auch zum Teil widerrechtlich - intensiv

von seinem Vater betreut worden, und zwar in einer für Väter unüblichen Weise, wie der Gutachter ausgeführt hat. Es geht daher trotz des Kleinkindalters von Markus nicht an, von einer natürlichen Vorgabe der Beklagten auszugehen. Daran ändert auch nichts, dass nach Auffassung des Sachrichters die Beklagte ebenfalls über alle notwendigen Fähigkeiten verfügt, um für Markus gut zu sorgen und die elterliche Gewalt verantwor-

tungsbewusst auszuüben. Zudem ist unbestritten, dass sie hiezu auch willens ist. Da diese Voraussetzungen aber grundsätzlich auch auf den Kläger zutreffen und der Beklagten kein Vorrang als Mutter zukommt, rechtfertigt es sich nicht, vom Prinzip der Gleichberechtigung beider Eltern bei der Kinderzuteilung abzuweichen. Wenn das Obergericht nach der sorgfältigen Abwägung der gesamten Umstände in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht zum Schluss gelangt ist, dass Markus dem Vater zuzusprechen sei, so hat es Art. 156 ZGB nicht verletzt und sein damit verbundenes Ermessen nicht überschritten. c) Es trifft zu, dass der Kläger das Kind während einer gewissen Zeitspanne widerrechtlich bei sich zurückbehalten hat. Das Obergericht hat auch diese Tatsache in seine Gesamtwürdigung miteinbezogen, aber erwogen, dass im Interesse des Kindes diese Monate nicht einfach ausser acht gelassen werden dürfen, wie die Beklagte meint. Es hat daher mit Recht diese Zeitspanne nicht unberücksichtigt gelassen, im übrigen aber das Verhalten des Klägers zutreffend als Verstoss gegen die Art. 273 und 274 Abs. 1 ZGB gewertet. Dementsprechend hat die Vorinstanz denn auch bei der Beurteilung der Erziehungsfähigkeit des Klägers gewisse Abstriche gemacht. Sie gelangte aber dennoch zum Schluss, dass das Kind unter die elterliche Gewalt des Vaters zu stellen sei, weil der Kläger meist in erzieherischen Extremsituationen versagt habe, während unter normalen Umständen an seiner Erziehungsfähigkeit nicht gezweifelt werden könne und auch andere Überlegungen für die Zuteilung des Kindes an den Vater sprechen würden. Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt darin kein Verstoss gegen Art. 156 ZGB. Diese scheint zudem das ausführlich begründete vorinstanzliche Urteil ungenau zur Kenntnis genommen zu haben, wenn sie dem Obergericht vorwirft, es habe auf ein Entscheidungskriterium, nämlich das selbstsüchtige Verhalten des Klägers, abgestellt, das nach Lehre und Rechtsprechung zu Art. 156 ZGB keine Beachtung finden dürfe. Die Beklagte übersieht, dass das Obergericht nicht festgestellt hat, im Verhalten des Klägers liege ein selbstsüchtiger

Beweggrund; es spricht vielmehr nur von unverarbeiteter Scheidungssituation, von verantwortungslosem Verhalten sowie von mangelnder Selbstsicherheit und mangelndem Vertrauen des Klägers. Im Blick auf die gesamten Umstände liegt aber darin noch kein Grund, um entgegen der Auffassung des Sachrichters zu entscheiden. Diese negative Seite des Klägers würde nur dann den Entscheid zugunsten der Beklagten beeinflussen, wenn alle andern massgebenden Kriterien für beide Eltern gleich oder gleichwertig wären. Das ist jedoch angesichts der Feststellungen des Obergerichts nicht der Fall. d) Grundsätzlich ist der Beklagten beizupflichten, dass ihr Verhalten als Ehepartnerin des Klägers insofern irrelevant ist, als eine schuldhafte Verletzung ehelicher Pflichten bei der Frage der Kinderzuteilung keine entscheidende Rolle spielen darf (vgl. BGE 108 II 371 E. b). Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Obergericht denn auch keineswegs ihr Scheidungsverschulden zum Anlass genommen, um Markus dem Kläger zuzusprechen. Wenn es indessen darum geht, die Erziehungsfähigkeit und die Lebensverhältnisse der Eltern sowie deren Stabilität zu prüfen und eine Prognose zu stellen, lässt sich in aller Regel nicht vermeiden, dass das persönliche Verhalten der Ehegatten während der Ehe und im Zusammenleben mit dem Kind beurteilt wird. In diesem Zusammenhang durfte das Obergericht auch das starke Engagement des Klägers für Markus bereits in dessen ersten Lebensmonaten, als sich die Beklagte ihrem Freund zuzuwenden begann und das Kind immer mehr dem Vater zur Betreuung überliess, beachten. Die Kritik von Prof. X. am Gutachten von Dr. Y., auf welche sich die Beklagte dazu beruft, vermag daran nichts Entscheidendes zu ändern. Weder hat das Obergericht einseitig auf das Gutachten von Dr. Y. noch sonst auf eine "unsichere Datenbasis" abgestellt, sondern es hat die Frage der Kinderzuteilung unter einem sehr viel breiteren Spektrum geprüft. Im übrigen darf auch nicht übersehen werden, dass Prof. X. den vorliegenden Fall bloss aus der einseitigen Sicht der Beklagten kennt. e) Soweit die Beklagte die vom Obergericht vorgenommene Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils in BGE 115 II 210 beanstandet, geht ihre Kritik fehl: Bei der Abwägung der massgebenden Kriterien für die Kinderzuteilung war in jenem Fall davon auszugehen, dass beide Eltern in erzieherischer, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht gleichwertige Voraussetzungen mit sich brachten. Als entscheidendes Kriterium verblieb daher einzig der

Umstand, dass die Mutter besser in der Lage war, einem Loyalitätskonflikt ihrer Kinder zu begegnen, als dies vom Vater zu erwarten war. Im vorliegenden Fall sprechen aber durchaus auch andere Momente für die vom Sachrichter getroffene Lösung. ... f) ... Schliesslich beruft sich die Beklagte auch noch darauf, dass Markus jeweils grosse Freude zeige, wenn er seine Mutter sehen dürfe. Sie will daraus ableiten, dass den Bedürfnissen des Kindes mit der Zuteilung an sie am besten gedient sei. Damit lässt sie jedoch - wie auch der Kläger - die Einsicht vermissen, dass das noch kleine Kind Freude am Zusammensein mit beiden Eltern haben darf, dass es an beiden Eltern hängt und beide für seine gute Entwicklung benötigt und dass es darunter leidet, wenn die Eltern ihren Streit auf seinem Rücken austragen. Wird in der Berufung mit Recht Gewicht auf die Bedürfnisse des Kindes gelegt, so wäre auch beizufügen, dass es für Markus letztlich weniger bedeutsam ist, welcher Elternteil die elterliche Gewalt innehat, als vielmehr, dass er möglichst ohne Loyalitätskonflikte zu Vater und Mutter gute, unverkrampfte Beziehungen unterhalten darf.