

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

5A\_79/2014

Urteil vom 5. März 2015

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Herrmann,  
Gerichtsschreiber Buss.

Verfahrensbeteiligte  
A.A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Edelmann,  
Beschwerdeführer,

gegen

B.A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Pfister,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Ehescheidung (persönlicher Verkehr),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer,  
vom 27. November 2013.

Sachverhalt:

A.  
A.A. \_\_\_\_\_ (geb. 1970; Vater) und B.A. \_\_\_\_\_ (geb. 1972; Mutter) heirateten im Juli 2003 in Luzern. Aus der Ehe ging die gemeinsame Tochter C.A. \_\_\_\_\_ (geb. 2005) hervor. Seit Februar 2009 leben die Parteien getrennt.

B.  
Nachdem die Parteien im Jahr 2009 ein Eheschutzverfahren geführt hatten, reichten beide Parteien am 7. Februar 2011 bzw. 8. Februar 2011 die Scheidungsklage ein. Mit Entscheid vom 14. März 2013 schied das Bezirksgericht Aarau die Ehe, stellte C.A. \_\_\_\_\_ unter die elterliche Sorge der Mutter und berechnigte den Vater, die Tochter an jedem zweiten Wochenende im Monat von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen und zwei Wochen Ferien im Jahr mit ihr zu verbringen. Zudem regelte es das Besuchsrecht über die allgemeinen Feiertage und die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung.

C.  
Beide Parteien reichten gegen den Entscheid des Bezirksgerichts beim Obergericht des Kantons Aargau Berufung ein. Mit Urteil vom 27. November 2013 wies das Obergericht die gegen vermögensrechtliche Nebenfolgen der Scheidung gerichtete Berufung der Mutter ab, soweit es darauf eintrat. Die Berufung des Vaters hiess es im Güterrechtspunkt teilweise gut. Das ihm zustehende Besuchsrecht fasste es insofern neu, als es ihn berechnigt erklärte, die Tochter am ersten und dritten Wochenende im Monat von Freitag 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen. Den Ferienanspruch belies es bei 2 Wochen im Jahr und auch die Feiertagsregelung behielt es bei (Ziffer 2/3.1).

D.

D.a. A.A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen vom 28. Januar 2014 an das Bundesgericht. Er stellt das Begehren, Ziffer 2/3.1 des obergerichtlichen Urteils aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden: "Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Tochter C.A. \_\_\_\_\_ an jedem zweiten Wochenende von Freitag 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen und fünf Wochen Ferien im Jahr mit ihr zu verbringen, welche drei Monate im Voraus anzumelden sind." Zudem beantragt er, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, was die angefochtene Wochenendbesuchsregelung angeht. B.A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) hat sich dem Gesuch um aufschiebende Wirkung (im Gegensatz zum Obergericht) widersetzt. Mit Präsidialverfügung vom 10. Februar 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

D.b. Das Bundesgericht hat die Beteiligten zur Vernehmlassung eingeladen. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Eingabe vom 27. Januar 2015, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Der Beschwerdeführer hat eine Replik eingereicht, die Beschwerdegegnerin eine Duplik.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist die in einem kantonal letztinstanzlichen Ehescheidungsurteil (Art. 75 Abs. 1 BGG) angeordnete Regelung des persönlichen Verkehrs und damit eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit (Art. 74 Abs. 1 BGG). Die gegen das oberinstanzliche Urteil erhobene Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG ist grundsätzlich zulässig.

1.2. Der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt ist für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, Beweise abzunehmen und Tatsachen festzustellen, über die sich das kantonale Sachgericht nicht ausgesprochen hat (BGE 136 III 209 E. 6.1 S. 214). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht einzig soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). In der Beschwerde ist darzulegen, inwiefern diese Voraussetzungen für die Abnahme neuer Beweismittel erfüllt sind (BGE 133 III 393 E. 3 S. 395; 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226 f.). Echte Noven, d.h. Tatsachen, die sich erst nach dem Zeitpunkt zugetragen haben, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen (mehr) vorgetragen werden durften, sind vor Bundesgericht - soweit sie den angefochtenen Entscheid in der Sache betreffen - stets unzulässig. Gleiches gilt für Beweismittel, die erst nach dem angefochtenen Entscheid erstellt wurden (BGE 139 III 120 E. 3.1.2. S. 123; BGE 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.). Auch mit der Beschwerdeantwort dürfen keine echten Noven vorgebracht werden. Der Auszug aus dem Mailverkehr vom Januar 2015, das Schreiben der Opferhilfestelle vom Mai 2014, die Bestätigung einer Verwandten vom Februar 2014, das Zertifikat der Musikschule vom April 2014, die Auszüge aus dem Mailverkehr 2014 sowie das Anwaltsschreiben vom April 2014 sind daher - entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin - im vorliegenden Verfahren unbeachtlich.

2.

Der Beschwerdeführer möchte das Besuchsrecht statt am ersten und dritten Wochenende im Monat jedes zweite Wochenende ausüben. Die Regelung "1. und 3. Wochenende" stelle gegenüber jener "jedes zweite Wochenende" ein Minus in Bezug auf den Kontakt zwischen Vater und Tochter dar. Dies habe das Obergericht wohl übersehen, zumal keine der Parteien einen derartigen Antrag überhaupt gestellt habe. Auch komme die Tochter durch die neue Regelung in einen Besuchsrythmus hinein, der die Kontakte zu ihren Kameraden erschweren würde, denn jene würden als Trennungs- und Scheidungskinder teilweise ebenfalls einem alternierenden Besuchsrythmus unterliegen.

Die Rüge ist unbegründet. Eine Verletzung von Bundesrecht durch die neu formulierte Regelung ist nicht ersichtlich, wiewohl angesichts der Monate mit 5 Wochenenden eine Reduktion eintritt. Vielmehr handelt es sich um eine Frage des richterlichen Ermessens. Das Wohl der gemeinsamen Tochter ist durch die obergerichtliche Neufassung nicht gefährdet und die organisatorische Umstellung gering. Die Anträge der Parteien sind sodann nicht entscheidend, herrscht in diesem Bereich doch die *Offzialmaxime* (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Ein Irrtum des Obergerichts ist nicht nachgewiesen, da das

Dispositiv mit der Begründung des Entscheids nicht im Widerspruch steht und zudem der Beschwerdeführer darauf verzichtet hat, bei der Vorinstanz ein Berichtigungsgesuch zu stellen (vgl. Art. 334 ZPO).

3.

Der Beschwerdeführer macht unter Berufung auf das innige Verhältnis zu seiner Tochter sodann geltend, es sei ihm anstelle des zweiwöchigen Ferienrechts ein fünfwöchiges Ferienrecht zu gewähren.

3.1. Die Vorinstanz hat diesbezüglich im angefochtenen Entscheid ihre aktuelle Praxis bekräftigt, wonach dem besuchsberechtigten Elternteil grundsätzlich ein Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr einzuräumen ist. Voraussetzung für eine zeitliche Ausdehnung sei in erster Linie eine positive Einstellung beider Elternteile. Diese müssten sich wenigstens in Anwesenheit der Kinder mit Anstand begegnen und die im Zusammenhang mit dem Besuchs- und Ferienrecht entstandenen Probleme sachlich miteinander besprechen können. Die getroffenen Abmachungen müssten zuverlässig eingehalten werden. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, sei eine Ausdehnung des Besuchs- und Ferienrechts unter Beachtung des Kindeswohls möglich. Nachdem sich die Beschwerdegegnerin vehement gegen eine Ausdehnung des Kontakts ausspreche, liege eine Zustimmung in diese offensichtlich nicht vor. Vor dem Hintergrund der stark eingeschränkten Kommunikationsfähigkeit der Parteien in Bezug auf die Kinderbelange, welche während des gesamten Verfahrens immer wieder zum Ausdruck gebracht worden sei, sei eine Ausdehnung nicht angezeigt.

3.2. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich dieser Auffassung an. Das Obergericht habe die Umstände des konkreten Einzelfalles mehr als gebührend zu Gunsten des Beschwerdeführers berücksichtigt. Es habe mit der Zusprechung eines Ferienrechtes von zwei Wochen ein Ferienrecht im üblichen Rahmen seiner Praxis für "unstrittige" Fälle festgelegt und damit das ihm zustehende Ermessen offenbar nicht verletzt und sämtliche relevanten Umstände miteinbezogen; insbesondere habe das Obergericht auch den von ihr geäusserten Bedenken Rechnung getragen.

3.3. Der Beschwerdeführer erachtet es demgegenüber als bundesrechtswidrig, einen üblichen Standard als Begründung für den Umfang des Kontakts zwischen Vater und Kind anzuführen. Die Kontaktrechtsregelung zwischen einem Kind und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil müsse anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles beurteilt werden, weshalb es den Begründungsanforderungen nicht genüge, auf standardisierte Lösungen zu verweisen. Auch habe das Obergericht mit seiner Standardlösung die in den letzten Jahren erfolgte Entwicklung zum Thema der Ausdehnung der Kontakte zwischen Kindern und besuchsberechtigten Elternteilen verkannt. Überdies habe die Vorinstanz die Argumente bundesrechtswidrig gewichtet, indem sie die negative Haltung der Beschwerdegegnerin ohne kritische Prüfung ihrer Begründetheit als hauptsächliches Argument für die Verweigerung eines zusätzlichen Ferienkontakts angeführt habe. Das Kindeswohl als massgebliches Kriterium für die Festlegung der Kontaktzeiten zwischen Kind und nicht obhutsberechtigtem Elternteil habe es dabei ausser Acht gelassen; die aktenkundigen positiven Wirkungen des Kontakts zwischen Vater und Kind habe es in seiner Begründung noch nicht einmal erwähnt.

4.

4.1. Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder die Obhut nicht zustehen, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Bei dessen Ausgestaltung steht das Kindeswohl im Vordergrund; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212).

4.2. Die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs hat, wie das Bundesgericht jüngst im vom Beschwerdeführer zitierten BGE 139 I 315 E. 2.3 S. 319 f. festgestellt hat, während der letzten Jahre eine erhebliche Entwicklung erfahren. In BGE 100 II 76 E. 4 S. 81 bezeichnete das Bundesgericht im Jahr 1974 ein Besuchsrecht von einem Tag pro Monat und zwei Wochen Ferien pro Jahr als gerichtsüblich. Heute hat sich demgegenüber die Auffassung durchgesetzt, dass die gelungene Regelung des Kontakts zum getrennt lebenden Elternteil für das Kind von grosser Bedeutung ist. Namentlich wird dadurch unmittelbar die Scheidungsverarbeitung erleichtert und langfristig eine normgemässe Persönlichkeitsentwicklung des Kindes gefördert (JOACHIM SCHREINER, in: Scheidung, Schwenger [Hrsg.], Bd. II: Anhänge, 2. Aufl. 2011, Anh. Psych. N. 182 mit Hinweis auf DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, 2002, S. 179). Kinder sollen trotz Trennung der Eltern weiterhin an den Ressourcen von Mutter und Vater teilhaben können, so dass sie von beiden Elternteilen möglichst optimal profitieren können (vgl. HILDEGUND SÜNDERHAUF,

Wechselmodell: Psychologie - Recht - Praxis, Wiesbaden 2013, S. 46 ff.). Ein grosszügig (er) ausgestalteter persönlicher Verkehr ist daher zunehmend verbreitet.

4.3. Welche Ordnung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern angemessen ist, lässt sich nicht objektiv und abstrakt umschreiben, sondern entscheidet sich im konkreten Einzelfall nach richterlichem Ermessen (Urteil 5A\_72/2011 vom 22. Juni 2011 E. 4.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht überprüft die Ausübung dieses Ermessens mit Zurückhaltung (BGE 131 III 209 E. 3 S. 210 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer weist indes zu Recht darauf hin, dass es mit der Pflicht zur Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall nicht vereinbar ist, wenn für die Begründung eines Urteils einfach pauschal auf grob standardisierte Praxen verwiesen wird (vgl. BGE 130 III 585 E. 2.1 S. 587 f.; 123 III 445 E. 3b S. 451).

5.

Das vom Obergericht gewährte zweiwöchige Ferienrecht für ein Kind im Grundschulalter erscheint in der Tat knapp, zumal sich dem angefochtenen Entscheid keine konkreten Gründe für die Annahme entnehmen lassen, dass ein grosszügigeres Ferienrecht dem Interesse der gemeinsamen Tochter zuwiderlaufen würde. Das Obergericht führt diesbezüglich zwar seine übliche Praxis ins Feld und verweist allgemein auf die eingeschränkte Kommunikationsfähigkeit der Parteien in Kinderbelangen; allein mit dieser Argumentation geht es jedoch nicht hinreichend auf den konkreten Fall ein. Insbesondere lässt das Obergericht ausser Acht, dass pauschale Besuchsrechtskürzungen wegen schlechten elterlichen Einvernehmens nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unzulässig sind, hätte es der obhutsberechtigte Elternteil doch sonst in der Hand, durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. Eine Einschränkung ist lediglich dann angezeigt, wenn das Kind andernfalls überfordert wäre, was indes nicht leichthin anzunehmen ist (vgl. BGE 131 III 209 E. 4 und 5 S. 211 ff.). Zwar gelten in der Scheidungsforschung Familienkonstellationen als günstig, in denen Eltern in der Erziehung kooperieren (sog. kooperative Elternschaft). Indessen ermöglichen auch separat positive Zuwendung und verlässlicher Kontakt beider Elternteile den Kindern vergleichsweise gute Entwicklungschancen (sog. "parallele Elternschaft"). Voraussetzung dafür ist der Konsens der Eltern, in Nachachtung der gesetzlichen Verpflichtung von Art. 274 Abs. 1 ZGB alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt (vgl. Gisela Hötter-Ponath, Trennung und Scheidung - Prozessbegleitende Intervention in Beratung und Therapie, Stuttgart 2009, S. 55; KARIN BANHOLZER, Beratung hochstrittiger Eltern im familienrechtlichen Kontext, in: FamPra.ch 2010 S. 554; BERNHARD/LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern - Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, Jusletter 12. Mai 2014, Rz. 44; SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, in: FamPra.ch 2014, S. 73 f.).

Konkrete Erwägungen zu den von der Vorinstanz befürchteten negativen Auswirkungen der eingeschränkten Kommunikationsfähigkeit der Eltern untereinander auf das Wohl der gemeinsamen Tochter finden sich im angefochtenen Entscheid nicht. Die Vorinstanz hat zwar auf Seiten der Beschwerdegegnerin eine eingeschränkte Bereitschaft festgestellt, den Kontakt zwischen C.A.\_\_\_\_\_ und dem Beschwerdeführer zu fördern, jedoch sogleich relativiert, dass das bisherige Besuchsrecht durch den Beschwerdeführer regelmässig ausgeübt werden können und zu funktionieren scheine (und sich unter diesem Aspekt keine Umteilung der elterlichen Sorge an den Beschwerdeführer aufdränge). Aus dem erstinstanzlichen Entscheid geht sodann hervor, dass die Kinderbefragung ergeben hatte, dass C.A.\_\_\_\_\_ das nahe Verhältnis zum Beschwerdeführer schätzt und sehr gerne Ferien mit ihm verbringt. Dass C.A.\_\_\_\_\_, wie das Obergericht "ergänzungshalber" festhält, anlässlich der Kinderbefragung den Wunsch geäussert hatte, den Beschwerdeführer jedenfalls nicht weniger zu sehen, steht einer Ausdehnung des Ferienrechts selbstredend nicht entgegen. Angesichts der heute allgemein anerkannten Bedeutung der Beziehungspflege zu beiden Elternteilen für die gedeihliche Entwicklung des Kindes und der vom Beschwerdeführer gezeigten Bemühungen, hätte die Vorinstanz die Angemessenheit eines restriktiven 2-wöchigen Ferienrechts daher näher prüfen und begründen müssen. Trotz aller Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden ist der angefochtene Entscheid, was den Umfang des Ferienrechts betrifft, mit Art. 273 Abs. 1 ZGB nicht zu vereinbaren. Er ist insoweit aufzuheben und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde hinsichtlich der Ferienrechtsregelung als begründet. Mit Bezug auf das Besuchsrecht am Wochenende bleibt es indessen beim angefochtenen Entscheid. Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen. Die Sache ist zur neuen Beurteilung im Sinne

der Erwägungen an das Obergericht zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer, vom 27. November 2013 wird hinsichtlich der Ferienrechtsregelung aufgehoben. Die Angelegenheit wird zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. März 2015

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Buss