Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 179/2019

Urteil vom 25. März 2019

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Schöbi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Diezig,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Valentin Pfammatter,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Besuchsrecht (Eheschutz),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis, I. Zivilrechtliche Abteilung, vom 31. Januar 2019 (C1 18 283, C2 18 57).

Sachverhalt:

A.
A._____ und B._____ sind die Eltern des 2014 geborenen C._____ und der 2016 geborenen D._____. Seit der Trennung im Jahr 2017 wohnt die Mutter mit den Kindern im Tessin, der Vater weiterhin im Wallis. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens schlossen die Parteien am 2. Februar 2018 einen Vergleich, u.a. auch zum Besuchsrecht.

B.
Als es in der Folge bei der Ausübung zu Problemen kam, ordnete das Bezirksgericht Leuk und Westlich-Raron ein kinderpsychologisches Gutachten an, welches am 14. September 2018 erstattet und am 18. Oktober 2018 ergänzt wurde.
Mit Entscheid vom 23. November 2018 änderte das Bezirksgericht die vergleichsmässig vereinbarte Regelung dahingehend, dass der Vater die Kinder zweimal pro Monat an einem Samstag oder Sonntag während 6 Stunden sowie einmal pro Monat an einem der Schultage während 4 Stunden am Wohnort im Tessin besuchen darf, von Dezember 2018 bis Ende November 2019 im Sinn eines begleiteten Besuchsrechts, wobei der Vater 2 Stunden mit C._____, 2 Stunden mit D._____ und anschliessend 2 Stunden mit beiden Kindern gemeinsam bzw. am Wochentag je 1 Stunde mit einem Kind und anschliessend 2 Stunden mit beiden Kindern verbringt, ab Dezember 2019 bis November 2020 im gleichen Sinn, aber unbegleitet, und ab Dezember 2020 ausgedehnt auf zweimal ein Wochenende pro Monat von Freitag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, abwechselnd am Wohnort der Kinder bzw. des Vaters.
Auf Berufung des Vaters hin modifizierte das Kantonsgericht Wallis das Besuchsrecht dahingehend, dass der Vater berechtigt ist, die beiden Kinder an jedem zweiten Wochenende jeweils am Samstag von 11 Uhr bis 17 Uhr und am Sonntag von 09 Uhr bis 15 Uhr an deren Wohnort zu besuchen, wobei die Besuche von Dezember 2018 bis November 2019 begleitet und von Dezember 2019 bis November 2020 unbegleitet stattfinden, und dass ab Dezember 2020 das Besuchsrecht ausgedehnt wird auf jedes zweite Wochenende von Freitag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, wobei es abwechselnd am Wohnort der Kinder und des Vaters stattfindet, und dass überdies ein Ferienrecht von 5 Wochen

besteht. Ferner wies das Kantonsgericht das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Rechtspflege ab.

C.
Gegen dieses Urteil hat die Mutter beim Bundesgericht am 4. März 2019 eine Beschwerde erhoben mit den Begehren, es sei ein Besuchsrecht zweimal pro Monat an einem Samstag oder Sonntag während 6 Stunden sowie einmal pro Monat an einem der Schultage während 4 Stunden am Wohnort im Tessin festzusetzen, von Dezember 2018 bis Ende November 2019 im Sinn eines begleiteten Besuchsrechts, wobei der Vater 2 Stunden mit C._____, 2 Stunden mit D._____ und anschliessend 2 Stunden mit beiden Kindern gemeinsam bzw. am Wochentag je 1 Stunde mit einem Kind und anschliessend 2 Stunden mit beiden Kindern gemeinsam verbringt, und ausserdem sei ab Dezember 2020 ein Ferienrecht von 3 Wochen pro Jahr einzuräumen. Ferner wird verlangt, dass die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschwerdegegner auferlegt werden und subsidiär die unentgeltliche Rechtspflege erteilt wird. In Bezug auf das bundesgerichtliche Verfahren wird der Antrag gestellt, dass die Kosten dem Beschwerdegegner auferlegt werden, subsidiär eine provisio ad litem von Fr. 3'000.-- zugesprochen und subsubsidiär die unentgeltliche Rechtspflege erteilt wird. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.
Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Eheschutzentscheid (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Bei diesem handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist und das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG gilt. Die Beschwerdeführerin rügt primär eine willkürliche Rechtsanwendung und ferner verschiedene weitere Verfassungsverletzungen.

2.
Nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid erheben die Parteien gegenseitig schwere Vorwürfe und machen sich bzw. die jeweiligen Schwiegermütter für das Scheitern der Ehe verantwortlich; sie haben sich auch wechselseitig mit Strafanzeigen bedacht. Das gerichtliche Gutachten kommt zum Schluss, dass die Erziehungsfähigkeit der Mutter besser ist. Namentlich zeigt sich der Vater mit der gleichzeitigen Betreuung der Kinder überfordert. Es besteht die Besonderheit, dass C._____ ein erhöhtes Aufmerksamkeitsbedürfnis hat, was zumindest teilweise zu Lasten der kleineren D._____ geht.
Das Kantonsgericht hat erwogen, das Bezirksgericht habe sämtliche gutachterlichen Empfehlungen umgesetzt. Dem Gutachten könne aber nicht in allen Punkten gefolgt werden. Es überzeuge insofern, als der Mutter eine (relativ) bessere Erziehungsfähigkeit zugesprochen werde; diesem Umstand werde mit der Obhutszuteilung Rechnung getragen. Was jedoch das Besuchsrecht anbelange, finde sich im Gutachten keine schlüssige Begründung, weshalb dem persönlichen Verkehr - nachdem der potentiellen Überforderung des Vaters bereits mit der Ausgestaltung als begleitetes Besuchsrecht Rechnung getragen werde - derart enge Grenzen gesetzt werden müssten; insbesondere fehle eine Begründung, weshalb eine Begleitung durch eine ausgebildete Fachperson zu einer stärkeren Einschränkung führen müsste, als wenn die Mutter selbst bereit wäre, die Besuche zu begleiten. Aus diesem Grund sei das Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende so auszugestalten, dass es jeweils nebst dem Samstag von 11 Uhr bis 17 Uhr auch am Sonntag von 09 Uhr bis 15 Uhr auszuüben sei, wobei es mit Rücksicht auf die Stabilität der Verhältnisse und die geordnete Sprachentwicklung am Wohnort der Kinder stattzufinden habe und die Mutter zu verpflichten sei, für die betreffenden Zeiten die
Wohnung zur Verfügung zu stellen. Schliesslich erscheine ein Ferienrecht von 5 Wochen angesichts der insgesamt 13 Wochen Schulferien als angemessen.

3.
Die Beschwerdeführerin erachtet die Besuchsrechtsregelung deshalb als willkürlich, weil von der gutachterlichen Empfehlung abgewichen werde, wonach der Vater mit den Kindern jeweils zwei Stunden einzeln und sodann zwei Stunden gemeinsam Umgang pflegen sollte. Kernaussage im Gutachten sei, dass der Vater nur beschränkt erziehungsfähig sei bzw. die Mutter eine bessere Erziehungsfähigkeit habe. Die Überforderung sehe so aus, dass sich der Vater kaum mit D._____ beschäftigen könne, weil C._____ viel Aufmerksamkeit von ihm fordere. Im Ergänzungsgutachten sei ausdrücklich festgehalten, dass der Vater die Kinder nicht alleine gleichzeitig betreuen könne, weil er damit erzieherisch überfordert wäre und die Beziehung mehr gefördert werde, wenn er sich je zwei Stunden einem einzigen Kind widmen könne. Die Aufteilung des Besuchsrechts auf die Kinder sei

folglich sachlich begründet und die Nichtbefolgung der gutachterlichen Empfehlung im Ergebnis unhaltbar. Im Übrigen sei willkürlich, dass sich das Besuchsrecht auf zwei Tage an jedem zweiten Wochenende erstrecken statt dreimal pro Monat stattfinden soll. Im angefochtenen Entscheid werde nicht oder nur allgemein begründet, wieso das Besuchs- und Ferienrecht gegenüber dem Gutachten ausgedehnt werde; insofern sei auch Art. 29 BV verletzt. Schliesslich sei willkürlich, dass zur Ausübung des Besuchsrechts die eigene Wohnung zur Verfügung gestellt werden müsse; zudem werde dadurch Art. 13 BV verletzt.

4.
Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 141 IV 305 E. 1.2 S. 308 f.).
Das Gutachten unterliegt - wie jedes andere Beweismittel - der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO und das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten kann gar eine willkürliche Beweiswürdigung bedeuten. In Fachfragen darf das Gericht aber nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen, was namentlich der Fall ist, wenn gewichtige Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern, und es muss eine allfällige Abweichung auch begründen (BGE 130 I 337 E. 5.4.2 S. 346; 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198 f.; 141 IV 369 E. 6.1 S. 372 f.; 142 IV 49 E. 2.1.3 S. 53).

5.
Zunächst ist festzuhalten, dass das Kantonsgericht nicht etwa übersehen, sondern gewürdigt hat, dass C._____ viel Aufmerksamkeit beansprucht und der Vater momentan noch überfordert wäre, wenn er alleine gleichzeitig beide Kinder betreuen müsste. In der Folge hat es aber begründet, weshalb die gutachterliche Empfehlung wenig überzeugt: Indem das Besuchsrecht vorerst durch eine Fachperson begleitet werde, sei nicht einsichtig, inwiefern es zusätzlicher Restriktionen in dem Sinn bedürfte, dass der Vater die Kinder in einem ersten Teil nur einzeln sehen würde. Was daran willkürlich im vorerwähnten Sinn sein soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht substanziiert aufgezeigt, besagt doch der von ihr zitierte Passus im Ergänzungsgutachten gerade, dass der Vater die Kinder nicht alleine gleichzeitig betreuen könne, weil er damit erzieherisch überfordert wäre, und wird der gutachterliche Vorschlag ferner mit der Eventualität verknüpft, dass die Mutter die Kinder nicht begleite. Bei einem begleiteten Besuchsrecht ist der Vater aber nicht auf sich allein gestellt. Überdies wäre angesichts des noch kleinen Alters der Kinder und des Umstandes, dass das Besuchsrecht in der mütterlichen Wohnung ausgeübt werden soll (dazu unten), eine
Aufteilung der Besuchszeit auch nicht einfach umzusetzen; am naheliegendsten wäre, dass die Mutter dann mit dem jeweils anderen Kind zwei Stunden auswärts verbrächte, was aber Unruhe in den Besuchsablauf bringen und künstlich wirken würde. Jedenfalls im Ergebnis ist deshalb keine Willkür ersichtlich.
Was sodann die kantonsgerichtliche Regelung anbelangt, dass der Vater die Kinder an jedem zweiten Wochenende am Samstag von 11 Uhr bis 17 Uhr und am Sonntag von 09 Uhr bis 15 Uhr besuchen können soll, ist vorab fraglich, inwiefern hier überhaupt von einer Abweichung vom Gutachten gesprochen werden kann. Dort wird (ohne weitere Begründung) empfohlen, dass der Vater die Kinder dreimal pro Monat sehe, freilich ohne dass Besuchstage (Wochenend- oder Wochentage) oder bestimmte Besuchszeiten spezifiziert würden. Aber selbst wenn ausgehend von so unspezifischen Empfehlungen von einer "Abweichung" zu sprechen wäre, legt die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht dar, worin die Willkür bestehen soll. Sie wäre denn auch nicht erkennbar: Der Vater hat eine ausserordentlich weite Anreise und die Bündelung der Besuche am Wochenende hat auch einen vorbereitenden Charakter auf das ab Dezember 2020 festgelegte und von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellte Besuchswochenende von Freitagabend bis Sonntagabend.
Was sodann das Ferienrecht von fünf Wochen anbelangt, geht es um eine typische Ermessensfrage, die im Übrigen soweit ersichtlich nicht Gegenstand der gutachterlichen Untersuchungen und Empfehlungen war; jedenfalls zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, an welcher Stelle und aus welchen Gründen ein Ferienrecht von bloss drei Wochen empfohlen worden wäre. Ebenso fehlen Willkürrügen, inwiefern die festgelegten fünf Wochen im Ergebnis unhaltbar sein sollen; ohnehin würden solche Rügen auch keine Aussicht auf Erfolg haben können: Das Ferienrecht wird erst ab Dezember 2020 zum Tragen kommen und sich auf weniger als die Hälfte der Schulferien erstrecken, wie dies beispielsweise in den französischsprachigen Kantonen als üblich angesehen wird (BGE 139

I 315 E. 2.3 S. 310). Sodann bestehen aufgrund der grossen räumlichen Distanz zwischen den elterlichen Haushalten sowie der unterschiedlichen Sprachräume sachliche Gründe für ein grosszügig bemessenes Ferienrecht (vgl. BGE 144 III 10 E. 7.2 S. 18). Qualifizierte Ermessensfehler, welche als willkürlich angesehen werden könnten und nach einer Korrektur verlangen würden, sind nicht auszumachen.
Aus dem Gesagten erhellt, dass sich das Kantonsgericht, soweit es überhaupt von Empfehlungen des Gutachtens abgewichen ist, insgesamt von sachlichen Gründen hat leiten lassen, so dass keine Willkür vorliegt. Unzutreffend ist ferner die Behauptung der Beschwerdeführerin, das Kantonsgericht habe in diesem Zusammenhang die Begründungspflicht verletzt. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich sehr wohl, von welchen Überlegungen sich dieses hat leiten lassen (zur Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs vgl. BGE 139 IV 179 E. 2.2 S. 183; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253).

6.
Im Zusammenhang mit der Anordnung, dass das Besuchsrecht vorerst in der mütterlichen Wohnung auszuüben ist, lässt sich weder Willkür noch eine Verletzung von Art. 13 BV erkennen. Soweit sich überhaupt von einer eigentlichen Ingerenz ins Familienleben sprechen lässt, geht es gerade um die auf der gesetzlichen Grundlage von Art. 273 ZGB beruhende Regelung des Familienlebens vor dem Hintergrund der elterlichen Trennung. Bei der in diesem Rahmen erfolgenden Vollzugsmodalität handelt es sich gewissermassen um das Gegenstück zur gutachterlichen Empfehlung und kantonsgerichtlichen Überlegung, dass den Kindern angesichts ihres Alters der Weg zum entfernten väterlichen Haushalt noch nicht zugemutet werden kann und die Besuchsrechtsausübung folglich am Wohnort der Beschwerdeführerin stattfinden soll. Dort verfügt der Vater aber nicht über eine geeignete Lokalität zur Ausübung des Besuchsrechts. Es ist nicht sinnvoll, dass sechsstündige Besuchseinheiten wetterunabhängig und ununterbrochen draussen auf dem Spielplatz oder ansonsten in einer Wirtschaft, einem Museum o.ä. ausgeübt werden. Zudem entfällt eine eigentliche Übergabe der noch kleinen Kinder, wenn sie nahtlos in den eigenen Räumlichkeiten verbleiben können, wo sich im Übrigen auch
ihre Spielsachen und allenfalls notwendige Utensilien befinden. Wenn der Mutter am Wohl ihrer Kinder gelegen ist, wird sie die Vorzüge der kantonsgerichtlichen Regelung ohne Weiteres einsehen. Jedenfalls aber ist eine Verfassungsverletzung nicht auszumachen.

7.
Im erstinstanzlichen Verfahren genossen beide Parteien die unentgeltliche Rechtspflege. Für das Berufungsverfahren hatte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Das Kantonsgericht wies dieses ab, weil es subsidiär zur provisio ad litem sei und die Beschwerdeführerin kein Prozesskostenvorschussgesuch gestellt habe.
Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine Verletzung des Willkürverbotes und des Verbotes des überspitzten Formalismus sowie eine Verletzung von Art. 29 BV. Im Entscheid vom 5. Februar 2018 sei festgehalten worden, dass der Beschwerdegegner ein Manko aufweise und deshalb keine Gerichtskosten tragen könne; im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 20. Dezember 2018 sei dann trotzdem zumindest implizit der Antrag auf eine provisio ad litem gestellt worden.
Die unentgeltliche Rechtspflege ist für das Berufungsverfahren neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO) und sie ist subsidiär zur provisio ad litem (BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 674). Dass sie die Frage eines Prozesskostenvorschusses nicht nur in der Begründung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege angesprochen, sondern einen entsprechenden Antrag gestellt hätte, macht die Beschwerdeführerin selbst nicht geltend, und sie setzt sich auch nicht mit der Erwägung im angefochtenen Entscheid auseinander, wonach sie selbst im Berufungsverfahren behauptet habe, der Beschwerdegegner sei aufgrund seines Einkommens in der Lage, die Verfahrenskosten zu tragen. Einzig führt sie (ohne Aktenhinweise und ohne nähere Ausführungen) einen Entscheid vom 5. Februar 2018 an, welcher angeblich ein Manko des Beschwerdegegners festhalten soll. Zwar findet sich in den Akten ein Entscheid des Bezirksgerichts mit diesem Datum, aber dieser betrifft die Kinderzulagen und es ist darin nirgends von einem Manko die Rede. Vor diesem Hintergrund bleibt das Vorbringen unsubstanziiert und mag das Vorgehen des Kantonsgerichtes angesichts der konkreten finanziellen Verhältnisse zwar streng wirken, aber es ist weder Willkür noch überspitzter Formalismus dargetan;
ebenso wenig ist Art. 29 Abs. 3 BV verletzt bzw. Art. 117 ZPO willkürlich angewandt, weil die unentgeltliche Rechtspflege wie gesagt dem Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nachgeht.

8.
Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Für das subsidiäre Gesuch um Verpflichtung des Beschwerdegegners zu einer provisio ad

litem wäre der kantonale Massnahmerichter zuständig (GEISER, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 64 BGG); ohnehin aber wäre es auch gegenstandslos, da es gestellt wurde, als sämtlicher anwaltliche Aufwand bereits angefallen war und es entsprechend nichts zu bevorschussen gibt, zumal kein Gerichtskostenvorschuss einverlangt wurde. Indes ist zufolge fehlender eigener Erwerbstätigkeit die Prozessarmut der Beschwerdeführerin offensichtlich, weshalb das subeventuell gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen und die Beschwerdeführerin durch den sie vertretenden Rechtsanwalt zu verbeiständen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Der Gegenseite ist vor Bundesgericht kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Der Beschwerdeführerin wird für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und es wird ihr Rechtsanwalt Stefan Diezig beigegeben.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.
Rechtsanwalt Stefan Diezig wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Wallis, I. Zivilrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. März 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli