

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_870/2013

Verfügung vom 28. Oktober 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte
A.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Andrea Hodel-Schmid,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Christof Brack,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
vorsorgliche Massnahmen (Eheschutzverfahren),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 31. Oktober 2013.

Sachverhalt:

A.

A.A. _____ (Beschwerdeführerin), Jahrgang 1971, und A.B. _____ (Beschwerdegegner), Jahrgang 1962, heirateten am xx. xx.2006 und wurden Eltern zweier Söhne, geboren am xx.xx.2008 und am xx.xx.2009. Zwischen den Parteien ist die Regelung des Getrenntlebens streitig. In ihrem seit 16. November 2012 vor den Gerichten des Kantons Zug hängigen Eheschutzverfahren ersuchten beide Parteien insbesondere je um die Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder verbunden mit der Zuweisung der ehelichen Liegenschaft zur alleinigen Benützung.

B.

B.a. Am 12. Februar 2013 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens, dem sich der Beschwerdegegner zunächst mit eigenen Begehren anschloss, im Verlaufe des Verfahrens aber widersetzte.

B.b. Das Kantonsgericht ordnete vorsorgliche Massnahmen im hängigen Eheschutzverfahren an. Es stellte die beiden Kinder unter die Obhut der Beschwerdeführerin, regelte den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdegegner und den beiden Kindern und wies die eheliche Liegenschaft der Beschwerdeführerin und den beiden Kindern zur alleinigen Benützung zu (Entscheid vom 28. Februar 2013). Nach Aufhebung seines Entscheids durch das Obergericht wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Urteil vom 8. Mai 2013) erliess das Kantonsgericht einen gleichlautenden, nunmehr schriftlich begründeten Entscheid über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (Entscheid vom 27. Juni 2013).

B.c. Auf Berufung des Beschwerdegegners hin verneinte das Obergericht die Notwendigkeit, (erneut) vorsorgliche Massnahmen im hängigen Eheschutzverfahren anzuordnen. Es hob den Entscheid auf

und wies die Sache zur Entscheidung in der Hauptsache an das Kantonsgericht zurück (Urteil vom 31. Oktober 2013).

C.

C.a. Mit Eingabe vom 14. November 2013 beantragte die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts vom 31. Oktober 2013 aufzuheben und die vorsorgliche Verfügung des Kantonsgerichts vom 27. Juni 2013 zu bestätigen, eventualiter die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Sie ersuchte um aufschiebende Wirkung. Während das Obergericht gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht opponierte, verlangte der Beschwerdegegner, auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter das Gesuch abzuweisen. Der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erkannte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu (Verfügung vom 5. Dezember 2013).

C.b. Das Obergericht teilte dem Bundesgericht zwecks Prüfung einer Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens mit, dass das Kantonsgericht am 2. April 2014 den Eheschutzentscheid getroffen habe, der mit Berufung angefochten worden sei (Brief vom 14. April 2014). In ihrer Stellungnahme ersuchte die Beschwerdeführerin um Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Eheschutzentscheids. Der Beschwerdegegner trug an, das Sistierungsgesuch abzuweisen und das Verfahren vor Bundesgericht infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren wurde bis zum Entscheid des Obergerichts über die Berufungen der Parteien gegen den Entscheid des Kantonsgerichts ausgesetzt und das Obergericht aufgefordert, dem Bundesgericht ein Exemplar seines Entscheids zuzustellen (Präsidialverfügung vom 21. Mai 2014). Das Obergericht hiess die Berufungen beider Parteien teilweise gut und entschied in der Sache neu. Es stellte sein Urteil vom 12. August 2014 dem Bundesgericht zu. Das Urteil blieb unangefochten.

D.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2014 beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, ihre Beschwerde betreffend vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren mit Rücksicht auf den rechtskräftigen Eheschutzentscheid des Obergerichts als gegenstandslos zu betrachten und das Verfahren abzuschreiben. Das Schreiben ist dem Beschwerdegegner zur Kenntnisnahme zugestellt worden.

Erwägungen:

1.

Das unangefochten gebliebene Urteil des Obergerichts vom 12. August 2014 schliesst das Eheschutzverfahren ab, weshalb über vorsorgliche Massnahmen für dessen Dauer nicht mehr zu befinden ist. Die Beschwerdeführerin hat zufolge Gegenstandslosigkeit kein aktuelles praktisches Interesse an der Behandlung ihrer Beschwerde betreffend vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren mehr (vgl. BGE 138 IV 92 E. 1.3 S. 95). Folgerichtig beantragt sie die Abschreibung des Verfahrens. Zuständig dafür ist gemäss Art. 32 BGG der Instruktionsrichter - hier der Präsident (Abs. 1) - als Einzelrichter (Abs. 2), dessen Verfügung nicht anfechtbar ist (Abs. 3).

2.

In Fällen von Gegenstandslosigkeit erklärt das Bundesgericht die Beschwerde nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung als erledigt und entscheidet mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP). Es steht ihm dabei ein weites Ermessen zu. Die Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat in erster Linie auf den mutmasslichen Ausgang des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens abzustellen. Sie erfolgt auf Grund einer lediglich summarischen Prüfung, bei der nicht auf alle Rügen einzeln und detailliert einzugehen ist, und mit bloss summarischer Begründung, weil nicht auf dem Weg über den Kostenentscheid ein materielles Urteil gefällt oder vorweggenommen werden darf. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, ist auf allgemeine prozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben. Die Regelung bezweckt, denjenigen, der in guten

Treuen Beschwerde

erhoben hat, nicht im Kostenpunkt dafür zu bestrafen, dass die Beschwerde infolge nachträglicher Änderung der Umstände abzuschreiben ist, ohne dass ihm dies anzulasten wäre (BGE 118 Ia 488 E. 4a S. 494 f.; Urteile K 139/03 vom 2. Dezember 2004 E. 2.1, in: Anwaltsrevue 2005 S. 123, und 2C_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1, in: SZPP 2010 S. 54).

3.

Der angefochtene Entscheid betrifft vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), so dass mit der Beschwerde nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG). Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Anspruchs ihrer Kinder auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 BV), des Willkürverbots (Art. 9 BV) und des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 BV). Ihre Verfassungsrügen richten sich gegen die Auffassung des Obergerichts, dass vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren angeordnet werden können, aber nur zurückhaltend anzuordnen sind, und dass es hier an der Notwendigkeit zur (erneuten) Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gefehlt hat (E. 2 S. 4 f. des angefochtenen Urteils).

4.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (S. 8 Ziff. 1.2) können aus Art. 11 Abs. 1 BV auf gerichtlichem Wege direkt keine Ansprüche abgeleitet werden. Die Bestimmung enthält einen Gesetzgebungsauftrag bzw. weist (bloss) programmatischen Gehalt auf, ist aber im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der sachbezüglichen Gesetzgebung zu beachten (BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2 S. 16 f.; 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373). Soweit die Beschwerdeführerin unmittelbar auf Art. 11 Abs. 1 BV gestützte Ansprüche als verletzt rügt (S. 9 ff. Ziff. 2), könnte ihrer Beschwerde kein Erfolg beschieden sein.

5.

Ob im Eheschutzverfahren vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, ist - entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (S. 14 Ziff. 3.1) - umstritten (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, S. 139 Rz. 09.71; SIEHR/BÄHLER, Basler Kommentar, 2013, N. 5a zu Art. 271 ZPO). Das Bundesgericht hat die Frage mit Hinweis auf die Lehre offengelassen (Urteil 5A_212/2012 vom 15. August 2012 E. 2.2.2, in: FamPra.ch 2012 S. 1089 und SZPP 2013 S. 28).

Die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren kann im vorliegenden Rahmen nicht abschliessend geklärt werden. Angesichts ihrer Umstrittenheit erscheint die eine wie die andere Lösung nicht als willkürlich, so dass sich auch die Ansicht des Obergerichts, vorsorgliche Massnahmen seien im Eheschutzverfahren grundsätzlich zulässig, aber nur zurückhaltend anzuordnen und hier nicht notwendig, nicht als willkürlich erweisen kann. Willkürfrei hätte das Obergericht vielmehr die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren grundsätzlich ablehnen dürfen (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 und 167 E. 2.1 S. 168).

6.

Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass das Obergericht den ersten Entscheid des Kantonsgerichts über vorsorgliche Massnahmen aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an das Kantonsgericht zurückgewiesen habe, im angefochtenen Urteil nun aber den Standpunkt vertrete, vorsorgliche Massnahmen seien gar nicht notwendig (S. 17 Ziff. 3.2 der Beschwerdeschrift). Die Darstellung des Verfahrensablaufs trifft zu (Bst. B.b). Gleichwohl erscheint der Vorwurf des Handelns wider Treu und Glauben als unberechtigt. Das Obergericht hat in seinem Urteil vom 8. Mai 2013 ausdrücklich festgehalten, vorsorgliche Massnahmen könnten in einem Eheschutzverfahren zusätzlich selbstständig erlassen werden (E. 1 S. 4), müssten aber in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet und notwendig sein (E. 3 S. 5). Mit dieser Notwendigkeit hat sich das Obergericht in seinem Urteil vom 8. Mai 2013 nicht zu befassen gehabt, ist es doch von einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausgegangen, dessen formelle Natur zur Aufhebung des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen geführt hat, ohne dass deren Voraussetzungen zu prüfen gewesen wären (E. 4 S. 4 f.). Auf die Massnahmenbegehren ist das

Obergericht ausdrücklich nicht eingetreten (E. 5 S. 6, Beschwerde-Beilage Nr. 5). Das Urteil vom 8. Mai 2013 hat deshalb auch kein berechtigtes Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Notwendigkeit

vorsorglicher Massnahmen zu begründen vermocht, das dadurch hätte enttäuscht werden können, dass das Obergericht im angefochtenen Urteil erstmals die Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen für den konkreten Fall geprüft und verneint hat. Eine andere Frage ist, ob das Obergericht die Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise hätte heilen sollen (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197) oder unter Hinweis auf die formelle Natur des Anspruchs auf die Prüfung aller weiteren Vorbringen verzichten durfte (BGE 121 I 230 E. 2a S. 232). Zu dieser verfahrensrechtlichen Frage äussert sich die Beschwerdeführerin indessen nicht, so dass darauf nicht einzugehen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 589 E. 2 S. 591).

7.

Aufgrund summarischer Prüfung ist insgesamt davon auszugehen, dass die Beschwerde hätte abgewiesen werden müssen, wenn das Verfahren nicht gegenstandslos geworden wäre. Die Beschwerdeführerin wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, da in der Sache keine Vernehmlassung eingeholt wurde und die Gesuche um aufschiebende Wirkung und Aussetzung des Verfahrens entgegen den Anträgen des Beschwerdegegners gutgeheissen wurden (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach verfügt der Präsident:

1.

Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Diese Verfügung wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Oktober 2014

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten