Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 746/2014

Urteil vom 30. April 2015

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Zbinden.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Leimbacher,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Giovanoli,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
vorsorgliche Massnahmen (Obhutsentzug, Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, vom 22. August 2014.

Sachverhalt:

A.

A.a. A._____ (Mutter) und B._____ (Vater) ehelichten sich im Jahr 2002. Aus dieser Beziehung gingen die Kinder C._____ (2004), D._____ (2006) und E._____ (2010) hervor. Im Jahr 2011 wurde die Obhut über die Kinder im Rahmen von Eheschutzmassnahmen der Mutter zugeteilt. Dem Vater wurde ein (begleitetes) Besuchsrecht eingeräumt, und es wurde eine Erziehungsbeistandschaft errichtet.

Weil das Besuchsrecht nicht wie vorgesehen umgesetzt werden konnte, gab die damals zuständige Kindesschutzbehörde ein Gutachten zur Beurteilung der Besuchsrechtssituation, der erzieherischen Fähigkeiten der Eltern und der eventuellen Anordnung von Kindesschutzmassnahmen in Auftrag. In einem Schreiben vom 6. Dezember 2013 teilte die Gutachterin einleitend mit, "aufgrund der Weigerung der Zusammenarbeit der Kindsmutter" sei sie nicht in der Lage gewesen, umfassende Abklärungen zu tätigen und den Auftrag vollständig auszuführen. Die Kindsmutter habe sich geweigert, die Kinder zu einem ersten Kontakt mit der Gutachterin alleine und anschliessender interaktionsdiagnostischer Untersuchung im Beisein des Kindsvaters zu bringen. Es sei deshalb auch nicht möglich gewesen, Lehrpersonen und andere Betreuungspersonen zu kontaktieren. Das Verhalten der Mutter zeige deutlich depressive Komponenten, aber auch eine ausgeprägte zwanghafte Persönlichkeitsstörung auf. Die Mutter projiziere ihre wahnhaften Ängste auf die Kinder, weshalb deren Wohl gefährdet sei. Gestützt darauf schlug die Gutachterin vor, der Mutter die Obhut zu entziehen und die Kinder vorübergehend zu platzieren und zu begutachten, idealerweise im Rahmen einer stationären
Begutachtung in einer kinder- und jugendpsychiatrischen Einrichtung.

A.b. Zwischen den Parteien ist seit dem 28. Januar 2014 beim Regionalgericht Bern-Mittelland ein

Scheidungsverfahren hängig. Gestützt auf das in das Verfahren eingebrachte Gutachten vom 6. Dezember 2013 beschloss der Gerichtspräsident mit Verfügung vom 14. März 2014, von Amtes wegen die Frage nach einem vorübergehenden Obhutsentzug zwecks Begutachtung der Kinder zu prüfen. Es wurden die Eltern und die involvierten Kindesschutzbehörden zur Vernehmlassung eingeladen. Die Beiständin der Kinder, die Kindesschutzbehörden und der Vater unterstützten den Vorschlag des Gerichtspräsidenten, während die Beschwerdeführerin sich dagegen zur Wehr setzte. Sie beantragte, es sei ein interventionistisches Gutachten in Auftrag zu geben, eine Familientherapie anzuordnen und das Familiengericht Zofingen zu beauftragen, einen Beistand für die Kinder zu ernennen und ihn namentlich zu beauftragen, die Kinder auf Kontakte mit dem Vater vorzubereiten, die Kontakte zu begleiten und auszuwerten. Einen Antrag auf Anhörung der Kinder stellte sie nicht. Die Kinder wurden in der Folge auch nicht angehört. Mit Entscheid vom 13. Juni 2014 über vorsorgliche Massnahmen entzog das Regionalgericht Bern-Mittelland der Mutter die Obhut über die drei gemeinsamen Kinder
bis auf Weiteres, übertrug sie zwecks Erstellung eines Gutachtens und allfälliger weiterer Abklärungen auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Zofingen und wies diese Behörde an, eine geeignete Institution für die Kinder zu bestimmen.

B.
Mit Entscheid vom 22. August 2014 wies das Obergericht des Kantons Bern die von der Mutter gegen den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid erhobene Berufung ab. Es entzog die Obhut über die Kinder "bis auf Weiteres" (Dispositiv-Ziff. 1), ordnete die Platzierung der Kinder zwecks Erstellung eines Gutachtens und allfälliger weiterer Abklärungen stationär in einer geeigneten kinder- und/oder jugendpsychiatrischen Institution an (Dispositiv-Ziff. 2), lud die KESB Zofingen ein, eine geeignete Institution für die drei Kinder zu bestimmen und den Aufenthalt der Kinder in dieser Institution zu organisieren, wobei jene bis zum Eintritt in die Institution bei der Mutter bleiben sollen (Dispositiv-Ziff. 3). Obwohl die Mutter vor Obergericht eine entsprechende Rüge vorgetragen hatte, wurden die Kinder auch in diesem Verfahrensabschnitt nicht vom Gericht angehört.

C.
Mit Eingabe vom 24. September 2014 (Postaufgabe) hat die Mutter beim Bundesgericht gegen den Entscheid des Obergerichts vom 22. August 2014 Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Sie beantragt, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Kinder anzuhören. Eventuell sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Weiteren ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

D.
Mit Präsidialverfügung vom 9. Oktober 2014 wurde der Beschwerde auf Antrag der Beschwerdeführerin und entgegen dem Begehren des Vaters (des Beschwerdegegners) aufschiebende Wirkung zuerkannt.

E.
Der Beschwerdegegner schliesst in seiner Vernehmlassung vom 6. Februar 2015 auf Abweisung der Beschwerde. Er ersucht überdies um unentgeltliche Rechtspflege. Die Vernehmlassung wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht. Das Obergericht hat sich nicht vernehmen lassen.

F.
Mit Verfügung vom 27. März 2015 wurde der Schriftenwechsel als geschlossen erklärt.

G.
Die Beschwerde wurde an der Sitzung der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 30. April 2015 öffentlich beraten und das Urteil anschliessend an die Beratung und Abstimmung mündlich eröffnet.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Dabei handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397). Überdies liegt ein Endentscheid vor (Art. 90 BGG; BGE 134 III 426 E. 2.2 S. 431). Da vorliegend lediglich die Obhut über die Kinder strittig ist, handelt es sich um

eine Streitsache ohne Vermögenswert. Die Beschwerdeführerin war Partei im kantonalen Verfahren. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und verfügt somit über ein schützenswertes Interesse an der Beschwerde (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens unterstehen Art. 98 BGG. Liegen vorsorgliche Massnahmen im Streit, kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Das Bundesgericht wendet dabei das Recht nicht von Amtes wegen an, sondern prüft die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und hinreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde ist folglich klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 134 I 83 E. 3.2. S. 88 mit Hinweisen). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss im Einzelnen aufgezeigt werden, in welcher Hinsicht der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 mit Hinweis). Wird eine Sachverhaltsfeststellung beanstandet, muss in der Beschwerdeschrift dargelegt werden, inwiefern diese Feststellung willkürlich oder durch eine andere Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) zustande gekommen ist (vgl.
BGE 133 II 249 E. 1.2.2 und 1.4.3 S. 255) und inwiefern die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in fine BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22).

2.
Die kantonalen Instanzen haben von einer Anhörung der drei Kinder der Ehegatten abgesehen. Die Vorinstanz hielt dafür, die Anhörung sei nie förmlich beantragt worden. Zudem habe die Mutter die fehlende Anhörung durch den Gutachter Dr. F._____ selbst zu verantworten. Schliesslich handle es sich nur um einen vorübergehenden Entzug der Obhut. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107; KRK) sowie von Art. 11 BV. Sie macht geltend, es bedürfe keines Antrages; abgesehen davon spiele es keine Rolle, ob die Obhut lediglich vorsorglich entzogen werde, zumal die Kindesinteressen vorliegend auch dadurch betroffen seien.

3.
Nach Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung und Entwicklung. Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst aus (Art. 11 Abs. 2 BV). Diese Verfassungsbestimmung ist indes zu wenig konkret ausgestaltet, um aus ihr direkt ein zwingendes Recht des Kindes auf Anhörung abzuleiten (BGE 126 II 377 E. 5d).

4.
Die Beschwerdeführerin beruft sich ferner auf Art. 12 KRK. Als Inhaberin der elterlichen Sorge ist sie zu dieser Rüge berechtigt (vgl. Urteil 5A 465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.2; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Anhörung des Kindes, AJP 1999, S. 1579). Da das Bundesgericht die Anwendung des Bundesrechts im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf Willkür überprüft (Urteil 5A 261/2009 vom 1. September 2009 E. 1.2, nicht veröffentlicht in: BGE 135 III 608) und die Beschwerdeführerin keine rechtsgenügend begründeten Willkürrügen erhoben hat (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 134 I 83 E. 3.2. S. 88 mit Hinweisen), gilt es als erstes klarzustellen, ob es sich bei Art. 12 KRK um ein verfassungsmässiges Recht handelt.

4.1. Ein Teil der Doktrin hüllt sich bezüglich dieser Frage in Stillschweigen oder bekundet Unsicherheit. HÄBERLI/MERZ (in: Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl. 2014 S. 273 Rz. 5.90) äussern die Meinung, die Frage müsse "wohl" bejaht werden. Sie verweisen dabei auf BGE 124 III 90 E. 3c, wobei sich an der angegebenen Stelle nichts Derartiges entnehmen lässt. Nach JEAN ZERMATTEN (La Convention relative aux droits de l'enfant, in: Introduction aux droits de l'homme, 2014, S. 326), handelt es sich bei Art. 12 KRK um ein persönliches Recht des Kindes auf Anhörung.

4.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dem die Konkretisierung dieses Begriffes obliegt, qualifiziert als verfassungsmässige Rechte Bestimmungen, die dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen oder welche, obwohl vorwiegend im öffentlichen Interesse erlassen, auch noch individuelle Interessen schützen. Bei der Bestimmung des Vorliegens von verfassungsmässigen Rechten stellt das Bundesgericht insbesondere auf das Rechtsschutzbedürfnis

und die Justiziabilität ab (BGE 131 I 366 E. 2.2 S. 368 mit Hinweisen, die kantonalen Verfassungen betreffend).

4.3. Art. 12 KRK stellt einen direkt anwendbaren Rechtssatz dar, dessen Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden kann (BGE 124 III 90 E. 3a S. 92). Diese Rechtsprechung erging im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland (Art. 84 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [Bundesrechtspflegegesetz OG]) und beantwortete somit nicht die Frage, ob es sich bei Art. 12 KRK um ein verfassungsmässiges Recht handelt. Immerhin ist dadurch ergründet, dass Art. 12 KRK zu den direkt anwendbaren (self-executing) Bestimmungen zählt.

4.4. Das durch Art. 12 KRK garantierte Recht des Kindes, in allen es betreffenden Belangen angehört zu werden, bildet auch Gegenstand des innerstaatlichen Rechts: Unter dem 7. Titel "Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten" und der Marginalie "Anhörung des Kindes" sieht Art. 298 Abs. 1 ZPO vor, dass das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört wird, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht Art. 12 KRK dem Kind keinen umfangreicheren Rechtsanspruch als Art. 298 ZPO (Urteil 5A 465/2012 vom 18. September 2012 E. 3.1.1). Angesichts des in der Zivilprozessordnung geregelten, teilweise sogar umfangreicheren Rechtsanspruchs des Kindes auf Anhörung besteht kein Rechtsschutzbedürfnis und somit auch kein Grund, Art. 12 KRK als verfassungsmässiges Recht zu qualifizieren.

5.
Auf die ungenügend begründete und damit unzulässige Beschwerde (Art. 42 Abs. 2 BGG) ist folglich nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG), die überdies den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen hat (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

6.
Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege sind gutzuheissen, da sich die Beschwerde und der Standpunkt des Beschwerdegegners nicht als von vornherein aussichtslos erwiesen haben und die Parteien als bedürftig gelten. Damit sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdeführerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist. Den Parteien ist je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Dem Rechtsbeistand der unterliegenden Beschwerdeführerin ist aus der Bundesgerichtskasse eine reduzierte Entschädigung auszurichten. Sollte sich die dem Beschwerdegegner zulasten der unterliegenden Beschwerdeführerin zugesprochene Entschädigung als uneinbringlich erweisen, ist seiner Rechtsbeiständin eine reduzierte Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege werden gutgeheissen. Der Beschwerdeführerin wird ein amtlicher Anwalt in der Person von Rechtsanwalt Markus Leimbacher, dem Beschwerdegegner in der Person von Rechtsanwältin Daniela Giovanoli, bestellt.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt; diese werden einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.
Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen. Im Fall der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird Rechtsanwältin Daniela Giovanoli für ihre Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren mit Fr. 2'000.-- aus der Bundesgerichtskasse entschädigt.

5.
Rechtsanwalt Markus Leimbacher wird für seine Bemühungen im bundesgerichtlichen Verfahren mit

Fr. 2'000.-- aus der Bundesgerichtskasse entschädigt.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. April 2015
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Zbinden