

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 665/2018

Urteil vom 18. September 2018

II. zivilrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Fischer,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Perrig,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Aufschiebende Wirkung (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Wallis, I. Zivilrechtliche Abteilung, vom 24. Juli 2018 (C1 18 165).

Sachverhalt:

A.
A. _____ und B. _____ üben die Obhut über die beiden Kinder C. _____ (geb. 2010) und D. _____ (geb. 2013) nach einer vor Gericht am 6. Oktober 2017 getroffenen Vereinbarung alternierend aus, und zwar die Mutter von Sonntagabend bis Mittwochabend und der Vater von Mittwochabend bis Freitagabend sowie abwechselnd die Wochenenden.

B.
Seit dem 12. Januar 2018 ist zwischen den Parteien das Scheidungsverfahren hängig. Am 30. April 2018 stellte die Mutter das Begehren, die bisherige Obhutsregelung anzupassen, weil sie ab dem 1. Juli 2018 mit den beiden Kindern in Thun wohnen wolle. Anlässlich der Verhandlung vom 18. Mai 2018 kamen die Parteien zu keiner Einigung. In der Folge wurden sie gerichtlich angehört, ebenso die Kinder, diese zur Hauptsache durch die gerichtlich beigezogene Expertin Dr. E. _____, welche dem Gericht am 18. Juni 2018 eine schriftliche Stellungnahme abgab.
Mit Entscheid vom 5. Juli 2018 übertrug das Bezirksgericht Brig, Östlich Raron und Goms die Obhut über die beiden Kinder auf die Mutter und erlaubte ihr, den Aufenthaltsort der Kinder nach Thun/U. _____ zu verlegen, unter Regelung des Besuchs- und Ferienrechts des Vaters.
Gegen diesen Entscheid erhob der Vater am 11. Juli 2018 Berufung; gleichzeitig verlangte er die aufschiebende Wirkung. Mit Entscheid vom 24. Juli 2018 wies das Kantonsgericht Wallis das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab.

C.
Gegen diesen Entscheid hat der Vater am 16. August 2018 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und unverzügliche Erteilung der aufschiebenden Wirkung für das kantonale Berufungsverfahren. Mit Vernehmlassung vom 27. August 2018 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde. Ferner verlangt sie von der Gegenseite einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.-- (je Fr. 2'000.-- für Gerichtsgebühren und Anwaltskosten) sowie eine Parteientschädigung und subsidiär die unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist vorliegend der Entscheid der oberen kantonalen Instanz über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Berufungsverfahren. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; Urteil 9C 38/2017 vom 21. März 2017 E. 1.2), der nur unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden kann, wobei diese in der Beschwerde darzutun sind (BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 329; 141 IV 289 E. 1.3 S. 292). Vorliegend wird ein unnötiges und für die Kinder ungünstiges Hin und Her, namentlich auch bei der Beschulung, für den Fall der Gutheissung der Berufung geltend gemacht. Damit ist der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil genügend dargetan.

Ausserdem handelt es sich beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; Urteil 9C 38/2017 vom 21. März 2017 E. 1.2), was vorliegend jedoch einerlei ist, weil es bereits in der Sache selbst um eine vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Scheidungsverfahrens geht. So oder anders können deshalb nur verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden, wofür das strikte Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt. Vorliegend wird eine Verletzung von Art. 9, 11, 14 und 29 BV gerügt.

Die Eintretensvoraussetzungen sind nach dem Gesagten erfüllt und die Beschwerde ist inhaltlich zu behandeln.

2.

Das Kantonsgericht hat festgestellt, dass die Eltern die Kinder alternierend zu je ungefähr der Hälfte betreut hätten, aber angesichts der Distanz zwischen V. _____ bei Brig und U. _____ bei Thun die alternierende Obhut der Kinder offensichtlich nicht aufrecht erhalten werden könne. Sodann hat es erwogen, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung die Ausnahme sei. Indem der erstinstanzliche Richter die verschiedenen Elemente abgewogen habe, erscheine der Entscheid nicht haltlos, und aufgrund der Ausführungen der Kinderpsychologin scheine das Kindeswohl nicht zwingend gefährdet, wenn die Kinder in die Umgebung von Thun zögen.

3.

Eine Verletzung des Willkürverbotes sieht der Beschwerdeführer aus verschiedenen Gründen, u.a. durch Hervorstreichen der eigenen Vorzüge und der Nachteile bei der Mutter gemäss der von der gerichtlich beauftragten Psychologin zusammengestellten Liste, namentlich aber auch darin, dass das Kantonsgericht die Tatsache übergangen habe, wonach die Kinderpsychologin eine Obhutszuteilung eher an den Vater empfohlen habe und auch die Kinder den Wunsch geäussert hätten, bei ihm zu wohnen. Vor dem Hintergrund, dass sich die Parteien die Betreuung in den letzten Jahren aktenkundig geteilt hätten und nach der Einschätzung der Psychologin gleichermassen Hauptbezugspersonen seien, und angesichts der Tatsache, dass es der von der Mutter gewünschte Wegzug sei, welcher die Fortführung der bis anhin gelebten alternierenden Obhut aus geografischer Sicht verunmögliche, sei während des Rechtsmittelverfahrens diejenige Situation aufrechtzuerhalten, welche für die Kinder mit den wenigsten Veränderungen verbunden sei.

In ihrer Vernehmlassung hält die Beschwerdegegnerin fest, dass sie mit den Kindern zwischenzeitlich nach U. _____ gezogen ist (Abmeldung am alten Ort per 31. Juli 2018) und die Kinder am neuen Ort seit dem 13. August 2018 zur Schule gehen (C. _____ in der 2. Klasse und D. _____ im 2. Kindergarten). Die Schule befinde sich nur wenige Gehminuten vom neuen Zuhause entfernt. Beide Kinder seien dort gut gestartet, hätten bereits erste Freundschaften geschlossen und seien schon zu Kindergeburtstagen eingeladen worden. Sodann weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass sie die Kinder überwiegend selbst betreue, während der Beschwerdeführer hierfür auf verschiedene Personen angewiesen wäre. Ferner lasse sich durch die gewonnene räumliche Distanz auch der Loyalitätskonflikt verbessern. Im Übrigen habe sich die Vorinstanz mit den Lebensumständen der Parteien ausgewogen auseinandergesetzt, das Gutachten frei gewürdigt und einen Ermessensentscheid gefällt.

4.

Wie das Kantonsgericht zutreffend erkannt hat (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 496 oben; 142 III 502 E. 2.3 S. 506 unten und E. 2.4.1 S. 508 unten), ist die Aufrechterhaltung der alternierenden Obhut mit wechselnden Betreuungs-Wochenhälften angesichts der Entfernung zwischen V. _____ (bei Brig) und U. _____ (bei Thun) nicht möglich, zumal das ältere Kind zur Schule und das jüngere in den Kindergarten geht. Entsprechend stellt sich die Frage nach der Regelung der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren betreffend den die Veränderung des Aufenthaltsortes der Kinder

erlaubenden erstinstanzlichen Entscheid.

4.1. In Bezug auf die anhand von Art. 301a Abs. 2 ZGB zu beantwortende Frage der Genehmigung der Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes geht das Bundesgericht davon aus, dass es tendenziell zum Wohl des Kindes ist, bei der Hauptbetreuungsperson zu bleiben und folglich mit dieser wegzuziehen, soweit es nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept eine solche gibt, wobei aber auch das Alter und der Wunsch des Kindes eine Rolle spielen, weil ältere Kinder zunehmend umgebungs- statt personenbezogen sind und ihr Wille schrittweise mehr Beachtung finden soll (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 493; 142 III 612 E. 4.3 S. 616).

Soweit nach dem bisher gelebten Modell beide Elternteile als Hauptbezugspersonen anzusehen sind, wie dies typischerweise bei der alternierenden Obhut der Fall ist, können diese Grundsätze nicht greifen, denn hier ist die Ausgangslage gewissermassen neutral (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 493; 142 III 502 E. 2.5 S. 511) und es muss im Wesentlichen anhand der Kriterien, wie sie auch für die Obhutszuteilung gelten - d.h. in erster Linie die Erziehungsfähigkeit, die tatsächliche Betreuungsmöglichkeit, die Stabilität der Verhältnisse, die Sprache und Beschulung des Kindes und je nach Alter auch dessen Äusserungen und Wünsche - über die Frage der Verlegung des Aufenthaltsortes entschieden werden (BGE 142 III 481 2.7 S. 492 f.; 142 III 498 E. 4.4 S. 499 f.; 142 III 502 E. 2.5 S. 511 f.).

4.2. Was die Frage der aufschiebenden Wirkung anbelangt, ist im Zusammenhang mit der Aufenthaltsveränderung des Kindes nach pflichtgemäsem Ermessen zwischen den im konkreten Einzelfall auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen, wobei die Hauptsachenprognose eine zentrale Rolle spielt (BGE 143 III 193 E. 4 S. 197).

4.2.1. Hierfür macht es einen wesentlichen Unterschied, ob es der hauptbetreuende Elternteil im Sinn des bisherigen Alleinhabers der Obhut ist, der mit dem Kind wegziehen will, oder ob die Eltern das Kind bislang alternierend betreut haben und aufgrund der Distanz des neuen Wohnortes des wegzugswilligen Elternteils - unabhängig davon, in welchem Haushalt das Kind zukünftig leben wird - das vorbestandene Betreuungsmodell nicht mehr aufrechterhalten werden kann:

Mit der Sorgerechtsrevision ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht vom Obhutsrecht gelöst und zu einer direkten Komponente des Sorgerechts gemacht worden (Art. 301a Abs. 1 ZGB; BGE 142 III 481 E. 2.3 S. 484; 142 III 502 E. 2.2 S. 506; 142 III 612 E. 4.2 S. 614; 144 III 10 E. 4 S. 12). Indes besteht ein enger Konnex zur Obhutsfrage gerade bei einer bisher gelebten alternierenden Obhut insofern, als sich diese infolge des Wegzuges eines Elternteiles in der Regel nicht mehr aufrechterhalten lässt und es zwangsläufig zur Alleinzuteilung der Obhut kommt (dazu E. 4). Es kann aber auch beim Wegzug des alleinigen Obhutsinhabers ein Konnex mit der Obhutsfrage entstehen, indem nämlich bei damit einhergehender eigenmächtiger oder missbräuchlicher Aufenthaltsveränderung des Kindes gegebenenfalls die Umteilung der Obhut zu prüfen ist (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 495; 142 III 502 E. 2.5 S. 511; 144 III 10 E. 5 S. 13).

Vor diesem Hintergrund kann für die Konstellation, dass der hauptbetreuende Elternteil mit dem Kind wegziehen will, für die Frage der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren im Normalfall sinngemäss auf die in BGE 138 III 565 E. 4.3.2 S. 566 für die Obhutsregelung aufgestellten Grundsätze verwiesen werden. Danach sollen Kinder, die aufgrund des bisher gelebten Betreuungsmodells eine Hauptbezugsperson hatten, während des Rechtsmittelverfahrens in der Regel bei diesem Elternteil verbleiben und entsprechend ist im Rahmen von Art. 315 ZGB - je nach Ausgangskonstellation durch Erteilung oder Entzug - die aufschiebende Wirkung zu regeln. Diese sinngemässe Verweisung kann bei der Aufenthaltsfrage des Kindes jedenfalls dann Gültigkeit beanspruchen, wenn es um kleinere und damit noch eher personengebundene Kinder geht und keine Gründe für eine Neu Beurteilung der Obhut aufgrund der Wegzugspläne des bisher hauptbetreuenden Elternteils ersichtlich sind, so dass die Haupt sachenprognose (dazu vorstehend E. 4.2) für die Genehmigung des Wegzuges spricht.

Gerade anders muss es sich bei einer alternierenden Obhut verhalten, weil hier die Ausgangssituation nach dem in E. 4.1 Gesagten gewissermassen neutral ist, die unverzügliche Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes aber auf den Rechtsmittelentscheid insofern eine stark präjudizierende Wirkung hat (vgl. zum Problemkreis der präjudizierenden Wirkung und zur Hauptsachenprognose im Zusammenhang mit Wegzugsentscheidungen: MÖCKLI, Die Relocation von Kindern, ZSR 2017 II 229, S. 288 ff.), als das Kindeswohl gebietet, dass auf die aktuellen - mithin auf die zufolge Verweigerung der aufschiebenden Wirkung gegebenenfalls veränderten - Verhältnisse im Urteilszeitpunkt und nicht auf die ursprünglichen Verhältnisse abgestellt wird (BGE 142 III 502 E. 2.7 S. 515).

Die aufschiebende Wirkung ist deshalb bei alternierender Obhut mit grosser Zurückhaltung und nur bei wirklicher Dringlichkeit zu verweigern oder zu entziehen, denn bei dieser Ausgangslage tritt - zumal

wenn beidseits die Erziehungsfähigkeit als erstellt gilt und auch beide Seiten das Kind weiterhin betreuen möchten und könnten - das Kontinuitätsprinzip in den Vordergrund (vgl. BGE 142 III 498 E. 4.5 S. 500), welches dafür spricht, dass die Aufenthaltsveränderung unter Vorbehalt besonderer Umstände nicht bereits während des Rechtsmittelverfahrens erfolgt, sondern die Kinder bis zum Rechtsmittelentscheid in der angestammten Umgebung bleiben.

4.2.2. Eine generelle Zurückhaltung ist ferner, gegebenenfalls selbst bei einem Wegzug des Kindes mit dem hauptbetreuenden Elternteil, bei der Auswanderung zu üben (BGE 143 III 193 E. 4 S. 197; Urteil 5A 520/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3.2), weil es im Zeitpunkt des mit dem betreuenden Elternteil erfolgenden tatsächlichen Wegzug des Kindes in einen Haager Vertragsstaat zum Verlust der schweizerischen Jurisdiktion kommt (BGE 129 III 288 E. 4.1 S. 292; 142 III 1 E. 2.1 S. 4; 143 III 193 E. 2 S. 195), so dass ein die Auswanderung erlaubender erstinstanzlicher Entscheid von der Rechtsmittelinstanz gar nicht mehr überprüft werden kann. Bei wirklicher Dringlichkeit ist der Entzug bzw. die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung aber auch in diesen Fällen nicht nur eine Möglichkeit, sondern Pflicht (BGE 143 III 193 E. 4 S. 197 oben).

4.3. Vorliegend hat der erstinstanzliche Richter - was im angefochtenen Entscheid nicht eigens aufgeführt wird - nicht übersehen, dass beide Kinder beim Vater wohnen bleiben möchten mit der Begründung, er unternehme viel mehr Dinge mit ihnen und bleibe bei Streitereien im Unterschied zur Mutter ruhig und schlage sie nicht. Indes hat er auch auf die von der Psychologin festgestellte Ambivalenz der Äusserungen und den offensichtlichen Loyalitätskonflikt der Kinder hingewiesen. Ausschlaggebend für die Genehmigung des Wegzuges der Kinder mit der Mutter, obwohl die Psychologin tendenziell eine Zuteilung an den Vater empfahl, war für den erstinstanzlichen Richter, dass diese die Kinder vor der Installation der alternierenden Obhut überwiegend betreut habe und sie auch in Zukunft im Wesentlichen selbst betreuen könnte, während der Vater zwar beruflich flexibel, aber zur Betreuung auch auf die im gleichen Haushalt lebende neue Partnerin und die im gleichen Haus wohnende Mutter bzw. Schwester angewiesen sei.

Ob die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder zu genehmigen ist oder sie zufolge Wegzuges der Mutter nach U. _____ vollzeitlich im väterlichen Haushalt unterzubringen sind, wird Thema des Endentscheides im Berufungsverfahren sein. Für die vorliegend zu beurteilende Frage der aufschiebenden Wirkung ist relevant, dass der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens angesichts vorstehend erwähnten Faktoren als völlig offen bezeichnet werden muss, dies freilich nur ausgehend von der ursprünglichen Situation. Bei einem Wegzug der Kinder nach Thun bzw. U. _____ zufolge verweigerter aufschiebender Wirkung und dortiger Einschulung könnte eine neue Situation eintreten und sich der Kontinuitätsgedanke unter anderen Vorzeichen stellen.

Der angefochtene Entscheid geht auf die konkreten Verhältnisse kaum ein, sondern stellt in relativ abstrakter Weise auf bestimmte Kriterien ab, die jedoch unsachlich und damit willkürlich sind. So wird eingangs als zentrales Element der Ausnahmecharakter der aufschiebenden Wirkung herausgestrichen (angefochtener Entscheid S. 3), obwohl nach der in E. 4.2 und 4.2.1 erwähnten Rechtsprechung die auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen sind und eine Hauptsachenprognose zu machen ist. Sodann wird die Kindeswohlgefährdung als Massstab genommen und der erstinstanzliche Entscheid vor diesem Hintergrund als nicht unhaltbar bezeichnet (angefochtenes Urteil S. 5), obwohl gemäss dem in E. 4.1 und 4.2.1 Gesagten das Kindeswohl massgebend ist.

Der angefochtene Entscheid erweist sich aber auch im Ergebnis als willkürlich, weil er fast gänzlich ausblendet, dass nicht der Alleininhaber der Obhut mit den Kindern wegziehen will, sondern einer der alternierend betreuenden Elternteile, und diesfalls die aufschiebende Wirkung nur mit grosser Zurückhaltung zu verweigern ist, wobei von keiner Seite eine Dringlichkeit des Wegzuges geltend gemacht wird, und dass im vorliegenden Einzelfall angesichts der konkreten Umstände der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens als völlig offen bezeichnet werden muss, was indes nicht mehr der Fall wäre, wenn die Kinder zufolge verweigerter aufschiebender Wirkung im Urteilszeitpunkt bereits in Thun bzw. U. _____ eingelebt sein sollten.

4.4. Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Indes sind zwischenzeitlich aufgrund der verweigerter aufschiebender Wirkung neue Tatsachen geschaffen worden, welche es eigentlich zu verhindern gegolten hätte. Folge der Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nicht einfach sein, dass das Bundesgericht für das Berufungsverfahren in verbindlicher Weise die aufschiebende Wirkung erteilt, denn es ist nicht zwingend im Kindeswohl, die nunmehr bereits in U. _____ eingeschulten Kinder für die Zeit des Rechtsmittelverfahrens in den väterlichen Haushalt zurückzugeben, auf das Risiko hin, dass im Berufungsentscheid doch die Veränderung des Aufenthaltsortes bewilligt werden sollte und es damit zu einem doppelten Hin und Her kommen würde.

Nun handelt es sich bei der erst nach dem angefochtenen Entscheid eingetretenen Wegzugstatsache und Einschulung der Kinder in U. _____ um echte Noven, welche das Bundesgericht nicht berücksichtigen kann (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123). Vor dem Hintergrund des Kindeswohls darf dies aber nach dem Gesagten nicht dazu führen, dass das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung für das kantonale Berufungsverfahren ohne Weiteres erteilt, wie dies logische Folge der Aufhebung des angefochtenen Entscheides wäre. Vielmehr besteht die sachgerechte und sowohl den prozessualen als auch den materiellen Aspekten Rechnung tragende Lösung darin, dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid zufolge Willkür aufhebt und die Sache zur neuen Entscheidung über die aufschiebende Wirkung gestützt auf den im Zeitpunkt des neuen Entscheides aktuellen Sachverhalt an das Kantonsgericht zurückweist. Allenfalls werden mit Blick auf den neuen Entscheid kurze Abklärungen nötig sein, namentlich zur aktuellen Meinung der Kinder; eine Lösung kann aber auch darin bestehen, durch beförderliche Behandlung der Berufung umgehend in der Sache selbst zu entscheiden und damit die Frage der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos werden zu lassen.

5.

Im Grundsatz hat der Beschwerdeführer obsiegt, weshalb die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Der offensichtlich prozessarmen Beschwerdegegnerin ist die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und der sie vertretende Rechtsanwalt beizugeben (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Das Gesuch um Prozesskostenvorschuss ist damit gegenstandslos.

Demnach erkennt der Präsident:

1.

In dahingehender Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 24. Juli 2018 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an das Kantonsgericht zurückgewiesen.

2.

Der Beschwerdegegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und sie wird durch Rechtsanwalt Christian Perrig verbeiständet.

3.

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

4.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen.

5.

Rechtsanwalt Christian Perrig wird für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-- aus der Bundesgerichtskasse entschädigt.

6.

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

Lausanne, 18. September 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli