

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

5A 558/2021

Urteil vom 29. Juli 2021

II. zivilrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Werner Rechsteiner,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Denise Dornier-Zingg,  
Beschwerdegegner,

1. C. \_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Christof Bläsi,  
2. D. \_\_\_\_\_, c/o A. \_\_\_\_\_.

Gegenstand  
Vorsorgliche Massnahmen (Eheschutz),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden vom 21. Juni 2021 (ERZ 21 18).

Sachverhalt:

A.  
Die rubrizierten Parteien heirateten im Jahr 2005. Sie haben die Söhne C. \_\_\_\_\_ (geb. 2007) und D. \_\_\_\_\_ (geb. 2012). Im Juni 2019 trennten sie sich.

B.  
Mit Eheschutzurteil vom 11. März 2020 hielt das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden fest, dass die Kinder bei der Mutter wohnen würden, wo sich auch ihr Wohnsitz befinde, mit einem Besuchsrecht des Vaters an jedem zweiten Wochenende von Freitag- bis Sonntagabend und einem Ferienrecht von fünf Wochen. Sodann errichtete es eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB und verpflichtete den Vater zu (näher bezeichneten) Kindesunterhaltsbeiträgen sowie zu ehelichem Unterhalt.

Dagegen erhob der Vater am 26. März 2020 Berufung. Im Berufungsverfahren wurde für C. \_\_\_\_\_ auf dessen Begehren hin eine Kindesvertretung eingesetzt. Für beide Söhne wurde ein Erziehungsgutachten in Auftrag gegeben.

C.  
Am 22. März 2021 stellte der Vater ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Nachdem diesbezüglich nur der einfache Schriftenwechsel angeordnet worden war, unter dem Titel des Replikrechts aber zehn Eingaben eingegangen waren, führte das Obergericht am 27. Mai 2021 zur Verhinderung eines ewigen Schriftenwechsels eine "Replikrecht-Guillotinen-Verhandlung" durch. In teilweiser Gutheissung des Massnahmesuches wies es mit Urteil vom 21. Juni 2021 die KESB an, für D. \_\_\_\_\_ eine Beiständin gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zu ernennen, und ordnete an, dass C. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 12. Juli 2021 für die Dauer des Berufungsverfahrens beim Vater wohne,

wo sich auch sein gesetzlicher Wohnsitz befinde, unter Einräumung eines Besuchsrechts an jedem zweiten Wochenende von Freitag- bis Sonntagabend und einem Ferienrecht von 2½ Wochen für die zweite Jahreshälfte an die Mutter; im Übrigen wies es das Gesuch ab.

D.

Gegen dieses Urteil hat die Mutter am 6. Juli 2021 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit dem Begehren um dessen Aufhebung, eventualiter um Aufhebung des Obhutswechsels und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung. Mit Präsidialverfügung vom 23. Juli 2021 wurde der Beschwerde mit Blick auf das bevorstehende Schuljahr in der neuen Schulstufe und die nötige Eingewöhnungszeit für C.\_\_\_\_\_ im väterlichen Haushalt keine aufschiebende Wirkung erteilt und damit die am 8. Juli 2021 erfolgte superprovisorische Anordnung nicht bestätigt. Die Sache ist angesichts der offensichtlich unbegründeten Beschwerde spruchreif, weshalb in der Sache selbst keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen; die Beschwerde in Zivilsachen steht somit offen (Art. 72 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 BGG), wobei nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG). Verfassungsfragen müssen gemäss dem strengen Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet werden. Dies bedeutet, dass anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids klar und detailliert darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen, während bloss appellatorische Ausführungen ungenügend sind (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 142 III 364 E. 2.4 S. 368).

2.

Gerügt wird eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) und des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) dahingehend, dass sich das Obergericht nicht zur zeitlichen und sachlichen Eignung und Notwendigkeit der Obhutsumteilung bzw. den grundsätzlichen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO geäussert habe.

Das Obergericht hat erwogen, dass mit der Ablieferung des Zuteilungsgutachtens erst im Herbst zu rechnen sei und angesichts der nach den Erfahrungen im vorliegenden Fall ausgedehnten Nutzung des Replikrechtes nicht vor Jahresende ein Entscheid werde ergehen können, dass die Sache aber insofern dringlich sei, als C.\_\_\_\_\_ nach den Sommerferien von der Sekundar- in eine Kantonsschule wechseln werde und es vorteilhaft wäre, wenn er das Schuljahr in der neuen Schulstufe dort beginnen könnte, wo er in den nächsten Jahren verbleiben werde. Dass bei einer Umplatzierung zum Vater potenziell zwei Wechsel drohen könnten, spreche eher für das einstweilige Belassen bei der Mutter. Wichtiger als die Wohnsituation erscheine mit Blick auf das Alter aber die Zugehörigkeit zu einer Peergroup und mit dem Wechsel der Schulstufe würden im neuen Schuljahr ohnehin die Klassenkameraden wechseln. Sodann habe C.\_\_\_\_\_ mehrfach und eindringlich den Wunsch geäussert, beim Vater wohnen und die Schule im Kanton Luzern besuchen zu können; ein vorsorglicher Obhutswechsel dränge sich somit auf und ein Abweichen vom konstant geäusserten Willen des Kindes könnte für dieses einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründen.

Die Rügen der Beschwerdeführerin gehen somit offenkundig fehl: Nicht nur stellen die Erwägungen im angefochtenen Entscheid unter dem Titel des rechtlichen Gehörs eine hinreichende Entscheidungsbegründung dar (zu den diesbezüglichen Anforderungen 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), sondern es werden - insbesondere auch in Bezug auf die zeitliche Dringlichkeit - sachliche Gründe genannt, welche ohne Weiteres vor dem Willkürverbot standhalten.

3.

Gerügt wird sodann eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) und des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) dahingehend, dass das Gutachten noch gar nicht vorliege und bei beidseits gegebener Erziehungsfähigkeit, worüber mangels Gutachten noch keine Klarheit herrsche, die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse massgebend seien und Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen seien.

Tatsächlich entspricht es einem Grundsatz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen sind. Grundsätze vertragen aber Ausnahmen, soweit

hierfür sachliche Gründe gegeben sind. Diese bestehen vorliegend im seit langer Zeit und mit Nachdruck geäusserten Willen von C.\_\_\_\_\_, den die Mutter in ihren Ausführungen vollständig ausblendet, weshalb es der Beschwerde letztlich auch an einer hinreichenden Begründung fehlt, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzen soll. Unabhängig davon geht es um einen konstant und entgegen den Erwartungen der bisherigen Hauptbetreuungsperson geäusserten sowie inhaltlich gut nachvollziehbaren Zuteilungs- bzw. Umteilungswunsch eines inzwischen 14-jährigen Jungen. Dem autonom gebildeten Willen des Kindes, woran vorliegend kein Zweifel besteht, ist bei der Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses mit zunehmendem Alter grösseres - und mit 14 Jahren relativ grosses - Gewicht einzuräumen (statt vieler: Urteil 5A 665/2018 vom 18. September 2018 E. 4.1; zuletzt Urteil 5A 647/2020 vom 16. Februar 2021 E. 2.5.1 m.w.H.), auch wenn es bis zu seiner Mündigkeit nicht autonom über seinen Aufenthaltsort entscheiden kann (vgl. Art. 301a Abs. 1 ZGB; BGE 134 III 88 E. 4 S. 91; Urteil 5A 51/2015 vom 25. März 2015 E. 5.2).

Davon und von den weiteren Umständen ausgehend - insbesondere dass C.\_\_\_\_\_ nach Möglichkeit die neue Schulstufe, welche auch einen neuen Freundeskreis mit sich bringt, dort sollte beginnen können, wo er aller Voraussicht nach gestützt auf den noch ausstehenden Berufungsentscheid definitiv seinen Wohnsitz haben wird - liegt im angefochtenen Entscheid keine Willkür begründet, auch wenn das Gutachten noch nicht vorliegt und es (jedenfalls für eine bestimmte Zeit) zur Trennung der Geschwister kommt. Wenn die Mutter diesbezüglich festhält, D.\_\_\_\_\_ hänge sehr an seinem Bruder und befinde sich bereits in ärztlicher Behandlung, weil er grosse Angst vor einer Trennung habe, so kann angesichts des Umstandes, dass die Mutter die Söhne gegeneinander ausspielt, eine vorübergehende Trennung möglicherweise auch zu einer gewissen Entspannung führen; so oder anders ist es aber nicht die Aufgabe von C.\_\_\_\_\_, gewissermassen Beschützer oder Retter seines Bruders zu sein, sondern wären nach Vorliegen des Gutachtens vielmehr auch in Bezug auf D.\_\_\_\_\_ die nötigen Massnahmen zu ergreifen.

Keine Willkür ergibt sich schliesslich aus dem abstrakten Hinweis, bloss zu 60 % und im Homeoffice arbeitstätig zu sein, während der Vater als Hoteldirektor sehr beschäftigt sei. Es geht um einen 14-jährigen Jungen, welcher in der Nähe des väterlichen Haushaltes das Gymnasium besuchen wird, dort unter der Woche naturgemäss relativ ausgedehnt betreut ist und angesichts seines Alters auch die Hausaufgaben einigermaßen selbständig erledigen können.

Keine Willkür ist schliesslich im Zusammenhang mit der Anordnung ersichtlich, wonach die Mutter für die Fahrten zur Ausübung des Besuchsrechts verantwortlich ist. Dies entspricht allgemeiner Regel und es sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern dies vorliegend unhaltbar wäre; Willkür ergibt sich jedenfalls nicht allein daraus, dass sie gegenüber dem zweiten Sohn D.\_\_\_\_\_ betreuungspflichtig bleibt.

4.

Die Beschwerdeführerin verlangt zwar im Hauptbegehren die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Die Beschwerdebegründung bezieht sich aber ausschliesslich auf C.\_\_\_\_\_. Indem die Beschwerde in Bezug auf D.\_\_\_\_\_ unbegründet bleibt, ist sie auch diesbezüglich abzuweisen bzw. ist nicht darauf einzutreten.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insgesamt abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und für die Stellungnahmen zur aufschiebenden Wirkung entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

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

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner mit Fr. 1'500.-- und den Kindesvertreter Rechtsanwalt Christof Bläsi mit Fr. 1'200.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kindesvertreter, E.\_\_\_\_\_, der KESB Appenzel Ausserrhoden und dem Obergericht Appenzel Ausserrhoden schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. Juli 2021

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli