

BGer 5A 105/2016 vom 7. Juni 2016

Bundesgericht, 2016-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_105_2016

FR: TF 5A 105/2016 du 7 juin 2016

IT: TF 5A 105/2016 del 7 giugno 2016

Regeste

Eheschutz (Obhut) | Familienrecht

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der kantonale letztinstanzliche Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens; dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG), wobei nur verfassungsmässige Rechte als verletzt angerufen werden können (Art. 98 BGG). Für Verfassungsprüfungen gilt das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG . Das heisst, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88). Auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

E. 2

Strittig ist insbesondere die Obhutsfrage. Der Vater möchte, dass die drei in der Schweiz lebenden Kinder wiederum nach Nepal zurückkehren.

E. 2.1

Das Bezirksgericht hat den Fokus auf die Entführung der Kinder durch die Mutter gelegt und befunden, sie seien aus Nepal, wo sie ihr ganzes bisheriges Leben verbracht hätten, entwurzelt und in die Schweiz verpflanzt worden. Auch wenn sie sich dank ihrer Deutschkenntnisse hier rasch integriert hätten, gute Noten erzielten und in der Verwandtschaft auch ein familiäres Umfeld hätten, seien sie in Nepal geboren und aufgewachsen. Das Verbringen der drei jüngeren Kinder durch die Mutter habe die Geschwister getrennt und sie würden sich alle vier wünschen, gemeinsam aufzuwachsen. Das Kindeswohl gebiete somit, dass alle vier Kinder gemeinsam beim Vater in Nepal aufwachsen würden. Das Kantonsgericht hat festgehalten, dass die Mutter den Wunsch eines Wohnsitzwechsels in die Schweiz spätestens seit der Trennung im Jahr 2010 mehrfach angeregt, der Vater dies aber abgelehnt und die Pässe der Kinder versteckt habe. Aus dem elterlichen Verhalten bzw. der Unfähigkeit, eine einvernehmliche Lösung zu finden, hat es auf eine beidseitig eingeschränkte Erziehungsfähigkeit geschlossen. Im Zusammenhang mit dem Kindeswohl hat das Kantonsgericht sodann befunden, dass die Kinder, auch wenn sie nie nepalesisch gelernt hätten, in Nepal ihre Heimat gehabt hätten und dort verwurzelt gewesen seien, indes der Zeitablauf nicht ausser Acht gelassen werden könne bzw. auf die heutige Situation abzustellen sei. Sodann hat es die Aussagen der Kinder zusammengefasst. Die älteste Tochter B.A. _____, welche auf eigenen Wunsch nicht mit der Mutter in die Schweiz gereist sei, habe geäussert, in Nepal die englische

Privatschule zu absolvieren und vorher nicht in der Schweiz leben zu wollen.

C.A._____ habe ausgeführt, in der Schweiz bleiben zu wollen, weil die Perspektiven besser seien als in Nepal. Auch E.A._____ habe den Wunsch geäußert, bei der Mutter in der Schweiz zu bleiben, während sich D.A._____ nicht zwischen den Eltern habe entscheiden können. Alle vier Kinder würden sich gegenseitig sehr vermissen. Vorliegend müsse jedoch vom Grundsatz, dass sie nach Möglichkeit nicht zu trennen seien, aufgrund der unterschiedlichen Bedürfnisse abgewichen werden. Den drei zwischenzeitlich in der Schweiz integrierten Kindern sei vor dem Hintergrund der Prinzipien der Stabilität der Verhältnisse ein erneuter Umzug nach Nepal nicht zuzumuten.

E. 2.2

Die Ausführungen in der Beschwerde gehen an der Sache vorbei, soweit der Vater die Entführung der Kinder durch die Mutter ins Zentrum rücken möchte und geltend macht, die Kinder sollten gleich behandelt werden, wie wenn sie aus einem Haager Vertragsstaat entführt worden wären, ansonsten Art. 14 BV und Art. 8 EMRK verletzt sei. Es ist evident, dass die Ausgangslage eine völlig andere wäre, wenn es sich bei Nepal um einen Vertragsstaat des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ, SR 0.211.230.02) handeln würde. Dies ist aber nicht der Fall und entsprechend geht es vorliegend nicht um ein Rückführungsverfahren, bei welchem die Fragen der Widerrechtlichkeit des Verbringens und die Zumutbarkeit der Rückkehr der Kinder die zentralen Themen sind, sondern vielmehr um ein materielles Zivilverfahren, in welchem die Zuteilungsfrage sowie die sich aus deren Beantwortung ergebenden Nebenfolgen zu regeln sind. Entgegen der Ansicht des Vaters verlangt weder die Bundesverfassung noch die EMRK, dass dieses Zivilverfahren als etwas anderes - quasi als ein Rechtshilfeverfahren für einen Nicht-HKÜ-Vertragsstaat in analoger Anwendung der HKÜ-Regelung - geführt wird. Im materiellen Zivilverfahren ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses (Zuteilungsfrage, Besuchsrecht, etc.) das Kindeswohl der entscheidende Faktor, während die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten haben (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212), was insbesondere auch im Zusammenhang mit dem transnationalen Wegzug gilt (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3 S. 358). Für die Obhutregelung ist auf die persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, auf ihre erzieherischen Fähigkeiten und die Bereitschaft, die Kinder in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen, sowie auf das Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse abzustellen, welche bei gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit besonderes Gewicht erhält (BGE 112 II 381 E. 3 S. 382 f.; 114 II 200 E. 3 S. 201 f.); diese Kriterien finden auch bei einer Neuregelung infolge transnationalen Wegzuges Anwendung (vgl. Urteil 5A_375/2008 vom 11. August 2008 E. 2). Was konkret das Fehlverhalten der Mutter angeht, so ist sie hierfür in der Schweiz strafrechtlich verurteilt worden; im Zusammenhang mit dem Zivilurteil kann ihr Fehlverhalten nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen nur insoweit von Belang sein, als ihre Erziehungsfähigkeit und das Kindeswohl zur Debatte stehen.

E. 2.3

Im soeben angesprochenen Kontext rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Willkürverbotes mit der Behauptung, mathematisch gesehen sei seine Erziehungsfähigkeit nur einfach, diejenige der Mutter aber doppelt eingeschränkt, weil sich nach der Trennung beide Teile nicht über den Wohnsitz der Kinder hätten einigen können, jedoch die Mutter

zusätzlich die Kinder entführt habe. Die Frage der Erziehungsfähigkeit ist keine mathematische. Es geht nach dem Gesagten in erster Linie darum, ob ein Elternteil bereit und in der Lage ist, die Kinder weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen, auf deren Bedürfnis nach harmonischer Entfaltung einzugehen und die hierfür notwendige Stabilität zu bieten. Inwiefern die Mutter hierzu nicht in der Lage wäre, wird nicht ansatzweise dargetan. Was sodann konkret die Tatsache der Kindesentführung anbelangt, ist diese in den Kontext der erfolgten Trennung der Eltern und der sich anschliessenden Perspektivlosigkeit für die Mutter in Nepal (vgl. dazu E. 3.4) zu stellen. Es werden keine Anzeichen dafür geltend gemacht, dass die Mutter generell ihre eigenen Interessen über diejenigen der Kinder stellen und deren gedeihliche Entwicklung beeinträchtigen würde. Es ist deshalb nicht willkürlich, wenn das Kantonsgericht die Entführung als solche nicht zum Anlass genommen hat, eineinhalb Jahre später die drei jüngeren Kinder ebenfalls unter die Obhut des Vaters zu stellen, sondern es vielmehr eine Gesamtschau vorgenommen und das konkrete Kindeswohl im heutigen Zeitpunkt ins Zentrum seiner Überlegungen gestellt hat.

E. 2.4

Was das konkrete Kindeswohl anbelangt, hält der Vater die Ansicht des Kantonsgerichtes für willkürlich, dass eine Rückkehr der drei in der Schweiz lebenden Kinder nach Nepal ihrer Entwicklung abträglich wäre. Dies sei weder gerichtsnotorisch noch hinreichend belegt. Die Kinder würden in Nepal rasch wieder Anschluss finden, zumal sie sich ja nicht neu einleben müssten. Überdies werde das Anhörungsprotokoll der Kinder verkürzt wiedergegeben; sie hätten Gutes von Nepal und dem Vater berichtet und sie würden ihn sowie die älteste Schwester vermissen. Im Übrigen sei ihr Wohl in Nepal immer gewahrt gewesen. Sie würden dort in gehobenen Verhältnissen leben und könnten mit dem angestammten Pendelmodell (wöchentlich alternierende Obhut) auch wieder zu beiden Elternteilen Kontakt haben, während dies nicht möglich sei, wenn sie in der Schweiz lebten. Im Übrigen sei der Fremdbetreuungsanteil in der Schweiz angesichts der teilweisen Berufstätigkeit der Mutter und der Abwesenheit des Vaters höher, als wenn alle wieder in Nepal leben würden. Auch die Bildungs- und Berufschancen sowie die medizinische Versorgung seien in Nepal gewährleistet. Das Kantonsgericht hat keineswegs verkannt, dass sich alle Kinder in Nepal wohl gefühlt haben, dass sie einander vermissen, dass sie beide Elternteile gerne haben und dass die drei in der Schweiz lebenden Kinder sich in Nepal rasch wieder einleben könnten, zumal sie weiterhin die englische Privatschule besuchen würden. Dies allein begründet aber noch keine Willkür. Nach stehender Definition liegt sie nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre; Willkür ist vielmehr erst gegeben, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 135 V 2 E. 1.3 S. 4; 136 III 552 E. 4.2 S. 560). Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde fest, das Protokoll der Kinderanhörung spreche in einer Gesamtbetrachtung sowohl für wie auch gegen Nepal und für wie auch gegen die Schweiz; er beantwortet damit die Willkürfrage im Zusammenhang mit den Aussagen der Kinder gleich selbst: Eine Rückkehr nach Nepal wäre durchaus vertretbar, aber ein Verbleib in der Schweiz ist - aus den noch auszuführenden Gründen - keineswegs offensichtlich unhaltbar. Die Ausführungen des Vaters im Zusammenhang mit dem Betreuungskonzept für die Kinder (Pendelmodell) bauen auf der Sachverhaltsgrundlage, dass die Mutter ebenfalls nach Nepal zurückkehren und die Eltern wiederum alternierend die Obhut ausüben würden. Damit legt der Vater aber seiner Beschwerde einen völlig anderen als den vom Kantonsgericht für das Bundesgericht verbindlich festgestellten (Art. 105 Abs. 1 BGG) Sachverhalt zugrunde. Im angefochtenen Beschluss ist nirgends von

einer Rückkehr der Mutter nach Nepal die Rede. Vielmehr wird im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass sie seit der im Jahr 2010 erfolgten Trennung in die Schweiz zurückkehren wollte. Inwiefern die von der Mutter bei der gerichtlichen Anhörung geschilderten Lebensumstände in Nepal nach der Trennung (sie sei wirtschaftlich komplett isoliert gewesen und habe knapp eine Wohnung mieten können, ohne Heizung und Strom; Protokoll vom 30. Januar 2015, S. 10) zutreffen und für ihren Wunsch nach Rückkehr in die Schweiz verantwortlich waren, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist offensichtlich, dass sie nach der Trennung für sich keine vernünftige Perspektive in Nepal sah. In der Schweiz kann sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen und hat sie ihr familiäres Umfeld. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern eine Rückkehr der Mutter nach Nepal ernsthaft Gegenstand des kantonalen Verfahrens gewesen wäre, aber in willkürlicher Weise nicht im angefochtenen Entscheid Eingang gefunden hätte. Ohne erfolgreiche Sachverhaltsrüge kann der Beschwerdeführer aber vor Bundesgericht keinen neuen Tatbestand einführen. Ist mithin für das vorliegende Urteil davon auszugehen, dass die Mutter dauerhaft in der Schweiz lebt, können die drei jüngeren Kinder so oder anders - d.h. bei einem Verbleib in der Schweiz wie auch bei einer Rückkehr nach Nepal - lediglich von einem Elternteil betreut werden. Ausgehend von dieser Tatsachenbasis sind die weiteren Willkürrügen des Vaters kaum substantiiert. Insbesondere ist keine Willkür darzutun in Bezug auf das Kernargument des Kantonsgerichtes, das Kriterium der Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse spreche für ein Verbleiben der drei jüngeren Kinder in der Schweiz, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die Auswirkungen der Obhutszuteilung auf die Kinder müssten namentlich in lebensbiographischer Sicht beurteilt werden und eine Rückkehr nach Nepal entspreche der Kontinuität der Verhältnisse. Die Kinder haben sich in der Schweiz gut und schnell integriert, insbesondere auch schulisch. Angesichts des Zeitablaufes von eineinhalb Jahren lässt sich nicht behaupten, der Bruch, welcher durch eine Rückkehr der Kinder nach Nepal wiederum entstände, sei derart kleiner als der durch das einseitige Verbringen der Kinder in die Schweiz erfolgte, dass die Rückkehr nach Nepal recht eigentlich als Fortführung der "natürlichen Lebensweise" der Kinder anzusehen wäre. Sodann vermochte der Vater bei der gerichtlichen Anhörung auch nicht darzulegen, welche konkreten Perspektiven die Kinder in Nepal hätten (es gehe ihm gar nicht darum, dass die Kinder ihr ganzes Leben in Nepal verbringen würden, sondern sie sollten dort einfach die Matura machen; es spiele keine Rolle, dass man anschliessend in Nepal keine Berufslehre machen könne, denn die Kinder könnten dies ja auch woanders tun; sie könnten anschliessend aber auch in der Schweiz, in Österreich oder in Amerika an einer Universität studieren; Protokoll vom 30. Januar 2015, S. 14). Mithin sieht offenbar auch der Vater keine berufliche Zukunft für die Kinder in Nepal. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern das Kantonsgericht in Willkür verfallen sein soll, wenn es befunden hat, es gelte, ein unnötiges Hin und Her zu vermeiden, weil dies nicht im Interesse der Kinder an stabilen Verhältnissen liege. Dazu kommt, dass die Kinder in Nepal ausser dem Vater keinerlei familiäres Umfeld und weder Kenntnisse der nepalesischen Sprache noch die nepalesische Staatsbürgerschaft haben, sondern vielmehr als im dortigen Alltagsleben auffallende "Westler" ein eigentliches "Expatriat-Leben" führen, wie dies namentlich auch in den Befragungsprotokollen deutlich zum Ausdruck kommt. Insgesamt ist, jedenfalls unter Willkürgesichtspunkten, nicht ersichtlich, inwiefern es zum zwingenden Vorteil der Kinder sein soll, wenn sie für die Zeit bis zum Schulabschluss wieder nach Nepal zurückkehren und beim dortigen Elternteil aufwachsen.

E. 2.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass insbesondere vor dem Hintergrund des Zeitablaufes, der Äusserungen der Kinder, der Stabilität der Verhältnisse und der beruflichen Zukunft keine Willkür gegeben ist, wenn das Kantonsgericht entschieden hat, dass die drei jüngeren Geschwister weiterhin bei der Mutter in der Schweiz bleiben und aufwachsen sollen.

E. 3

Das Besuchsrecht hat das Kantonsgericht angesichts der grossen Entfernung im Sinn eines gegenseitigen vierwöchigen Ferienrechts ausgestaltet, wobei dieses - vor dem Hintergrund einerseits der seinerzeitigen Entführung der drei jüngeren Kinder durch die Mutter und andererseits der mütterlichen Befürchtung, der Vater könnte diese nach einer Ausübung des Besuchsrechts in Nepal nicht mehr in die Schweiz zurückgeben - jeweils im Wohnsitzland der betreffenden Kinder auszuüben ist. Die Einschränkung, dass er sein Besuchsrecht in der Schweiz auszuüben hat, hält der Vater für willkürlich. Er habe im Unterschied zur Mutter nichts getan, was diesen massiven Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 24 BV und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 14 BV und Art. 8 EMRK rechtfertige. Die kantonsgerichtlich verfügte Auflage, wonach das Besuchsrecht jeweils im Wohnsitzstaat der Kinder auszuüben ist, verstösst nicht gegen die Niederlassungsfreiheit; der Beschwerdeführer wird nicht im Geringsten daran gehindert, sich innerhalb der Schweiz frei niederzulassen. Ebenso wenig ist das Recht auf Familienleben in unzulässiger Weise beschnitten, denn die tatsächliche Ausübung des persönlichen Verkehrs und der freie Zugang des Vaters zu den Kindern wird, anders als dies bei der Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts der Fall wäre, nicht behindert. Es bleibt mithin die Frage, ob die Auflage als willkürlich erscheint, weil sie sich schlechterdings nicht rechtfertigen lässt. Diesbezüglich ist festzustellen, dass das Kantonsgericht ausdrücklich anerkannt hat, dass sich der Vater bislang an sämtliche gerichtliche Auflagen gehalten hat. Andererseits ist es eine Tatsache, dass die Eltern im Zuge ihrer Trennung nicht fähig waren, sich über den Aufenthalt der Kinder zu einigen, und sie fechten ihre entgegengesetzten Ansichten in Bezug auf den Aufenthalt der Kinder durch alle Instanzen hindurch aus. Die Befürchtung, dass die Kinder bei einer Ausübung des Besuchsrechts im Wohnsitzstaat des anderen Elternteils zurückgehalten werden könnten, ist jedenfalls gut nachvollziehbar. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass mangels Anwendbarkeit des Haager Entführungübereinkommens für den Fall eines tatsächlichen Zurückhaltens der Kinder keinerlei internationaler Rechtsschutz gewährleistet wäre. Vor diesem Hintergrund vermag sich die kantonsgerichtliche Anordnung auf sachliche Motive zu stützen und erweist sie sich deshalb jedenfalls als nicht willkürlich.

E. 4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abgewiesen werden muss, soweit auf sie einzutreten ist. Die Gerichtskosten sind folglich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.