

BGer 5A_201/2023 vom 28. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_201_2023

FR: TF 5A_201/2023 du 28 avril 2023

IT: TF 5A_201/2023 del 28 aprile 2023

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der Entscheid, mit dem die Berufungsinstanz es ablehnt, die Vollstreckung einer im Rahmen des Scheidungsverfahrens ergangenen vorsorglichen Massnahme des Kindesschutzes aufzuschieben. Dabei handelt es sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid im Zusammenhang mit Zivilsachen (Art. 72 Abs. 1 BGG). Angefochten werden kann ein solcher Entscheid nur unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG (Urteile 5A_718/2022 vom 23. November 2022 E. 3.1; 5A_478/2020 vom 14. August 2020 E. 1; 5A_665/2018 vom 18. September 2018 E. 1, nicht publiziert in: BGE 144 III 469). Im Übrigen folgt die Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid dem Rechtsweg in der Hauptsache, hier dem Scheidungsverfahren (BGE 137 III 380 E. 1.1). Im Streit steht mit dem elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, so dass die Beschwerde unabhängig vom Streitwert offen steht.

E. 1.2

Nach Art. 93 Abs. 1 BGG ist gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Die Beschwerdeführerin macht zu Recht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil geltend. Anders als sie meint, gründet dieser Nachteil aber nicht in der "stark präjudizierenden Wirkung", die eine Veränderung des Aufenthaltsortes der Kinder auf den Rechtsmittelentscheid und auch das Scheidungsverfahren hat. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin für die Zeit, in welcher der Massnahmeentscheid vom 16. Februar 2023 mangels aufschiebender Wirkung vollstreckbar bleibt, das Recht verliert, darüber zu befinden, wo ihre Kinder leben. Die damit verbundene Fremdplatzierung kann auch durch einen für die Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht mehr rückgängig gemacht werden (vgl. BGE 137 III 475 E. 1; Urteil 5A_223/2022 vom 29. August 2022 E 1.1).

E. 1.3

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass: Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 76 Abs. 1 Bst. a BGG), ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG). Dass die Vorinstanz als oberes kantonales Gericht (Art. 75 Abs. 1 BGG) nicht auf Rechtsmittel hin, sondern als einzige Instanz entschieden hat, schadet nicht (BGE 143 III 140 E. 1.2; 137 III 475 E. 1 mit Hinweis). Auf die auch rechtzeitig (Art. 100 Abs. 1 BGG)

eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Der Entscheid über die Gewährung aufschiebender Wirkung betrifft eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 98 BGG (BGE 134 II 192 E. 1.5; Urteil 5A_665/2018 vom 18. September 2018 E. 1, nicht publiziert in BGE 144 III 469). Entsprechend kann die Beschwerdeführerin nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen und es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 147 I 73 E. 2.1; 146 III 303 E. 2; 142 III 364 E. 2.4). Dabei genügt es nicht, dass die Beschwerdeführerin dem angefochtenen Entscheid ihre eigene Einschätzung der Sach- und Rechtslage gegenüberstellt (BGE 134 II 349 E. 3; 133 II 396 E. 3.2). Das Bundesgericht tritt auf appellatorische Kritik nicht ein (BGE 146 IV 114 E. 2.1; 142 III 364 E. 2.4; 140 III 264 E. 2.3).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Auch gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie würden verfassungsmässige Rechte, insbesondere das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzen (BGE 133 III 585 E. 4.1). Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (BGE 137 III 226 E. 4.2 mit Hinweis). Erneut gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 144 V 50 E. 4.1).

E. 2.3

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Soweit sie nach Erlass des angefochtenen Entscheids entstanden sind, sind sie als echte Noven zum vornherein unzulässig (BGE 139 III 120 E. 3.1.2 mit Hinweis). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die Voraussetzungen für eine nachträgliche Einreichung von Tatsachen und Beweismitteln erfüllt sein sollen (BGE 143 I 344 E. 3).

Die Stellungnahme der Kinderpsychologin F._____ vom 10. März 2023, das Schreiben der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin an die Beiständin E._____ vom 13. März 2023, die E-Mail der Beiständin an die Parteien betreffend den Termin vom 15. März 2023 und die Rückmeldung von G._____ vom 9. März 2023 stammen aus der Zeit nach dem angefochtenen Entscheid. Sie bleiben als echte Noven unberücksichtigt.

E. 3

Umstritten ist, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Art. 315 Abs. 5 ZPO) abweisen durfte.

E. 3.1

Die Vorinstanz verweist auf den in der Verfügung des Bezirksgerichts geschilderten Konflikt der Eltern und erwägt mit Blick auf die Fremdplatzierung, was folgt: Gemäss gutachterlicher Einschätzung (KOFA-Bericht) werde das Risiko für Kindsmisshandlung/Kindesvernachlässigung im Fall des Verbleibs bei der Mutter bei C.A._____ als hoch und bei D.A._____ als mittel eingeschätzt. Perspektivistisch könne C.A._____ den Druck infolge seines Loyalitätskonflikts nicht weiter aushalten

und er könne diesen nur noch durch gegen sich selbst oder gegen aussen gerichtete Aggressionen ausleben. Ebenso zeige er bereits enorme schulische Schwierigkeiten und ein auffälliges Sozialverhalten. Verändere sich die Situation nicht, sei die Wahrscheinlichkeit hoch, dass sich seine aktuellen Probleme weiterhin verschlimmert. Bei D.A. _____ sei das Risiko geringer, jedoch bestehe die grosse Gefahr, dass sie psychosoziale Folgen (beispielsweise psychische Auffälligkeiten, schulische Probleme, Verhaltensprobleme) entwickle, zumal Mädchen gemäss Untersuchungen stärker zu Schuldgefühlen angesichts elterlicher Auseinandersetzungen tendierten. Auf dieser Grundlage sei von einer akuten Gefährdung des Wohls der Kinder auszugehen. Auch komme bei vorläufiger Beurteilung keine mildere Massnahme als eine Fremdplatzierung in Frage. Angesichts des fehlenden Problembewusstseins der Parteien reichten eine sozialpädagogische Familienbegleitung oder andere Kindeschutzmassnahmen nicht aus. Gewisse Massnahmen (kinderpsychologische Begleitung, Kursbesuch der Parteien, Mediation) seien auch erst vor kurzem veranlasst worden; von ihnen könne erst mittel- bis langfristig ein Beitrag zur Verbesserung der Gesamtsituation erhofft werden.

Die hohe Intensität der Belastung, welche trotz aller Bemühungen seit mehr als zwei Jahren unvermindert anhalte, wirke sich zunehmend negativ auf die Kinder aus. Ein umgehendes Eingreifen sei geboten und ein weiteres Zuwarten für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens lasse sich nicht rechtfertigen. Dieser Meinung sei auch die Kindesvertreterin.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin moniert eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts (Art. 9 BV) und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), weil die Vorinstanz ihren Entscheid getroffen habe, ohne sich über den aktuellen Therapiestand von C.A. _____ zu informieren. C.A. _____ habe bereits 15 Einzelsitzungen von 60 Minuten absolviert und damit weit mehr als die sechs Sitzungen, von denen die Vorinstanz ausgegangen sei.

Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach dem Gesuch um aufschiebende Wirkung der Berufung desjenigen Elternteils, der bisher Hauptbezugsperson war, in der Regel stattzugeben sei, es sei denn, die Berufung erscheine von vornherein als unzulässig oder in der Sache selbst als offensichtlich unbegründet oder das Kindeswohl würde bei Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes unmittelbar gefährdet (BGE 138 III 565 E. 4.3.2). Sie, die Beschwerdeführerin, habe bereits in der Berufung dargelegt, weshalb keine akute Gefährdung der Kinder auszumachen sei. Eine solche Gefährdung sei von keiner der involvierten Fachstellen und -personen festgestellt noch sei ein sofortiges Handeln empfohlen worden. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz sei offensichtlich unrichtig und damit willkürlich (Art. 9 BV). Sie basiere überdies auf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass der KOFA-Bericht das Risiko für Kindsmisshandlungen/Kindesvernachlässigungen bei C.A. _____ als "hoch" einschätzt. Sie insistiert aber, dass im Text des Berichts an keiner Stelle von einer akuten Gefährdung die Rede sei, die ein umgehendes Handeln erfordern würde. Ein hohes Risiko sei nicht ohne Weiteres mit einer unmittelbaren Gefährdung gleichzusetzen. Vielmehr stehe im KOFA-Bericht auch, dass die Grundbedürfnisse der Kinder ausreichend befriedigt würden. Im Fall von D.A. _____ werde das Risiko für

Kindsmisshandlungen/Kindsvernachlässigungen lediglich als "mittel" und das Kindeswohl bei Verbleib bei der Mutter sogar als genügend gewährleistet eingestuft. Wäre eine akute Gefährdung dargetan, so hätte die KESB trotz des hängigen Gerichtsverfahrens schon längstens im Rahmen ihrer Dringlichkeits-Zuständigkeit (Art. 315a Abs. 3 ZGB) agieren können und müssen. Auch dem Kommentar des H._____ vom 29. November 2022 könne kein Hinweis auf eine unmittelbare Gefährdung entnommen werden. Schliesslich gehe aus dem Protokoll des schulischen Standortgesprächs vom 16. Dezember 2022 betreffend C.A._____ einzig hervor, dass es ihm nicht gut zu gehen "scheine". Eine Akutsituation werde nicht erwähnt. Vielmehr sei ein nächstes Standortgespräch auf das Frühjahr 2023 angesetzt worden. Seither habe sich die Situation zumindest dahingehend positiv verändert, als sich die Arbeitshaltung von C.A._____ verbessert habe, wie die neueste Rückmeldung der Klassenlehrerin vom 9. März 2023 zeige.

Einzig die Kindesvertreterin habe im Verfahren vor dem Bezirksgericht auf einen "dringenden Handlungsbedarf" hingewiesen. Sie sei allerdings erst spät ins Verfahren involviert worden und habe nur beschränkt Zeit gehabt, die umfangreichen Akten im Detail zu studieren. Deshalb habe sie bei ihrer Einschätzung ganz massgeblich auf den KOFA-Bericht abgestellt und praktisch wörtlich dessen Empfehlungen übernommen. Die eigenen Erhebungen der Kindesvertreterin taugten nicht dazu, abweichend von den behördlichen Einschätzungen plötzlich eine besondere Dringlichkeit zu bejahen. Ebenso wenig könne sich die Vorinstanz auf die Begründung des Bezirksgerichts stützen, da auch das Bezirksgericht nicht von einer aktuellen Gefährdung ausgegangen sei. Es habe den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht per sofort, sondern erst "mit der ausserfamiliären Platzierung" entzogen. Wäre es von einer akuten Gefährdung ausgegangen, hätte es den Parteien das Aufenthaltsbestimmungsrecht mit sofortiger Wirkung entzogen. Eine akute Gefährdung sei nicht einmal dann zwingend gegeben, wenn ein Gutachten ausdrücklich auf die Dringlichkeit hinweise: Kindesschutzmassnahmen erforderten regelmässig ein gewisses Mass an Dringlichkeit, weil sie sonst gar nicht notwendig wären.

Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz nicht zwischen C.A._____ und D.A._____ unterscheide, obwohl die Situation der beiden sehr unterschiedlich sei. Beständen bei C.A._____ noch gewisse Anhaltspunkte für eine manifeste Gefährdung des Kindeswohls (schulische Probleme), fehlten diese bei D.A._____ komplett bzw. würden solche von der Vorinstanz nicht dargelegt. D.A._____ sei gemäss ihren Betreuungspersonen ein völlig normal entwickeltes Kind, das keinerlei Auffälligkeiten zeige. Die Hypothese, es komme bei ihr in naher Zukunft zu Fehlentwicklungen, wenn sie nicht sofort fremdplatziert werde, sei höchst spekulativ. Im KOFA-Bericht hätten die abklärenden Personen ausserdem festgestellt, dass das Kindeswohl für D.A._____ bei einem Verbleib bei der Beschwerdeführerin "genügend" gewährleistet sei. Das Risiko für Vernachlässigung werde bei ihr als "mittel" eingeschätzt. Bei dieser Sachlage sei unerfindlich, worin die Vorinstanz eine akute Gefährdung erblicke. Die Feststellung der Vorinstanz, es liege eine akute Gefährdung beider Kinder vor, sei aktenwidrig, stehe mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch und sei deshalb willkürlich.

Ferner wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, das vermeintliche Fehlen flankierender Massnahmen als Argument für ihren Entscheid ins Feld zu führen: Bei der Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gehe es lediglich darum, ob hinreichend schnell reagiert werden könne. Ob andere Massnahmen als die

Fremdplatzierung in Frage möglich sind, sei erst im Hauptsacheverfahren zu prüfen. Im Übrigen würden die Feststellungen der Vorinstanz durch die Stellungnahme der Kinderpsychologin vom 10. März 2023 stark relativiert. Eine akute Gefährdung und die Notwendigkeit sofortigen Handelns ergäben sich daraus nicht.

Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, keine Interessenabwägung vorgenommen zu haben, wie dies die Rechtsprechung (BGE 144 III 469 E. 4.2; BGE 143 III 193 E. 4) verlange, wobei die Hauptsacheprognose eine zentrale Rolle spiele. Der erstinstanzliche Entscheid sei schon aus prozessualen Gründen unhaltbar, weil unter anderem kein Platzierungsort bestimmt werde und unzulässige Delegationen an die Beiständin verfügt würden. Aber auch in materieller Hinsicht seien die mit der Berufung vorgebrachten Rügen keineswegs unbegründet. Dazu habe sich die Vorinstanz nicht geäussert und damit wesentlichen Umständen nicht Rechnung getragen. Insofern habe die Vorinstanz ihr Ermessen willkürlich ausgeübt und Umstände nicht berücksichtigt, die eine entscheidende Rolle spielten. Der Verzicht auf eine wenigstens summarische Hauptsacheprognose stelle gleichzeitig eine Verletzung des Anspruchs auf ein gerechtes Verfahren sowie auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV dar.

E. 3.3

Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Kinderschutzhilfe es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Hat das Gericht, das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständig ist, die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Kinderschutzmassnahmen und betraut die Kinderschutzhilfe mit dem Vollzug (Art. 315a Abs. 1 ZGB).

Das Gericht kann den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht auch vorsorglich entziehen (Art. 261 i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO). In diesem Fall hat die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann aber die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen ausnahmsweise aufschieben, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Dabei verfügt sie über einen grossen Ermessensspielraum, der es ihr erlaubt, den Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen (BGE 138 III 565 E. 4.3.1; 137 III 475 E. 4.1). Dabei geht es darum, zwischen den Interessen der Beschwerdeführerin am Aufschub der Vollstreckung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides und jenen der Kinder an der sofortigen Vollstreckung dieses Entscheides abzuwägen (BGE 138 III 378 E. 6.3). Willkürliche Ausübung des Ermessens liegt vor, wenn die urteilende Behörde das ihr zustehende Ermessen missbraucht oder es überschreitet. Das ist der Fall, wenn der Entscheid auf einer unhaltbaren Würdigung der Umstände des Falles beruht, wenn er gegen die Rechtsordnung oder die Gesetze der Billigkeit verstösst, wenn er Umstände nicht berücksichtigt, die eine Rolle spielen, dagegen für den Fall unwesentliche Umstände in Betracht zieht (vgl. BGE 109 Ia 107 E. 2c). Dies trifft vorliegend nicht zu.

Die Vorinstanz legt ausführlich dar, weshalb sie es unter den gegebenen Umständen als geboten erachtet, die Vollstreckung der bezirksgerichtlichen Verfügung vom 16. Februar 2023, wonach den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht mit der ausserfamiliären Platzierung ihrer Kinder vorsorglich entzogen wird, für die Dauer des Berufungsverfahrens

nicht aufzuschieben. Dass sich die Vorinstanz dabei in geradezu krasser Weise über die Vorgaben der Rechtsprechung hinwegsetzt, vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun. Gewiss soll nach bundesgerichtlicher Praxis möglichst verhindert werden, dass Kinder während eines familienrechtlichen Verfahrens wiederholt ihren Aufenthaltsort wechseln müssen (BGE 138 III 565 E. 4.3.2). Diese Rechtsprechung, die den Status quo favorisiert, betrifft den Fall, dass sich die Eltern darüber streiten, ob die Kinder bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens bei der Mutter oder beim Vater leben sollen. Sie ist hingegen nicht einschlägig, wenn - wie hier -

beiden Elternteilen das Aufenthaltsbestimmungsrecht wegen Gefährdung des Kindeswohls vorsorglich entzogen wird. In diesem Fall stellt sich mit Blick auf den Entscheid über den Aufschub der Vollstreckung nach Art. 315 Abs. 5 ZPO einzig die Frage, wie gross diese Gefährdung ist, wenn die Kinder während des Berufungsverfahrens weiter bei den Eltern, hier bei der obhutsberechtigten Beschwerdeführerin, bleiben. Allein dass die Beschwerdeführerin diese Gefährdung der Kinder als weniger gravierend und vor allem als weniger akut als die Vorinstanz einschätzt, belegt keine Willkür (Art. 9 BV ; zum Begriff der Willkür BGE 148 III 95 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin begnügt sich damit, dem angefochtenen Entscheid ihre eigene Beurteilung gegenüberzustellen. Mit derlei appellatorischer Kritik ist keine Willkür zu begründen (E. 2). Ebenso wenig vermag die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid mit dem Einwand als willkürlich auszuweisen, dass die Vorinstanz die Gefährdung der Kinder als akuter einstuft als das Bezirksgericht, das den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts davon abhängig mache, dass die Beiständin einen Platz für die Kinder findet. Anfechtungsobjekt im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ist zum vornherein immer nur der Entscheid der letzten kantonalen Instanz (Art. 75 BGG). Schliesslich hilft es der Beschwerdeführerin auch nicht weiter, auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu verweisen, die sich bisher nicht zum Handeln veranlasst gesehen habe. Willkürlich ist es auch nicht, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid den Weg dafür freimacht, dass beide Kinder fremdplatziert werden, obwohl die Gefährdung von C.A._____ deutlich grösser zu sein scheint als jene von D.A._____. Der vorinstanzlichen Erkenntnis, wonach aufgrund des elterlichen Konflikts beide Kinder gleichermassen seit über zwei Jahren unvermindert einer intensiven, sich zunehmend negativ auswirkenden Belastung ausgesetzt sind, hat die Beschwerdeführerin nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen.

Schliesslich ist der Vorinstanz auch nicht vorzuwerfen, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt oder gar eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) begangen zu haben. Die Vorinstanz war gehalten, rasch über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Das hat sie gestützt auf den angefochtenen Entscheid und die ihr unterbreitete Berufung getan.

E. 4

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Die Gerichtskosten, einschliesslich der Kosten der Kindesvertreterin, sind der Beschwerdeführerin als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ; Urteil 5A_722/2020 vom 13. Juni 2021 E. 5.1). Zudem hat sie den Beschwerdegegner für seine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen. Dem Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 64 BGG) kann entsprochen werden. Die Beschwerdeführerin hat der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der

Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

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