

## **BGer 5A\_373/2020 vom 19. Mai 2020**

Bundesgericht, 2020-05-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_373\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_373_2020)

FR: TF 5A\_373/2020 du 19 mai 2020

IT: TF 5A\_373/2020 del 19 maggio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Beschwerdegegenstand bildet ein Entscheid über die aufschiebende Wirkung, was eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG darstellt ( BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; Urteile 5A\_665/2018 vom 18. September 2018; 5A\_513/2019 vom 9. Juli 2019); bei solchen Entscheiden können gemäss Art. 98 BGG nur verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden, wofür das strikte Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Willkürverbotes und ferner des rechtlichen Gehörs.

Gleichzeitig geht es bei der aufschiebenden Wirkung um einen Zwischenentscheid (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; Urteile 5A\_665/2018 vom 18. September 2018; 5A\_513/2019 vom 9. Juli 2019), 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). Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass die Obhut nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft wieder hergestellt werden könne.

#### **E. 2**

Vorab rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der Begründung, in der angefochtenen Verfügung werde massgeblich auf die Stellungnahme des Beschwerdegegners zur aufschiebenden Wirkung abgestellt (beinhaltend die bevorstehende Einschulung der Kinder in U. \_\_\_\_\_ am 18. Mai 2020) und sie habe hierzu nicht Stellung nehmen können.

Im angefochtenen Entscheid wird unter Bezugnahme auf das bundesgerichtliche Urteil 4D\_27/2014 vom 26. August 2014 E. 4.2.2 festgehalten, dass dem rechtlichen Gehör bei Entscheiden über die aufschiebende Wirkung aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit eine eingeschränkte Bedeutung zukomme, zumal der Entscheid jederzeit abgeändert werden könne; es liege in der Natur der Sache, dass die Rechtsmittelbehörde über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung rasch entscheide, und von einem zweiten Schriftenwechsel sei deshalb in der Regel abzusehen, indem das rechtliche Gehör durch das Gesuch selbst gewahrt werde.

Mit dieser spezifischen Begründung zu den Besonderheiten bei der aufschiebenden Wirkung bzw. den Abweichungen zu den allgemeinen Grundsätzen bei Endentscheiden setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander und nennt auch keine Rechtsprechung oder Literatur, sondern hält ihre Gehörsrüge völlig abstrakt, weshalb sie unbegründet bleibt und folglich nicht darauf einzutreten ist.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es sich bei dem in der angefochtenen Verfügung zitierten bundesgerichtlichen Urteil nicht etwa um einen isolierten Entscheid handelt. Vielmehr entspricht es konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, dass das Replikrecht bei dem auf rasche Erledigung angelegten Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung in der Regel nicht gilt, sondern der Gehörsanspruch grundsätzlich durch die Einreichung des Gesuches gewahrt wird (BGE 139 I 189 E. 3.3 S. 192; Urteile 5A\_569/2013 vom 18. November 2013 E. 3.1; 2C\_1109/2018 vom 13. Februar 2019 E. 2.3; Verfügung 5A\_413/2019 vom 18. Juli 2019), was selbst bei neuen erheblichen Elementen gilt, sofern die Dringlichkeit gross ist und deshalb den Verzicht auf das Replikrecht gerechtfertigt ist (Urteil 1C\_137/2019 vom 5. Juli 2019 E. 3.4), wie dies angesichts der unmittelbar bevorstehenden Einschulung der Fall war und in der angefochtenen Verfügung auch explizit so begründet wurde. Mit all dem hätte sich die Beschwerdeführerin auseinandersetzen müssen, um ihre Gehörsrüge zu substantiieren.

### **E. 3**

Das Obergericht ging von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid bzw. den dortigen Aussagen der Beschwerdeführerin aus, wonach sie sich keine Zukunft in der Schweiz vorstellen könne und für den Fall, dass die Wegzugsbewilligung für die beiden gemeinsamen Kinder verweigert würde, mit dem jüngsten Halbgeschwister nach Indien ziehen würde, was im Berufungsverfahren von keiner Seite bestritten werde. Sie habe von diesem Plan nur momentan Abstand genommen, weil zur Zeit Reisen nach Indien unmöglich seien und ihr dortiges Jobangebot aufgrund der ausbleibenden Touristen unsicher sei, weshalb sie vorübergehend in der Schweiz bleiben müsse. Das Bezirksgericht ging weiter davon aus, dass die Erziehungssituation bei beiden Elternteilen ähnlich aussehen würde (private Schule der Kinder in Indien während der Arbeitszeit der Mutter und Schulweg durch einen Transport; Rudolf-Steiner-Schule in der Schweiz während der Arbeitszeit des Vaters und Mithilfe der Grossmutter bei der Betreuung) und auch je für die Kinder als verträglich anzusehen wäre, jedoch die Uneinigkeit der Eltern eine geordnete Beschulung bislang verhindert habe und insofern eine Gefährdung vorliege. Seit der Rückkehr der Mutter aus Indien im November 2019 seien die Kinder nicht mehr zur Schule gegangen, sondern die Mutter habe Home-Schooling praktiziert. Beide kantonalen Instanzen gingen davon aus, dass die Mutter und der Vater gleichermassen uneingeschränkt erziehungsfähig seien, gut für die Kinder sorgen würden und diese auch zu beiden Teilen eine vertrauensvolle Beziehung hätten und sich gerne im jeweiligen Haushalt aufhalten würden. Soweit die Parteien jeweils getrennt gelebt hätten, sei die Mutter die Hauptbetreuungsperson gewesen, wobei der Vater sich ebenfalls substantiell um diese gekümmert habe. Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 315 Abs. 5 ZPO seien die Kinder während des Rechtsmittelverfahrens in der Regel bei der Hauptbetreuungsperson zu belassen. Vorliegend sei jedoch die Wohn- und Schulsituation beim Vater besser (der Untermietvertrag der Mutter laufe Ende Mai 2020 aus, während der Mietvertrag der väterlichen Wohnung bis Februar 2021 verlängert worden sei, wobei die Wohnung genügend Platz für die Kinder biete und diese nunmehr ab dem 18. Mai 2020 an der Schule in U. \_\_\_\_\_ in der Oberstufe eingeteilt worden seien). Nach den zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts entspreche es dem Wohl der Kinder am ehesten, wenn sie für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut des Vaters gestellt würden, denn so könne schnellstmöglich eine Integration auch in den Schulbetrieb stattfinden, was bislang nicht der Fall gewesen sei. Diese Überlegungen gälten auch für die Frage der

aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren. Sollte das Obergericht im Berufungsentscheid wider Erwarten zu einem anderen Ergebnis kommen, wäre im Zusammenhang mit dem erneuten Wechsel keine Kindeswohlgefährdung ersichtlich, zumal die Kinder bereits mehrfach Orts- und Schulwechsel erlebt und sie gemäss ihren Aussagen bei der erstinstanzlichen Anhörung nach der ersten Scheidung abwechslungsweise bei beiden Eltern gelebt hätten und auch mit beiden Teilen gleichermaßen sprechen könnten, wenn sie traurig seien, je nachdem, wo bzw. bei wem sie gerade seien.

#### **E. 4**

Darzulegen wäre eine willkürliche Anwendung von Art. 315 Abs. 5 ZPO. Dies erfolgt nicht mit der für Willkür rügen erforderlichen Substanziierung (vgl. dazu BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 142 III 364 E. 2.4 S. 368). Vielmehr bleiben die Ausführungen von der Sache her appellatorisch, auch wenn sie formal in Willkür rügen gekleidet sind, und insbesondere gehen sie am Kern der vorinstanzlichen Erwägungen vorbei; darauf wird sogleich im jeweiligen Kontext zurückzukommen sein.

Gemäss bundesgerichtlichem Grundsatzurteil ist bei der Frage der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit einer beantragten Genehmigung der Aufenthaltsveränderung von Kindern nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen den im konkreten Einzelfall auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen, unter zentraler Berücksichtigung der Hauptsachenprognose; bei bisheriger Alleinobhut ist die Aufenthaltsveränderung in der Regel bereits während des hängigen Rechtsmittelverfahrens zu ermöglichen, während bei praktizierter alternierender Obhut zur Vermeidung einer Präjudizierung tendenziell der bisherige Zustand aufrechtzuerhalten ist, was jedoch bei der Auswanderung unabhängig von der Obhutslage als generelle Regel gilt ( BGE 144 III 469 E. 4.2 S. 471 ff.).

Die Vorinstanzen haben offen gelassen, ob die Kinder seit November 2019 unter der gemeinsamen Obhut der Eltern stehen, wie dies zu früheren Zeiten auch schon der Fall war, oder ob die Hauptbetreuung durch die Mutter auch in den letzten Monaten vor dem Entscheid eine Intensität hatte, dass von einer Alleinobhut auszugehen ist. So oder anders beteiligte sich der Vater aber nach den expliziten Sachverhaltsfeststellungen substantiell an der Erziehung der Kinder, was er immer schon getan hat, soweit dies je nach der konkreten Situation distanzmässig jeweils möglich war. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen kantonalen Sachverhaltsfeststellungen ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) will die Mutter unabhängig vom Ausgang des Bewilligungsverfahren bezüglich der beiden gemeinsamen Kinder auf jeden Fall mit dem jüngsten Halbgeschwister nach Indien zurückkehren; sie ist jedoch aufgrund der Corona-Pandemie vorübergehend in der Schweiz blockiert und kann ihr Vorhaben momentan nicht umsetzen. Im Übrigen hat sie, wohl aufgrund ihres Entschlusses zur baldmöglichsten Rückkehr nach Indien, die Kinder in der Schweiz nie eingeschult. Wenn vor diesem und dem weiteren Hintergrund der beidseitig umfassend gegebenen Erziehungsfähigkeit und tragfähigen Eltern-Kind-Beziehung das Bezirksgericht zum Schluss gekommen ist, dass die Auswanderung der Kinder nicht zu bewilligen ( Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB ) und infolgedessen die Kinder angesichts des gefestigten Auswanderungswillens der Mutter unter die Obhut des Vaters zu stellen seien ( Art. 301a Abs. 5 ZGB ), und wenn ausgehend von diesem Massnahmeentscheid das Obergericht zum Schluss gekommen ist, dass im Berufungsverfahren die - von Gesetzes wegen nicht bestehende ( Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO ) - aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen sei, dies insbesondere auch mit Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende Einschulung der Kinder in U.\_\_\_\_\_, ist nicht zu sehen, inwiefern das Obergericht in Willkür verfallen sein

könnte.

Die Beschwerdeführerin versucht Willkür in erster Linie damit darzutun, dass sie die Haupt Bezugsperson sei. Abgesehen davon, dass die Obhutfrage vorliegend nicht restlos klar ist, spielt sie beim Auslandwegzug gerade nicht die zentrale Rolle (vgl. BGE 144 III 469 E. 4.2.2 S. 473). Die Beschwerdeführerin argumentiert, wie wenn es um einen Inlandumzug gehen würde und sie verweist denn auch einzig auf die diesbezügliche Erwägung 4.2.1, nicht auf die den Auslandwegzug betreffende Erwägung 4.2.2 des zitierten bundesgerichtlichen Leitentscheides. Insofern bleibt die Willkür rüge unsubstanziert.

Gleiches gilt für diejenige, das Obergericht verkehre das Problem der Trennung von den Kindern ins Gegenteil, indem sie davon ausgehe, dass keine Kindeswohlgefährdung vorliege, obwohl sich die Folgen gar nicht abschätzen liessen und diesbezüglich keine Beweise bestünden. Damit geht sie implizit wiederum davon aus, dass die Kinder aufgrund einer Rechtsregel während des Rechtsmittelverfahrens bei ihr bleiben müssten. Ausgangspunkt ist jedoch, dass sie von der ersten Instanz aus Kindeswohlüberlegungen unter die Obhut des Vaters gestellt wurden, dass die Berufung bei vorsorglichen Massnahmen nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat und das Bundesgericht in BGE 144 III 469 E. 4.2.2 S. 473 diesbezügliche Regeln für die Konstellation der Auswanderung aufgestellt hat. Eine darauf Bezug nehmende substantiierte Willkür rüge lässt sich nicht ausmachen.

An der Sache vorbei geht sodann die zentrale Willkür rüge der Beschwerdeführerin, ihre vielleicht noch etwas prekäre Wohnsituation rechtfertige keine sofortige Obhutsumteilung, weil sie und die Kinder ja seit mehr als einem Jahr in prekären Verhältnissen leben würden und sich für diese nichts ändere, wenn dieser Zustand noch etwas anhalte, bis sie eine Wohnung gefunden und sich bei der Sozialhilfe angemeldet, mithin ihren Aufenthalt in der Schweiz formalisiert habe; sie habe in der Berufung klar gemacht, dass sie vorderhand nicht nach Indien zurückkehren könne, wobei die Vorläufigkeit die Zeit bis ins nächste Jahr umfasse, und den Tatbeweis erbracht, dass sie sich in der Schweiz einzurichten begonnen habe. Damit versucht die Beschwerdeführerin, das Rechtsmittelverfahren auf eine neue Sachverhaltsgrundlage zu stellen. Nach den - vom Grundsatz her nicht beanstandeten - kantonalen Feststellungen ist Sachverhaltskern jedoch, dass sich die Beschwerdeführerin die Mitnahme der beiden Kinder nach Indien bewilligen lassen wollte und unmissverständlich zum Ausdruck brachte, dass sie andernfalls einzig mit dem jüngsten Halbgeschwister auswandere, wobei sie momentan durch die Pandemie an der Umsetzung dieses Planes gehindert wird; diese klare Absicht fand auch darin ihren Niederschlag, dass sie die Kinder in der Schweiz nicht einschulte, sondern selbst unterrichtete. Das Bezirksgericht hat indes seinen Massnahmeentscheid mit Blick auf die weitere Zukunft unter Berücksichtigung des Kindeswohls getroffen - wobei es vorliegend nicht um die Überprüfung des dem Bezirksgerichts hierbei zustehenden weiten Ermessens geht - und das Obergericht hat befunden, dass bei dieser Ausgangslage die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht im Interesse der Kinder liege, namentlich mit Blick auf die ohne aufschiebende Wirkung mögliche sofortige Einschulung in U. \_\_\_\_\_ und die damit verbundene Stabilisierung der Verhältnisse. In diesem Kontext wird keine Willkür aufgezeigt.

Gleiches gilt für die Behauptung, die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung seien widersprüchlich, wenn die Kinder angeblich Stabilität bräuchten, auch in schulischer Hinsicht, aber gleichzeitig in Bezug auf das mögliche Hin und Her bei einer

anderslautenden Berufungsentscheidung festgehalten werde, sie seien Instabilität gewohnt. Das Obergericht wollte damit einzig zum Ausdruck bringen, dass für den Fall, dass es im Rahmen des Endurteils den erstinstanzlichen Entscheid nicht schützen sollte, die Rückkehr der Kinder in den mütterlichen Haushalt angesichts ihrer bisherigen Lebensgeschichte keine Gefährdung des Kindeswohles bedeuten würde. Dies ist kein Widerspruch zur Haupterwägung, wonach es zum Wohl der Kinder sei, wenn sie ohne weiteren Verzug in geordneten Verhältnissen in U.\_\_\_\_\_ eingeschult werden können, und deshalb die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Massnahmeentscheides nicht aufzuschieben sei. Die in andere Richtung gehenden Ausführungen in der Beschwerde sind appellatorischer Natur.

Nichts zur Sache tut schliesslich, wenn die Beschwerdeführerin Willkür aus der Trennung der beiden Kinder vom Halbgeschwister ableiten will, war es doch gerade sie, die unmissverständlich festhielt, für den Fall, dass die Auswanderung der beiden Kinder nicht bewilligt werde, ziehe sie allein mit dem jüngsten Halbgeschwister wieder nach Indien. Aufgrund der angefochtenen Verfügung ergibt sich eine Lage, die deutlich weniger weit geht (indem nämlich die Halbgeschwister sich vorderhand weiterhin sehen, wenn auch nicht im gleichen Haushalt leben werden) als diejenige, wie die Beschwerdeführerin sie herbeizuführen gewillt ist. Vor diesem Hintergrund ist nicht ansatzweise Willkür dargetan.

#### **E. 5**

Insgesamt ergibt sich, dass weder die Gehörs- noch die Willkürklagen hinreichend substantiiert sind, weshalb auf die Beschwerde im vereinfachten Verfahren nach Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG nicht einzutreten ist.

#### **E. 6**

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnte der Beschwerde von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt ( Art. 64 Abs. 1 BGG ) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist.

#### **E. 7**

Angesichts der konkreten finanziellen Verhältnisse wird jedoch auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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