

## **BGer 5A\_891/2020 vom 26. November 2020**

Bundesgericht, 2020-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_891\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_891_2020)

FR: TF 5A\_891/2020 du 26 novembre 2020

IT: TF 5A\_891/2020 del 26 novembre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Beschwerdegegenstand bildet ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid über die aufschiebende Wirkung in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 BGG ). Er ist, da nicht verfahrensabschliessend, ein Zwischenentscheid (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; Urteil 5A\_56/2019 vom 9. Mai 2019 E. 1.1; 5A\_373/2020 vom 19. Mai 2020 E. 1; 5A\_474/2020 vom 12. Juni 2020 E. 1; 5A\_884/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 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). Der Vater begründet den nicht wieder gutzumachenden Nachteil damit, dass die erstinstanzlich erfolgte Alleinzuteilung der Obhut wieder aufgehoben werde, die Zeitspanne während des Berufungsverfahrens nicht ungeschehen gemacht werden könne und C. \_\_\_\_\_ in den rätoromanischen statt den deutschsprachigen Kindergarten müsste. Die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG sind damit dargetan.

Sodann ist der Entscheid über die aufschiebende Wirkung eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG ( BGE 134 II 192 E. 1.5 S. 197; 137 III 475 E. 2 S. 477; Urteile 5A\_665/2018 vom 18. September 2018 E. 1; 5A\_815/2019 vom 6. März 2020 E. 2.1; 5A\_474/2020 vom 12. Juni 2020 E. 2; 5A\_555/2020 vom 10. Juli 2020 E. 3; 5A\_884/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 2), weshalb nur verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden können, wofür das Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt und bloss appellatorische Ausführungen ungenügend sind (zu den diesbezüglichen Begründungsvoraussetzungen namentlich BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 142 II 369 E. 2.1 S. 372; 142 III 364 E. 2.4 S. 368). Geltend gemacht werden vorliegend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ), des Willkürverbotes ( Art. 9 BV ) und des Gebotes, wonach Kinder zu schützen sind ( Art. 11 BV ).

#### **E. 2**

Die Gehörsrüge wird damit begründet, dass das Kantonsgericht vorgängig zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung keinerlei Abklärungen getroffen habe. Die Rüge geht fehl: Beide Seiten haben sich zur Frage der aufschiebenden Wirkung äussern können und im Übrigen legt der Beschwerdeführer nicht dar, welche Beweise zu erheben gewesen wären, und noch weniger, dass er solche beantragt hätte. Der Sachverhalt ist denn auch nicht umstritten. Es geht um die Frage, ob während des Rechtsmittelverfahrens vorerst die alternierende Obhut weitergeführt und welchen Kindergarten C. \_\_\_\_\_ während dieser Zeit besucht; sodann liegen alle Argumente auf dem Tisch, wobei naturgemäss beide Eltern davon ausgehen, dass die je angestrebte Variante im wohlverstandenen Kindeswohl liege. Vor diesem Hintergrund ist die Sache wie gesagt auch im bundesgerichtlichen Verfahren ohne Weiteres spruchreif.

### **E. 3**

In der Sache hat das Kantonsgericht erwogen, dass nach der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichtes bei Fragen der Aufenthaltsänderung und des Obhutsrechts in der Regel die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei, wenn als bisherige Regelung die alternierende Betreuung galt, ausser die neue Regelung wäre zur Wahrung des Kindeswohls dringlich geboten. Zwar könne der Betreuungsanteil des Vaters aufgrund der zusätzlichen Nacht als minim grösser betrachtet werden, aber er sei keineswegs die Hauptbezugsperson, sondern die Obhut sei geteilt. Er könne sich deshalb nicht auf sofortige Vollstreckbarkeit des ihm die alleinige Obhut zuteilenden erstinstanzlichen Massnahmeentscheides berufen. Weil überdies auf die Verhältnisse vor dem superprovisorischen Entscheid abzustellen sei, könne auch nicht relevant sein, dass C. \_\_\_\_\_ seit dem 31. August 2020 den Kindergarten in W. \_\_\_\_\_ besuche und dort erste Freundschaften geschlossen habe; ansonsten würde der mit dem Superprovisorium geschaffene (und wegen des formell gesetzwidrigen Vorgehens der Vorinstanz verlängerte) Zustand, dessen Rechtmässigkeit genau Gegenstand des Berufungsverfahrens bilde, bereits präjudiziert, was es ja mit dem Vollstreckungsaufschub gerade zu vermeiden gelte. Im Übrigen möge es zutreffen, dass der Kindergartenunterricht in Romanisch für C. \_\_\_\_\_ anfänglich gewisse Schwierigkeiten bereite; erfahrungsgemäss sei sie aber nicht das einzige betroffene Kind deutschsprachiger Eltern und überdies habe sie in der Kindertagesstätte schon gewisse Romanischkenntnisse erworben; eine Gefährdung des Kindeswohles, welche eine sofortige Umteilung in den Kindergarten von W. \_\_\_\_\_ erforderlich machen würde, sei jedenfalls nicht ersichtlich.

Der Beschwerdeführer sieht darin in verschiedener Hinsicht das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV und ferner Art. 11 BV verletzt.

#### **E. 3.1**

Nicht nachvollziehbar ist die Willkürüge, wonach das Kantonsgericht verkannt habe, dass die alternierende Obhut, welche in der Ausgangsentscheidung vom 10. September 2019 angeordnet worden sei, zunächst von der Mutter verweigert und alsdann von dieser entgegen der Anordnung des Richters selbst diktiert worden sei und er als Vater nichts zu melden gehabt habe. Fakt ist, dass im genannten Entscheid die alternierende Obhut mit einem Betreuungsanteil von je 3,5 Tagen angeordnet wurde, was im Übrigen der früheren und auch der seitherigen Handhabung durch die Eltern entspricht. Überdies ist auch keine Willkür im Ergebnis, d.h. kein irgendwie gearteter Einfluss auf das Ergebnis ersichtlich.

#### **E. 3.2**

Im Zusammenhang mit der verwiesenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Beschwerdeführer der Meinung, diese betreffe nur Wegzugsentscheide. Indes ist nicht zu sehen, inwiefern das Kantonsgericht BGE 138 III 565 und BGE 144 III 469 in willkürlicher Weise angewandt haben soll. Die beiden Entscheide (wobei im ersten der Fokus auf der Obhut und im zweiten auf dem Aufenthaltsort des Kindes liegt) betreffen die Frage der Obhutsregelung sowie den damit verbundenen Aufenthaltsort bzw. Wohnsitz und damit auch den Schulort des Kindes. Der vorliegend interessierende und vom Kantonsgericht willkürfrei verstandene Eckpunkt der betreffenden Rechtsprechung ist, dass dort, wo bislang eine alternierende Obhut bestand, während des Rechtsmittelverfahrens in der Regel der bisherige Zustand aufrechtzuerhalten ist, weil mit der unverzüglichen Vollstreckung vollendete Tatsachen geschaffen würden und die entsprechende präjudizierende Wirkung in Bezug auf den Sachentscheid - im Unterschied zum Fall, wo immer schon der eine

Elternteil die Hauptbezugsperson war und er dies voraussichtlich auch in Zukunft bleiben wird - eine Missachtung der Neutralität der Ausgangssituation bedeuten würde (vgl. BGE 138 III 565 E. 4.3.2 S. 566; 144 III 469 E. 4.2.1 S. 472). Eine Willkür würde substantiierte Ausführungen zur Frage voraussetzen, dass und inwiefern das Kantonsgericht aufgrund der konkreten Situation im vorliegenden Fall zwingend von den bundesgerichtlichen Regelvorgaben hätte abweichen müssen. Eine solche Darlegung erfolgt nicht. Im Übrigen könnte umso weniger gegeben sein, als - in der kantonsgerichtlichen Begründung nicht erwähnt - nach der bisherigen Regelung sich der Wohnsitz von C. \_\_\_\_\_ bei der Mutter befindet und diese das Kind primär an den Wochentagen betreut, während die Mehrheit der väterlichen Betreuungszeit auf das Wochenende entfällt, für welches die Kindergartenfrage irrelevant ist.

### **E. 3.3**

An der Frage der aufschiebenden Wirkung vorbei gehen sodann die - letztlich ohnehin primär appellatorisch und nicht in Form einer Willkür vorgebrachten - Ausführungen zur angeblich fehlenden Bindungstoleranz und Kommunikationsbereitschaft der Mutter (was diese in ihrer Stellungnahme in identischer Weise dem Vater vorwirft). Dies betrifft das Thema des Sachentscheides, nämlich die Frage, ob in Zukunft die Obhut nicht mehr alternativ, sondern durch einen Elternteil allein ausgeübt werden soll. Gleiches gilt für die Ausführungen zur Arbeitsstelle und zum Arbeitspensum der Mutter.

### **E. 3.4**

Keine Willkür lässt sich sodann mit dem an sich zutreffenden Hinweis begründen, dass in Kindesbelangen stets auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen sei. Das bedeutet nur, dass sich in der Regel nicht nach Jahren künstlich ein ursprünglicher Zustand wiederherstellen lässt. Vorliegend geht es aber darum, dass das Kantonsgericht im Rahmen der Instruktion des Berufungsverfahrens verhindern wollte, dass die seitens der Erstinstanz mit Superprovisorium geschaffene Rechtslage den Sachentscheid in unzulässiger Weise präjudiziert. Zu diesem Zweck hat es sich an der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgerichtet und damit ist, wie in E. 3.2 festgehalten, keine Willkür verbunden.

### **E. 3.5**

Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss eine Kindeswohlgefährdung geltend macht, wenn C. \_\_\_\_\_ in den rätoromanischen Kindergarten geht, was das Kantonsgericht in willkürlicher Weise verkannt haben soll, spricht er offensichtlich die in BGE 144 III 469 E. 4.2.1 S. 472 vorbehaltene Ausnahme an, wonach von den in E. 3.2 dargestellten Grundsätzen abzuweichen ist, wenn ernsthafte Gefahr im Verzug liegt. Indes ist nicht ersichtlich, inwiefern der Besuch des rätoromanischen Kindergartens eine Gefährdung von C. \_\_\_\_\_ bedeuten soll, zumal das Kind im angestammten Umfeld verbleibt und es somit z.B. auch Kontakte zu bisherigen Spielkameraden aufrecht erhalten kann. Hinzu kommen die Feststellungen des Kantonsgerichtes, dass im Kanton Graubünden viele Kinder deutschsprachiger Eltern einen rätoromanischen Kindergarten besuchen und C. \_\_\_\_\_ bereits in der Kindertagesstätte mit der Sprache in Kontakt gekommen ist. Vor diesem Hintergrund ist keine willkürliche Rechtsanwendung im angefochtenen Entscheid ersichtlich.

### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet und deshalb im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Mit dem sofortigen Urteil in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 5**

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 des Beschwerdeführers abzuweisen ist.

Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege ist insofern gegenstandslos, als - unabhängig von der Frage der unentgeltlichen Rechtspflege - die unterliegende Partei gegenüber der obsiegenden entschädigungspflichtig ist (vgl. E. 6). Sollte jedoch das Inkasso der zugesprochenen Parteientschädigung scheitern, könnte die Rechtsanwältin der Beschwerdegegnerin nachträglich eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse verlangen, weil die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege klarerweise gegeben sind.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Ausserdem hat er die Beschwerdegegnerin für die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung zu entschädigen.

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