

BGer 5A 964/2023 vom 18. März 2024

Bundesgericht, 2024-03-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_964_2023

FR: TF 5A 964/2023 du 18 mars 2024

IT: TF 5A 964/2023 del 18 marzo 2024

Regeste

Aufschiebende Wirkung (Obhutszuteilung) | Familienrecht

Erwägungen

E. 1

Nachdem das Obergericht im Berufungsverfahren in der Sache selbst entschieden hat, ist die Frage der aufschiebenden Wirkung im Berufungsverfahren und damit die Beschwerde gegenstandslos geworden. Beide Parteien erklären sich denn auch mit der Abschreibung des Beschwerdeverfahrens 5A_964/2023 einverstanden.

E. 2

Für die Verfahrensabschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit ist der Abteilungspräsident zuständig (Art. 32 Abs. 2 BGG). Es ist mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zu entscheiden (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP).

E. 3

Angefochten war ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid über die aufschiebende Wirkung. Dabei handelt es sich zum einen um einen Zwischenentscheid, 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; 141 IV 289 E. 1.3). Sodann ist der Entscheid über die aufschiebende Wirkung eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 134 II 192 E. 1.5; 137 III 475 E. 2), weshalb nur verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden können. In der Beschwerde wurden sowohl die Eintretensvoraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG dargelegt als auch verschiedene Verfassungsnormen als verletzt gerügt. Die Beschwerde wäre materiell zu behandeln gewesen. Soweit die Obhut geteilt war und die Kinder zwei Hauptbezugspersonen hatten, ist diese im Sinn des Kontinuitätsprinzips und zur Vermeidung einer Präjudizierung des Sachentscheides während eines Rechtsmittelverfahrens grundsätzlich aufrechtzuerhalten, soweit nicht besondere Gründe etwas anderes gebieten (vgl. BGE 138 III 565 E. 4.3.2; 144 III 469 E. 4.1 und 4.2.1). Das erstinstanzliche Verfahren war seit dem Jahr 2020 hängig und in der angefochtenen Verfügung wurde nirgends eine besondere Dringlichkeit erwähnt; insbesondere waren keine Gründe ersichtlich, welche eine sofortige Umteilung zwingend geboten hätten, wird doch in der angefochtenen Verfügung festgehalten, dass an sich beide Elternteile erziehungsfähig seien. Die Beschwerde war diesbezüglich gut begründet und die Beschwerdegegnerin machte in ihrer Vernehmlassung primär geltend, der Beschwerdeführer habe am Wochenende vom 8. bis 10. Dezember 2023 und an Weihnachten das Besuchsrecht nicht wahrgenommen (was der Beschwerdeführer in seiner Replik bestritt und die

Beschwerdegegnerin in der Duplik wiederum beteuerte). Dabei handelt es sich um ein echtes Novum, welches im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig ist und von vornherein keine Berücksichtigung hätte finden können (Art. 99 Abs. 1 BGG ; BGE 139 III 120 E. 3.1.2; 148 V 174 E. 2.2). Dem rechtlichen Vorbringen in der Vernehmlassung, angesichts des destruktiven Verhaltens des Beschwerdeführers könnten die normalen Grundsätze für die aufschiebende Wirkung in Obhutsfragen nicht gelten, hätte es deshalb an der tatsächlichen Basis gefehlt. Vor diesem Hintergrund wäre die Beschwerde mutmasslich gutzuheissen gewesen, weil das Obergericht ohne sachlichen Gründe und damit willkürlich von den massgeblichen Grundsätzen bei der Regelung der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit der Obhut abgewichen ist.

E. 4

Bei einer Gutheissung wäre die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig gewesen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG) und sie ist es demnach auch bei Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens (vgl. E. 2). Sie ist offenkundig prozessarm und war im Übrigen im Beschwerdeverfahren einlassungspflichtig, was die Frage der Gewinnchancen tendenziell in den Hintergrund rücken lässt; ihr ist mithin die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und sie ist durch die sie vertretende Anwältin zu verbeiständen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Nicht von ihrer unentgeltlichen Rechtspflege erfasst ist die Entschädigungspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer gemäss Art. 68 Abs. 2 BGG . Weil die Eintreibung der Entschädigung nach aller Voraussicht scheitern wird und sie somit Leerlauf bedeuten würde, rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer sofort die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Verbeiständung durch die ihn vertretende Anwältin, und die Entschädigung an diese aus der Bundesgerichtskasse zu leisten, unter Vorbehalt des gesetzlichen Nachforderungsrechts gegenüber der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 64 Abs. 4 BGG .

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